

Christina Pernice

**Die Insolvenzverschleppung
durch das
Geschäftsführungsorgan der
kleinen Kapitalgesellschaft
im deutschen, französischen
und englischen Recht**

**Eine rechtsvergleichende Untersuchung
zur Entwicklung eines
europäischen Lösungsansatzes**



PETER LANG

Europäischer Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
A. Besonderheiten der „kleinen Kapitalgesellschaft“.....	16
B. Die Bedeutung der Gesellschaftsinsolvenz und der Insolvenzverschleppung für Dritte.....	16
C. Ursachen der Insolvenzverschleppung.....	18
D. Mittel zur Bekämpfung der Insolvenzverschleppung und zur Milderung ihrer Folgen.....	19
I. Prävention.....	19
II. Repressive Mittel.....	19
III. Kompensation.....	20
E. Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers.....	20
F. Abwägung zwischen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen.....	21
G. Insolvenzverschleppung als universelles Problem.....	22
H. Zusammenfassung.....	23
Erstes Kapitel: Instrumentarien zur Bekämpfung der Insolvenzverschleppung im deutschen Recht	25
A. Die GmbH im Insolvenzverfahren	25
B. Überblick über die Entwicklung des Insolvenzverschleppungsrechts in Deutschland.....	26
C. Das Konzept zur Bekämpfung der Insolvenzverschleppung im deutschen Recht.....	27
D. Die zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers.....	28
I. Die Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers, § 64 Abs. 1 GmbHG.....	28
1.) Der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO.....	30
2.) Der Insolvenzgrund der Überschuldung, § 19 InsO.....	34
a) Die gesetzliche Definition der Überschuldung.....	34
b) Das Problem der Überschuldungsfeststellung	35
i.) Die Fortführungsprognose.....	42
ii.) Die Aktivseite des Überschuldungsstatus.....	43
iii.) Die Passivseite des Überschuldungsstatus.....	44
3.) Die Drei-Wochen-Frist des § 64 Abs. 1 GmbHG.....	47
4.) Der Adressatenkreis des § 64 Abs. 1 GmbHG und hieran anknüpfender Haftungstatbestände.....	49
a) Der ordentlich bestellte Geschäftsführer	50
b) Die Insolvenzantragspflicht des faktischen Geschäftsführers.....	50
II. Die Haftungstatbestände im Einzelnen.....	59
1.) Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft	59
a) Anspruch der Gesellschaft auf Erstattung der während der Insolvenzreife geleisteten Zahlungen (§ 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG).....	59
i.) Der Begriff der „Zahlung“ i.S.d. § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG.....	60
ii.) Das subjektive Moment des § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und Verschulden des Geschäftsführers.....	63

iii.) Ausschluss der Erstattungspflicht.....	69
iv.) Geltendmachung des Anspruchs aus § 64 Abs. 2 GmbHG.....	70
v.) Bewertung.....	71
b) Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft wegen Verstoßes gegen strafbewährte Verhaltenspflichten (§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. strafrechtlichen Schutzgesetzen).....	71
c) Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung von Geschäftsführerpflichten (§ 43 Abs. 2 GmbHG).....	74
2.) Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern.....	76
3.) Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten	77
a) Die Haftung des Geschäftsführers nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo.....	77
i.) Haftung aus c.i.c. wegen wirtschaftlichen Eigeninteresses des Geschäftsführers.....	78
ii.) Haftung aus c.i.c. wegen Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens.....	80
iii.) Die Pflichtverletzung des Geschäftsführers.....	82
iv.) Bewertung.....	83
b) Haftung des Geschäftsführers wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht, § 179 BGB.....	84
c) Die Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG.....	85
i.) Der persönliche Schutzbereich des § 64 Abs. 1 GmbHG.....	85
ii.) Einbeziehung der Neugläubiger in den persönlichen Schutzbereich des § 64 Abs. 1 GmbHG.....	86
iii.) Der sachliche Schutzbereich des § 64 Abs. 1 GmbHG.....	87
iv.) Verschulden.....	93
v.) Umfang des Schadensersatzanspruchs und Beweislast.....	93
vi.) Ersatzfähigkeit von deliktischen Forderungen und Sozialversicherungsbeiträgen.....	98
vii.) Geltendmachung des Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG.....	100
viii.) Verjährung.....	104
ix.) Bewertung.....	104
d) Ansprüche Dritter aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. strafrechtlichen Schutzgesetzen.....	105
i.) Betrug, § 263 StGB.....	105
ii.) Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, § 266 a StGB...105	
e) Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen den Geschäftsführer aus § 826 BGB.....	106
f) Die Durchgriffshaftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz. 107	
g) Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen den Geschäftsführer aus § 26 Abs. 3 InsO.....	109
III. Versicherungsschutz	111

E. Die strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Insolvenzverschleppung.....	113
I. Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung nach § 84 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GmbHG.....	114
II. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers.....	120
III. Die Strafbarkeit des Geschäftsführers nach § 84 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GmbHG.....	127
IV. Die Strafbarkeit des Geschäftsführers nach den Straftatbeständen des StGB.....	127
1.) Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen Bankrotts gem. § 283 StGB.....	127
2.) Strafbarkeit nach § 283 b StGB.....	129
3.) Strafbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung gemäß § 283 c StGB.....	130
4.) Strafbarkeit wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB.....	130
5.) Strafbarkeit nach § 265 b StGB.....	131
6.) Strafbarkeit wegen Untreue, § 266 Abs. 1 StGB.....	132
7.) Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, § 266 a Abs. 1 StGB.....	135
8.) Strafbarkeit des Geschäftsführers wegen Urkundenfälschung, § 267 Abs. 1 StGB.....	137
9.) Bewertung	138
F. Ordnungsrechtliche Instrumentarien.....	138
I. Allgemeines.....	138
II. Das Berufsverbot als Instrument zur Bekämpfung der Insolvenzverschleppung.....	139
III. Bewertung.....	141
G. Zusammenfassung.....	141

Zweites Kapitel: Instrumentarien zur Bekämpfung der Insolvenz- verschleppung im französischen Recht.....	143
A. Die Sarl im Insolvenzverfahren.....	144
B. Überblick über die Entwicklung des Insolvenzverschleppungsrechts in Frankreich.....	145
C. Das Konzept zur Bekämpfung der Insolvenzverschleppung im französischen Recht.....	147
D. Der Adressatenkreis der insolvenzverschleppungsrechtlichen Regelungen.....	151
I. Der gérant de droit.....	151
II. Der gérant de fait.....	151
E. Die zivilrechtliche Haftung des gérant wegen Insolvenzverschleppung.....	153
I. Die Pflicht des gérant zur Anzeige der „cessation des paiements“.....	153
1.) Der Begriff der cessation des paiements.....	153
2.) Actif disponible, passif exigible und sonstige Voraussetzungen.....	155
a) Das actif disponible.....	155
b) Das passif exigible.....	156
c) Die Vermögensinsuffizienz.....	157
d) Das Erfordernis einer Fortführungsprognose.....	157
II. Die Haftungstatbestände im Einzelnen.....	158

1.) Die Haftung des gérant gegenüber der Gesellschaft.....	158
a) Die action en comblement de l'insuffisance d'actif, Art. 624-3 Code de commerce (früher: Art. 180 loi 85).....	158
i.) Die Vermögensinsuffizienz.....	159
ii.) Die Feststellung des Vermögensdefizits.....	159
iii.) Der schadens(mit-)ursächliche Geschäftsführungsfehler	160
iv.) Die Rechtsfolge der action en comblement de l'insuffisance d'actif.....	161
v.) Umfang der Ersatzpflicht des gérant.....	162
vi.) Die Möglichkeit solidarischer Haftung mehrerer gérants.....	163
vii.) Haftungsausschluss.....	164
viii.) Verfahrensfragen.....	165
ix.) Durchsetzung der Zahlungsverpflichtung.....	166
x.) Publizität.....	166
xi.) Bewertung.....	166
2.) Haftung des gérant gegenüber Gesellschaftern.....	167
3.) Haftung des gérant gegenüber Gesellschaftsgläubigern	167
a) Eröffnung des redressement judiciaire gegen den gérant.....	167
i.) Voraussetzungen der Erstreckung des redressement judiciaire auf den gérant.....	168
ii.) Rechtsfolge.....	169
iii.) Haftungsausschluß	170
iv.) Verfahrensfragen.....	170
v.) Publizität.....	171
vi.) Bewertung.....	171
b) Die Haftung des gérant gemäß Art. 223-22 Code de commerce (früher: Art. 52 loi 66) und Artt. 1382, 1383 Code civile.....	172
c) Durchgriffshaftung des gérant.....	173
III. Versicherungsschutz	174
F. Die strafrechtliche Haftung des gérant wegen Insolvenzverschleppung.....	174
I. Strafbarkeit wegen banqueroute, Art. 626-1 bis 7 Code de commerce.....	175
II. Strafbarkeit nach Art. 627-4 Code de commerce (früher: Art. 216 loi 85)....	177
III. Strafbarkeit nach Art. 428 loi 1966.....	177
IV. Strafbarkeit wegen abus des biens sociaux, Art. 425-4, 437 loi 1966.....	178
V. Strafbarkeit wegen organisation de l'insolvabilité, Art. 314-7 Code pénal...178	
VI. Strafbarkeit nach Art. 626-14 Code de commerce (früher: Art. 209 loi 85).....	179
VII. Strafbarkeit nach Art. 626-8 Code de commerce (früher: Art. 203 loi 85).179	
VIII. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des gérant de fait.....	179
IX. Bewertung.....	180
G. Ordnungsrechtliche Instrumentarien in Frankreich.....	180
I. Die faillite personnelle.....	180
1.) Voraussetzungen der faillite personnelle.....	181
2.) Wirkungen der faillite personnelle.....	183
3.) Publizität.....	184
4.) Beendigung der faillite personnelle.....	184

II. Die interdiction de gérer.....	185
III. Bewertung.....	186
H. Zusammenfassung.....	186

Drittes Kapitel: Instrumentarien zur Bekämpfung der Insolvenzverschleppung im englischen Recht.....	189
A. Die private company im Insolvenzverfahren.....	189
B. Überblick über die Entwicklung des Insolvenzverschleppungsrechts in England.....	194
C. Das Konzept zur Bekämpfung von Insolvenzverschleppung im englischen Recht.....	195
D. Der Adressat der Regelungen zur Insolvenzverschleppung.....	197
I. Der de iure director.....	197
II. Der de facto director.....	197
III. Der shadow director.....	198
E. Die zivilrechtliche Haftung des director im englischen Recht.....	199
I. Der Ansatzpunkt für die Insolvenzverschleppungshaftung des director einer private company.....	199
II. Die Haftungstatbestände im Einzelnen.....	199
1.) Haftung des director gegenüber der Gesellschaft	199
a) Haftung des director wegen Verletzung vertraglicher Pflichten.....	199
b) Haftung des directors wegen misfeasance, sec. 212 IA 86.....	200
i.) Haftungsgrundlagen des Common Law.....	201
ii.) Verschulden.....	202
iii.) Rechtsfolge.....	203
iv.) Verfahrensfragen.....	204
v.) Bewertung.....	204
c) Haftung des director wegen fraudulent trading, sec. 213 IA 1986.....	205
i.) Objektive Voraussetzungen.....	205
ii.) Subjektive Voraussetzungen.....	205
iii.) Rechtsfolge.....	208
iv.) Verfahrensfragen.....	208
v.) Bewertung.....	209
d) Haftung des director wegen wrongful trading, sec. 214 IA 1986.....	209
i.) Insolvent liquidation der private company.....	210
ii.) Erkennbarkeit der bevorstehenden Gesellschaftsinsolvenz	211
iii.) Reasonable prospect.....	212
iv.) Der Sorgfaltsmaßstab des „reasonable diligent director“.....	212
v.) Exkulpationsmöglichkeiten.....	213
vi.) Rechtsfolge.....	215
vii.) Verfahrensfragen.....	216
viii.) Bewertung.....	217
2.) Haftung des director gegenüber Gesellschaftern	218
3.) Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern	218
a) Durchgriffshaftung.....	219

b) Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen der Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens.....	220
c) Haftung des director wegen Verstoßes gegen das Verbot des re-use of names, sec. 217 IA.....	220
d) Haftung des director wegen Verstoßes gegen eine disqualification order, sec. 15 CDDA.....	221
e) Die persönliche Haftung des director für Verbindlichkeiten gegenüber der Sozialversicherung, sec. 121 Social Security Act 1998 ...	221
III. Versicherungsschutz.....	221
F. Die strafrechtliche Haftung des director wegen Insolvenzverschleppung.....	221
I. Die Strafbarkeit wegen fraudulent trading gem. sec. 458 CA 85.....	222
II. Strafbarkeit des director wegen Verstoßes gegen eine disqualification order, sec. 13 CDDA.....	222
III. Verbot des re-use of names, sec. 216 (4) IA.....	223
IV. Die Strafbarkeit gem. sec. 206 IA	223
V. Die Strafbarkeit gem. sec. 207 IA.....	224
VI. Die Strafbarkeit nach sec. 209 und 210 IA.....	224
VII. Die Strafbarkeit nach sec. 211 IA.....	224
VIII. Die Strafbarkeit nach sec. 339, 340 CA.....	224
IX. Die Strafbarkeit nach sec. 423 IA.....	224
X. Die strafrechtliche Haftung des shadow director und des de facto director.	225
XI. Bewertung.....	225
G. Ordnungsrechtliche Instrumentarien zur Bekämpfung der Insolvenz- verschleppung.....	225
I. Das Berufsverbot in England - die disqualification order.....	225
1.) Zur Bedeutung des Berufsverbotes in England.....	225
2.) Voraussetzung für den Erlass einer disqualification order.....	227
3.) Adressatenkreis des CDDA.....	229
4.) Absehen von einer disqualification order.....	230
5.) Publizität.....	231
6.) Bewertung.....	231
II. Das Verbot des re-use of names, sec. 216 IA.....	231
H. Zusammenfassung.....	232
Viertes Kapitel: Abschließender Vergleich und Schlussfolgerungen.....	235
A. Analyse der Hintergründe und Zielsetzungen der Insolvenzverschlep- pfungshaftung.....	235
I. Wirtschaftliche Freiheit und die Rolle der Kapitalgesellschaft.....	235
II. Die Risikoverteilung in Deutschland.....	238
III. Die Risikoverteilung in Frankreich.....	239
IV. Die Risikoverteilung in England.....	241
B. Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der Bekämpfung der Insol- venzverschleppung in den drei Rechtsordnungen.....	243
I. Prävention durch Aufklärung	243
II. Zeitpunkt der Insolvenzzreife der Gesellschaft.....	244
III. Die Insolvenzantragspflicht.....	246

IV. Die zivilrechtliche Insolvenverschleppungshaftung.....	246
1.) Die Voraussetzungen für das Eingreifen der zivilrechtlichen Insolvenverschleppungshaftung.....	247
2.) Die Bestimmung des Umfangs der Ersatzverpflichtung des Geschäftsführers und Beweislastverteilung.....	248
3.) Aktivlegitimation.....	250
4.) Durchgriffshaftung.....	251
V. Unterschiede im strafrechtlichen Sanktionssystem.....	252
VI. Die Rolle des Berufsverbots als Mittel zur Bekämpfung der Insolvenverschleppung.....	252
VII. Verantwortlichkeit faktischer Geschäftsführer.....	253
VIII. Versicherungsschutz.....	254
IX. Publizität der Insolvenverschleppung.....	254
C. Zusammenfassung.....	255
Fünftes Kapitel: Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführungsorgans wegen Insolvenverschleppung im europäischen Kontext.....	257
A. Eckpunkte eines einheitlichen europäischen Programms zur Bekämpfung der Insolvenverschleppung von Geschäftsführungsorganen kleiner Kapitalgesellschaften.....	259
I. Aufklärung.....	259
II. Sicherstellung der frühzeitigen Einleitung des Insolvenzverfahrens.....	259
III. Förderung der Sanierung.....	261
IV. Kompensations- und Regressmöglichkeiten.....	262
1.) Anspruchsinhaberschaft.....	262
2.) Ansatzpunkt der Insolvenverschleppungshaftung.....	262
3.) Der Umfang des Schadensersatzanspruchs.....	263
4.) Die Prozessführungsbefugnis	263
5.) Die Beweislast.....	263
V. Versicherungsschutz	263
VI. Strafrechtliche Sanktionen.....	264
VII. Ordnungsrechtliche Instrumente.....	264
B. Europäische Richtlinie zur Bekämpfung der Insolvenverschleppung durch das Geschäftsführungsorgan der kleinen Kapitalgesellschaft.....	265
C. Zusammenfassung.....	272
Sechstes Kapitel: Abschließende Bemerkungen.....	273
A. Thesen.....	273
B. Schlussbemerkung.....	274
Wichtige gesetzliche Regelungen im französischen und englischen Recht.....	276
Literaturverzeichnis.....	289
Stichwortverzeichnis.....	311