

## In dieser Ausgabe:

### • ZInsO-Aufsätze

#### **Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1 (S. 557)**

von Professor Dr. Georg Bitter und Wiss. Mitarbeiter Markus Baschnagel, LL.M. (Cambridge), Universität Mannheim

– Haftung für unsorgfältige Geschäftsführung und für verbotene Auszahlungen an Gesellschafter (§ 43 Abs. 2, 3 GmbHG) – Haftung der Geschäftsführer im Eröffnungsverfahren sowie in (vorläufiger) Eigenverwaltung (insbes. analog §§ 60, 61 InsO) – Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG), insbes. beim Aktivtausch – Haftung für Verursachung der Zahlungsunfähigkeit (§ 64 Satz 3 GmbHG) –

#### **EU-Restrukturierungsverfahren: Fortschritte in den Verhandlungen (S. 597)**

von Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht Dr. Alexander Jacobi, Leipzig

#### **Der BGH erteilt der Bugwellentheorie eine Absage (S. 601)**

von Wirtschaftsprüfer/Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenz- und für Steuerrecht Dr. Christian Frystatzki, Köln/Bonn

### • ZInsO-Rechtsprechungsreport

#### **Berücksichtigung von Nachzahlungen nach dem SGB II bei der Bestimmung des Pfändungsfreibetrages (S. 605)**

BGH, Beschl. v. 24. 1. 2018 – VII ZB 21/17

#### **Schadensersatz des (Konzern-)Abschlussprüfers wegen Testierung/Bilanzierung zu Fortführungswerten trotz Insolvenzreife der Berichtsfirma (S. 607)**

LG Düsseldorf, Urt. v. 20. 12. 2017 – 13 O 481/14

#### **Keine Verpflichtung zur Durchführung eines Dual-Track-Verfahrens in der Eigenverwaltung (S. 614)**

LG Stade, Beschl. v. 29. 12. 2017 – 7 T 151/17

#### **Restschuldbefreiung bei vorsätzlich unrichtigen oder unvollständigen Angaben eines Schuldners über seine wirtschaftlichen Verhältnisse für den Erhalt eines Darlehens (S. 620)**

AG Köln, Beschl. v. 20. 10. 2017 – 73 IN 113/08

#### **Keine Mehrvergütung bei bis zu 100 Gläubigern; keine Doppelberücksichtigung von Erhöhungstatbeständen (S. 621)**

LG Düsseldorf, Beschl. v. 2. 6. 2017 – 25 T 406/16 (rkr.)

#### **Aufgabenkreis und Vergütung eines Sachverständigen in der Eigenverwaltung (S. 622)**

AG Duisburg, Beschl. v. 19. 1. 2018 – 64 IN 267/14



## Herausgeber:

Prof. Dr. Christian Berger

RA Dr. Susanne Berner

Michael Bretz

RA Dr. Christian Brünkmans

RA Dr. Jan de Weerth

Prof. Dr. Ulrich Foerste

RA Dr. Michael C. Frege

RiAG Frank Frind

RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein

Prof. Dr. Hugo Grote

RA Dr. Andreas Henkel

WP/StB Michael Hermanns

Prof. Dr. Heribert Hirte

RiAG Martin Horstkotte

Präs. LG a.D. Prof. Dr. Michael Huber

RA Peter J. Hütten

RA Dr. Karen Kuder

RA Dr. Norbert Küpper

RiAG Dr. Peter Laroche

Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

PD Dr. Sebastian Mock

RA Dr. Patrick Mückl

Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser

RA Dr. Manfred Obermüller

Vors. RiOLG Dr. Dietmar Onusseit

RA Prof. Dr. Klaus Pannen

RiBGH Prof. Dr. Gerhard Pape

RA Dr. Christoph Poertzgen

RA Stephan Ries

Prof. Dr. Thomas Rönnau

Prof. Dr. Jessica Schmidt

RiBGH a.D. Prof. Dr. Lutz Strohn

RiBGH a.D. Gerhard Vill

OSTA Raimund Weyand

## Schriftleiter:

RA Prof. Dr. Hans Haarmeyer

## ZInsO-Aufsätze

### Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1

von Professor Dr. Georg Bitter und Wiss. Mitarbeiter Markus Baschnagel, LL.M. (Cambridge), Universität Mannheim\*

Die Haftung von GmbH-Geschäftsführern und GmbH-Gesellschaftern in der Insolvenz hat in der Praxis eine enorme Bedeutung, da in praktisch jedem Insolvenzverfahren von Seiten der Insolvenzverwalter zu prüfen ist, ob Ansprüche gegen die Geschäftsführer und Gesellschafter bestehen, die zur Auffüllung der Masse fruchtbar gemacht werden können. Gläubiger der GmbH, die in deren Insolvenz ausfallen, versuchen zudem, zumindest einen Teil ihres Ausfalls durch Zugriff auf das Vermögen der – aus ihrer Sicht oft für die Insolvenz verantwortlichen – Geschäftsführer und Gesellschafter zu kompensieren.

Vor diesem Hintergrund sollen nachfolgend die in Betracht zu ziehenden Anspruchsgrundlagen in systematischer Weise aufbereitet werden, um dem insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Praktiker eine Arbeitshilfe zu geben. Dabei wird der Fokus auf den für die Praxis besonders wichtigen Grundsätzen der Rechtsprechung liegen, die allerdings auch einer kritischen Überprüfung unterzogen werden. Einbezogen wird auch die aktuell diskutierte und im Rahmen eines Revisionsverfahrens gegen das Urteil des OLG Düsseldorf (ZInsO 2017, 2114) beim BGH anhängige Frage der Geschäftsführerhaftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung.

Nach einer Einführung (unten A.) werden zunächst diejenigen Tatbestände dargestellt, die zu einer Innenhaftung der Geschäftsführer bzw. Gesellschafter gegenüber der GmbH führen (unten B.). Anschließend folgen die Anspruchsgrundlagen der Außenhaftung gegenüber den Gläubigern der GmbH (unten C.).

#### Inhalt

A. Einführung	558	3. Tatbestandsvoraussetzungen
B. Haftung gegenüber der Gesellschaft – Innenhaftung	558	4. Einzelfälle
I. Haftung für unsorgfältige Geschäftsführung (§ 43 GmbHG)	559	5. Verschulden
1. Haftung im Interesse der Gesellschafter	559	6. Haftungsumfang
2. Haftung im Interesse der Gläubiger	561	7. Konkurrenzen
3. Abgrenzung zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteresse	563	C. Haftung gegenüber Dritten – Außenhaftung
4. Verschulden	564	I. „Unechter“ Durchgriff
5. Haftung des faktischen Geschäftsführers	565	1. Vertragshaftung
6. Haftung des Geschäftsführers in (vorläufiger) Eigenverwaltung	565	a) Bürgschaft
II. Zahlungen an Gesellschaftsgläubiger nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)	573	b) Schuldbeitritt
1. Anwendungsbereich	573	c) Garantie
2. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs	577	2. Vertrauenshaftung
3. Insolvenzreife	578	a) Rechtsscheinshaftung wegen fehlenden/falschen Rechtsformzusatzes
4. Zahlungen	581	b) Culpa in contrahendo (c.i.c.)
5. Zahlungspflichten und Zahlungsverbote im Eröffnungsverfahren	591	3. Deliktshaftung
6. Verschulden und Beweislast	593	a) Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung (§ 826 BGB)
7. Rechtsfolge	594	b) Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB)
8. Regress beim Berater?	594	aa) Betrug (§ 263 StGB)
III. Verursachung der Zahlungsunfähigkeit (§ 64 Satz 3 GmbHG)	595	bb) Kreditbetrug (§ 265b StGB)
1. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs	595	cc) Bankrott (§§ 283 ff. StGB)
2. Zahlung an Gesellschafter	595	dd) Untreue (§ 266 StGB)
3. Verursachung der Zahlungsunfähigkeit	596	ee) § 266a StGB – Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen
4. Verschulden	597	ff) § 43 GmbHG – Verletzung von Geschäftsführerpflichten
5. Umfang des Anspruchs	597	gg) Haftung wegen Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO)
IV. Existenzvernichtung		c) Deliktische Eigenhaftung (insbesondere aus § 823 Abs. 1 BGB)
1. Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung		II. Echte Durchgriffshaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform GmbH
2. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs		1. Vermögensvermischung
		2. Unterkapitalisierung
		3. Beherrschung der Gesellschaft

Die Seitenzahlen ab „IV. Existenzvernichtung“ folgen mit dem Erscheinen des 2. Teils in Heft 11/2018.

\* Professor Dr. Georg Bitter ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht an der Universität Mannheim sowie Vorstandsvorsitzender des dortigen Zentrums für Insolvenz und Sanierung (ZIS); Markus Baschnagel, LL.M. (Cambridge), ist dort als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig. Es handelt sich um die aktualisierte und erweiterte Fassung des Aufsatzes von Bitter, ZInsO 2010, 1505 ff., 1561 ff.

## A. Einführung

Wer sich über die mögliche Haftung von GmbH-Geschäftsführern und GmbH-Gesellschaftern in der Insolvenz Gedanken macht, sollte sich zunächst darüber Klarheit verschaffen, in welcher der beiden Eigenschaften eine Person in Anspruch genommen werden soll. In der Unternehmenspraxis jedenfalls der kleineren GmbH sind die Gesellschafter oft zugleich Geschäftsführer (Stichwort: Einpersonen-GmbH). In derartigen Fällen können alle nachfolgend dargestellten Anspruchsgrundlagen zur Anwendung kommen. Hat die GmbH hingegen von den Gesellschaftern der GmbH verschiedene (Fremd-)Geschäftsführer, ist jeweils sorgsam der Anspruchsgegner zu ermitteln, also zu prüfen, ob sich die Haftungsverantwortlichkeit aus der Gesellschafter- oder Geschäftsführerstellung ergibt.

Auf der anderen Seite gilt es für jeden Haftungstatbestand festzustellen, wer *Anspruchsinhaber* ist, ob also der Anspruch der GmbH zugeordnet ist (Innenhaftung) oder den Gläubigern der Gesellschaft (Außenhaftung).

Das GmbHG selbst regelt mit Ausnahme von § 40 Abs. 3 GmbHG die Haftung des *Geschäftsführers* nur gegenüber der Gesellschaft selbst, also die Innenhaftung. Die maßgeblichen Vorschriften finden sich insoweit in § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG (allgemeine Haftung für unsorgfältige Geschäftsführung) und § 64 GmbHG (spezielle Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife der GmbH bzw. im Vorfeld der Insolvenz). Vernachlässigt hat das Gesetz hingegen die Außenhaftung, insbesondere gegenüber den Gläubigern der GmbH im Fall ihrer Insolvenz.

Der historische Gesetzgeber war der Meinung, dass es der Regelung einer eigenen Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht bedürfe, weil deren Interessen mittelbar über die Innenhaftung Berücksichtigung finden könnten: Bei einer Insolvenz der GmbH geht nämlich das Verwaltungs- und Verfügungsrecht gem. § 80 InsO auf den Insolvenzverwalter über, der damit die Ansprüche der Gesellschaft geltend machen kann. Die Gläubiger profitieren von der Anreicherung der Masse; im Übrigen können Gläubiger bei masseloser Insolvenz (§ 26 InsO) im Wege der Zwangsvollstreckung Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer pfänden lassen. Durch diese Mechanismen sah der Gesetzgeber einen ausreichenden Gläubigerschutz als gewährleistet an.<sup>1</sup>

In der Realität der GmbH-Insolvenzen hat sich diese Annahme allerdings nicht bewahrheitet, sondern es entstand in bestimmten Fällen das Bedürfnis, den Geschäftsführer auch direkt in Anspruch nehmen zu können, insbesondere soweit es um individuelle Schäden einzelner Gläubiger geht, die nicht allgemein über die Masse abgewickelt werden können. Der wichtigste Tatbestand ist insoweit die deliktische Haftung für Insolvenzverschleppung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO, soweit es um die Interessen solcher Gläubiger geht, die erst nach Insolvenzreife der GmbH in geschäftlichen Kontakt zu dieser getreten sind (sog. Neugläubiger).<sup>2</sup>

Überhaupt nicht geregelt hat der Gesetzgeber des GmbHG eine auf Schadensersatz oder auf Erfüllung der Gesellschafts-

verbindlichkeiten gerichtete (Außen-)Haftung der *Gesellschafter*. Diese werden zwar in bestimmten Einzelfällen in die Pflicht genommen, insbesondere im Bereich des hier nicht dargestellten Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsrechts.<sup>3</sup> Haben sie aber das Stammkapital ordnungsgemäß aufgebracht und der GmbH auch belassen, sollen sie sich im Grundsatz auf die Haftungstrennung zwischen Gesellschaft und Privatvermögen verlassen können (§ 13 Abs. 2 GmbHG).

Auch insoweit hat sich allerdings ein Bedürfnis ergeben, die Gesellschafter in bestimmten Einzelfällen doch persönlich in Anspruch nehmen zu können, insbesondere soweit das gesetzliche Gläubigerschutzkonzept Lücken aufweist. Stichworte sind die Existenzvernichtung der GmbH<sup>4</sup> und die Durchgriffshaftung (*piercing the corporate veil*).<sup>5</sup>

Sowohl der Geschäftsführer als auch der Gesellschafter haften ferner persönlich, wenn sie sich vertraglich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft mitverantwortlich haben<sup>6</sup> oder einen jener Ausnahmetatbestände erfüllen, in denen sie aus dem von ihnen veranlassten Rechtsschein,<sup>7</sup> aus einer Eigenhaftung gem. § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB<sup>8</sup> oder deshalb haften, weil ihre Verhaltensweisen als unerlaubte Handlung anzusehen sind.<sup>9</sup>

Die Palette der vom Insolvenzverwalter oder den Gesellschaftsgläubigern in Betracht zu ziehenden Anspruchsgrundlagen ist also breit gefächert.

## B. Haftung gegenüber der Gesellschaft – Innenhaftung

Zunächst sollen solche Tatbestände in den Blick genommen werden, bei denen die GmbH Anspruchsinhaber ist (Innenhaftung). Dies sind – hinsichtlich der *Geschäftsführerhaftung* – die schon erwähnten §§ 43 und 64 GmbHG (unten I. – III.). In diesem Zusammenhang soll auch die Haftung des eigenverwaltenden Geschäftsführers nach Insolvenzantragstellung erläutert werden. Es wird sich zeigen, dass das Konzept der Innenhaftung dort Lücken aufweist, die zu schließen sind (unten I. 6.). In Bezug auf den *Gesellschafter* als Anspruchsverpflichteten vertritt die Rechtsprechung des BGH zudem seit einiger Zeit die Ansicht, eine sog. Existenzvernichtung der GmbH führe zu einem Anspruch der GmbH aus § 826 BGB. Deshalb wird auch dieser Haftungsansatz unter dem Titel der Innenhaftung behandelt, dabei jedoch zugleich deutlich gemacht, dass die Ansicht des BGH von den

1 Dazu *Biletzki*, NZG 1999, 286, 287.

2 Zur Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern siehe unten Ziff. C. I. 3. b) gg) ddd).

3 Siehe dazu die Darstellung bei *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 160 ff. (Kapitalaufbringung bei der GmbH), § 4 Rn. 224 ff. (Kapitalerhaltung bei der GmbH).

4 Zur Existenzvernichtungshaftung siehe unten Ziff. B. IV. sowie auch Ziff. C. II. 2. c).

5 Zur echten gesellschaftsrechtlichen Durchgriffshaftung siehe unten Ziff. C. II.

6 Dazu unten Ziff. C. I. 1.

7 Dazu unten Ziff. C. I. 2. a).

8 Dazu unten Ziff. C. I. 2. b).

9 Dazu unten Ziff. C. I. 3.

*Verfassern* nicht geteilt wird (unten IV.). Die als Existenzvernichtung oder Existenzgefährdung (Spekulation auf Kosten der Gläubiger) einzuordnenden Verhaltensweisen sind richtigerweise über eine gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung zu erfassen, weshalb sie bei den Tatbeständen der Außenhaftung noch einmal aufgegriffen werden.<sup>10</sup>

## I. Haftung für unsorgfältige Geschäftsführung (§ 43 GmbHG)

In Angelegenheiten der Gesellschaft schuldet der Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 1 GmbHG die Sorgfalt eines „ordentlichen Geschäftsmannes“.<sup>11</sup> Verletzt er diese Pflicht, muss er der Gesellschaft den dadurch entstandenen Schaden ersetzen. Mehrere Geschäftsführer haften solidarisch (§ 43 Abs. 2 GmbHG). In § 43 Abs. 2 GmbHG kommt ein Grundsatz zum Ausdruck, der nicht nur im Recht der GmbH, sondern auch für andere (bestellte)<sup>12</sup> Organpersonen – etwa den Vorstand einer AG (§ 93 AktG) –, und auch im allgemeinen Zivilrecht gilt: Derjenige, der fremdes Vermögen verwaltet, hat für Schäden aus einer unsorgfältigen Vermögensverwaltung einzustehen (§ 280 BGB).<sup>13</sup>

Zur ordentlichen Geschäftsführung gehört allerdings auch, ein gewisses wirtschaftliches Risiko einzugehen.<sup>14</sup> Der Geschäftsführer haftet daher nicht für jedes missglückte Geschäft. Er hat nach der – auch im GmbH-Recht anzuwendenden<sup>15</sup> – *business judgement rule* bei unternehmerischen Entscheidungen einen Ermessensspielraum.<sup>16</sup> Pflichtwidrig verhält er sich nur, wenn er sich vor Entscheidungen nicht ausreichend informiert, die Vor- und Nachteile seiner Möglichkeiten nicht abgewogen und den erkennbaren Risiken nicht Rechnung getragen hat.<sup>17</sup> Dazu gehört, dass er sich eine ausreichende Informationsbasis verschafft<sup>18</sup> und anhand einer Prognose vernünftigerweise annehmen durfte, die Entscheidung diene dem Wohl der Gesellschaft.<sup>19</sup> Den Geschäftsführer trifft hierfür die Beweislast.<sup>20</sup> Er kann sich ebenfalls darauf berufen, dass der Schaden bei rechtmäßigem Alternativverhalten auch eingetreten wäre.<sup>21</sup>

Eine Haftungsprivilegierung nach Maßgabe der im Arbeitsrecht anerkannten Grundsätze<sup>22</sup> lehnt die h.M. hingegen – nicht unbedingt überzeugend – selbst für Fremdgeschäftsführer ab, die damit haftungsrechtlich schlechter behandelt werden als leitende Angestellte.<sup>23</sup>

### 1. Haftung im Interesse der Gesellschafter

Die in § 43 Abs. 2 GmbHG genannte Sorgfalt schuldet der Geschäftsführer, weil er fremdes Vermögen – nämlich das der Gesellschafter – in der Gesellschaft verwaltet. § 43 Abs. 2 GmbHG ist damit in erster Linie *eine die Gesellschafter schützende Vorschrift*.<sup>24</sup> Aus dieser Anknüpfung der Haftung ergibt sich jedoch zugleich schon ihre verhältnismäßig geringe Bedeutung als Anspruchsgrundlage zur Auffüllung der Insolvenzmasse im Interesse der Gläubiger: Grds. sollen nur Beeinträchtigungen des in der GmbH gebundenen Vermögens der Gesellschafter sanktioniert werden. Dies verdeutlichen diverse Beispiele, in denen die Rechtsprechung

eine Haftung des Geschäftsführers wegen unsorgfältiger Leitung der GmbH angenommen hat:<sup>25</sup>

- Angebotspreise werden kaufmännisch fehlerhaft kalkuliert,<sup>26</sup>
- Waren werden auf Kredit an ein unbekanntes Unternehmen verkauft ohne vorherige Bonitätsprüfung oder Absicherung der eigenen Gesellschaft,<sup>27</sup>
- Kurzarbeit wird trotz Unterbeschäftigung der Arbeitnehmer infolge Auftragsmangels nicht angemeldet,<sup>28</sup>
- ein Darlehen wird vorzeitig abgelöst, wobei der Zinersparnis eine höhere Vorfälligkeitsentschädigung gegenübersteht,<sup>29</sup>

10 Siehe unten Ziff. C. II. 2. c).

11 Zu aktuellen Reformüberlegungen zu § 43 GmbHG und § 93 AktG siehe Reichert, ZGR 2017, 671 ff.

12 Entscheidend ist die organschaftliche Sonderrechtsbeziehung und nicht die Existenz eines Anstellungsvertrags; vgl. BGHZ 197, 304 = ZInsO 2013, 1753 = WM 2013, 1648 = ZIP 2013, 1712 (Rn. 17).

13 Bitter/Heim, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 140; zur Sonderkonstellation der Haftung eines Geschäftsführers einer Komplementär-GmbH gegenüber der KG siehe BGHZ 197, 304 = ZInsO 2013, 1753 = WM 2013, 1648 = ZIP 2013, 1712; BGH, ZInsO 2015, 356 = WM 2015, 333 = ZIP 2015, 322 und dazu unten bei Fn. 45 und 170 f.

14 Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 43 Rn. 8 ff.

15 Siehe dazu BGHSt 61, 48 = ZIP 2016, 966 (Rn. 57 m.w.N.) – „Nürburgring“; Bitter/Heim, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 141; Reichert, ZGR 2017, 671, 680 f.

16 BGHSt 61, 48 = ZIP 2016, 966 (Rn. 57 m.w.N.) – „Nürburgring“; näher Schnorbus, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 43 Rn. 16 ff.

17 Dazu BGH, ZIP 2008, 1675 = NJW 2008, 3361; BGHZ 297, 304 = ZInsO 2013, 1753 = WM 2013, 1648 = ZIP 2013, 1712 (Rn. 30); zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorstands einer AG nach § 266 StGB wegen einer Pflichtverletzung nach § 93 Abs. 1 AktG (Parallelvorschrift zu § 43 GmbHG) siehe BGH, ZInsO 2017, 25 = ZIP 2016, 2467 (Rn. 29); zum Aufsichtsrat einer GmbH BGHSt 61, 48 = ZIP 2016, 966 (Rn. 51 ff.) – „Nürburgring“.

18 Reichert, ZGR 2017, 671, 680, der betont, dass durch die *business judgement rule* der Mut zum unternehmerischen Risiko gestärkt werden soll und keine überhöhten Anforderungen an die Informationsbasis gestellt werden dürften.

19 Zu berücksichtigende Faktoren sind: Zeit, Kosten, Nutzen, Bedeutung und Risiko der Entscheidung; vgl. dazu Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke (Hrsg.), GmbHG, Bd. II, 2. Aufl. 2014, § 43 Rn. 140 ff.

20 Kritisch dazu Reichert, ZGR 2017, 671, 678 f.: Ersatzansprüche würden häufig erst geltend gemacht, wenn der Geschäftsführer nicht mehr in der GmbH tätig sei. Er habe dann keinen Zugriff mehr auf relevante Akten.

21 BGHZ 297, 304 = ZInsO 2013, 1753 = WM 2013, 1648 = ZIP 2013, 1712 (Rn. 27); vgl. auch OLG Koblenz, ZIP 2015, 224.

22 Dazu Henssler, in: MünchKomm. BGB, Bd. 4, 7. Aufl. 2016, § 619a Rn. 5 ff.

23 Dazu mit guten Gründen kritisch Bachmann, ZIP 2017, 841 ff. m.w.N. zum Streitstand.

24 Vgl. dazu Bitter/Heim, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 140 ff.; anders wohl Jacoby, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 266.

25 Viele weitere Beispiele bei Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 24.

26 BGH, ZIP 2008, 736 = WM 2008, 696 m. Anm. Werner, GmbHR 2008, 490; siehe zu einem Kalkulationsirrtum im Vertragsangebot auch BGH, WM 1971, 1548 = NJW 1972, 154.

27 BGH, GmbHR 1981, 191 = WM 1981, 440; zur Vergabe eines unbesicherten Darlehens über 3 Mio. DM siehe LG Köln, NJW-RR 2000, 1056.

28 BGHZ 152, 280 = ZInsO 2003, 29 = ZInsO 2007, 1152 = ZIP 2002, 2314 = NJW 2003, 358.

29 BGH, ZIP 2008, 1675 = NJW 2008, 3361.

- ein Beratervertrag wird mit einer dafür nicht qualifizierten Person (Rechtsreferendar) abgeschlossen,<sup>30</sup>
- Verzicht auf realisierbare Forderungen und vorzeitige Bedienung von Forderungen,<sup>31</sup> Bezahlen von Rechnungen ohne Prüfung, ob die Forderung berechtigt ist,<sup>32</sup> Verjährenlassen von (Einlage-)Forderungen,<sup>33</sup>
- unentgeltliche Heranziehung von Angestellten der Gesellschaft für private Bauarbeiten,<sup>34</sup> Möblierung einer Privatwohnung auf Firmenkosten,<sup>35</sup> Verwendung einer Firmenkreditkarte für private Zwecke<sup>36</sup> sowie das Ausnutzen einer Geschäftschance für eigene Zwecke,<sup>37</sup>
- Verkauf<sup>38</sup> oder Kauf<sup>39</sup> von Gesellschaftsgrundstücken oder Abschluss von Geschäften über einem bestimmten Volumen<sup>40</sup> ohne den notwendigen Gesellschafterbeschluss,
- Abschluss von Geschäften, die dem Gesellschaftszweck widersprechen bzw. gegen eine gesetzliche Bestimmung verstoßen,<sup>41</sup>
- Stellen eines Insolvenzantrags bei drohender Zahlungsunfähigkeit ohne den erforderlichen Gesellschafterbeschluss,<sup>42</sup>
- Nicht-Verhindern von Pflichtverstößen eines Mitgeschäftsführers.<sup>43</sup>

In all diesen Fällen beeinträchtigt der Geschäftsführer in erster Linie die Vermögensinteressen der Gesellschafter, deren Beteiligung an der GmbH mit jedem Verlust an Wert verliert. Deshalb scheidet eine Haftung des Geschäftsführers – soweit nicht ausnahmsweise auch Gläubigerinteressen geschützt werden (dazu unten 2. und 6.) – aus, wenn der Geschäftsführer bei der in Rede stehenden Maßnahme mit Einverständnis oder auf **Weisung der Gesellschafter** handelt;<sup>44</sup> durch ihr – ggf. stillschweigendes – Einverständnis verzichten die Gesellschafter gleichsam auf den Schutz des § 43 Abs. 2 Satz 1 GmbHG.

Diese Wertung des § 43 Abs. 2 GmbHG gilt auch in Sonderkonstellationen: Nach BGHZ 197, 303 haftet der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH gegenüber der KG analog § 43 Abs. 2 GmbHG für Pflichtverletzungen. Dies gilt aber dann nicht, wenn entweder die Gesellschafter der Komplementär-GmbH oder sämtliche Gesellschafter der KG ihr Einverständnis zur Handlung des Geschäftsführers erteilt haben.<sup>45</sup> Besteht eine Treuhand am Gesellschaftsanteil, sollte auch das Einverständnis oder die Weisung des Treugebers den Geschäftsführer entlasten, weil letztlich über die Treuhandenschaft nur die Vermögensinteressen des Treugebers betroffen sind.<sup>46</sup> Die Beweislast für das Vorliegen einer entsprechenden Weisung oder eines Einverständnisses trifft allerdings generell den Geschäftsführer.<sup>47</sup>

Nach den gleichen Grundsätzen entfällt eine Haftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG im Grundsatz auch dann, wenn der **Geschäftsführer zugleich Alleingesellschafter** der GmbH ist.<sup>48</sup> Bei einer solchen Personalunion handelt der Geschäftsführer nämlich notwendig mit Zustimmung des Gesellschafters bzw. führt seine eigenen Weisungen aus.

Für die Praxis hat dies zur Konsequenz, dass Ansprüche aufgrund einer Sorgfaltspflichtverletzung nach § 43 Abs. 2

GmbHG oftmals nicht bestehen, denn sehr häufig ist der Geschäftsführer zugleich Alleingesellschafter oder es liegt ein – zumindest stillschweigendes – Einverständnis der (Mit-)Gesellschafter vor.

Die Geschäftsführerhaftung ist auch dann ausgeschlossen, wenn zwischenzeitlich ein neuer Geschäftsführer bestellt wurde und dieser „Versäumnisse“ seines Vorgängers aufdeckt: Solange das auf die angeblichen „Versäumnisse“ bezogene Han-

30 BGH, ZIP 1997, 199 = NJW 1997, 741.

31 OLG Koblenz, GmbHR 1999, 1201.

32 OLG Brandenburg, NZG 2001, 756.

33 LG Wiesbaden, ZIP 2013, 2060: offengelassen wurde, ob eine spätere Zahlung auf eine verjäherte Einlageforderung schadensmindernd berücksichtigt werden kann, da jene im konkreten Fall als Darlehen an eine insolvenzreife Gesellschaft weitergegeben wurde und jener Darlehensrückzahlungsanspruch jedenfalls wertlos war und somit einen Schaden darstellte.

34 BGH, WM 1976, 77 = NJW 1976, 797.

35 OLG Naumburg, NZG 1999, 353.

36 OLG Brandenburg, GmbHR 2007, 874.

37 Für eine GbR BGH, WM 2013, 320 = ZIP 2013, 361 (Rn. 21).

38 BGH, WM 2008, 1453 = DStR 2008, 1599.

39 BGH, ZIP 1996, 2164 = NJW 1997, 314.

40 KG, GmbHR 2005, 477 m. Anm. *Brötzmann*.

41 BGH, WM 2013, 456 = ZIP 2013, 455 (Rn. 16): Eine AG, deren Zweck das Betreiben einer Hypothekenbank war, durfte bis zum 30.6.2002 keine Zinsderivatgeschäfte abschließen, die nicht der Sicherung eines Hauptgeschäfts dienten, da diese vom Unternehmensgegenstand nicht gedeckte Spekulationsgeschäfte darstellten.

42 OLG München, ZIP 2013, 1121, 1122 ff. mit Hinweis darauf, dass das Stellen des Insolvenzantrags keine unternehmerische Entscheidung ist und daher nicht auf die *business judgement rule* zurückgegriffen werden kann.

43 OLG München, ZIP 2016, 621, 622 (Leitsatz 1 und juris-Rn. 89).

44 BGH, ZIP 2000, 135 = NJW 2000, 576; BGH, ZIP 2000, 493 = NJW 2000, 1571; BGH, ZIP 2003, 945 = DB 2003, 1107 (Ziff. I 1 der Gründe); *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 43 Rn. 33; siehe auch *Scholz/U. H. Schneider*, GmbHG, Bd. II, 11. Aufl. 2014, § 43 Rn. 119 ff.

45 BGHZ 197, 304 = ZInsO 2013, 1753 = WM 2013, 1648 = ZIP 2013, 1712 (Rn. 33) mit der Einschränkung, dass die Weisung der GmbH-Gesellschafter nicht erkennbar ungesetzlich oder wegen bewusster Schädigung der Kommanditgesellschaft sittenwidrig sein darf; vgl. auch BGH, ZInsO 2015, 356 = WM 2015, 333 = ZIP 2015, 322 (Rn. 15).

46 Zur Gleichstellung der Weisungen des Hintermanns mit den Weisungen eines Gesellschafters siehe BGHZ 31, 258, 278 f.; für eine auf den Fall einer Einbindung des Geschäftsführers in das Treuhandverhältnis beschränkte Entlastung Hachenburg/*Mertens*, GmbHG, Bd. 2, 8. Aufl. 1997, § 43 Rn. 73; *Paefgen*, in: Ulmer (Fn. 19), § 43 Rn. 223; *Rowedder/Koppensteiner/Gruber*, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 43 Rn. 29; unklar *Fleck*, GmbHR 1974, 224, 226; gänzlich a.A. OLG Frankfurt, GmbHR 2009, 317, 319. Die fehlende Weisungsbindung des Geschäftsführers gegenüber einem Treugeber (vgl. *Ziemons*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43 Rn. 98 m.w.N.) hindert jedenfalls die Entlastung bei Befolgung nicht. Im Urteil des LG München II, ZIP 2017, 1668 ließ das Gericht das Einverständnis des formalen Gesellschafters (Treuhand) ausreichen und fragte nicht nach dem Einverständnis des Treugebers.

47 BGHZ 176, 204, 221 = ZIP 2008, 1232, 1237 = NJW 2008, 2437 (Rn. 39) = ZInsO 2008, 758 (nur Leitsätze) – „Gamma“.

48 BGHZ 119, 257 = ZIP 1992, 1734 = NJW 1993, 193; BGHZ 122, 333 = ZIP 1993, 917 = NJW 1993, 1922 (Ziff. I 1 der Gründe); BGHZ 142, 92 = ZIP 1999, 1352 = NJW 1999, 2817 (Leitsatz 2 und Ziff. I 2 c der Gründe); BGH, ZIP 2000, 493 = NJW 2000, 1571; BGH, ZIP 2009, 2335 = ZInsO 2009, 2304 = NJW 2010, 64; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 43 Rn. 33; siehe auch BGH, ZIP 2008, 308 (Rn. 15): kein Wettbewerbsverbot des Alleingesellschafters, wenn Gläubigerinteressen nicht betroffen sind; BGH, ZInsO 2017, 546 = WM 2017, 486 = ZIP 2015, 582 (Rn. 15): Keine Pflicht zur Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen bei Alleingesellschafter-Geschäftsführer; nach BGH, ZIP 2017, 2295, 2296 (Rn. 25) schließt auch die Zustimmung/Weisung eines über eine zwischengeschaltete Gesellschaft verbundenen nur mittelbaren Alleingesellschafters die Haftung aus.

deln des Geschäftsführers mit Duldung der Gesellschafter erfolgt ist, besteht – von der Ausnahme des § 43 Abs. 3 GmbHG (dazu unten 2.) und der Haftung in (vorläufiger) Eigenverwaltung (dazu unten 6.) abgesehen – kein Anspruch gegen den Geschäftsführer, der von seinem Nachfolger oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden könnte.<sup>49</sup>

Sehr deutlich wird dies in der Entscheidung BGHZ 142, 92, in der es um ein Golfplatzprojekt ging:<sup>50</sup> Die beklagten Altgeschäftsführer, die z.Zt. ihrer Geschäftsführereigenschaft maßgebliche Gesellschafter der später gegen sie klagenden GmbH waren,<sup>51</sup> hatten veranlasst, dass ein Ablösebetrag von 100.000 DM an eine von ihnen beherrschte Gesellschaft sowie 300.000 DM Honorar für die Entwicklung des Golfplatzprojekts an einen Dritten gezahlt wurden. Nachdem sie ihre Anteile an der GmbH veräußert hatten und ein neuer Geschäftsführer bestellt war, erhob dieser namens der GmbH Klage gegen die Altgeschäftsführer mit der Behauptung, den geleisteten Zahlungen hätten keine (gleichwertigen) Gegenleistungen gegenüber gestanden. Sie seien daher sorgfaltswidrig i.S.v. § 43 Abs. 2 GmbHG. Mit Recht wies der BGH die Klage ab, weil der Vermögensabfluss, selbst wenn ihm keine (ausreichende) Gegenleistung gegenüberstand, im Hinblick auf das Einverständnis der Altgesellschafter nicht pflichtwidrig war. Für einen Eingriff in das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen (§ 30 GmbHG) war nichts vorgetragen.

Zwar benennt § 43 Abs. 2 GmbHG „die Gesellschaft“ als Anspruchsberechtigte. Gleichwohl lässt sich aus dieser Vorschrift **kein eigenständiges Gesellschaftsinteresse** ableiten, welches unabhängig vom Interesse der Gesellschafter an einer sorgfältigen Verwaltung ihres Vermögens geschützt würde. Die Inanspruchnahme des *Geschäftsführers* im Interesse der Gesellschaft selbst ist also ausgeschlossen, ebenso wie auch der *Gesellschafter* nach richtiger Ansicht keiner Haftung im „Gesellschaftsinteresse“ unterliegt.<sup>52</sup>

Keine vom Gesellschafterwillen unabhängige Haftung lässt sich auch aus der Sonderregelung in § 49 Abs. 3 GmbHG herleiten, die den Geschäftsführer zur Einberufung der Gesellschafterversammlung verpflichtet, wenn sich aus der Jahresbilanz oder aus einer im Verlauf des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist. Insoweit geht es nur um ein Krisensignal an die Gesellschafter,<sup>53</sup> dessen pflichtwidrige Unterlassung den Geschäftsführer gem. § 43 Abs. 2 GmbHG zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, der durch rechtzeitige Beschlussfassung der Gesellschafter hätte vermieden werden können.<sup>54</sup> Handelt der Geschäftsführer im Einverständnis oder in Personalunion mit dem Gesellschafter, ist auch der auf die Verletzung des § 49 Abs. 3 GmbHG gestützte Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG ausgeschlossen. Ebenso wenig kommt eine Direkthaftung gegenüber den Gläubigern gem. § 823 Abs. 2 BGB in Betracht.<sup>55</sup>

Spätestens eine **Entlastung** am Ende des Geschäftsjahres durch die Gesellschafter führt dazu, dass Ansprüche gegen den Ge-

schäftsführer nicht mehr geltend gemacht werden können, soweit der zugrunde liegende Sachverhalt den Gesellschaftern z.Zt. der Fassung des Entlastungsbeschlusses bekannt oder jedenfalls aufgrund der Rechenschaftslegung sowie aus den ihnen zugänglich gemachten Unterlagen erkennbar war.<sup>56</sup> Sind jedoch Gesellschafter-Geschäftsführer vorhanden, ist darauf zu achten, dass diese nach § 47 Abs. 4 Satz 1 GmbHG bei der Abstimmung zu ihrer eigenen Entlastung nicht mitwirken dürfen.<sup>57</sup>

## 2. Haftung im Interesse der Gläubiger

Steht die Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG nach den vorgenannten Grundsätzen im Regelfall zur Disposition der Gesellschafter, ist die Grenze der Gesellschafterbefugnisse allerdings erreicht, sobald der Geschäftsführer gegen die in § 43 Abs. 3 GmbHG normierten, dem Gläubigerschutz dienenden Regelungen verstößt.<sup>58</sup>

### a) Verletzung der Stammkapitalerhaltungspflicht

Nach dieser Vorschrift ist der Geschäftsführer der Gesellschaft insbesondere dann zum Ersatz verpflichtet, wenn er der Bestimmung des § 30 GmbHG zuwider Zahlungen an die Gesellschafter aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen leistet, ferner wenn er entgegen § 33 GmbHG eigene Anteile erwirbt. Die erste Alternative des Verstoßes gegen § 30 GmbHG dürfte in vielen Insolvenzverfahren relevant werden, weil oftmals die Gesellschafter, insbesondere wenn sie zugleich Geschäftsführer sind, im Vorfeld der Insolvenz den Versuch unternehmen, das noch vorhandene Restvermögen aus der Gesellschaft herauszuziehen.

Gem. § 43 Abs. 3 GmbHG ist es dem Geschäftsführer verboten, Aktivvermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter herauszugeben, wenn und soweit dadurch eine Unterbilanz herbeigeführt oder noch weiter vertieft wird. In diesem Fall wird der Geschäftsführer im Interesse der Gläubiger gem. § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG mit in die Pflicht genommen,

49 Siehe schon *Fleck*, GmbHR 1974, 224, 226.

50 BGHZ 142, 92 = ZIP 1999, 1352 = NJW 1999, 2817.

51 Sie hielten im konkreten Fall 50 % der GmbH-Anteile unmittelbar, weitere 50 % über eine zweite GmbH.

52 Zu Letzterem eingehend *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 304 ff. m.N. zur insoweit übereinstimmenden Rspr. und früher h.L.; diese verliert allerdings in jüngerer Zeit an Zuspruch (vgl. die Nachw. bei *Hueck/Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* [Fn. 25], § 13 Rn. 54 in Fn. 229; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. I, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 121 mit Kritik Rn. 54 und 125).

53 *Scholz/Seibt* (Fn. 44), § 49 Rn. 23, 35 m.w.N.

54 *Scholz/Seibt* (Fn. 44), § 49 Rn. 35 unter Hinweis auf die schwere Beweisbarkeit.

55 So die ganz h.M.; vgl. *Scholz/Seibt* (Fn. 44), § 49 Rn. 35 m.w.N.

56 BGHZ 97, 382, 389 = ZIP 1986, 979, 981 = NJW 1986, 2250 (juris-Rn. 13); OLG München, ZIP 2016, 621, 622 (juris-Rn. 72); Details bei *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 46 Rn. 41 ff.

57 Vgl. für die Vorstandsmitglieder der Alleingeschafterin OLG München, ZIP 2016, 621, 622 (juris-Rn. 73); allgemein zum Stimmverbot bei der Entlastung „in eigener Sache“ *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 118.

58 Dazu auch *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 142 ff.; ferner *Paefgen*, in: *Ulmer* (Fn. 19), § 43 Rn. 254 ff.

haftet also neben den Gesellschaftern (§ 31 GmbHG) für die verbotenen Auszahlungen. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, das Vermögen der Gesellschaft bis zur Höhe der Stammkapitalziffer dem Zugriff der Gesellschafter zu entziehen. Damit soll nach Möglichkeit der GmbH ein ihren Bestand schützendes Mindestbetriebsvermögen und ihren Gläubigern eine Befriedigungsreserve gesichert werden.<sup>59</sup>

In der Rechtsfolge ist die Geschäftsführerhaftung bei Verstoß gegen § 43 Abs. 3 GmbHG – ebenso wie diejenige des Gesellschafters aus § 31 GmbHG<sup>60</sup> – nicht auf den Betrag des Stammkapitals beschränkt. Vielmehr müssen erst recht solche Beträge erstattet werden, die noch nach Verbrauch des gesamten Stammkapitals aus dem überschuldeten GmbH-Vermögen geleistet werden. Dabei ist die Haftung des Geschäftsführers – anders als die des Gesellschafters aus § 31 GmbHG – allerdings nicht auf Rückgewähr des ausgezahlten Betrags beschränkt; der Geschäftsführer haftet aus § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG, da die Haftung an § 43 Abs. 2 GmbHG anknüpft, vielmehr auf Schadensersatz und hat folglich auch einen ggf. über den Vermögensabfluss hinausgehenden Schaden der Gesellschaft zu ersetzen.<sup>61</sup>

Entlasten kann sich der Geschäftsführer nicht mit dem Hinweis, er habe auf **Weisung der Gesellschafter** gehandelt. Dies ergibt sich ausdrücklich aus § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG und zudem aus dem Grundsatz, dass der Geschäftsführer gesetzswidrigen Weisungen keine Folge zu leisten hat.<sup>62</sup>

Direkte Ansprüche der Gläubiger gegen den Geschäftsführer bestehen allerdings nicht, denn § 30 GmbHG ist – anders als die Vorschrift zur Insolvenzantragspflicht in § 15a InsO bzgl. der Insolvenzverschleppungshaftung<sup>63</sup> – kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.<sup>64</sup>

## b) Verbot von „Auszahlungen“ an Gesellschafter

Das Gesellschaftsvermögen ist durch § 30 GmbHG nicht in seiner gegenständlichen Zusammensetzung, sondern lediglich in seinem rechnerischen Wert geschützt (sog. bilanzielle Betrachtungsweise). Daher sind Zahlungen i.S.d. § 30 GmbHG Leistungen jeder Art, denen keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht.<sup>65</sup>

Einen Hauptanwendungsfall des § 30 GmbHG bilden **verdeckte Zuwendungen** (auch als „verdeckte Gewinnausschüttungen“ bezeichnet), die insbesondere bei Austauschgeschäften zwischen Gesellschaft und Gesellschafter zu unangemessenen Konditionen in Betracht kommen. Regelmäßig fehlt es dann an einer ausgleichenden Gegenleistung.<sup>66</sup>

### Beispiel:

*Die GmbH verkauft und übereignet einen Pkw im Wert von 15.000 € für nur 10.000 € an ihren Gesellschafter. Hier liegt i.H.v. 5.000 € eine verdeckte Zuwendung vor, die bei bestehender Unterbilanz gegen § 30 GmbHG verstößt.*

Bei der Bestimmung des Werts der ausgetauschten Leistungen kommt es nicht auf den Buchwert, sondern den tatsächlichen Wert an, der insbesondere bei Grundstücken aufgrund

der dort häufigen sog. „stillen Reserven“ deutlich höher liegen kann. Nach bilanziellen Grundsätzen wird also nur bestimmt, ob das Stammkapital z.Zt. der Leistung gedeckt ist, während für den Vermögensabfluss selbst auf den Verkehrswert abzustellen ist.<sup>67</sup>

Relevante Rückzahlungen sind ferner in folgenden Fällen zu sehen: (1) die Tilgung von Gesellschafterschulden bei einem Dritten,<sup>68</sup> (2) die Bestellung dinglicher Sicherheiten der Gesellschaft für (Darlehens-)Schulden des Gesellschafters bei Dritten, wenn der Freistellungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter nicht vollwertig i.S.v. § 30 Abs. 1 Satz 2, Alt. 2 GmbHG ist,<sup>69</sup> (3) der Verzicht auf Forderungen gegen den Gesellschafter,<sup>70</sup> (4) die Weggabe von Vermögenswerten zugunsten eines dem Gesellschafter nahestehenden Dritten (verbundenes Unternehmen, Familienangehörige).<sup>71</sup>

Voraussetzung für den Verstoß gegen § 43 Abs. 3 GmbHG ist aber in jedem Fall, dass i.S.v. § 30 GmbHG ein **Vermögensfluss von der GmbH zu einem Gesellschafter** festzustellen ist. Keine Haftung des Geschäftsführers tritt deshalb ein, wenn aus dem Vermögen der GmbH Geld an Dritte weggegeben wird,<sup>72</sup> die mit dem Gesellschafter nicht verbunden sind, etwa im Rahmen einer Sportförderung oder einer karitativen Spende.

59 BGHZ 157, 72, 75 f. = ZIP 2004, 263 (Ziff. II 2 c bb der Gründe).

60 BGH, NJW 1990, 1730, 1732; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 37 III 1 d (S. 1134 ff.); *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 231 f. mit Beispiel; dazu auch *Bitter* (Fn. 52), S. 233 f.

61 Dazu Scholz/U. H. Schneider (Fn. 44), § 43 Rn. 275 m.w.N.

62 Dazu auch Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider (Fn. 44), § 37 Rn. 61; Scholz/U. H. Schneider (Fn. 44), § 43 Rn. 78, 122, 200, 271; *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 142.

63 Dazu unten Ziff. C. I. 3. b) gg).

64 BGHZ 110, 342, 359 f. = ZIP 1990, 578 (Leitsatz 2 und Ziff. III der Gründe); das Gleiche gilt nach h.M. für § 43 GmbHG (vgl. Fn. 965).

65 Details zu §§ 30, 31 GmbHG bei *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 226 ff. mit Beispielen.

66 Dazu *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 233 f. mit Beispiel; ausführlich *Bitter* (Fn. 52), S. 234 ff.; zum Gesellschafterschutz bei derartigen „verdeckten Gewinnausschüttungen“ siehe *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 249 f. mit Fall Nr. 20 – ITT; ausführlich *Bitter*, ZHR 164 (2004), 302 ff.

67 Vgl. *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 229, 235; *Habersack*, in: Ulmer (Fn. 19), § 30 Rn. 48 m.w.N.

68 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 30 Rn. 25 m.N. zur Rspr.

69 Dazu *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 243a mit Hinweis auf BGH, ZInsO 2017, 1112 = WM 2017, 945 = ZIP 2017, 971 (Leitsatz 1), für BGHZ vorgesehen; zur AG zuvor schon BGH, ZInsO 2017, 597 = ZIP 2017, 472 (Leitsatz 1), für BGHZ vorgesehen. Der relevante Zeitpunkt zur Bestimmung der Werthaltigkeit des Freistellungsanspruchs war lange Zeit unklar. Stellte man nur auf den Zeitpunkt der Verwertung der Sicherheit ab, wäre der Aufwendungsersatzanspruch regelmäßig wertlos und die Sicherheitenbestellung mangels Gegenleistung regelmäßig ein Verstoß gegen § 30 GmbHG gewesen. Dem widersprach der BGH nun, lockerte den Gläubigerschutz und erklärt den Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt. Damit bleiben sog. „Leveraged Buyouts“ und Akquisitionsfinanzierungen durch Sicherheitenstellung der Tochter möglich, wenn die Mutter im relevanten Zeitpunkt solvent ist. Den Geschäftsführer trifft aber eine Pflicht, die Bonität der Muttergesellschaft fortlaufend zu prüfen; vgl. dazu ausführlich *Altmeyden*, ZIP 2017, 1977; *Paefgen*, in: Ulmer (Fn. 19), § 43 Rn. 258.

70 Siehe dazu BGH, ZInsO 2017, 1112 = WM 2017, 945 = ZIP 2017, 971 (Rn. 23).

71 Zur Anwendbarkeit des § 30 GmbHG bei Leistungen an verbundene Dritte siehe *Habersack*, in: Ulmer (Fn. 19), § 30 Rn. 71.

72 *Paefgen*, in: Ulmer (Fn. 19), § 43 Rn. 260.

Ebenfalls nicht durch § 43 Abs. 3 GmbHG sanktioniert ist die Belastung der GmbH mit Ansprüchen Dritter, wie ein sehr aufschlussreicher Fall des BGH aus dem Jahr 2000 zeigt.<sup>73</sup> Der beklagte Geschäftsführer war zugleich Gesellschafter einer GmbH, die sich mit Kapitalanlageberatung befusste. In seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der GmbH hatte er den Kläger fehlerhaft beraten, woraufhin dieser erfolgreich gegen die GmbH einen Titel auf Schadensersatz erlangt hatte. Da die GmbH den Schadensersatzanspruch nicht erfüllen konnte, kam der Kläger auf die Idee, aufgrund seines Titels gegen die GmbH einen der GmbH gegen den Geschäftsführer zustehenden Anspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG zu pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen. Er machte sodann gegenüber dem Geschäftsführer geltend, dieser habe mit der fehlerhaften Beratung zugleich auch seine Sorgfaltspflichten gegenüber der GmbH verletzt, indem er sie mit dem Schadensersatzanspruch aus fehlerhafter Kapitalanlageberatung belastet habe.

Mit Recht wies der BGH die Klage ab. Die Fehlberatung hatte zwar einen Anspruch des Klägers gegen die GmbH, nicht aber einen Anspruch der GmbH gegen den Geschäftsführer ausgelöst, weil dieser in Personalunion und folglich im Einverständnis mit dem Gesellschafter handelte. Der Ausnahmefall des § 43 Abs. 3 GmbHG lag nicht vor, weil keine Auszahlung an den Gesellschafter erfolgte, sondern allein die GmbH mit einem Anspruch belastet wurde.

Würde man anders entscheiden, könnte die Haftungsbeschränkung des § 13 Abs. 2 GmbHG allzu leicht ausgehebelt werden, indem jeweils bei Ausfall eines Gläubigers in der Insolvenz der GmbH an die Belastung dieser Gesellschaft mit einem Anspruch des Gläubigers angeknüpft und der Gesellschafter-Geschäftsführer über die Pfändung des Anspruchs aus § 43 Abs. 2 GmbHG voll in die Haftung genommen würde.

Zu beachten ist allerdings, dass diese Grundsätze eben nur bei Personalunion oder einverständlichem Handeln mit den Gesellschaftern gelten. Hätte es sich in dem Kapitalanlagefall um einen Fremdgeschäftsführer gehandelt, käme durchaus ein Anspruch der GmbH aus § 43 Abs. 2 GmbHG in Betracht, weil der Geschäftsführer durch die Belastung der GmbH mit dem Schadensersatzanspruch die durch § 43 Abs. 2 GmbHG geschützten Vermögensinteressen der – von ihm personenverschiedenen – Gesellschafter verletzt hätte.

Insgesamt andere Grundsätze gelten – wie später zu zeigen sein wird – in der (vorläufigen) Eigenverwaltung, in der auch im *Gläubigerinteresse* ein nicht zur Disposition der Gesellschafter stehender Anspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer in Betracht kommen kann, wenn dieser für eine Belastung der Gesellschaft mit einem Schadensersatzanspruch eines Gläubigers verantwortlich ist.<sup>74</sup>

### c) Entfallen des Beschlusserfordernisses aus § 46 Nr. 8 GmbHG

Da die Gesellschafterversammlung das oberste Organ der GmbH ist, bedarf es zur Durchsetzung des Anspruchs gegen den Geschäftsführer aus § 43 GmbHG im Grundsatz nach

§ 46 Nr. 8 GmbHG eines Gesellschafterbeschlusses. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass ein Geschäftsführer gegen den Willen der Gesellschaftermehrheit in Anspruch genommen und dadurch ggf. das Verhältnis zwischen den „Eigentümern der Gesellschaft“ und ihrem „Vermögensverwalter“ zerstört wird. Ferner soll die mit der Inanspruchnahme des Geschäftsführers wegen Pflichtverletzung verbundene Offenlegung innerer Gesellschaftsverhältnisse nicht dem Ansehen und Kredit der Gesellschaft schaden.<sup>75</sup>

Diese dem Schutz der Gesellschaft dienenden Grundsätze treten allerdings hinter den Befriedigungsinteressen der Gesellschaftsgläubiger zurück, wenn der Geschäftsführer nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommen wird<sup>76</sup> oder ein pfändender Gläubiger sich den Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer nach §§ 829, 835 ZPO zur Einziehung überweisen lässt,<sup>77</sup> insbesondere in der masselosen Liquidation.<sup>78</sup> In derartigen Fällen bedarf es keines Gesellschafterbeschlusses, um die Haftung des Geschäftsführers realisieren zu können.

### 3. Abgrenzung zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteresse

Die Möglichkeit, in der Insolvenz der Gesellschaft einen Geschäftsführer erfolgreich nach § 43 GmbHG in Anspruch nehmen zu können, ist nach den vorgenannten Grundsätzen davon abhängig, ob im konkreten Einzelfall allein die Gesellschafterinteressen oder die nach Abs. 3 der Vorschrift ausnahmsweise geschützten Gläubigerinteressen betroffen sind. Da die Abgrenzung sehr wichtig ist, soll sie anhand einiger Beispiele noch einmal ergänzend erläutert werden.<sup>79</sup>

#### *Beispiel 1:*

*Die fußballbegeisterten Gesellschafter der Bau-GmbH weisen den Geschäftsführer an, für den heimischen Fußballclub kostenlos ein Vereinsheim zu bauen. Für den dadurch bei der GmbH eintretenden Vermögensverlust haftet der Geschäftsführer bei Befolgung der Weisung grds. nicht, weil der Verlust der GmbH in aller Regel allein auf Kosten des in der Gesellschaft gebundenen Vermögens der Gesellschafter geht.*

Eine Weisung ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung (§ 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG) aber nicht entlastend, wenn der Geschäftsführer entgegen § 30 GmbHG Zahlungen an die Gesellschafter erbringt. Dazu das

73 BGH, NJW 2000, 1571 = NZI 2000, 212.

74 Dazu unten Ziff. B. I. 6. b) aa) bei Fn. 153 ff.

75 BGHZ 28, 355, 357; BGH, ZInsO 2004, 1203 = ZIP 2004, 1708 = NJW-RR 2004, 1408 (Ziff. II 2 b der Gründe).

76 BGH, ZInsO 2004, 1203 = ZIP 2004, 1708; hierzu Karsten Schmidt, KTS 2005, 261, 265.

77 Scholz/U. H. Schneider (Fn. 44), § 43 Rn. 291; Scholz/Karsten Schmidt (Fn. 44), § 46 Rn. 152.

78 BGH, ZInsO 2004, 1203 = ZIP 2004, 1708; hierzu Karsten Schmidt, KTS 2005, 261, 265.

79 Siehe dazu auch schon Bitter/Heim, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 145.

**Beispiel 2:**

*Die Gesellschafter der Bau-GmbH weisen den Geschäftsführer an, auf einem Grundstück der Gesellschafter kostenlos ein Haus zu errichten. Da die Bauleistung eine „Zahlung“ an die Gesellschafter darstellt, haftet der Geschäftsführer für den dadurch eintretenden Vermögensabfluss bei der GmbH trotz der Weisung, wenn sich die GmbH zum Zeitpunkt der Bauleistung in einer Unterbilanz befand, also i.S.d. § 30 GmbHG das Stammkapital angetastet wird. Im Bereich der Erhaltung des Stammkapitals fehlt nämlich die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter.*

Umstritten ist, ob eine Weisung der Gesellschafter ganz generell keine Ausschlusswirkung für die Geschäftsführerhaftung hat, wenn der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird. Teilweise wird vertreten, § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG sei, um einen weitergehenden Gläubigerschutz sicherzustellen, auch auf die gewöhnliche Geschäftsführerhaftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG zu übertragen und somit gewissermaßen als ein selbstständiger Abs. 5 zu lesen.<sup>80</sup> Die Rechtsprechung hatte sich dieser Auffassung zunächst angeschlossen,<sup>81</sup> sodann aber zu Recht entschieden, die Geschäftsführerhaftung außerhalb des § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG im Grundsatz der Disposition der Gesellschafter zu überlassen.<sup>82</sup> Die Wirkung zeigt sich im

**Beispiel 3:**

*Kommt es im Fall der fußballbegeisterten Gesellschafter, die das Vereinsheim auf Kosten der GmbH bauen lassen (Beispiel 1), später zu einer Insolvenz der GmbH und wäre folglich der Ausgleich des eingetretenen Vermögensverlustes zur Befriedigung der GmbH-Gläubiger erforderlich, entlastet die Gesellschafterweisung den Geschäftsführer nach der neueren Rechtsprechung gleichwohl, weil § 43 Abs. 3 GmbHG nicht eingreift. Die Vermögensverschiebung erfolgte nicht zugunsten der Gesellschafter und fällt damit nicht unter § 30 GmbHG.<sup>83</sup>*

Eine Ausnahme hat der BGH allerdings in seinem Urteil „Bremer Vulkan“ für solche Fälle anerkannt, in denen die Weisung des Gesellschafters zur Existenzvernichtung der GmbH führt. Dann kommt nicht nur die später noch darzustellende persönliche Haftung der Gesellschafter in Betracht;<sup>84</sup> vielmehr wird insoweit auch dem Geschäftsführer ein nicht zur Disposition der Gesellschafter stehendes Pflichtprogramm auferlegt.<sup>85</sup>

**4. Verschulden**

Die Haftung des Geschäftsführers setzt in jedem Fall Verschulden voraus, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit i.S.v. § 276 BGB. Die Haftung entfällt also, soweit der Geschäftsführer die Verletzung seiner Geschäftsführerpflichten (Abs. 2) oder die rechtswidrige Auszahlung (Abs. 3) nicht zu vertreten hat. Die GmbH muss dabei im Prozess nur darlegen und beweisen, dass und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist, wobei ihr die Erleichterungen des § 287 ZPO zugutekommen können; hingegen hat der Geschäftsführer

darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass er seinen Sorgfaltspflichten gem. § 43 Abs. 1 GmbHG nachgekommen ist oder ihn kein Verschulden trifft, oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.<sup>86</sup> Denkbar ist ferner die Einwendung, im Rahmen mehrerer unzulässiger (Spekulations-)Geschäfte sei der durch einzelne Geschäfte entstandene Schaden durch andere Geschäfte ausgeglichen worden.<sup>87</sup>

Für die Haftung des Geschäftsführers gilt der objektive Verschuldensbegriff: Der Geschäftsführer kann sich gegenüber einem Anspruch aus § 43 Abs. 2, 3 GmbHG nicht auf Unerfahrenheit, Alter, mangelnde Sachkenntnis, Überarbeitung oder schlechte Ausbildung berufen. Sein Verschulden ist dann gleichsam vorverlagert; ihn trifft ein Übernahmeverschulden. Wer nicht über die nötige Kompetenz verfügt, darf das Amt des Geschäftsführers nicht übernehmen. Der Geschäftsführer kann sich auch nicht damit entlasten, er sei von den Gesellschaftern schlecht ausgesucht worden.<sup>88</sup> Hinsichtlich des Verschuldens ist also darauf abzustellen, was von einem Geschäftsführer in der jeweiligen Situation objektiv erwartet werden durfte, ohne Rücksicht darauf, ob er nach seinen individuellen Fähigkeiten, Kräften, Erfahrungen und Kenntnissen die objektiv gebotene Sorgfalt erkennen und erbringen konnte. So haftet er z.B. auch für Rechtsirrtümer, es sei denn, er kann beweisen, dass er sich fachlich qualifizierten Rat eingeholt<sup>89</sup> und diesen auf Plausibili-

80 Vgl. die ausführliche Darstellung der Problematik und des Meinungsstandes bei *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen (Fn. 14), § 43 Rn. 125 ff.

81 BGH, NJW 2000, 576 bezüglich der parallelen Frage der Zulässigkeit einer Abkürzung der Verjährungsfrist.

82 Vgl. zu den parallelen Fragen des Verzichts auf den Schadensersatzanspruch bzw. der Verkürzung der Verjährung BGH, ZIP 2002, 2128, 2130 = NJW 2002, 3777; BGH, ZIP 2003, 945, 946 (Ziff. 1 2 a der Gründe); BGH, ZIP 2008, 736, 738 (Rn. 11); zustimmend *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 43 Rn. 34; *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 144.

83 Anderes würde gelten, wenn mit der (Direkt-)Leistung der GmbH an den Fußballclub nur ein Leistungs-dreieck von der GmbH an die Gesellschafter und von diesen an den Fußballclub abgekürzt werden soll (vgl. dazu *Scholz/Verse*, [Fn. 52], § 30 Rn. 37 m.w.N.). Eine Leistung (Spende) der GmbH an den Fußballclub ist jedoch nicht immer wirtschaftlich als Leistung (Spende) der Gesellschafter anzusehen.

84 Dazu unten Ziff. B. IV. sowie auch Ziff. C. II. 2. c) zur Durchgriffshaftung bei Unterkapitalisierung.

85 BGHZ 149, 10, 16 = ZInsO 2001, 1051, 1052 f. = ZIP 2001, 1874, 1876 – „Bremer Vulkan“; im Anschluss daran BGH, ZIP 2003, 945, 946 (Ziff. 1 1 der Gründe); zu den Grenzen der Weisungsbefugnis auch *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 43 Rn. 34; *Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider* (Fn. 44), § 37 Rn. 61; *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 44), § 43 Rn. 200.

86 BGHZ 152, 280 = ZInsO 2003, 29 = ZInsO 2007, 1152 = ZIP 2002, 2314; siehe auch BGH, ZIP 2008, 1675, 1676 = NJW 2008, 3361 (Rn. 4); ausführlich zur Verteilung der Beweislast *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 43 Rn. 36 ff.; *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 44), § 43 Rn. 234 ff.; kritisch *Reichert*, ZGR 2017, 671, 678 f.: Ersatzansprüche würden häufig erst geltend gemacht, wenn der Geschäftsführer nicht mehr in der GmbH tätig sei. Er habe dann keinen Zugriff mehr auf relevante Akten und könne sich nur schwer entlasten.

87 BGH, WM 2013, 456 = ZIP 2013, 455 (Rn. 25 ff.).

88 BGH, GmbHR 1981, 191 = WM 1981, 440 (Ziff. 2 c der Gründe); BGH, ZIP 1983, 824 = NJW 1983, 1856; bestätigend BGH, WM 2015, 143 = ZIP 2015, 166 (Rn. 22).

89 Zu den Anforderungen des Einholens von Rat siehe BGH, WM 2015, 1197 = ZIP 2015, 1220 (Rn. 30 ff.) m.w.N.; siehe auch LG Wiesbaden, ZIP 2013, 2060, 2061 (juris-Rn. 17 f.).

tät kontrolliert hat.<sup>90</sup> Dies folgt daraus, dass an den Geschäftsführer als Verwalter fremden Vermögens allgemein gesteigerte Anforderungen zu stellen sind.<sup>91</sup> Hat ein Mitgeschäftsführer ebenfalls seine Pflichten verletzt oder ein Aufsichtsrat bzw. die Gesellschafterversammlung den Geschäftsführer nicht ausreichend überwacht, kommt eine Anspruchskürzung nach § 254 BGB im Hinblick auf das Mitverschulden der anderen Organe nicht in Betracht, weil jedes Organ für die Erfüllung seiner Pflichten im Rahmen seines gesetzlichen und satzungsmäßigen Geschäftsbereichs selbstständig verantwortlich ist.<sup>92</sup>

## 5. Haftung des faktischen Geschäftsführers

Die Haftung des § 43 GmbHG trifft nach h.M. auch den faktischen Geschäftsführer, der ohne Bestellung tatsächlich Geschäftsführerkompetenzen wahrnimmt.<sup>93</sup> Faktischer Geschäftsführer ist nach der Rechtsprechung jedenfalls, wer sowohl betriebsintern als auch

- nach außen anstelle des rechtlichen Geschäftsführers
- mit Einverständnis der Gesellschafter tatsächlich das Sagen hat und
- eine gegenüber dem formellen Geschäftsführer überragende Stellung einnimmt.<sup>94</sup>

Nicht ausreichend ist nach der – in der Literatur freilich höchst umstrittenen<sup>95</sup> – Ansicht des BGH eine allein im Innenverhältnis beherrschende Stellung. Der faktische Geschäftsführer muss vielmehr die **Geschicke der Gesellschaft nach außen hin maßgeblich in die Hand genommen** haben; erforderlich ist ein für außenstehende Dritte erkennbares, üblicherweise der Geschäftsführung zuzurechnendes Handeln.<sup>96</sup>

Hintergrund dieser Forderung ist, dass mit Rücksicht auf die Weisungsbefugnis der Gesellschafter im Innenverhältnis eine Grenzziehung zwischen Weisungen und Handeln als faktisches Organ kaum möglich ist, wenn auf das Unterscheidungskriterium des Handelns nach außen verzichtet wird.<sup>97</sup> Zwar wollen teilweise auch jene Literaturstimmen, die auf das Merkmal des Außenhandelns verzichten, den (Mehrheits-)Gesellschafter nicht als faktischen Geschäftsführer ansehen, selbst wenn er breitflächig und dauerhaft Weisungen erteilt.<sup>98</sup> Die insoweit angebotene Differenzierung nach der Frage, ob der Einfluss innerhalb der Gesellschafterversammlung oder an ihr vorbei erfolgt,<sup>99</sup> kann jedoch kaum überzeugen, weil es insbesondere beim Alleingesellschafter gar keiner „Versammlung“ zur Willensbildung der GmbH bedarf.<sup>100</sup> Zudem ist der Einfluss im Innenverhältnis ganz unabhängig davon, ob vor der Weisung des/der Gesellschafter/s ein (förmlicher) Beschluss gefasst (und ggf. dokumentiert) wurde.

Von einer überragenden Stellung des faktischen gegenüber dem formellen Geschäftsführer ist nach einer strafrechtlichen Entscheidung des BayObLG<sup>101</sup> auszugehen, wenn von den acht klassischen Merkmalen im Kernbereich der Geschäftsführung sechs in der Person des faktischen Geschäftsführers erfüllt sind. Hierzu gehören:

- Bestimmung der Unternehmenspolitik,
- Unternehmensorganisation,

- Einstellung von Mitarbeitern,
- Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern,
- Verhandlung mit Kreditgebern,
- Bestimmung der Gehaltshöhe,
- Entscheidung der Steuerangelegenheiten und
- Steuerung der Buchhaltung.

## 6. Haftung des Geschäftsführers in (vorläufiger) Eigenverwaltung

Die Eigenverwaltung ist ein gesetzliches Insolvenzverfahren, das regelmäßig die Sanierung des Unternehmens zum Ziel hat.<sup>102</sup> Nachdem Insolvenzantrag gestellt wurde, kann zunächst die vorläufige Eigenverwaltung (§ 270a InsO) oder ein Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) angeordnet werden. Die Besonderheit bei diesen Verfahren ist, dass die Verfügungsbefugnis nicht auf einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter übergeht, sondern bei der schuldnerischen Gesellschaft verbleibt, die weiterhin durch den Geschäftsführer vertreten wird.<sup>103</sup> Die Aktivitäten des Schuldners werden durch den (vorläufigen) Sachwalter und den (vorläufigen) Gläubigerausschuss ledig-

90 Bei schwierigen Fragen reicht eine telefonische Auskunft i.d.R. nicht aus; vgl. BGH, ZInsO 2013, 1759 = WM 2013, 1646 = ZIP 2013, 1718 (Rn. 22 f.).

91 Dazu *Paefgen*, in: Ulmer (Fn. 19), § 43 Rn. 166 m.w.N.

92 Im Rahmen eines Urteils zur Stiftung der Grundsätze zur GmbH und AG zusammenfassend und bestätigend BGH, WM 2015, 143 = ZIP 2015, 166 (Rn. 22) m.w.N.

93 BGHZ 148, 167, 169 f. = ZInsO 2001, 908, 909 = ZIP 2001, 1458 = NJW 2001, 3123 (Ziff. II 1 der Gründe); kritisch zur Rechtsfigur des „faktischen Geschäftsführers“ *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 43 Rn. 3; umfassende Darstellung des Meinungsstands bei *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG, Bd. 2, 2. Aufl. 2016, § 43 Rn. 221 ff.

94 Siehe die strafrechtliche Entscheidung BGH, ZInsO 2000, 391, 392 f. = ZIP 2000, 1390, 1391 = NJW 2000, 2285 (juris-Rn. 11); zur faktischen Geschäftsführerstellung gegenüber einem abhängigen Unternehmen siehe BGH, ZInsO 2013, 443 = WM 2013, 266 = ZIP 2013, 313; zu Indizien, die für eine faktische Geschäftsführung sprechen, siehe BGH, ZInsO 2013, 1736 = ZIP 2013, 1519 (Rn. 23 f.).

95 Kritisch *Fleischer*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 93), § 43 Rn. 231 m.N. zum Streitstand; ferner *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 44), § 43 Rn. 28c; zu § 64 GmbHG auch *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe (Hrsg.), GmbHG, Bd. III, 2. Aufl. 2016, § 64 Rn. 40; *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 20; ferner *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG, Bd. III, 11. Aufl. 2015, § 64 Rn. 153 m.w.N.

96 Siehe die zivilrechtliche Entscheidung BGHZ 150, 61 = ZInsO 2002, 582 = NJW 2002, 1803 = WM 2002, 960 (Leitsatz 3) m. Anm. *Bitter*, WuB II C § 13 GmbHG 2.02; zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB auch BGH, ZIP 2005, 1414 = WM 2005, 1606; zur Insolvenzverschleppungshaftung ferner BGH, ZInsO 2005, 878 = ZIP 2005, 1550 = WM 2005, 1706 (Leitsatz 2).

97 So ausdrücklich *Henze*, BB 2002, 1011, 1012.

98 *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 44), § 43 Rn. 28d.

99 So *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 44), § 43 Rn. 28d.

100 Zur Beschlussfassung bei der Einpersonen-GmbH *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 44), § 43 Rn. 69 ff.

101 BayObLGSt 97, 38 = NJW 1997, 1936.

102 Siehe zur Eigenverwaltung auch *Scholz/Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 156 ff.; zu den wesentlichen Voraussetzungen der Eigenverwaltung *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233 f.

103 Siehe dazu *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097.

lich überwacht. Deren Haftung kann aufgrund ihrer beschränkten Pflichten einen ausreichenden Gläubigerschutz regelmäßig nicht gewährleisten.<sup>104</sup> Die Abberufung des Geschäftsführers oder die Beendigung der Eigenverwaltung als weitere Maßnahmen gegen pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsführers<sup>105</sup> helfen der Masse und einzelnen Neugläubigern bei einem Schaden ebenfalls nicht weiter.

Die persönliche Haftung des Geschäftsführers könnte den Gläubigern in dieser Situation den Zugriff auf weiteres – vom Insolvenzschuldner unabhängiges – Vermögen eröffnen.<sup>106</sup> Sie ist gesetzlich allerdings nicht ausdrücklich geregelt<sup>107</sup> und entsprechend umstritten.<sup>108</sup> Bei der Inanspruchnahme des Geschäftsführers ist zwischen Fällen zu unterscheiden, in denen der Masse (d.h. mittelbar allen Altgläubigern zusammen) ein Gesamtschaden entsteht und Fällen, in denen lediglich einzelne Gläubiger geschädigt werden:

### a) Gesamtschaden

Bei der Schädigung aller Gläubiger ist seinerseits im Ansatz eine Differenzierung nach der Frage erforderlich, ob die Masseschmälerung zugleich zu einem bilanziell messbaren Schaden der Gesellschaft geführt hat oder nicht:

Wird ein **einzelner Gläubiger** aus Mitteln der für alle Gläubiger zur Verfügung stehenden Masse **befriedigt**, führt dies zwar bilanziell nicht zu einer Vermögenseinbuße bei der Gesellschaft, weil im Gegenzug zu der Befriedigung des Gläubigers die ihm gegenüber bestehende Verbindlichkeit der Gesellschaft erlischt.<sup>109</sup> Gleichwohl sind die Vermögensinteressen aller übrigen Gläubiger betroffen, wenn – was dem Regelfall entspricht – die Masse nicht zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht. Diese Fälle sind – wie später bei der Diskussion der **Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG** noch darzustellen sein wird –, jedenfalls im Eröffnungsverfahren über jene Haftungsnorm zu erfassen,<sup>110</sup> weshalb die Frage zweitrangig ist, ob in diesen Fällen zugleich auch eine Haftung aus § 43 Abs. 2 InsO begründbar ist.

Demgegenüber entsteht eine in der GmbH **bilanzwirksame Vermögenminderung** und ein daraus folgender Gesamtschaden für alle Gläubiger, wenn etwa Sanierungschancen nicht optimal genutzt, Massegegenstände unter Wert veräußert, Geld zinsungünstig angelegt oder unnötige Zahlungen geleistet werden.<sup>111</sup> Hier kommt eine **Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG** in Betracht, die vom Sachwalter geltend zu machen ist.<sup>112</sup> Problematisch erscheint insoweit jedoch, dass § 43 Abs. 2 GmbHG – wie ausgeführt – im Grundsatz eine die Gesellschafter und nicht die Gläubiger schützende Norm ist, weil die Geschäftsführer das in der GmbH gebundene Vermögen der Gesellschafter verwalten.<sup>113</sup> Eine Auszahlung an die Gesellschafter im Sinne der (allein) gläubigerschützenden Vorschrift des § 43 Abs. 3 GmbHG liegt in den genannten Beispielen jedoch gerade nicht vor. Gleichwohl lässt sich über § 43 Abs. 2 GmbHG eine Haftung des Geschäftsführers für Gesamtschäden begründen, wenn man mit einer verbreiteten Ansicht davon ausgeht, dass die allgemeine Geschäftsführerhaftung **ab Eintritt der materiellen**

**Insolvenz**, ab Insolvenzantragstellung oder jedenfalls ab Insolvenzeröffnung primär dem **Gläubigerschutz** dient.<sup>114</sup>

Wann genau der Pflichtenumschwung stattfindet und welche konkreten Pflichten den Geschäftsführer ab Antragstellung treffen, ist jedoch noch nicht endgültig geklärt.<sup>115</sup> Da im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren noch offen ist, ob es tatsächlich zur Eröffnung eines (Eigenverwaltungs-)Verfahrens kommt, halten *Thole/Brüinkmans* es für verfehlt, wenn in diesem frühen Verfahrensstadium bereits dann von einer Pflichtverletzung gesprochen wird, wenn der Geschäftsführer *auch* Ziele der Gesellschafter (statt ausschließlich die Interessen der Gläubiger) verfolge.<sup>116</sup> Allerdings müsse der Geschäftsführer jedenfalls das Gläubigerinteresse im Blick haben.<sup>117</sup> *Haas* erklärt hingegen, dass im Verfahren nach §§ 270a, b InsO *allein* das Gläubigerinteresse maßgebend sei.<sup>118</sup> Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass diese Verfahren nur angeordnet werden dürften, wenn sie nicht offensichtlich aussichtslos seien; Letzteres sei i.d.R. der Fall, wenn Nachteile für die Gläubiger drohten, z.B. weil eine Insolvenzverschleppung vorliege, Insolvenzdelikte begangen wurden oder der Schuldner in der Vergangenheit absichtlich zum Nachteil der Gläubiger agiert habe.<sup>119</sup> Außerdem habe das Gericht im weiteren Verlauf des Verfahrens beständig zu prüfen, ob sich die Entscheidungsgrundlagen geändert hätten und auch der vorläufige Sachwalter müsse die Gläubigerinteressen wahren (§ 270a Abs. 1 Satz 2

104 *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 333; *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559 m.w.N. in Fn. 5; ausführlich *Schaal*, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, 2017, S. 19 ff., S. 43 f.

105 Darauf hinweisend *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2562.

106 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 104; *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 336.

107 Darauf hinweisend auch *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261; rechtspolitischer Gesetzgebungsvorschlag beim *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 2014, 1262, 1263 f.; dazu auch *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 340 ff.

108 Guter Überblick über die Haftungsansätze bei *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559 ff.; umfassend und aktuell die in Fn. 104 zitierte Dissertation von *Schaal* (rezensiert von *Haarmeyer*, ZInsO 2017, 1720).

109 Vgl. BGH, ZInsO 2016, 847 = WM 2016, 786 = ZIP 2016, 821 (Rn. 15) – „Kornhaas“; *Thole*, DB 2015, 662, 665; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 854; *Schaal* (Fn. 104), S. 92 in Fn. 200 und S. 153 f.

110 Zur Anwendbarkeit des § 64 GmbHG im Eröffnungsverfahren siehe unten Ziff. B. II. 1. b) bei Fn. 252 ff.

111 Vgl. dazu auch *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 854.

112 Dazu *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 860 bei Fn. 170 ff.

113 Dazu oben Ziff. B. I. 1.

114 Deutlich auf den Pflichtenumschwung abstellend *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2240 mit Hinweis auf *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 2. Aufl. 2012, § 43 Rn. 4 (in der 3. Aufl. 2015 nun Rn. 5); *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106; *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2562 f.; *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 338 f.; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 853; für eine Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG ferner *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1105; *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 264.

115 Versuch einer Konkretisierung mit Beispielen bei *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2563 f.

116 *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1098.

117 *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1098; ähnlich *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 853.

118 *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 619 ff., 627 (zur Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren ferner S. 607 ff.).

119 *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 623.

InsO i.V.m. § 274 Abs. 2 Satz 1 InsO).<sup>120</sup> Zudem gelte § 276a InsO abweichend vom Wortlaut auch schon im vorläufigen Verfahren und unterbinde jeden Gesellschaftereinfluss ab Antragstellung.<sup>121</sup> Wieder andere stellen für die Ausrichtung auf das Gläubigerinteresse nicht auf die Antragstellung und das damit beginnende Eröffnungsverfahren, sondern auf den Eintritt der materiellen Insolvenz (Insolvenzreife) ab,<sup>122</sup> eine Wertung, die teilweise ergänzend auf § 64 Satz 1 GmbHG gestützt wird.<sup>123</sup> Schließlich wird – wie oben bereits angedeutet – teilweise § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG vor allem in Insolvenzverschleppungsfällen allgemeine Geltung zugesprochen.<sup>124</sup>

Für einen **Wandel der Schutzrichtung** im Rahmen des § 43 Abs. 2 GmbHG spricht ein Gedanke, den der *Erstverfasser Bitter* bereits im Vorfeld des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) im Hinblick auf die Auflösung der früheren Blockadeposition der Altgesellschafter im Insolvenzplanverfahren vorgebracht hat: Zumindest in Fällen der Überschuldung ist die vermögenswerte Position der Gesellschafter entwertet, weshalb das Unternehmen wirtschaftlich den Gläubigern gehört.<sup>125</sup> Die (Alt-)Gesellschafter fungieren insoweit mit ihrer Anteilsinhaberschaft nur noch als deren Treuhänder.<sup>126</sup> Dann jedoch wird der Geschäftsführer zum Verwalter des nunmehr den Gläubigern (wirtschaftlich) zustehenden Vermögens, weshalb er die Geschäftsführung konsequent an deren Interesse auszurichten hat. Jedenfalls für das eröffnete Eigenverwaltungsverfahren hat dies auch der ESUG-Gesetzgeber deutlich in der Begründung zu § 276a InsO zum Ausdruck gebracht, wenn es dort heißt: „Die Führung der Geschäfte ist in dieser Situation an den Interessen der Gläubiger auszurichten.“<sup>127</sup> Doch kommt es insoweit nicht auf die förmliche Eröffnungsentscheidung, sondern die dargelegte (wirtschaftliche) Vermögenszuordnung zu den Gläubigern an.<sup>128</sup> Die Pflichtenbindung eines Vermögensverwalters besteht ganz selbstverständlich gegenüber denjenigen Personen, deren (wirtschaftliches) Vermögen er verwaltet.

Folgt man dem, dann ergibt sich von selbst, dass eine Gesellschafterweisung für den Geschäftsführer nicht mehr entlastend wirken kann.<sup>129</sup> Vielmehr ist zu fragen, ob – analog zum Einverständnis der Gesellschafter vor Eintritt der materiellen Insolvenz (insbesondere Überschuldung)<sup>130</sup> – nunmehr eine Weisung<sup>131</sup> oder Zustimmung der Gläubigerversammlung bzw. des vorläufigen Gläubigerausschusses die Haftung der Geschäftsführer ausschließen kann.<sup>132</sup> Dies wird man in Konsequenz des soeben angesprochenen Wandels der Schutzrichtung jedenfalls für die Gläubigerversammlung grds.<sup>133</sup> annehmen müssen, während dem Votum des Gläubigerausschusses – ähnlich der Zustimmung eines Mehrheitsgesellschafters oder eines nicht mit Weisungsrechten ausgestatteten Gesellschafterausschusses vor Eintritt der materiellen Insolvenz<sup>134</sup> – keine gleichermaßen hohe Legitimationswirkung zukommt.<sup>135</sup>

Nach Verfahrenseröffnung gilt jedenfalls § 1 InsO. Der Geschäftsführer muss jetzt die bestmögliche Gläubigerbefriedigung verfolgen.<sup>136</sup> Liegt allerdings der Sonderfall einer isolierten Zahlungsunfähigkeit ohne gleichzeitige Überschuldung vor und ist folglich die Gesellschafterposition noch nicht

gänzlich entwertet,<sup>137</sup> können deren Interessen auch nicht völlig unberücksichtigt bleiben.<sup>138</sup>

## b) Einzelschaden und Nicht-Bedienung von Masseverbindlichkeiten

Die eben beschriebene Innenhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG hat Schwächen, wenn ein Beteiligter am Insolvenzverfahren

120 Haas, ZHR 178 (2014), 603, 623 f.

121 So Haas, ZHR 178 (2014), 603, 619 ff. (insbes. S. 623 a.E.: „Primat der Gläubigerinteressen“); die Frage der analogen Anwendung des § 276a InsO im Eröffnungsverfahren ist freilich höchst umstritten; vgl. die Nachw. bei Haas, a.a.O., in Fn. 73 und 74; Jacoby, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 272 in Fn. 24; Gehrlein, ZInsO 2017, 849, 858 in Fn. 141.

122 Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2240; Bachmann, ZIP 2015, 101, 106; Skauradzun/Spahlinger, DB 2015, 2559, 2562 f.

123 Bachmann, ZIP 2015, 101, 106; Skauradzun/Spahlinger, DB 2015, 2559, 2563; siehe dazu auch Habersack/Foerster, ZHR 178 (2014), 387, 396 f.

124 Siehe oben bei Fn. 80; Gehrlein, ZHR 181 (2017), 482, 513.

125 Dazu Bitter, ZGR 2010, 147, 189 ff.; in Bezug auf die Geschäftsführerhaftung zudem Skauradzun/Spahlinger, DB 2015, 2559, 2563; Schaal (Fn. 104), S. 91 m.w.N.

126 Bitter, ZGR 2010, 147, 189 ff.

127 Begr. RegE zu § 276a InsO, BT-Drucks. 17/5712, S. 42; darauf hinweisend Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2235; zur umstrittenen analogen Anwendung des § 276a InsO im Eröffnungsverfahren vgl. die Nachw. bei den oben in Fn. 121 genannten Autoren.

128 Vgl. mit Hinweis auf § 64 Satz 1 GmbHG auch Haas, ZHR 178 (2014), 603, 622; Der Eingriff in das interne Organisationsrecht erfolge automatisch mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung. Einer gerichtlichen (Eröffnungs-)Entscheidung bedürfte es hierfür nicht.

129 Zutreffend Kebekus/Zenker, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 338 f.; Haas, ZHR 178 (2014), 603, 612 f. und 614; Bachmann, ZIP 2015, 101, 106.

130 Dazu oben bei Fn. 44 ff.

131 Willensäußerungen der Gläubigerversammlung sollen außerhalb der durch Gesetz ausdrücklich geregelten Fälle lediglich nicht bindende Vorschläge darstellen; vgl. Ehrlicke, in: MünchKomm. InsO, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, § 74 Rn. 14 m.w.N.

132 Dafür wohl Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2240 f.; zurückhaltend Bachmann, ZIP 2015, 101, 106 in Fn. 55; differenzierend in Bezug auf die Interessen der Insolvenz- und Massegläubiger Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, 2016, S. 100 ff.

133 Die Entlastungswirkung bezieht sich uneingeschränkt nur auf die Betroffenheit der Insolvenzgläubiger, vgl. Becker (Fn. 132), S. 100 ff.

134 Dazu Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 43 Rn. 40; Fleischer, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 93), § 43 Rn. 276; Haftungsbefreiend wirken Weisungen eines Gesellschafterausschusses nur, wenn diesem in der Satzung eine Weisungsbefugnis zugesprochen wurde.

135 Anders Becker (Fn. 132), S. 105 f. mit Hinweis auf § 160 InsO. Ob die dort gesetzlich angeordnete Zustimmungsbefürftigkeit mit einer satzungsmäßigen von den Gesellschaftern an einen Ausschuss delegierten Weisungsbefugnis (vgl. soeben Fn. 134) vergleichbar ist, erscheint jedoch fraglich, weil die Befugnis nicht vom obersten Organ – hier der Gläubigerversammlung – abgeleitet ist. Jedenfalls könnte die Entlastungswirkung nur den im Gesetz – etwa auch in § 158 InsO – ausdrücklich dem Gläubigerausschuss zugewiesenen „Leitungsbereich“ betreffen, nicht aber den allgemeinen Überwachungsbereich des § 69 InsO.

136 Thole/Brünkmans, ZIP 2013, 1097, 1098; Klein/Thiele, ZInsO 2013, 2233, 2235 und 2240; Haas, ZHR 178 (2014), 603, 613 f.; Skauradzun/Spahlinger, DB 2015, 2559, 2562 f.; siehe auch Jacoby, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 268 und 271.

137 Siehe dazu – vor dem Hintergrund des Suhrkamp-Falls – Schäfer, ZIP 2013, 2237, 2241; ausführlich zur Ermittlung der Werthaltigkeit einer Gesellschafterposition in der Insolvenz Schäfer/Wüstemann, ZIP 2014, 1757, 1758 ff.; zur Berücksichtigung der Interessen des jeweiligen Residualgläubigers durch den Insolvenzverwalter außerdem Becker (Fn. 132), S. 20 ff., 253 ff.

138 Für eine Reduktion der Gesellschafter auf das Vermögensinteresse auch in diesem Fall allerdings Schulz, Der Debt Equity Swap in der Insolvenz, 2015, S. 207 ff., 218 ff. und dazu die Rezension von Bitter, KTS 2017, 256 ff.

einen Individualschaden erleidet.<sup>139</sup> Dies ist z.B. der Fall, wenn Aus- oder Absonderungsrechte verletzt<sup>140</sup> oder Masseverbindlichkeiten nicht bezahlt werden.<sup>141</sup> In einem kürzlich vom OLG Düsseldorf entschiedenen und nun beim BGH anhängigen<sup>142</sup> Fall hat ein Warenlieferant daher versucht, den eigenverwaltenden Geschäftsführer persönlich in Haftung zu nehmen, weil von ihm während der Eigenverwaltung bestellt und gelieferte Ware von der Insolvenzschriftnerin nicht bezahlt worden ist.<sup>143</sup> Die Masse wurde hierdurch nicht verkürzt. Mangels Schadens der Gesellschaft liegen die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 GmbHG nicht vor.<sup>144</sup> Zudem steht der Anspruch – da Innenhaftung – nur der GmbH und nicht dem verletzten Gläubiger zu.<sup>145</sup>

Im Schrifttum wird versucht, diese „Lücke“ zu schließen. Eine Ansicht will die Voraussetzungen der Innenhaftung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG konstruieren (gesellschaftsrechtliches Modell).<sup>146</sup> Andere verweisen – meist ergänzend zu anderen Haftungsansätzen – auf den Schutz durch die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln.<sup>147</sup> Eine dritte, früh schon von *Marotzke*<sup>148</sup> in die Diskussion gebrachte Ansicht begründet eine Außenhaftung des eigenverwaltenden Geschäftsführers analog §§ 60, 61 InsO (insolvenzrechtliches Modell).<sup>149</sup> Der BGH hat sich bislang nicht zu dieser Problematik geäußert, wird dazu aber nun Gelegenheit im Rahmen der erwähnten Revision gegen das Urteil des OLG Düsseldorf erhalten, welches die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der §§ 60, 61 InsO verneint hat.<sup>150</sup>

### aa) Gesellschaftsrechtliches Modell

Zur Begründung eines Gesellschaftsschadens wird ein sog. „Kombinationsmodell“<sup>151</sup> diskutiert.<sup>152</sup> Demnach soll die Schuldnergesellschaft gegenüber den Einzelgläubigern bei Pflichtverletzungen in der Eigenverwaltung eintreten (§§ 60, 61 InsO analog).<sup>153</sup> Dadurch komme es zur Belastung der Schuldnergesellschaft mit einer (weiteren) Forderung. Diese Belastung stelle einen Schaden der Gesellschaft i.S.d. § 43 Abs. 2 GmbHG dar, für den anschließend der Geschäftsführer im Innenverhältnis hafte.<sup>154</sup> Ein Haftungsausschluss für den Geschäftsführer aufgrund einer Gesellschafterweisung komme nicht in Betracht, da ab Verfahrenseröffnung das Gläubigerinteresse maßgebend sei.<sup>155</sup>

Dieses Modell will die Masse mit einem Anspruch gegen den Geschäftsführer anreichern, gleichzeitig aber das Innenhaftungsmodell der Geschäftsführerhaftung aufrechterhalten. Damit ist es im Grundsatz weiterhin jener Schwäche ausgesetzt, die bereits allgemein für die Innenhaftung herausgestellt wurde:<sup>156</sup> Die Zahlung des Geschäftsführers wäre in die Masse zu erbringen, sodass keineswegs garantiert ist, dass der Geschädigte den Schadensbetrag auch tatsächlich ungekürzt erhält.<sup>157</sup> Da ein Recht des Geschädigten zur Aussonderung des Anspruchs der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer ebenso wenig wie ein Absonderungsrecht ersichtlich ist,<sup>158</sup> könnte

der Geschädigte allenfalls über einen Masseanspruch in eine gewisse Vorrangstellung gelangen. Doch würde dies – bspw. bei einem nicht befriedigten Warenlieferanten (Fall des OLG

141 Dazu *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 107; *Skauradzun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2560.

142 Aktenzeichen beim BGH: IX ZR 238/17.

143 OLG Düsseldorf, ZInsO 2017, 2114 = ZIP 2017, 2211.

144 *Spliedt*, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 9.142; *Schaal* (Fn. 104), S. 92 mit Fn. 200 und m.w.N. (ferner auch allgemein zur fehlenden Erfassung der Einzelschäden S. 91 f. und 98 m.w.N. in Fn. 240); allgemein zu Einzelschäden auch *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106.

145 *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 2014, 1262, 1263 f.; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 104; *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 264; näher *Schaal* (Fn. 104), S. 89, 98 ff.

146 Siehe – durchaus mit Unterschieden – insbes. *Haas*, ZHR 178 (2014), 603 ff.; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097 ff.; vgl. ferner *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108 nach Fn. 76; für nicht ausreichend hält dies der *Gravenbrucher Kreis*, ZIP 2014, 1262, 1263 f.

147 *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 266 ff. (Haftung aus § 280 BGB i.V.m. den Organpflichten des Geschäftsführers in der Eigenverwaltung); *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106 f. (Haftung aus Delikt); zurückhaltend *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1098 f. (Vertrags- und Deliktshaftung „unvollständig und lückenhaft“).

148 Die Frage nach einer analogen Anwendung des § 61 InsO auf den eigenverwaltenden Geschäftsführer aufwerfend schon *Marotzke*, in: FS Kirchhof, 2003, S. 321, 332 in Fn. 39 m.w.N.; *Marotzke*, in: FS Kreft, 2004, S. 411, 423 in Fn. 60 (analoge Anwendung des § 61 InsO); aus jüngerer Zeit *Marotzke*, DB 2013, 1283, 1285 (Analogie zu §§ 60, 61 InsO als Korrelat der Möglichkeit, Masseverbindlichkeiten begründen zu dürfen); *Marotzke*, KTS 2014, 113, 118 (Analogie zu § 61 InsO; die Innenhaftung sei ein Umweg).

149 AG Duisburg, NZI 2006, 112, 113 (obiter dictum); *Schaal* (Fn. 104), S. 254 ff., 289 ff.; *Flöther*, in: Kübler (Hrsg.), Handbuch der Restrukturierung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2015, § 18 Rn. 26 ff.; *Tetzlaff*, in: Münch-Komm. InsO, Bd. 3, 3. Aufl. 2014, § 270 Rn. 179 f.; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 856 f.; *Madaus*, KTS 2015, 115, 125 f. (Analogie zu § 60 InsO, nicht hingegen zu § 61 InsO); tendenziell wohl auch *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2244; w.N. bei *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 266 in Fn. 11 und *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 337 in Fn. 51, die aber jeweils selbst a.A. sind.

150 OLG Düsseldorf, ZInsO 2017, 2114 = ZIP 2017, 2211.

151 Umfassend aufarbeitend, im Ergebnis aber ablehnend *Schaal* (Fn. 104), S. 122 ff.

152 *Gulde*, Die Anordnung der Eigenverwaltung durch das Insolvenzgericht im Eröffnungsbeschluss, 2005, S. 43; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1103 ff.; w.N. bei *Schaal* (Fn. 104), S. 122 in Fn. 415, die aber selbst a.A. ist.

153 *Gulde* (Fn. 152), S. 43; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1103 ff.; *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2250; *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 334 ff.: analoge Anwendung des § 60 InsO, nicht aber des § 61 InsO; die Voraussetzungen einer Analogie ablehnend hingegen *Schulz*, Sanierungsgeschäftsführung in Krise und Eigenverwaltung, 2017, S. 335 ff.; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 102 ff.; *Flöther*, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 8 ff.; siehe auch *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 856; *Schaal* (Fn. 104), S. 211 („zweifelhaft“); zurückhaltend auch *Marotzke*, in: FS Kirchhof, 2003, S. 321, 349 (analoge Anwendung des § 60 InsO auf den Schuldner würde etwaigen Geschädigten wenig nützen).

154 In diesem Sinne *Gulde* (Fn. 152), S. 43; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1106; *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2250; *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 336 ff. mit Fazit S. 342; zu einer ähnlichen Argumentation außerhalb der Eigenverwaltung siehe oben nach Fn. 73.

155 So *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1106; allgemein zur fehlenden Entlastungswirkung der Gesellschafterweisung auch *Haas*, in: FS Stürmer, 2013, S. 749, 763; zur Maßgeblichkeit des Gläubigerinteresses oben Ziff. B. I. 6. a) bei Fn. 114 ff.

156 Soeben bei Fn. 145.

157 Überzeugend *Schaal* (Fn. 104), S. 98 f. m.w.N.; *Flöther*, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 30; siehe auch *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 264.

158 Deutlich *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 339; zum fehlenden Absonderungsrecht ferner *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 265.

139 Dazu *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 853 f.

140 Dazu *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106; *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 264; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1105 f.; *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 628 und 630.

Düsseldorf) – voraussetzen, dass (1) die Schadensersatzforderung analog §§ 60, 61 InsO, mit der die Schuldnergesellschaft belastet wird, eine Masseverbindlichkeit ist und (2) genügend Masse zur Befriedigung jener Verbindlichkeit vorhanden ist.<sup>159</sup> Während die zweite Voraussetzung eine Frage des Einzelfalls ist,<sup>160</sup> dürfte jedenfalls die erste Voraussetzung oft nicht gegeben sein.<sup>161</sup> Ob nämlich eine Masseverbindlichkeit entsteht, richtet sich nicht nach §§ 60, 61 InsO, sondern nach § 55 InsO oder danach, ob der vorläufige Eigenverwalter zur generellen Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigt wurde.<sup>162</sup> Dies ist im Schutzschirmverfahren von einer Anordnung des Insolvenzgerichts gem. § 270b Abs. 3 InsO abhängig,<sup>163</sup> während für die vorläufige Eigenverwaltung i.S.v. § 270a InsO schon die Möglichkeit der Begründung von Masseverbindlichkeiten umstritten ist.<sup>164</sup> Ein weiteres Problem tritt bei der auf einen Eigenschaden der Gesellschaft abstellenden Kombinationslösung hinzu: Eine Vorteilsanrechnung kann den Schaden bei der Gesellschaft ggf. wieder entfallen lassen,<sup>165</sup> wenn etwa die Schuldnergesellschaft durch Verarbeitung eines unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Rohstoffs zwar einer Haftung gegenüber dem ursprünglichen Eigentümer ausgesetzt ist, sie aber selbst Eigentum an der „verwerteten Vorbehaltsware“ erworben hat. Schließlich kann im Rahmen der Innenhaftung aus § 43 GmbHG ggf. ein vertraglicher Haftungsausschluss eingreifen und die Haftung beschränken oder entfallen lassen.<sup>166</sup>

Nach alledem kann das gesellschaftsrechtliche Modell nur beschränkt den erforderlichen Gläubigerschutz sicherstellen.

## bb) Vertrags- und Deliktsrecht

Eine vertragliche Haftung des Geschäftsführers gegenüber dem Gläubiger kommt – wie später noch allgemein erläutert wird<sup>167</sup> – im Grundsatz nicht in Betracht, weil die Vertragsbeziehung regelmäßig nur zwischen der Gesellschaft und dem Gläubiger zustande kommt.<sup>168</sup>

## aaa) Dritthaftung aus § 280 BGB

*Jacoby* meint nun allerdings, der Geschäftsführer hafte Einzelgläubigern ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den drittschützenden Organpflichten des Geschäftsführers und will damit die im Regelverfahren über § 60 InsO gelösten Fälle, insbesondere die Verletzung von Aus- und Absonderungsrechten, erfassen.<sup>169</sup> Eine solche Haftungsfigur habe der BGH insbesondere bei der GmbH & Co. KG für den Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH gegenüber der KG anerkannt.<sup>170</sup>

Doch ist jene für den Sonderfall der GmbH & Co. KG entwickelte Idee richtigerweise nicht verallgemeinerungsfähig. Der BGH stellt explizit darauf ab, dass die alleinige oder wesentliche Aufgabe der Komplementär-GmbH darin besteht, die Geschäfte der KG zu führen; in diesem Fall gehe das wohlverstandene Interesse der GmbH dahin, dass ihr Geschäftsführer die Leitung der KG im Rahmen seiner Organpflichten ordnungsgemäß ausübt, weil sie auf eine günstige wirtschaftliche Entwicklung ihrer Beteiligung bedacht sein muss und als persönlich haftende Gesellschafterin selbst aus dem Gesell-

schaftsverhältnis der KG zu einer sorgfältigen Geschäftsführung verpflichtet ist.<sup>171</sup> Vergleichbar enge Rechtsbeziehungen, die eine nur ausnahmsweise anerkannte Drittwirkung rechtfertigen, bestehen jedoch zwischen der Gesellschaft und dem geschädigten Gläubiger eindeutig nicht.<sup>172</sup> Insbesondere rechtfertigt es die Ausrichtung der Geschäftsführung auf das Gläubigerinteresse<sup>173</sup> nicht, Massegläubigern sowie Aus- und Absonderungsberechtigten Drittschutz aus dem Verhältnis der Gesellschaft zum Geschäftsführer zukommen zu lassen. Selbst wenn man – durchaus plausibel<sup>174</sup> – die Insolvenzgläubiger im Insolvenzverfahren als Residualberechtigte ansieht,<sup>175</sup> begründet dies noch nicht die Annahme einer Drittschutzwirkung zu ihren Gunsten, weil anderenfalls bei der werbenden Gesellschaft allen Gesellschaftern als dort residu-

159 Auch dazu *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 339.

160 Deshalb mit Recht kritisch *Flöther*, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 30.

161 Auf die Schwächen hinweisend, aber diese für weniger gewichtig haltend *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 339 f.; aus anderen Gründen kritisch zum „Kombinationsmodell“ *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 265; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 103 f.; umfassend *Schaal* (Fn. 104), S. 122 ff.

162 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 103 f.; *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 339; vgl. in Bezug auf Verteilungsfehler auch die Kritik bei *Schaal* (Fn. 104), S. 136 f.

163 Darauf hinweisend *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 339 a.E.

164 Dazu *Scholz/Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 159 m.w.N.; *Undritz*, in: Karsten Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 270a Rn. 6; BGH, ZInsO 2016, 903 = ZIP 2016, 831 (Rn. 6) m.w.N., wobei der BGH die Auffassung, dass der vorläufige Eigenverwalter im Verfahren nach § 270a InsO originär, d.h. ohne entsprechende gerichtliche Anordnung Masseverbindlichkeiten begründet, als Mindermeinung darstellt, ohne den Streit allerdings zu entscheiden.

165 *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 265; näher *Spliedt*, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck (Fn. 144) Rn. 9.142, der zudem eine normative Korrektur der Vorteilsanrechnung überzeugend verneint; allgemein zur Problematik eines Schadens der Gesellschaft auch *Schaal* (Fn. 104), S. 152 ff.

166 Dazu *Flöther*, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 31; ausführlich *Schaal* (Fn. 104), S. 100 ff., 109. Anders wäre es nur, wenn man eine vertragliche Haftungsbeschränkung bei der Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen generell für unwirksam hält, was nicht ausgeschlossen erscheint.

167 Unten Ziff. C. I. 1.

168 Vgl. im hier diskutierten Zusammenhang auch OLG Düsseldorf, ZInsO 2017, 2114 = ZIP 2017, 2211 (juris-Rn. 14); *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2560; *Thole/Brinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1098; *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 336.

169 *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 264 ff., insbes. S. 266 ff.; siehe auch den ähnlichen, sogleich in Fn. 172 erwähnten Ansatz von *König*.

170 *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 267 mit Hinweis auf die oben bei Fn. 45 schon erwähnte Entscheidung BGHZ 197, 304, 307 ff. = ZInsO 2013, 1753 = WM 2013, 1648 = ZIP 2013, 1712 (Rn. 15 ff.).

171 BGHZ 197, 304, 309 = ZInsO 2013, 1753 = WM 2013, 1648 = ZIP 2013, 1712 (Rn. 18).

172 Insoweit anders *Schaal* (Fn. 104), S. 213 f. mit Hinweis auf *König*, Die Haftung bei der Eigenverwaltung, 2015, S. 259 ff., 269 ff., der die Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter v.a. damit bejaht, dass das Unternehmen wirtschaftlich den Gläubigern gehöre und diese nicht ausreichend Kontroll- und Einflussmöglichkeiten hätten. Daher seien sie mit stillen Gesellschaftern vergleichbar, für die der BGH den Drittschutz in BGH, NJW 1995, 1353, 1357 (juris-Rn. 57 ff.) ebenfalls bejaht habe.

173 Als Argument für Leistungsnähe und Gläubigernähe vorbringend *König* (Fn. 172), S. 270 ff.

174 Siehe bereits oben bei Fn. 125.

175 Auf die wirtschaftliche Eigentümerstellung der Gläubiger hinweisend *König* (Fn. 172), S. 272 m.w.N. in Fn. 527; zur Einordnung der Insolvenzgläubiger als Residualgläubiger auch *Becker* (Fn. 132), S. 13 ff.

aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu gesprochen werden müsste. Dem steht jedoch offensichtlich entgegen, dass Organpflichten grds. nur im Innenverhältnis zur Gesellschaft, nicht aber gegenüber Dritten zu beachten sind.<sup>176</sup> Diese Konzentration auf die Gesellschaft verändert sich auch bei einem Umschwung der Interessenausrichtung auf die Gläubiger<sup>177</sup> nicht. Erst recht geht es nicht an, die Drittschutzwirkung auch noch auf Massegläubiger sowie Aus- und Absonderungsberechtigte zu beziehen, weil diese keine residual, sondern vorrangig berechnigte Gläubiger sind. In der logischen Konsequenz müsste man die Drittschutzwirkung dann bei der werbenden Gesellschaft auf alle – dort im Verhältnis zu den Gesellschaftern vorrangig berechtigten – Gläubiger beziehen,<sup>178</sup> was offensichtlich nicht überzeugen kann.<sup>179</sup>

Soweit *Jacoby* darüber hinaus auf Haftungslücken beim Ersatz von Individualschäden verweist und gerade deshalb eine mit dem Pflichtenprogramm des § 60 InsO übereinstimmende, aber auf § 280 BGB gestützte Haftung befürwortet,<sup>180</sup> erscheint die sogleich noch darzustellende direkte Heranziehung des § 60 InsO vorzugswürdig.<sup>181</sup> Jene Norm ist insolvenzspezifisch und damit „sachnäher“.<sup>182</sup> Ihre Heranziehung begründet zudem nicht die Gefahr, dass der Haftungsansatz auch auf die Insolvenz ausgedehnt wird.

### bbb) Sachwalterhaftung gemäß § 311 Abs. 3 BGB

Ein anderer, von *Jacoby* ergänzend herangezogener Ansatz der Außenhaftung stützt sich auf die – später noch allgemein zu diskutierende<sup>183</sup> – Sachwalterhaftung aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 3 BGB (c.i.c.) für in besonderem Maße in Anspruch genommenes Vertrauen und hat dabei die im Regelfall von § 61 InsO erfassten Fälle im Blick.<sup>184</sup> Die Haftung wird vor allem dann bejaht, wenn ein Insolvenz- und Sanierungsexperte als Sanierungsgeschäftsführer im Rahmen der (vorläufigen) Eigenverwaltung angestellt wurde.<sup>185</sup>

Für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter wurde die Sachwalterhaftung nach § 311 Abs. 3 BGB von den Oberlandesgerichten Schleswig und Frankfurt bereits anerkannt, wenn dem Lieferanten vor seiner Lieferung mitgeteilt wird, seine Rechnungen würden aus der Masse bezahlt.<sup>186</sup> Jüngst entschied jedoch das OLG Düsseldorf, dass die Stellung als Sanierungsgeschäftsführer allein nicht ausreicht, um eine Haftung nach § 311 Abs. 3 BGB zu begründen.<sup>187</sup> Weitere Tatsachen, die auf ein besonders in Anspruch genommenes Vertrauen hindeuten, wurden im konkreten Fall nicht vorgetragen. Die Entscheidung stimmt mit der – später noch darzustellenden<sup>188</sup> – restriktiven Haltung des BGH zur Sachwalterhaftung gem. § 311 Abs. 3 BGB überein, nach der insbesondere in Fällen haftungsbeschränkter Gesellschaften,<sup>189</sup> aber auch beim (endgültigen) Insolvenzverwalter<sup>190</sup> die Voraussetzungen sehr streng auszulegen sind.<sup>191</sup> Auf der Basis jener Rechtsprechung kommt die Sachwalterhaftung aus § 311 Abs. 3 BGB nur in Ausnahmefällen zum Zuge<sup>192</sup> und insbesondere dann nicht, wenn der (Sanierungs-)Geschäftsführer in den konkreten Vertragsverhandlungen mit dem Gläubiger gar nicht persönlich tätig geworden ist. Wer insoweit speziell für die Insolvenzsituation das Bedürfnis für eine Erweiterung sieht, sollte sich richtigerweise auf eine Analogie zu der spezialgesetzlichen Vorschrift des § 61 InsO

stützen, um auch insoweit die Gefahr einer allgemeinen Erweiterung der Geschäftsführerhaftung zu vermeiden.

### ccc) Deliktshaftung

Die (quasi-)vertragliche Haftung wird durch die – später noch im Detail darzustellenden<sup>193</sup> – Vorschriften des Deliktsrechts ergänzt.<sup>194</sup> Werden Absonderungs- oder Aussonderungsrechte verletzt, kommt je nach Sachverhalt<sup>195</sup> eine Haftung des Geschäftsführers nach § 823 Abs. 1 BGB<sup>196</sup> oder nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB (Bankrott)<sup>197</sup> in Betracht.

176 Dazu unten Ziff. C. I. 3. c), insbes. bei Fn. 1070.

177 Dazu oben bei Fn. 115 ff., insbes. bei Fn. 125 ff.

178 Zur wirtschaftlichen Parallele zwischen den Gläubigern der werbenden Gesellschaft und den Massegläubigern der insolventen Gesellschaft siehe *Becker* (Fn. 132), S. 25 ff.

179 Soweit *König* (Fn. 172), S. 279 f. zusätzlich auf eine (angebliche) Schutzbedürftigkeit der Gläubiger aufgrund mangelnder Kontroll- und Einflussrechte hinweist, stehen dem die durch das ESUG gestärkte Gläubigerautonomie und andere Schutzmechanismen entgegen (vgl. z.B. die ab Fn. 119 genannten Schutzmechanismen). Zudem entsprechen fehlende Mitsprachemöglichkeiten für Nicht-Residualberechnigte – im Insolvenzverfahren die Massegläubiger (vgl. *Becker* [Fn. 132], S. 26) – der Lage bei der werbenden Gesellschaft, bei der die Gesellschafter und nicht die Gläubiger Stimmrecht haben.

180 *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 269 ff.

181 Im Ergebnis wie hier auch *Schaal* (Fn. 104), S. 212 ff.

182 Zutreffend *Schaal* (Fn. 104), S. 218 f.

183 Unten Ziff. C. I. 2. b) bb) bei Fn. 841 ff.

184 Sehr pauschal *Brinkmann*, DB 2012, 1369, 1370; nur für das eröffnete Verfahren auch *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 276 ff.; allgemein restriktiv und für den Regelfall ablehnend hingegen *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2560; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 107; *Thole/Brinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1098.

185 *Hofmann*, in: Kübler (Fn. 149), § 7 Rn. 208; nach *Thole/Brinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1098 wird die Eigenverwaltung ohne Einschaltung eines zusätzlichen insolvenzrechtlich versierten Sanierers häufig nicht gelingen.

186 OLG Schleswig, NJW 2004, 1257 = NZI 2004, 92; OLG Frankfurt, ZInsO 2007, 548.

187 OLG Düsseldorf, ZInsO 2017, 2114 = ZIP 2017, 2211; zust. *Hacker*, DB 2017, 2988; *Theusinger/Rüppell*, jurisPR-Compl 6/2017 Anm. 1.

188 Zur Sachwalterhaftung unten Ziff. C. I. 2. b) bei Fn. 842 ff.

189 Dazu grundlegend BGHZ 126, 181, 189 f. = NJW 1994, 2220 (jurisRn. 18 ff.).

190 Dazu BGH, ZInsO 2005, 885 = WM 2005, 1421 = ZIP 2005, 1327.

191 Zustimmend *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2560; *Gehrelein*, ZInsO 2017, 849, 855; ausführlich *Schaal* (Fn. 104), S. 71 ff.; das herrschende Verständnis ohne eigene Stellungnahme zugrunde legend *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 107; *Thole/Brinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1098 f.; *Flöther*, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 24.

192 Ähnlich *Flöther*, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 24 („nur in seltenen Fällen“).

193 Unten Ziff. C. I. 3.

194 Darauf speziell für die (vorläufige) Eigenverwaltung hinweisend *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106 f.; deutlich restriktiver *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2560 f.; *Thole/Brinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1099; *Gehrelein*, ZInsO 2017, 849, 854; *Flöther*, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 25.

195 Klar differenzierend in Bezug auf § 823 Abs. 1 BGB *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 270.

196 *Thole/Brinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1099; *Gehrelein*, ZInsO 2017, 849, 854; *Schulz* (Fn. 153), S. 331; dazu allgemein unten Ziff. C. I. 3 c) bei Fn. 1045 ff.

197 BGH, ZInsO 2014, 2323 = ZIP 2014, 2305 (Leitsatz und Rn. 6); zur Einbeziehung auch von mit Absonderungsrechten belasteten Gegenständen in den Tatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB siehe auch *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 283 Rn. 3a; allgemein zur Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB unten Ziff. C. I. 3. b) cc) bei Fn. 914 ff.

Diese Haftungsgrundlagen sind aber lückenhaft. § 823 Abs. 1 BGB schützt nicht das Vermögen als solches und die wohl h.M. sieht die Normen der InsO nicht als Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB an.<sup>198</sup> Die Verfahrensvorschriften der InsO dienen nämlich der Befriedigung aller Gläubiger<sup>199</sup> und nicht dem Individualschutz einzelner Verfahrensbeteiligter.<sup>200</sup> Ausgefallene Massegläubiger könnten zwar im Einzelfall nach § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB Ersatz verlangen, wenn der Geschäftsführer sie zu Geschäften verleitet hat, obwohl er weiß, dass die Gesellschaft nicht leistungsfähig ist.<sup>201</sup> Der nötige Schädigungsvorsatz kann aber regelmäßig nicht nachgewiesen werden, wenn ein Sanierungskonzept und/oder eine Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO vorliegt.<sup>202</sup>

Zusammenfassend lässt sich daher konstatieren, dass ein allein auf die allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsregeln gestütztes Gläubigerschutzkonzept deutliche Lücken aufweisen würde.<sup>203</sup>

### cc) Analoge Anwendung der §§ 60, 61 InsO

Als dritte Lösung wird eine analoge Anwendung der §§ 60, 61 InsO auf den Geschäftsführer vorgeschlagen,<sup>204</sup> namentlich in der mit dem Uhlenbruck-Preis des Verbands Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID) prämierten Dissertation von *Schaal*.<sup>205</sup> Der Einzelgläubiger könnte den Geschäftsführer dann direkt in Anspruch nehmen und es wären jene Probleme vermieden, die – wie dargelegt – mit der Innenhaftung verbunden sind.

### aaa) Ansicht des OLG Düsseldorf und der h.M.

Das OLG Düsseldorf<sup>206</sup> und die h.M.<sup>207</sup> verneinen allerdings die Voraussetzungen einer Analogie. Insoweit wird in erster Linie eine *planwidrige* Unvollständigkeit des Gesetzes verneint: § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO verweise lediglich in Bezug auf die Rechtsstellung des „Schuldners“, also der Gesellschaft, auf die „allgemeinen Vorschriften“, nicht aber hinsichtlich der Organe.<sup>208</sup> Der Gesetzgeber habe die Rolle des Geschäftsführers in der Eigenverwaltung bedacht, aber trotzdem „nur“ eine – zudem auf die Anwendung des § 60 InsO beschränkte – Sachwalterhaftung angeordnet.<sup>209</sup> Die Analogie zu §§ 60, 61 InsO laufe zudem der Intention des Gesetzgebers zuwider, die Eigenverwaltung attraktiv auszugestalten.<sup>210</sup> Ein Geschäftsführer könne außerdem nicht mit einem Insolvenzverwalter verglichen werden, weil ihm insbesondere die Unabhängigkeit fehle.<sup>211</sup> Schließlich wird häufig (auch) das Bedürfnis für eine Analogie und damit eine ausfüllungsbedürftige „Lücke“ im Hinblick auf die vorhandenen zivil- und gesellschaftsrechtlichen Anspruchsgrundlagen verneint.<sup>212</sup>

### bbb) Stellungnahme

Auch wenn diese Argumente jedenfalls teilweise Gewicht haben, sprechen unseres Erachtens doch die besseren Gründe für eine Analogie.<sup>213</sup> Dabei können im hiesigen Rahmen nur einige wichtige Aspekte herausgegriffen werden, während hinsichtlich der Details auf die unseres Erachtens überzeugenden Ausführungen von *Schaal* verwiesen sei.<sup>214</sup> Insbesondere dem OLG

Düsseldorf ist zu konzedieren, dass bei einer schuldhaften Verminderung der Masse – wie dargelegt<sup>215</sup> – § 43 Abs. 2 GmbHG eingreifen kann.<sup>216</sup> Doch liegt die besondere Problematik ja gerade nicht in derartigen zu einem Gesamtschaden führenden Fällen, in denen es in der Tat gleichgültig ist, ob man neben der allgemeinen Geschäftsführerhaftung zusätzlich § 60 InsO analog anwendet, zumal es auch in diesem Fall über § 92 InsO zu einer „faktischen Innenhaftung“ kommt.<sup>217</sup> Das Bedürfnis für eine Analogie zu §§ 60, 61 InsO betrifft vielmehr die über § 43 GmbHG nicht abdeckbaren Fälle der Individualschäden<sup>218</sup> und um einen solchen ging es im Fall des OLG Düsseldorf. Insoweit auf gar nicht einschlägige Haftungsnormen zu verweisen, über-

198 Vgl. *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 270; *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 631; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1099 m.w.N. in Fn. 17; *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2560; a.A. *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106.

199 *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1099.

200 *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 631.

201 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 107 m.w.N.; allgemein unten Ziff. C. I. 3. a) bb) bei Fn. 865 ff. und Ziff. C. I. 3. b) aa) bei Fn. 899 ff.

202 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 107.

203 Ebenso *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 855.

204 Siehe die Nachw. in Fn. 149.

205 *Schaal* (Fn. 104), S. 254 ff.; 289 ff.

206 OLG Düsseldorf, ZInsO 2017, 2114 = ZIP 2017, 2211, 2212 f. (juris-Rn. 20 ff.).

207 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 105 ff. (nur ein rechtspolitischer Fehler, keine planwidrige Regelungslücke); *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1104 ff.; *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 273; *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 611; *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 627 ff.; *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2561 f.; *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2250; *Hofmann*, in: Kübler (Fn. 149), § 7 Rn. 205; *Rein*, in: Nerlich/Römermann, InsO, 33. EL September 2017, § 60 Rn. 9; *Schulz* (Fn. 153), S. 330 ff.; *Hacker*, DB 2017, 2988; *Theusinger/Rüppell*, jurisPR-Compl 6/2017 Anm. 1; wohl auch *Undritz*, in: Karsten Schmidt (Fn. 164), § 270 Rn. 20; knapp in Bezug auf § 61 InsO auch *Brinkmann*, DB 2012, 1369, 1370; *Poertzgen*, ZInsO 2015, 724, 725 (§ 61 InsO gilt nicht für den Geschäftsführer); die doppelte Analogie als zu weitgehend ablehnend; jedoch die Haftung *de lege ferenda* befürwortend *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 340 ff.

208 *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 611; ähnlich *Schulz* (Fn. 153), S. 332; *Rein*, in: Nerlich/Römermann (Fn. 207), § 60 Rn. 9.

209 Deutlich OLG Düsseldorf, ZInsO 2017, 2114 = ZIP 2017, 2211, 2212 (juris-Rn. 22); *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2562 (Hinweis u.a. auf § 274, 276a InsO); ähnlich *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 627.

210 *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2562.

211 *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1104.

212 Auf die allgemeine Geschäftsführerhaftung verweisend OLG Düsseldorf, ZInsO 2017, 2114 = ZIP 2017, 2211, 2213 (juris-Rn. 24); *Kebekus/Zenker*, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 338; auf die zivil- und gesellschaftsrechtliche Haftung hinweisend *Rein*, in: Nerlich/Römermann (Fn. 207), § 60 Rn. 9; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 105 ff. mit Ergebnis S. 109; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1104 ff. mit Ergebnis S. 1106 f.; auf § 64 GmbHG hinweisend *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2562.

213 Siehe die Nachw. in Fn. 149.

214 *Schaal* (Fn. 104), S. 221 ff., insbes. S. 254 ff., 289 ff.

215 Oben Ziff. B. I. 6. a).

216 OLG Düsseldorf, ZInsO 2017, 2114 = ZIP 2017, 2211, 2213 (juris-Rn. 24) m.w.N.

217 Vgl. auch *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 263.

218 Ausführlich *Schaal* (Fn. 104), S. 122 ff. mit Fallbeispiel 1 – Verteilungsfehler (S. 124 ff.), Fallbeispiel 2 – Begründung von Masseverbindlichkeiten (S. 165 ff.) und Fallbeispiel 3 – Verletzung eines Aus-/Absonderungsrechts (S. 204 ff.) sowie die Lösung jener drei Fälle auf der Basis einer Analogie zu §§ 60, 61 InsO (S. 275 ff.); ferner *Flöther*, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 27; unrichtig *Rein*, in: Nerlich/Römermann (Fn. 207), § 60 Rn. 9, wenn er meint, die Haftung ließe sich „unproblematisch“ auf § 280 Abs. 1 BGB oder §§ 43, 64 GmbHG stützen.

zeugt nicht. Auch die (quasi-)vertragliche und deliktische Haftung erfasst insoweit – wie ausgeführt – nur Sonderfälle.<sup>219</sup>

Im Hinblick auf die nicht zu leugnenden Lücken<sup>220</sup> zeigen die Gegner der Analogie nicht auf, dass diese vom Gesetzgeber tatsächlich erkannt und hingenommen wurden.<sup>221</sup> Dass man allein die Sachwalterhaftung geregelt hat, ist kein Ausdruck für einen gesetzgeberischen Plan.<sup>222</sup> Näherliegend erscheint es vielmehr, dass der Gesetzgeber nur die „Parallelfigur“ zum Insolvenzverwalter in den Blick genommen und geregelt, die Haftungsdimension in Bezug auf die Geschäftsführung in der Eigenverwaltung jedoch nicht erkannt hat.<sup>223</sup>

§ 60 InsO statuiert eine Handelndenhaftung für die verantwortlichen Personen. Im Regelinsolvenzverfahren ist dies der Insolvenzverwalter und im Eigenverwaltungsverfahren ist es de facto der Geschäftsführer.<sup>224</sup> Umso deutlicher wird dies, wenn für die Sanierung ein externer Sanierungsgeschäftsführer eingestellt wird.<sup>225</sup> Wenn der Gesetzgeber durch die insolvenzspezifischen Normen der §§ 60, 61 InsO zum Ausdruck bringt, dass er gerade in der für die Gläubiger besonders gefährlichen Insolvenzsituation ein besonderes Bedürfnis für eine verhaltenssteuernde Haftungsandrohung sieht,<sup>226</sup> dann ist dieses Bedürfnis im Rahmen einer Eigenverwaltung nicht geringer, sondern eher gesteigert im Verhältnis zum Regelverfahren, in dem ein „unabhängiger“ Insolvenzverwalter eingesetzt wird. Die analoge Anwendung der §§ 60, 61 InsO abzulehnen, hieße insoweit, leichtfertig durchgeführte Eigenverwaltungsverfahren zu prämiieren, wozu kein Anlass besteht.<sup>227</sup>

Soweit es sich um Gesamtschäden handelt, ist dem Sachwalter die Aufgabe zugewiesen, jene Ansprüche geltend zu machen, während die Gläubiger den Geschäftsführer für Individualschäden direkt in Anspruch nehmen können.<sup>228</sup> Eines vorherigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 8 GmbHG) bedarf es dafür nicht.<sup>229</sup>

### ccc) Anwendungsmodell für §§ 60, 61 InsO

Hält man die §§ 60, 61 InsO analog für anwendbar, ist in einem nächsten Schritt zu fragen, wie diese Normen anzuwenden sind.<sup>230</sup> Becker<sup>231</sup> hat insoweit eine innovative Auslegung anhand des Organhaftungsmodells bei werbenden Gesellschaften in die Diskussion gebracht: Es sei zwischen den Insolvenzgläubigern, den Altmassegläubigern und den Neumassegäubigern zu differenzieren. Die Insolvenzgläubiger seien als wirtschaftliche Eigentümer anzusehen.<sup>232</sup> Sie seien durch eine Innenhaftung (vgl. § 43 Abs. 2 GmbHG für die werbende Gesellschaft) aus § 60 InsO i.V.m. § 92 InsO geschützt, welche durch die *business judgement rule* und eine Dispositionsbefugnis der Insolvenzgläubiger ergänzt werden müsse.<sup>233</sup> Die Pflicht, die Masseunzulänglichkeit anzuzeigen (§ 208 Abs. 1 InsO), könne funktional mit der Insolvenzantragspflicht der werbenden Gesellschaft (§ 15a InsO) verglichen werden.<sup>234</sup> § 60 InsO i.V.m. § 92 InsO bzw. § 61 InsO sollen deshalb eine „Masseunzulänglichkeitsverschleppungshaftung“ begründen, ähnlich der Funktion des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO vor dem Insolvenzantrag.<sup>235</sup> Ebenso wie dort sei dabei zwischen zwei Arten von Gläubigern – hier Massegläubigern – zu

unterscheiden: Neumassegäubiger, d.h. Massegläubiger, die nach dem Zeitpunkt, zu dem die Masseunzulänglichkeit hätte angezeigt werden müssen, mit dem Insolvenzverwalter Geschäfte machen, hätten nach § 61 InsO einen direkten Anspruch auf Ersatz ihres negativen Interesses.<sup>236</sup> Altmassegäubiger könnten hingegen einen Masseschaden (ähnlich dem Quotenschaden der Altgläubiger einer werbenden Gesellschaft) nach § 60 InsO beanspruchen, der analog § 92 InsO durch einen neuen Insolvenzverwalter oder einen Sonderinsolvenzverwalter geltend zu machen sei.<sup>237</sup>

Dieses von Becker entwickelte Modell eröffnet durch den Vergleich mit dem Organhaftungsmodell bei der werbenden Gesellschaft neue Perspektiven. In Teilen ist es freilich für den unmittelbaren Anwendungsbereich der §§ 60, 61 InsO – die reguläre Insolvenzverwaltung – nur *de lege ferenda* vertretbar.<sup>238</sup> Insbesondere die von Becker postulierte Ergänzung des

219 Oben Ziff. B. 1. 6. b) bb).

220 Deutlich Gehrlein, ZInsO 2017, 849, 855 („spürbares, schwerlich hinnehmbares Haftungsdefizit“); diese Lücken ausdrücklich anerkennend auch Schulz (Fn. 153), S. 330 ff., aber die Schäden für „überschaubar“ haltend und deshalb – sehr zweifelhaft – die Analogie ablehnend.

221 Überzeugend zur Regelungslücke Schaal (Fn. 104), S. 255 f.

222 Insoweit wie hier auch Kebekus/Zenker, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 334 m.w.N., auch zur Gegenansicht, in Fn. 27.

223 Ähnlich Kebekus/Zenker, in: FS Kübler, 2015, S. 331, 334; siehe auch Flöther, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 27.

224 Madaus, KTS 2015, 115, 125 f.; Gehrlein, ZInsO 2017, 849, 856 f.; Tetzlaff, in: MünchKomm. InsO (Fn. 149), § 270 Rn. 179 f.; Schaal (Fn. 104), S. 257 f., 260; siehe auch Flöther, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 28; den Vergleich ablehnend hingegen Schulz (Fn. 153), S. 332 f.

225 In diesem Fall mit der insolvenzrechtlichen Lösung sympathisierend, wengleich im Ergebnis ablehnend Bachmann, ZIP 2015, 101, 105.

226 Darauf mit Recht hinweisend Schaal (Fn. 104), S. 260; in Bezug auf § 61 InsO auch Jacoby, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 277 f.; dies übersieht u.E. Spliedt, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 629, wenn er auf ein gerade nach dem Insolvenzantrag und erst recht nach der Insolvenzeröffnung fehlendes Solvenzvertrauen hinweist; entscheidend ist nicht die Kenntnis des Gläubigers von der Insolvenz, sondern die Unkenntnis von einer „Insolvenz in der Insolvenz“ (vgl. Schaal [Fn. 104], S. 228 mit Verweis auf S. 75 ff.); auch insoweit kritisch und damit die gesetzgeberische Annahme einer gesteigerten Gefahr insgesamt ablehnend Becker (Fn. 132), S. 184 f. (vgl. dazu unten bei Fn. 238 f.).

227 Vgl. dazu Flöther, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 28; Tetzlaff, in: MünchKomm. InsO (Fn. 149), § 270 Rn. 179; Gehrlein, ZInsO 2017, 849, 857; Schaal (Fn. 104), S. 260.

228 Gehrlein, ZInsO 2017, 849, 860 f.

229 Gehrlein, ZInsO 2017, 849, 861; vgl. auch schon oben bei Fn. 76 ff.

230 Dazu eingehend Schaal (Fn. 104), S. 277 ff.

231 Becker, Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, 2016.

232 Becker (Fn. 132), S. 13 ff.

233 So die Zusammenfassung bei Becker (Fn. 132), S. 287 unter Ziff. 3 (vgl. aber auch S. 40 ff., insbes. S. 68 ff., wo zwischen „unternehmerischem Ermessen“ und „*business judgement rule*“ unterschieden und die Übertragbarkeit der letztgenannten Regel jedenfalls für den Fall abgelehnt wird, dass die Insolvenzgläubiger keine Möglichkeit der direkten Wahl und Abwahl des Insolvenzverwalters haben; vgl. S. 72); zur Anwendung der *business judgement rule* auch Brinkmann, DB 2012, 1369 f.; König (Fn. 172), S. 171 ff. und Schaal (Fn. 104), S. 279, jeweils m.w.N.

234 Becker (Fn. 132), S. 196 ff.

235 Becker (Fn. 132), S. 196 ff.

236 Becker (Fn. 132), S. 198 ff.

237 Becker (Fn. 132), S. 234 ff.

238 Deutliche Distanzierung vom gesetzgeberischen Konzept bei Becker (Fn. 132), S. 184 f.

§ 61 InsO um das Tatbestandsmerkmal des objektiven Vorliegens der „Masseunzulänglichkeit“ bei Begründung der Verbindlichkeit<sup>239</sup> ist zwar in Parallele zur Insolvenzreife als Voraussetzung der Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO bei der werbenden Gesellschaft konsequent entwickelt, im geltenden Recht der Insolvenzverwalterhaftung jedoch bislang nicht angelegt. Erwägen lässt sich jedoch eine dahin gehende Interpretation im Rahmen der hier befürworteten nur *analogen* Anwendung auf die Organe der (vorläufig) eigenverwaltenden Gesellschaft, um auf diese Weise die oben dargelegten, bislang konträr diskutierten gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Haftungsansätze miteinander zu versöhnen.

## II. Zahlungen an Gesellschaftsgläubiger nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)

Die derzeit in der Praxis der Insolvenzverwaltung wichtigste Anspruchsnorm der Geschäftsführerhaftung ist § 64 Satz 1 GmbHG (bis zum MoMiG § 64 Abs. 2 GmbHG). Allerdings hat sie diese Bedeutung erst seit ihrer „Entdeckung“ durch die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH ab 1999 erlangt, nachdem die Vorschrift seit Schaffung des GmbHG zunächst in einen gut 100-jährigen „Dornröschenschlaf“ gefallen war.<sup>240</sup>

Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft nach § 64 Satz 1 GmbHG zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung (Insolvenzreife) geleistet werden. Der **Zweck der Norm** ist umstritten und wirkt sich auf die später zu diskutierende Frage des zeitlichen Anwendungsbereichs aus:<sup>241</sup>

Nach Ansicht insbesondere von *Karsten Schmidt* steht die Norm in einem engen Zusammenhang mit der Insolvenzantragspflicht; sie solle den Geschäftsführer zur rechtzeitigen Antragstellung anhalten (*sog. Druckfunktion*).<sup>242</sup> Insolvenzverschleppungen seien verboten und dadurch auftretende Schäden auszugleichen.

Die Rechtsprechung<sup>243</sup> und weite Teile der Literatur<sup>244</sup> weisen der Norm richtigerweise aber auch eine *Schutzfunktion* zu: Sämtliche Masseverkürzungen im Vorfeld des Insolvenzverfahrens müssten unterbleiben. Das Gesellschaftsvermögen solle zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger wieder aufgefüllt werden. § 64 GmbHG hat demnach eine gewisse Nähe zum Recht der Insolvenzanfechtung,<sup>245</sup> dies freilich mit diversen Unterschieden im Detail.<sup>246</sup>

Unabhängig von dieser Debatte um die Schutzrichtung des § 64 Satz 1 GmbHG ist jedenfalls unstreitig, dass die Norm vor der Antragstellung anwendbar ist.<sup>247</sup> Da in der großen Mehrzahl aller Insolvenzverfahren eine **Insolvenzverschleppung** festzustellen ist<sup>248</sup> und folglich in all diesen Fällen auch noch verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife getätigt wurden, sind Ansprüche gegen den oder die Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 GmbHG ganz regelmäßig gegeben, auch wenn sie vielleicht aus taktischen Gründen nicht in allen Insolvenzver-

fahren geltend gemacht werden. Der Insolvenzverwalter ist nämlich oft auf die Mitarbeit bzw. auf Informationen des (früheren) Geschäftsführers angewiesen und diesbezüglich wirkt sich eine Haftungsklage nicht eben förderlich aus.

## 1. Anwendungsbereich

### a) Erfasste Gesellschaftsformen

Die Vorschrift des § 64 GmbHG bezieht sich auf die GmbH und gilt daneben für die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), weil diese nur eine Untervariante der GmbH ist.<sup>249</sup> Im Aktien- und Genossenschaftsrecht findet sich eine dem § 64 GmbHG entsprechende Haftungsanordnung (§ 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG, § 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG i.V.m. § 99 GenG). Dasselbe gilt nach § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB auch für den Geschäftsführer des persönlich haftenden Gesellschafters einer insolventen OHG, wenn kein Komplementär eine natürliche Person ist. Über § 177a HGB findet diese Regelung ferner auf die GmbH & Co. KG Anwendung. Für all diese Gesellschaftsformen gelten daher die nachfolgend allein in Bezug auf § 64 GmbHG dargelegten Grundsätze entsprechend. Beim Verein und bei der Stiftung gibt es hingegen keine vergleichbaren Sanktionen.<sup>250</sup>

239 *Becker* (Fn. 132), S. 196 f.

240 Dazu *Bitter*, WM 2001, 666 ff.

241 Dazu sogleich unten Ziff. B. II. 1. b) bei Fn. 252 ff.

242 *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 10 f. m.w.N.; siehe auch *Karsten Schmidt*, NZG 2015, 129, 130; ebenso *Brinkmann*, DB 2012, 1369; zur Druckfunktion – jedoch verstanden als einer von zwei Zwecken – auch *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 605 f.; *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 3.

243 BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 24); BGH, ZInsO 2015, 92 = WM 2015, 79 = ZIP 2015, 68, 69 (Rn. 8) m.w.N.; Nachw. zur älteren Rspr. auch bei *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 606 in Fn. 18.

244 *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 4; *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 605 f. m.w.N.; *Gehrlein*, ZInsO 2015, 477; *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 154, 160; *Klinck*, DB 2014, 938, 939; *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100; *Kruth*, NZI 2014, 981 f. mit Zusammenfassung S. 986 f.; *Jacoby*, in: *FS Vallender*, 2015, S. 261, 275; *Poertzgen*, GmbHR 2015, 929. Die Frage der Schutzfunktion ist dabei richtigerweise von der Diskussion zur Rechtsfolgenseite (Einzel- oder Gesamtbetrachtung; dazu unten Ziff. B. II. 4.) zu trennen (vgl. unten bei Fn. 404; anders wohl *Habersack/Foerster*, ZHR 178 [2014], 387, 390 ff., wenn sie in Fn. 23 *Bitter*, WM 2001, 666, 670 f. der „Einheitslehre“ von *Karsten Schmidt* zuordnen, obwohl er diese nicht vertritt).

245 *Thole/Brüinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100; *Gehrlein*, ZInsO 2015, 477; *H. F. Müller*, in: *MünchKomm. GmbHG*, Bd. 3, 2. Aufl. 2016, § 64 Rn. 141; eingehender Vergleich bei *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482 ff.; siehe auch *Bitter*, KTS 2016, 455 ff. in Bezug auf die Masseschmälerung bzw. Gläubigerbenachteiligung.

246 Unterschiede bestehen insbes. in Bezug auf den Anspruchsgegner [Ziff. B. II. 2. a) bei Fn. 320 ff.] und das Bargeschäft i.S.d. § 142 InsO [unten Ziff. B. II. 4. a) bb) ccc) bei Fn. 448 ff.], ferner in Bezug auf „Zahlungen“ von einem/auf ein debitorischen/s Konto [vgl. *Bitter*, in: *FS G. Fischer*, 2008, S. 15, 29 ff.; *Gehrlein*, ZInsO 2015, 477, 481; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 517 ff. und unten Ziff. B. II. 4. a) aa) bei Fn. 412 ff., insbes. Fn. 418 ff.].

247 Zum zeitlichen Anwendungsbereich siehe noch unten Ziff. B. II. 1. b) bei Fn. 251 ff.

248 Vgl. die bei *Bitter/Röder*, ZInsO 2009, 1283, 1286 f. wiedergegebene Umfrage unter Insolvenzverwaltern.

249 *BeckOK GmbHG/Mätzig*, 33. Ed. 1.11.2017, § 64 Rn. 18.

250 Zur Ablehnung einer Analogie im Vereinsrecht siehe BGH, ZIP 2010, 985 (zustimmend *Poertzgen*, ZInsO 2010, 785, 789 f.), im Stiftungsrecht *Müller*, ZIP 2010, 153, 158 f.

## b) Zeitlicher Anwendungsbereich

Der zeitliche Anwendungsbereich des § 64 GmbHG ist noch unklar. Der BGH hat bislang lediglich ausgesprochen, dass die Norm bereits ab Eintritt der Insolvenzreife gilt, nicht erst nach Ablauf der für die Insolvenzantragspflicht in § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO bestimmten Dreiwochenfrist.<sup>251</sup> Nicht höchstrichterlich geklärt und entsprechend umstritten ist jedoch die Frage, ob die Norm auch noch nach Antragstellung oder sogar nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Anwendung kommt.<sup>252</sup> Wie bereits angedeutet,<sup>253</sup> hängt die Antwort davon ab, wie man den Schutzzweck der Norm auslegt und ob dieser in der jeweiligen Verfahrensphase noch erfüllt werden kann.

Nach jener Literaturmeinung, die § 64 GmbHG lediglich eine Druckfunktion in Bezug auf die Antragstellung zuschreibt, kann die Norm ab Stellung des Insolvenzantrags nicht mehr anwendbar sein, da sich der Zweck der Norm damit erledigt hat.<sup>254</sup> Der Wortlaut des § 64 Satz 1 GmbHG, der insoweit keine Einschränkung vorsehe, sei teleologisch zu reduzieren.<sup>255</sup> Dem widerspricht allerdings die bereits dargelegte und hier geteilte Ansicht der Rechtsprechung und h.M., welche dem § 64 GmbHG auch eine Schutzfunktion zuspricht.<sup>256</sup> In der Konsequenz wird § 64 GmbHG überwiegend auch noch nach Antragstellung für grds. anwendbar gehalten, um den Schutzzweck der Massesicherung weiterhin sicherzustellen.<sup>257</sup> Allerdings ist im Ansatz eine Differenzierung zwischen Regeleröffnungsverfahren und dem vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren erforderlich:

### aa) Regeleröffnungsverfahren

Im Regeleröffnungsverfahren kann § 64 GmbHG angewendet werden, soweit der Gesellschaft die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis verbleibt.<sup>258</sup> Davon ist jüngst auch der BFH ausgegangen und hat den Geschäftsführer lediglich nach der später noch zu diskutierenden Ausnahmvorschrift des § 64 Satz 2 GmbHG<sup>259</sup> für entlastet angesehen.<sup>260</sup> Wird allerdings im Eröffnungsverfahren ein allgemeines Verfügungsverbot gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2, Alt. 1 InsO angeordnet und ein sog. „starker vorläufiger Insolvenzverwalter“ eingesetzt (§ 22 Abs. 1 InsO), gibt es aufgrund von dessen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis in aller Regel keine dem Geschäftsführer zurechenbaren Rechtshandlungen mehr, die an § 64 GmbHG gemessen werden könnten.<sup>261</sup>

### bb) Vorläufige Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren

Problematisch und in Ermangelung höchstrichterlicher Rechtsprechung streitig diskutiert ist hingegen die Frage, ob § 64 GmbHG im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren (§ 270a InsO) und im Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) anwendbar ist, weil in diesen Eröffnungsverfahren der Geschäftsführer im Amt bleibt. Die Gefahr der Masseverkürzung besteht weiterhin und wird sogar noch erhöht, da die Krise der Gesellschaft jetzt publik ist und Altgläubiger daher versuchen, noch Zahlungen auf ihre Forderung zu erhalten.<sup>262</sup> § 64 GmbHG ist deshalb nach h.M. in jenen Verfahren

weiterhin anwendbar,<sup>263</sup> bis die Insolvenzmasse konstituiert ist.<sup>264</sup> Zahlungen, die in diesem Verfahrensstadium geleistet werden, könnten nämlich auch angefochten werden.<sup>265</sup>

Gegen diese h.M. hat sich vor allem *Haas* gewandt und sich dabei auf zwei wesentliche Argumente gestützt: Das erste Argument geht von der oben bereits herausgestellten Erkenntnis aus, dass der Geschäftsführer ohnehin auf das Gläubigerinteresse verpflichtet ist.<sup>266</sup> Da folglich schon § 43 Abs. 2 GmbHG im Interesse der Gläubiger eingreife, bedürfte es daneben der Anwendung des § 64 GmbHG nicht.<sup>267</sup> Zum zweiten erschwe-

251 BGH, ZInsO 2009, 876 = ZIP 2009, 860 = WM 2009, 851 (Leitsatz 1) = WuB II C § 64 GmbHG 1.09 *Bitter*; dazu auch *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 24 m.w.N.; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849; nur auf diese Frage beziehen sich entgegen *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 604 in Fn. 8 und *Klinck*, DB 2014, 938, 939 in Fn. 21 auch die Ausführungen bei *Strohn*, NZG 2011, 1161, 1163, den beide Autoren zudem fehlerhaft als „Spohn“ zitieren.

252 Nachw. zum Streitstand bei *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 604 in Fn. 8 ff. (vgl. aber zu dem dort zitierten „Spohn“ [richtig: „Strohn“] auch die hiesige Fn. 251).

253 Oben bei Fn. 241.

254 So *Brinkmann*, DB 2012, 1369; differenzierend *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 25: Wenn der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt wurde, was bei einem Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung bzw. Eröffnung des Schutzschirmverfahrens regelmäßig der Fall sei, solle keine Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG mehr drohen; sei die Insolvenz allerdings verschleppt worden, könne den Geschäftsführer die Sanktion des § 64 Satz 1 GmbHG noch treffen (z.B. im Eröffnungsverfahren mit schwachem vorläufigem Verwalter).

255 *Brinkmann*, DB 2012, 1369.

256 Oben Fn. 243 f.

257 *Thole*, DB 2015, 662, 665; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108; *Thole/Brinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100; *Klinck*, DB 2014, 938, 939 ff.; *Skauradzsun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2561; *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 624; *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2250 f.; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 850; im Grundsatz auch *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 619 mit Fn. 72, jedoch abweichend für die Verfahren nach §§ 270a, 270b InsO (dazu sogleich im Text).

258 *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 85 m.w.N.; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 850 f.; Nachw. auch bei *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 619 in Fn. 72.

259 Dazu unten Ziff. B. II. 4. b) bei Fn. 509 ff., zum Konflikt zwischen § 64 Satz 1 GmbHG und den steuerlichen Pflichten insbes. Ziff. B. II. 4. b) cc) bei Fn. 522 ff. und B. II. 5. b) bei Fn. 558 ff.

260 BFH, ZInsO 2018, 100 = ZIP 2018, 22 (Rn. 21).

261 Zutreffend *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 85; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 851; siehe aber auch die das eröffnete Verfahren betreffende Entscheidung des OLG Hamm, ZIP 1980, 280, 281 (juris-Rn. 33).

262 *Klinck*, DB 2014, 938, 939.

263 *Thole/Brinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100; *Thole*, DB 2015, 662, 665; *Siemon/Klein*, ZInsO 2012, 2009, 2013 ff.; *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 275, 280; *Klinck*, DB 2014, 938, 939 ff.; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108; *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2240; *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 624; *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2250 ff.; *A. Schmidt/Poertzen*, NZI 2013, 369, 375; *Buchalik/Kraus*, ZInsO 2014, 2354, 2356; *Mielke/Sedlitz*, ZIP 2017, 1646, 1647; *Bork*, KTS 2017, 189, 196; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 850 f.; *Schulz* (Fn. 153), S. 258 ff.

264 So *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 623 f.; *Thole/Brinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100 f.; *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 275 f.; noch weitergehend *Klinck*, DB 2014, 938, 939 ff. und *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2240, die § 64 GmbHG auch noch nach Insolvenzeröffnung anwenden wollen (dazu sogleich bei Fn. 290 ff.).

265 *Thole/Brinkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100; *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 275; zum Verhältnis von § 64 GmbHG und dem Anfechtungsrecht der §§ 129 ff. InsO eingehend *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482 ff.

266 Siehe dazu bereits Ziff. B. I. 6. a) bei Fn. 114 ff.

267 *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 619 ff.

re die Anwendung des § 64 Satz 1 GmbHG die mit Einführung der §§ 270a, 270b InsO bezweckte Sanierung, weil das Zahlungsverbot in der Ausprägung der Rechtsprechung (Einzelbetrachtung jeder einzelnen Zahlung)<sup>268</sup> und mit seiner Beweislastverteilung ein „zu scharfes Schwert“ sei, welches eine (längere) Unternehmens(fort)führung hindere.<sup>269</sup>

Dem lässt sich freilich entgegenhalten, dass sich die gem. § 64 Satz 1 GmbHG unzulässige Befriedigung einzelner (späterer) Insolvenzforderungen schwer als „Schaden“ i.S.v. § 43 Abs. 2 GmbHG einordnen lässt.<sup>270</sup> Ehe man insoweit zur Erreichung des gewollten Ergebnisses den Schadensbegriff normativ auflädt,<sup>271</sup> was keineswegs unproblematisch ist,<sup>272</sup> erscheint es richtiger und einfacher, genau jene Vorschrift heranzuziehen, die ohnehin für diese Fälle geschaffen ist. Die Benachteiligung der Gläubigergesamtheit, vor welcher § 64 Satz 1 GmbHG schützen will, ist nun einmal etwas anderes als ein Schaden der Gesellschaft i.S.v. § 43 Abs. 2 GmbHG.<sup>273</sup> Zudem ist die Ausrichtung auf das Gläubigerinteresse eher ein Argument für die Anwendung des § 64 GmbHG als dagegen.<sup>274</sup>

Die Sanierung wird durch die Anwendung des § 64 Satz 1 GmbHG auch nicht gehindert. Das ergibt sich von selbst, wenn man der hier noch darzulegenden Ansicht folgt, die entgegen der Rechtsprechung die Rechtsfolgen des § 64 Satz 1 GmbHG begrenzt (Gesamtbetrachtung).<sup>275</sup> Aber auch auf der Basis der h.M. ist die Unternehmens(fort)führung im Eröffnungsverfahren nicht gehindert, wenn man – übrigens unabhängig von der Einteilung in Regeleröffnungsverfahren und vorläufige Eigenverwaltung – **§ 64 Satz 2 GmbHG nach Antragstellung großzügiger** auslegt, um flexible Lösungen zu ermöglichen.<sup>276</sup> Es sollten alle Zahlungen erlaubt sein, die zur Aufrechterhaltung des schuldnerischen Geschäftsbetriebs erforderlich und notwendig sind, um über die Unternehmensfortführung die zur Verteilung an alle Gläubiger zur Verfügung stehende Insolvenzmasse bestmöglich zu erhalten.<sup>277</sup> Insoweit hatte der BGH<sup>278</sup> bereits 2007 – damals aber für den Zeitraum vor Antragstellung – entschieden, dass Satz 2 anwendbar sei, wenn Zahlungen zur Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse erfolgen. Obwohl diese Rechtsprechung – wie noch darzulegen sein wird – für den Zeitraum vor Antragstellung angreifbar ist,<sup>279</sup> ermöglicht sie für den Zeitraum nach Antragstellung die Fortführung des Betriebs bis zur Verfahrenseröffnung.<sup>280</sup> *Poertzgen* spricht diesbezüglich von einer „*Restructuring Judgment Rule*“.<sup>281</sup> Jedenfalls sollte die Haftung im Regelfall ausgeschlossen sein, wenn der vorläufige Gläubigerausschuss und/oder der vorläufige Insolvenzverwalter<sup>282</sup> bzw. Sachwalter der Zahlung zugestimmt hat oder die Zahlung im Rahmen eines stimmigen Eigenverwaltungs-konzepts erfolgt ist.<sup>283</sup> Die „Entlastung“ wirkt dabei jedoch eher faktisch als rechtlich.<sup>284</sup>

### cc) Eröffnetes Verfahren

Wohl herrschend wird die Anwendbarkeit des § 64 GmbHG nach Eröffnung des Insolvenz- bzw. Eigenverwaltungsverfahrens abgelehnt.<sup>285</sup> Die Verfahrenseröffnung stelle eine Zäsur dar und die Insolvenzmasse werde in diesem Zeitpunkt konstituiert (§ 35 InsO).<sup>286</sup> Die Gesellschafter verlören ihren Einfluss (§ 80 InsO bzw. § 276a InsO); das Verfahren sei jetzt

ausschließlich am Zweck der Gläubigerbefriedigung auszurichten (§ 1 InsO, ggf. i.V.m. § 270 Abs. 1 InsO).<sup>287</sup> Auch die Insolvenzanfechtung sei auf den Zeitraum vor Verfahrenseröffnung beschränkt.<sup>288</sup>

Ob diese auf den ersten Blick durchaus plausibel klingende Ansicht über jeden Zweifel erhaben ist, erscheint jedenfalls für die Eigenverwaltung, in welcher der Schuldner die Verfügungsbefugnis behält,<sup>289</sup> noch nicht ausge-

268 Dazu unten Ziff. B. II. 4. a).

269 *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 625 mit Verweis auf S. 614 ff.

270 Siehe oben bei Fn. 109; ferner *Schulz* (Fn. 153), S. 260; *Schaal* (Fn. 104), S. 152 ff.

271 So *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 613 bei Fn. 45.

272 Dazu *Schaal* (Fn. 104), S. 92 ff., wo überzeugend darauf hingewiesen wird, dass die Ausrichtung auf das Gläubigerinteresse nicht notwendig auch die Anpassung der Rechtsfolge rechtfertigt (S. 94). Weniger überzeugend ist demgegenüber die pauschale Kritik am normativen Schadensbegriff auf S. 93.

273 Zutreffend *Schaal* (Fn. 104), S. 92.

274 Zutreffend *Klinck*, DB 2014, 938, 940; zust. *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 851.

275 Dazu unten Ziff. B. II. 4. a).

276 In diesem Sinne *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 275 f.; *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2561; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108; *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 626 f.; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 850; im Grundsatz auch *Klinck*, DB 2014, 936, 941 f., aber zurückhaltend; hilfsweise ferner *Brinkmann*, DB 2012, 1369; siehe allgemein – ohne Einschränkung auf das Eröffnungsverfahren – auch *Strohn*, NZG 2011, 1161, 1163; anders jedoch *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2251 f.

277 Ähnlich *Poertzgen*, ZInsO 2015, 724, 725; enger hingegen *Simon/Klein*, ZInsO 2012, 2009, 2016 ff.: nur bei Zustimmung eines repräsentativ besetzten und informierten vorläufigen Gläubigerausschusses zur Betriebsfortführung.

278 BGH, ZInsO 2007, 1349 = ZIP 2008, 72 = WM 2008, 27 (Rn. 6) = WuB II C § 64 GmbHG 2.08 *Bitter/Schumacher*.

279 Dazu unten Ziff. B. II. 4. b) bb) bei Fn. 514 ff. insbes. bei Fn. 518 f.

280 Siehe dazu ausführlich *Schulz* (Fn. 153), S. 266 ff.

281 *Poertzgen*, ZInsO 2015, 724, 725. Siehe zum generellen Streit um die Anwendung der *business judgement rule* im Insolvenzverfahren aber *Brinkmann*, DB 2012, 1369 f.; ausführlich *König* (Fn. 172), S. 171 ff.; Nachw. auch bei *Schaal* (Fn. 104), S. 279 in Fn. 452.

282 Zum Regelverfahren *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 85; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 850 f.

283 *Poertzgen*, ZInsO 2015, 724, 725 f.; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 851; insoweit übereinstimmend auch *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2252 trotz ihres restriktiveren Grundansatzes.

284 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108 spricht von „indizieller Bedeutung“; zur eigenständigen Verpflichtung des Geschäftsführers auf die Gläubigerinteressen, aber auch zum erleichterten Nachweis fehlenden Verschuldens bei derartigen Zustimmungen siehe *Klinck*, DB 2014, 938, 941 f.; ähnlich *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2561; zur fehlenden rechtlichen Entlastungswirkung eines Beschlusses des Gläubigerausschusses siehe oben nach Fn. 132; a.A. wohl *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 851 („haftungsbefreiende Weisungen“).

285 *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 607 ff.; *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 276; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100 f.; *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 623 f.; *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2253; A. *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 376; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 851 f.; *Flöther*, in: Kübler (Fn. 149), § 18 Rn. 22; ausführlich *Schulz* (Fn. 153), S. 251 ff.

286 *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 623 f.; *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 276; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100; *Schulz* (Fn. 153), S. 254.

287 *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100.

288 *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 276; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100; *Schulz* (Fn. 153), S. 254.

289 Bei Einsetzung eines Insolvenzverwalters und damit fehlender Verfügungsbefugnis der Geschäftsführer gelten die Überlegungen zum starken vorläufigen Verwalter (oben bei Fn. 261) entsprechend; vgl. *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 851 m.w.N.

macht.<sup>290</sup> Dass das Verfahren gesetzlich am Gläubigerinteresse ausgerichtet ist, bedeutet ja nicht, dass sich der Geschäftsführer auch tatsächlich daran hält.<sup>291</sup> Zudem wechselt die Interessenausrichtung richtigerweise schon mit Eintritt der materiellen Insolvenz<sup>292</sup> und in genau diesem Zeitpunkt setzt § 64 Satz 1 GmbHG erst ein. Die Tatbestandsvoraussetzung kann dann aber nicht zugleich Grund für den *Ausschluss* ihrer Anwendung sein. Auch die Haftung aus § 43 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG kompensiert – wie soeben ausgeführt<sup>293</sup> – wegen der Anknüpfung an einen Schaden der Gesellschaft eine evtl. fehlende Anwendbarkeit des § 64 GmbHG nicht. Allenfalls lässt sich – dann aber auch für die vorläufige Eigenverwaltung – argumentieren, § 64 Satz 1 GmbHG habe neben der hier befürworteten analogen Anwendung der §§ 60, 61 InsO auf die Geschäftsleiter der Insolvenzschuldnerin<sup>294</sup> keine praktische Bedeutung, weil die Masseschmälerung über § 60 InsO in gleicher Weise ersatzfähig sei wie über § 64 GmbHG.<sup>295</sup> Im Umfang der Deckungsgleichheit beider Ansprüche macht es dann aber praktisch auch keinen Unterschied, ob die Haftung auf eine oder zwei parallele Anspruchsgrundlagen gestützt wird.

### c) Internationaler Anwendungsbereich

In jüngerer Zeit ist verstärkt diskutiert worden, ob § 64 GmbHG auch auf in Deutschland tätige Gesellschaften ausländischer Rechtsform anwendbar ist. Dabei gilt es die Frage nach einem inländischen Gerichtsstand von der Problematik einer Anwendbarkeit deutschen Sachrechts auf sog. Schein- auslandsgesellschaften zu trennen:

- (1) International zuständig für Klagen aus § 64 GmbHG ist nach dem EuGH – bei eröffnetem Insolvenzverfahren – das Gericht, in dessen Land das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO). Die Norm setze auf Tatbestandsebene materielle Insolvenz voraus und verfolge vergleichbare Zwecke wie die Insolvenzanfechtung. Sie stehe damit in engem Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren.<sup>296</sup>
- (2) Außerdem ist § 64 GmbHG nach Art. 4 EuInsVO a.F. (jetzt Art. 7 EuInsVO n.F.) auch auf den Geschäftsleiter einer Auslandsgesellschaft (z.B. den Director einer Englischen Limited) anwendbar, wenn über das Vermögen jener Gesellschaft in Deutschland das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Diese lange umstrittene Frage haben der EuGH<sup>297</sup> und ihm folgend der BGH<sup>298</sup> in der Rechtssache „Kornhaas“ in doppelter Hinsicht für die Praxis geklärt:<sup>299</sup> Erstens ist § 64 GmbHG insolvenzrechtlich und nicht gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren und damit unter Art. 4 EuInsVO a.F. (Art. 7 EuInsVO n.F.) zu subsumieren.<sup>300</sup> Wie schon bei der Feststellung der internationalen Zuständigkeit stellte der EuGH auch insoweit darauf ab, dass das Zahlungsverbot die materielle Insolvenz voraussetzt.<sup>301</sup> Zudem sanktioniere die Norm den unterbliebenen Insolvenzantrag<sup>302</sup> und solle die Gesellschaft vor Massekürzungen im Vorfeld der Insolvenz schützen.<sup>303</sup> Zweitens verstößt die Anwendbarkeit des § 64 GmbHG auf Schein auslandsgesellschaften nicht gegen die Niederlassungsfreiheit<sup>304</sup> aus Art. 49, 54 AEUV, wie der *Erstverfasser Bitter* schon 2004 herausgearbeitet hat.<sup>305</sup> Es werde – so der EuGH – weder

an die deutschen Mindestkapitalvorschriften angeknüpft, noch die Anerkennung der Gesellschaft als solche infrage gestellt.<sup>306</sup>

Nicht klar erkennbar ist aus den Urteilsgründen, ob der EuGH die Norm als eine Marktausübungsregelung im Sinne der Keck-Rechtsprechung qualifiziert<sup>307</sup> oder die Anwendung der Norm zwar als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit angesehen, sodann aber nach der Gebhard-Formel<sup>308</sup> als gerechtfertigt angesehen hat.<sup>309</sup> Die Frage kann letztlich offenbleiben, wenn man richtigerweise von einem „System fließender Übergänge“ ausgeht, das von der Anwendung allgemeinen Verkehrsrechts, die nach Maßgabe der Keck-Rechtsprechung schon keine Beschränkung begründet, über die leicht zu rechtfertigenden Beschränkungen der Tätigkeitsausübung bis hin zu den selten zu rechtfertigenden absoluten Zutrittsschranken reicht.<sup>310</sup>

290 Kritik bei *Klinck*, DB 2014, 938, 942; für eine Anwendung des § 64 Satz 1 GmbHG auch im eröffneten Verfahren sehr früh schon OLG Hamm, ZIP 1980, 280, 281 (juris-Rn. 33 zu § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.); aus jüngerer Zeit ferner *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2240.

291 Insoweit auf die Unwirksamkeit insolvenzzweckwidriger Maßnahmen verweisend *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 852. Eine Schadensentstehung ist dadurch jedoch nicht gehindert.

292 Siehe oben bei Fn. 122 ff.

293 Siehe oben bei Fn. 270.

294 Siehe hierzu oben Ziff. B. I. 6. b) cc) bbb) bei Fn. 213 ff.

295 Für eine Verdrängung des § 64 GmbHG bei – von ihm allerdings verneinter – Anwendung der §§ 60, 61 InsO *Spliedt*, in: FS Vallender, 2015, S. 613, 627; zur Verknüpfung beider Fragen auch *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100 f.; *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2253.

296 EuGH, ZInsO 2015, 256 = ZIP 2015, 196 = WM 2015, 841. Dies gilt auch dann, wenn der Geschäftsführer seinen Wohnsitz nicht in einem EU-Mitgliedsstaat hat, sondern in einem Vertragsstaat des Lugano-II-Übereinkommens (Rn. 27 ff.).

297 EuGH, ZInsO 2016, 175 = ZIP 2015, 2468 = NJW 2016, 223 – „Kornhaas“.

298 BGH, ZInsO 2016, 847 = WM 2016, 786 = ZIP 2016, 821 = NJW 2016, 2660 (Leitsatz) – „Kornhaas“.

299 Vgl. die Vorlagefrage des BGH, ZInsO 2015, 92 = ZIP 2015, 68, 70; ausführlich *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 45 ff.

300 Kritisch hierzu *Altmeyen*, IWRZ 2017, 107, 111.

301 EuGH, ZInsO 2016, 175 = ZIP 2015, 2468 = NJW 2016, 223 (Rn. 16 f.) – „Kornhaas“.

302 EuGH, ZInsO 2016, 175 = ZIP 2015, 2468 (Rn. 19) – „Kornhaas“.

303 EuGH, ZInsO 2016, 175 = ZIP 2015, 2468 (Rn. 20) – „Kornhaas“.

304 Zur Pflicht, einen möglichen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit auch dann zu prüfen, wenn eine Norm nach der EuInsVO anwendbar ist, siehe bereits *Bitter*, WM 2004, 2190, 2191 f.; *Bitter*, in: Tietze/McGuire et al. (Hrsg.), Europäisches Privatrecht – Über die Verknüpfung von nationalem und Gemeinschaftsrecht, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 299, 311 f.

305 *Bitter*, WM 2004, 2190, 2192 ff., insbes. S. 2198 f.

306 EuGH, ZInsO 2016, 175 = ZIP 2015, 2468 (Rn. 27 f.) – „Kornhaas“.

307 So interpretieren dies im Hinblick auf EuGH, ZInsO 2016, 175 = ZIP 2015, 2468 (Rn. 28) – „Kornhaas“ namentlich *Altmeyen*, IWRZ 2017, 107, 110 und wohl auch *Hübner/Weller*, NJW 2016, 225.

308 EuGH Slg. 1995, I-4165 = NJW 1996, 579 – „Gebhard“.

309 Für diesen Weg vor dem „Kornhaas“-Urteil *Weller/Schulz*, IPRax 2014, 336, 339; tendenziell auch *Hübner*, IPRax 2015, 297, 302; insgesamt a.A. *Mock*, NZI 2015, 87, 88, der den Eingriff offenbar als nicht gerechtfertigt ansieht.

310 So *Bitter*, in: Tietze/McGuire (Fn. 304), S. 299 ff., insbes. S. 318 ff.; *Bitter*, WM 2004, 2190, 2192 ff., zur Insolvenzverschleppungshaftung insbes. S. 2198 f.; ähnlich *Weller*, Europäische Rechtsformwahlfreiheit und Gesellschafterhaftung, 2004, S. 34 ff., 200 ff., der für ein abgestuftes System aus Marktzugangshindernissen einerseits, Tätigkeitsausübungs- und Markttrückzugsregelungen andererseits plädiert.

Welche Auswirkungen die Entscheidung des EuGH in der Sache „Kornhaas“ auf die mittlerweile wohl herrschende, angeblich europarechtlich vorgegebene<sup>311</sup> Gründungstheorie zur Ermittlung des Gesellschaftsstatuts hat, ist bislang offen.<sup>312</sup> Unabhängig von nationalen Zweckmäßigkeitserwägungen<sup>313</sup> bleibt im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit jedenfalls festzuhalten: Die Rechtsprechung des EuGH in Sachen *Centros*,<sup>314</sup> *Überseering*<sup>315</sup> und *Inspire Art*<sup>316</sup> hindert es lediglich, die ausländischen Gesellschaften im Inland generell nicht anzuerkennen oder sie den inländischen Mindestkapitalvorschriften zu unterwerfen; nicht jedoch verbietet sie die Anwendung des kompletten deutschen Gläubigerschutzrechts.<sup>317</sup> Ganz generell gilt nämlich in besagtem „System fließender Übergänge“: Je weniger eine solche Vorschrift den Marktzugang beschränkt, desto niedrigere Anforderungen sind an die Rechtfertigung ihrer Anwendung zu stellen.<sup>318</sup> Grds. kann deshalb bei den Haftungstatbeständen, die im Zusammenhang mit der Insolvenz einer Gesellschaft stehen, angesichts der in diesem Fall konkreten Gläubigergefahren davon ausgegangen werden, dass deren Anwendung gerechtfertigt ist.<sup>319</sup>

## 2. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs

### a) Haftungsadressaten

Die Ersatzpflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG trifft nicht nur den rechtlichen **Geschäftsführer** (auch als Strohmann),<sup>320</sup> sondern auch den **faktischen Geschäftsführer**.<sup>321</sup> Dabei sind die bereits zu § 43 Abs. 2 GmbHG näher dargelegten Grundsätze des BGH zu beachten.<sup>322</sup> Der Betreffende muss nach dem Gesamterscheinungsbild seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft – über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus – durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen haben.<sup>323</sup>

Ungeklärt ist noch, ob die Haftung ausnahmsweise auch einen **Gesellschafter** treffen kann, wenn die GmbH führungslos ist und kein neuer (Not-)Geschäftsführer bestellt wird. Dafür spricht zwar, dass die Gesellschafter nach § 15a Abs. 3 InsO verpflichtet sind, bei Führungslosigkeit Insolvenzantrag zu stellen.<sup>324</sup> Jedoch nennt § 64 GmbHG ausdrücklich nur den Geschäftsführer als Haftungsadressaten und das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) hat den Gesellschafter nun einmal nur punktuell, nicht aber generell mit in die Pflicht genommen.<sup>325</sup>

Die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife trifft ferner auch die **Mitglieder eines** gesetzlich verpflichtenden – nicht aber eines fakultativen<sup>326</sup> – **Aufsichtsrats** wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht.<sup>327</sup>

Da es sich bei § 64 GmbHG nicht um einen Deliktstatbestand handelt, scheidet eine Teilnahme Dritter i.S.v. § 830 BGB aus.<sup>328</sup> Säge man § 64 GmbHG entgegen der bislang h.M.<sup>329</sup> als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB an, käme nach § 830 Abs. 2 BGB eine Haftung von Anstiftern und Gehilfen in Betracht, die aus der verbotenen Zahlung Nutzen ziehen.<sup>330</sup>

### b) Anspruchsteller

Der Anspruch steht nach § 64 Satz 1 GmbHG der Gesellschaft zu (Innenhaftung). Praktisch wird er aber erst in der Insolvenz geltend gemacht, und zwar durch den Insolvenzverwalter.<sup>331</sup> In der (vorläufigen) Eigenverwaltung ist der Sachwalter zur Durchsetzung berufen.<sup>332</sup>

Bei masseloser Insolvenz kann jeder Gläubiger nach Pfändung und Überweisung zur Einziehung die der Gesellschaft

311 Viele sprechen gar von „europarechtlicher Gründungstheorie“; vgl. dazu *Ego*, in: MünchKomm. AktG, Bd. 7, 4. Aufl. 2017, B. 2. Kapitel III. 2. (Darstellung ab Rn. 218 ff. m.w.N.; Kritik ab Rn. 225 ff.), der aber mit Recht die Ansicht vertritt, dass das Gesellschaftsrecht nicht schlechthin nach der Gründungstheorie zu bestimmen sei und eine differenzierende Diskussion anmahnt; vgl. außerdem die Darstellung bei *Kindler*, in: MünchKomm. BGB, Bd. 12, 7. Aufl. 2018, Teil 10. C. III. 1. b) Rn. 363 ff. m.w.N.

312 *Hübner/Weller*, NJW 2016, 225 meinen, dass das Urteil keine Auswirkungen auf die Gründungstheorie haben wird, sondern lediglich zeige, dass unter „Gesellschaftsrecht“ kollisionsrechtlich eben nicht „Insolvenzrecht“ zu verstehen sei.

313 Diese können es etwa gebieten, die Vorschriften eines Rechtsgebiets nicht auseinanderzureißen und (nur) deshalb weitergehend als europarechtlich geboten das Auslandsrecht i.S.v. der Gründungstheorie anzuwenden.

314 EuGHE I 1999, 1459 = NJW 1999, 2017 – „Centros“.

315 EuGHE I 2002, 9919 = NJW 2002, 3614 – „Überseering“.

316 EuGHE I 2003, 10155 = NJW 2003, 3331 – „Inspire Art“.

317 So schon *Bitter*, in: Tietze/McGuire (Fn. 304), S. 299 ff.; ebenso jüngst *Altmeppen*, IWRZ 2017, 107 ff.; *Schall*, ZIP 2016, 289, 291 ff.

318 *Bitter*, WM 2004, 2190 ff.; *Bitter*, in: Tietze/McGuire (Fn. 304), S. 299 ff., insbes. S. 318 ff.

319 Zu den einzelnen Anspruchsgrundlagen siehe *Bitter*, WM 2004, 2190, 2194 ff.; *Bitter*, in: Tietze/McGuire (Fn. 304), S. 299 ff., insbes. S. 328 ff.

320 Vgl. dazu die Nachw. bei Fn. 938 zur Haftung eines Strohmann-Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB.

321 BGH, ZInsO 2005, 878 = ZIP 2005, 1550 = DB 2005, 1897 (Leitsatz 1); BGH, GmbHR 2008, 702 (Rn. 6); Details bei *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 16 ff.; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 40; zum Strafrecht siehe BGH, ZInsO 2015, 196 = ZIP 2015, 218: Auch der faktische Geschäftsführer kann Täter nach § 15a IV InsO sein; allgemein zur Haftung des faktischen Geschäftsführers siehe auch schon oben Ziff. B. I. 5.

322 Dazu oben Ziff. B. I. 5.

323 Explizit zur Insolvenzverschleppungshaftung BGH, ZInsO 2005, 878 = ZIP 2005, 1550 = WM 2005, 1706 (Leitsatz 2); zu § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 Abs. 1 StGB ferner BGH, ZIP 2005, 1414 = WM 2005, 1606.

324 In diesem Fall den Insolvenzantrag eines Gesellschafters als unzulässig zurückweisend, wenn nachfolgend kein gesetzlicher Vertreter bestellt wird, LG Kleve, ZInsO 2017, 1751 = ZIP 2017, 1955; ferner AG Oldenburg, ZIP 2016, 1936; einen Gläubigerantrag ablehnend OLG Dresden, NJW-RR 2000, 579 = NZI 2000, 136.

325 Eine flankierende gesellschaftliche Regelung – dort in Bezug auf die Vertretung der Gesellschaft – beklagend AG Oldenburg, ZIP 2016, 1936 (juris-Rn. 8).

326 BGHZ 187, 60 = ZInsO 2010, 1943 = ZIP 2010, 1988 – „Doberlug“.

327 BGH, ZInsO 2009, 876 = ZIP 2009, 860.

328 BGH, GmbHR 2008, 702 (Leitsatz 3 und Rn. 6); w.N. bei *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 12; kritisch *Haas*, GmbHR 2010, 1, 8.

329 Nachw. bei *H. F. Müller*, in: MünchKomm. GmbHG (Fn. 245), § 64 Rn. 137 in Fn. 382; *Kroh*, Der existenzvernichtende Eingriff – Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen, französischen und niederländischen Recht, 2013, S. 37.

330 Dafür *Gehrlein*, DB 2016, 1177, 1183.

331 Dazu *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 28.

332 *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 28; BeckOK GmbHG/Mätzig (Fn. 249), § 64 Rn. 69; *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 860.

zustehenden Ansprüche geltend machen.<sup>333</sup> Grds. dient der Anspruch zwar der Auffüllung der Masse und hat damit bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens besondere Relevanz; doch besteht kein Grund, die Gläubiger schlechter zu behandeln, wenn noch nicht einmal genügend Masse zur Insolvenzeröffnung vorhanden ist und damit ein besonders krasser Fall der Vermögensverschlechterung vorliegt. Daher kann der Anspruch auch geltend gemacht werden, wenn der Geschäftsführer die Gesellschaft nach Insolvenzreife still liquidiert und es gar nicht zu einer Entscheidung über einen Insolvenzantrag kommt, weil er den Gläubigern aussichtslos erscheint oder die ersten Gläubiger, die einen Antrag gestellt haben, befriedigt wurden und ihren Antrag zurückgenommen haben.<sup>334</sup>

### 3. Insolvenzreife

Im Tatbestand knüpft die Insolvenzverschleppungshaftung an die Insolvenzreife der Gesellschaft an. Deshalb sollen die Tatbestände der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung kurz erläutert werden. Für die Details sei auf das Spezialchrifttum verwiesen.<sup>335</sup>

#### a) Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

Die Gesellschaft ist nach der Legaldefinition in § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO zahlungsunfähig, wenn sie nicht in der Lage ist, ihre fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.<sup>336</sup> Dies wird bei Zahlungseinstellung vermutet (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO).

#### aa) Eingrenzung der Zahlungsunfähigkeit

Mit dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO, der allein auf die Nichterfüllung fälliger Zahlungspflichten ohne weitere tatbestandliche Voraussetzungen abstellt, wollte der Gesetzgeber der InsO früheren Tendenzen zur Einschränkung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit entgegenzutreten: Der Schuldner soll im Grundsatz *alle* Verbindlichkeiten zum Fälligkeitszeitpunkt erfüllen können. Gleichwohl anerkennt die Rechtsprechung auch unter dem neuen Recht gewisse Einschränkungen.<sup>337</sup>

Zum einen brauchen rein tatsächlich, nicht notwendig rechtlich gestundete Verbindlichkeiten nicht bei den „fälligen“ Verbindlichkeiten berücksichtigt zu werden (Stichwort: kein „**ernsthafte Einfordern**“).<sup>338</sup> Eine Forderung ist nur dann „fällig“ i.S.d. § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO, wenn eine Gläubigerhandlung vorliegt, aus der sich ergibt, dass der Gläubiger vom Schuldner Erfüllung verlangt.<sup>339</sup> Die Anforderungen hieran sind allerdings gering; es genügen sämtliche fälligkeitsbegründenden Handlungen des Gläubigers, gleich ob die Fälligkeit aus der ursprünglichen Vertragsabrede (Beispiel: Fälligkeit eines Darlehens durch Zeitablauf) oder aus einer nach Erbringung der Leistung übersandten Rechnung herrührt.<sup>340</sup>

Zum anderen wird die Zahlungsunfähigkeit von der **Zahlungsstockung** abgegrenzt, welche vorliegen soll, wenn die Gesellschaft innerhalb von **3 Wochen** in der Lage ist, ihre Zahlungsfähigkeit – insbesondere durch Aufnahme neuer Kredite – wiederherzustellen.<sup>341</sup> Die Zahlungsfähigkeit in

diesem Sinne wird von der Rechtsprechung auch dann anerkannt, wenn eine **geringfügige Liquiditätslücke** verbleibt, die unter 10 % der fälligen Forderungen beträgt.<sup>342</sup> Diese Ausnahme erscheint nicht unproblematisch, weil sie letztlich auch Unternehmen mit andauernden Liquiditätsproblemen und -lücken einen nicht unbedenklichen Aufschub der Verfahrenseröffnung gewährt.<sup>343</sup>

#### bb) Feststellung der Zahlungsunfähigkeit (Liquiditätsbilanz)

Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit ist i.d.R. auf eine Liquiditätsbilanz abzustellen<sup>344</sup> bzw. – bei größeren Unternehmen – auf einen Finanzplan, der sämtliche erwarteten Einnahmen und Ausgaben taggenau enthält.<sup>345</sup> Da nicht alle Zah-

333 BGH, ZInsO 2000, 599 = ZIP 2000, 1896 = NJW 2001, 304 = WuB II C § 64 GmbHG 1.01 *Bitter* (Leitsatz 2); entgegen *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 28 bei Fn. 118 wird auch bei *Bitter*, WM 2001, 666, 671 keine nur quotale Pfändbarkeit propagiert, sondern allein darauf hingewiesen, dass der Gesamtanspruch auch anteilig – nämlich in Höhe der Gläubigerforderung – gepfändet werden kann.

334 *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 7. Aufl. 2013, Rn. 494.

335 Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 4 ff. (Insolvenzrechtsfähigkeit), Rn. 6 ff. (Zahlungsunfähigkeit), Rn. 20 ff. (Überschuldung), Rn. 72 ff. (drohende Zahlungsunfähigkeit) m.w.N.; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 45 ff.; besonders ausführlich *Jaeger/H.-F. Müller*, InsO, Bd. 1, 2004, § § 17 ff.; stärker aus ökonomischer Sicht die Kommentierungen von *Eilenberger, Drukarczyk und Drukarczyk/Schüler*, in: MünchKomm. InsO (Fn. 131), § § 17 ff.

336 Dazu Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 6 ff.; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354 ff.

337 Siehe zum Folgenden schon Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 6 ff.; ferner *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354, 357 ff. und 360.

338 Grundlegend BGHZ 173, 286 = ZInsO 2007, 939 = ZIP 2007, 1666; ferner BGH, GmbHR 2013, 482 (Rn. 12); BGH, ZInsO 2013, 190 = WM 2013, 174 = ZIP 2013, 1763 (Rn. 26); BGH, ZInsO 2017, 1616 = ZIP 2017, 1379 (Rn. 16); Details bei Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 8 ff.; ferner *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354, 358 f.

339 BGH, GmbHR 2013, 482 (Rn. 12); BGH, ZInsO 2013, 190 = WM 2013, 174 = ZIP 2013, 1763 (Rn. 26); Bei Forderungen, die ein Gläubiger aufgrund von betrügerischem Verhalten (z.B. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB) oder sonst deliktisch erlangt, ist von sofortiger Fälligkeit auszugehen (Scholz/*Bitter* [Fn. 95], Vor § 64 Rn. 11 m.w.N.). Auf eine Gläubigerhandlung, aus der sich ein Einfordern ergibt, verzichtet der BGH in solchen Fällen (BGH, ZInsO 2015, 2021 = NSTZ-RR 2015, 341, 343 [Rn. 20 a.E.]; dazu klarstellend *Floeth*, EWiR 2016, 103, 104).

340 BGH, ZInsO 2013, 76 = WM 2013, 88 = ZIP 2013, 79 (Rn. 8); siehe auch Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 10.

341 Grundlegend für das neue Recht BGHZ 163, 134, 139 f. = ZInsO 2005, 807 = NJW 2005, 3062 unter Ziff. II 2 der Gründe; näher Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 14 ff.; zur Abgrenzung zur Zahlungsstockung siehe auch BGH, ZInsO 2013, 190 = WM 2013, 174 = ZIP 2013, 1763 (Rn. 31).

342 Auch insoweit grundlegend für das neue Recht BGHZ 163, 134 = ZInsO 2005, 807 = NJW 2005, 3062 (Leitsatz 2); seither ständ. Rspr., vgl. BGH, ZInsO 2009, 1254, 1258 = ZIP 2009, 1235, 1239 (Rn. 37); BGH, ZInsO 2013, 190 = WM 2013, 174 = ZIP 2013, 1763 (Rn. 19) m.w.N.; BGH, ZInsO 2013, 1759 = WM 2013, 1646 = ZIP 2013, 1718 (Rn. 18); BGH, ZInsO 2016, 1118 = WM 2016, 974 = ZIP 2016, 1119 (Rn. 31).

343 Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 16 m.w.N.

344 BGH, ZInsO 2015, 396 = WM 2015, 381 = ZIP 2015, 437 (Rn. 13); BGH, ZInsO 2015, 628 = WM 2015, 591 = ZIP 2015, 589 (Rn. 18).

345 Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 15 m.w.N.; der BGH in Strafsachen wendet zur Prüfung der Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 Abs. 2 InsO neben der betriebswirtschaftlichen Methode auch die sog. wirtschaftskriminalistische Methode an; vgl. BGH, ZInsO 2013, 2107 = ZIP 2013, 2469.

lungsströme zu 100 % verlässlich sind (z.B. bei streitigen Forderungen),<sup>346</sup> enthält die Feststellung ein Prognoseelement.<sup>347</sup> Es muss wahrscheinlich sein, dass alle fälligen Verbindlichkeiten (sog. Passiva I) sowie auch die fällig werdenden Verbindlichkeiten (sog. Passiva II)<sup>348</sup> durch die vorhandenen Zahlungsmittel sowie die erwartbaren Zahlungseingänge<sup>349</sup> oder durch die zeitnahe Verwertung von Vermögensgütern der Gesellschaft befriedigt werden können.<sup>350</sup> Auch Gesellschafterdarlehen sind – soweit nicht eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre vereinbart wurde – als Verbindlichkeiten zu berücksichtigen.<sup>351</sup>

### cc) Zahlungseinstellung

Die Zahlungsunfähigkeit wird nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO vermutet, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.<sup>352</sup> Unter Zahlungseinstellung ist dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners zu verstehen, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, mindestens eine nicht unwesentliche fällige Forderung zu erfüllen.<sup>353</sup> Dies ist bspw. der Fall, wenn eine Stundungsbitte an einzelne Gläubiger oder an die Öffentlichkeit gerichtet wird mit der Erklärung, nicht mehr zahlen zu können.<sup>354</sup> Auch die Hingabe ungedeckter Schecks oder die Schließung des Ladens unter Unerreichbarkeit der Geschäftsführung können die Vermutung begründen. Das Gleiche gilt bei bloßer Nichtzahlung wichtiger, typischerweise bei Fälligkeit gezahlter Verbindlichkeiten (z.B. Löhne, Sozialversicherungsbeiträge, Steuerverbindlichkeiten oder Kosten für Energielieferungen).<sup>355</sup> Weitere Indizien<sup>356</sup> können sein: monatelanges Schweigen auf Rechnungen, die Häufung von Vollstreckungsmaßnahmen,<sup>357</sup> das Operieren am finanziellen Abgrund, indem Verbindlichkeiten ständig zu spät bezahlt werden.<sup>358</sup> Nicht ausreichend ist es jedoch, wenn sich eine Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält,<sup>359</sup> eine Zahlung verweigert wird, weil der Geschäftsführer die Forderung für unbegründet hält<sup>360</sup> oder lediglich eine einzelne Forderung zwangsweise durchgesetzt wird ohne weitere Anzeichen von Zahlungsunfähigkeit.<sup>361</sup>

Liegt einmal eine Zahlungseinstellung vor, ist diese erst dann wieder beseitigt, wenn der Schuldner seine Zahlungen im Allgemeinen wieder aufgenommen hat, also zumindest den wesentlichen Teil seiner Verbindlichkeiten tilgt.<sup>362</sup>

### b) Überschuldung

Die in § 64 Satz 1 GmbHG neben der Zahlungsunfähigkeit in Bezug genommene Überschuldung ist in § 19 Abs. 2 InsO definiert. Überschuldung liegt gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Nach dem ursprünglich mit der InsO eingeführten Überschuldungsbegriff sollte bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen sein, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist; bei negativer Fortführungsprognose sollten hingegen Liquidationswerte angesetzt werden.

Dieser Überschuldungsbegriff wurde allerdings im Jahr 2008 kurzfristig durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz

(FMStG) zunächst für die Dauer von knapp 2 Jahren modifiziert, jene Änderung sodann um weitere 3 Jahre verlängert und schließlich entfristet.<sup>363</sup> Folglich gilt heute wieder der schon vor Einführung der InsO angewendete, seinerzeit von

346 Dazu BGH v. 9.3.2006 – IX ZB 83/05 (juris-Rn. 4); *Bork*, ZIP 2008, 1749, 1750.

347 Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 15; vgl. auch BGH, ZIP 2006, 2222 (Rn. 28).

348 Bei der Ermittlung der Zahlungsfähigkeit sind nicht nur auf der Aktiv-, sondern auch auf der Passivseite die fällig werdenden Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) zu berücksichtigen. Die sog. „Bugwellentheorie“ (insbes. *G. Fischer*, in: FS Ganter, 2010, S. 153, 158 ff. m.w.N.) hat der II. Zivilsenat des BGH – in Abstimmung mit dem IX. Zivilsenat – mit Recht abgelehnt (vgl. jüngst BGH, ZInsO 2018, 381, 385 ff. = ZIP 2018, 283, 286 ff. [Rn. 35 ff.] m.w.N.; zuvor schon Scholz/*Bitter* [Fn. 95], Vor § 64 Rn. 14 m.w.N. in Fn. 7); jüngst *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354, 359 f. und 361; *Frysztatki*, ZInsO 2018, 601 f. (in diesem Heft).

349 BGH, ZInsO 2016, 1118 = WM 2016, 974 = ZIP 2016, 1119 (Rn. 31): kurzfristig verfügbare Kreditmittel können berücksichtigt werden; Zahlungszusagen von Gesellschaftern können berücksichtigt werden, wenn ihnen tatsächlich nachgekommen wird oder ein Zugriff auf das Gesellschaftervermögen tatsächlich möglich ist; vgl. dazu *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 472 ff.

350 Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 13 m.w.N.

351 Vgl. *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005 ff.; *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 464 f.; Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 7; zustimmend *Casper*, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 47; siehe aber auch *Jost*, ZInsO 2014, 2471, 2475 f. zur streitigen Ausnahme in den sehr seltenen Fällen eines Leistungsverweigerungsrechts aus § 64 Satz 3 GmbHG (dazu bei Fn. 652 ff., insbes. Fn. 660).

352 Dazu BGH, ZInsO 2011, 1410 = WM 2011, 1429 = ZIP 2011, 1416 (Rn. 10 ff.); BGH, ZInsO 2013, 1419 = WM 2013, 1361 = ZIP 2013, 2323 (Rn. 17 f.); BGH, ZInsO 2013, 190 = WM 2013, 174 = ZIP 2013, 228 (Rn. 20 ff.); BGH, ZInsO 2016, 2474 = WM 2017, 51 = ZIP 2016, 2423 (Rn. 18 ff.); siehe auch Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 17 ff.; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354 ff.

353 BGHZ 149, 178, 184 f. = NJW 2002, 515, 517 = ZIP 2002, 87, 90; BGH, ZInsO 2013, 190 = WM 2013, 174 = ZIP 2013, 1763 (Rn. 21); BGH, ZInsO 2013, 1419 = WM 2013, 1361 = ZIP 2013, 2323 (Rn. 18); BGH, ZInsO 2017, 2612 = ZIP 2017, 2368 (Rn. 13): auch wenn tatsächlich nur Zahlungsunwilligkeit vorliegt; ausschlaggebend ist der nach außen hervortretende, objektive Eindruck; Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 17 m.w.N.

354 BGH, ZInsO 2006, 1210 = ZIP 2006, 2222 (Rn. 15); BGH, ZInsO 2012, 696 = ZIP 2012, 735 (Rn. 27); BGH, ZInsO 2013, 190 = WM 2013, 174 = ZIP 2013, 228 (Rn. 21) m.w.N.; BGH, ZInsO 2016, 628 (Rn. 21); siehe aber auch BGH, ZInsO 2016, 1749 = WM 2016, 1701 = ZIP 2016, 1686 (Rn. 17).

355 Vgl. BGH, ZIP 2011, 1416, 1417 f. = ZInsO 2011, 1410 = WM 2011, 1429 (Rn. 15 f.); BGH, ZInsO 2013, 2109 = WM 2013, 1993 = ZIP 2013, 2015, 2016 f. (Rn. 12); BGH, ZInsO 2015, 1262 = WM 2015, 1202 = ZIP 2015, 1234 (Rn. 15); vgl. auch die Nachw. bei Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 17.

356 Vgl. dazu BGH, ZInsO 2011, 1410 = WM 2011, 1419 = ZIP 2011, 1416 (Rn. 15 ff.) m.w.N.; ausführlich *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354 ff.

357 BGH, ZInsO 2015, 1262 = WM 2015, 1202 = ZIP 2015, 1234 (Rn. 15).

358 BGH, ZInsO 2011, 1410 = ZIP 2011, 1416 = WM 2011, 1429 (Rn. 16); bestätigend BGH, ZInsO 2016, 2474 = WM 2017, 51 = ZIP 2016, 2423 (Rn. 19).

359 BGH, ZInsO 2015, 898 = WM 2015, 933 = ZIP 2015, 937 (Rn. 3 ff.).

360 BGH, ZInsO 2016, 1118 = WM 2016, 974 = ZIP 2016, 1119 (Rn. 21) m.w.N.; siehe aber zur Zahlungsunwilligkeit auch BGH, ZInsO 2017, 2612 = ZIP 2017, 2368 (Rn. 13) und dazu oben Fn. 353.

361 Siehe dazu – allerdings bezogen auf die von § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO geforderte Kenntnis des Gläubigers – BGH, ZInsO 2017, 1616 = ZIP 2017, 1379 (Rn. 19).

362 BGH, ZInsO 2016, 2474 = WM 2017, 51 = ZIP 2016, 2423 (Rn. 25); umfassende Nachw. zur Rspr. bei Scholz/*Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 19.

363 Diese Entfristung beruht auf der vom *Erstverfasser Bitter* gemeinsam mit *Hommerich* durchgeführten Evaluierung (*Bitter/Hommerich*, die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012; Kurzfassung bei *Bitter/Hommerich/Reiß*, ZIP 2012, 1201).

Karsten Schmidt entwickelte sog. modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff.<sup>364</sup>

### aa) Rechnerische Überschuldung (Überschuldungsbilanz)

Auf der ersten Stufe<sup>365</sup> wird demnach ermittelt, ob eine rechnerische Überschuldung vorliegt. Dabei ist die insolvenzrechtliche Überschuldungsbilanz von der Handelsbilanz zu unterscheiden, weil es in der Insolvenz um die wahre Schuldendeckungsfähigkeit geht.<sup>366</sup> Der Handelsbilanz kommt allenfalls eine indizielle Bedeutung zu, wenn sich aus ihr ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ergibt.<sup>367</sup> Sie ist allerdings zur Ermittlung der Überschuldungsbilanz anzupassen. Liquidationswerte sind anzusetzen<sup>368</sup> und stille Reserven offenzulegen.<sup>369</sup> Nach dem OLG Hamburg gilt hierbei auch das Prinzip der vorsichtigen Bilanzierung, sodass streitige Forderungen, die erst noch gerichtlich durchgesetzt werden müssen, nicht angesetzt werden können.<sup>370</sup> Zur Vermeidung der rechnerischen Überschuldung können Rangrücktritte helfen, wenn sie mit vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren verbunden sind (sog. *qualifizierter Rangrücktritt*).<sup>371</sup> Verbindlichkeiten werden dadurch nachrangig i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO und müssen auf der Passivseite der Überschuldungsbilanz nicht mehr angesetzt werden. Umgekehrt können auf der Aktivseite der Überschuldungsbilanz Patronatsvereinbarungen als Forderungen der Gesellschaft gegen den Patron (Gesellschafter oder Dritter) eingebucht werden und so ebenfalls eine rechnerische Überschuldung vermeiden.<sup>372</sup> Allerdings müssen beide Instrumente der Insolvenzvorsorge sehr sorgsam formuliert werden und spezielle Kriterien erfüllen, insbesondere als Vertrag zugunsten aller Gläubiger ausgestaltet sein, um nachträgliche Aufhebungen zulasten der Gläubigersamtheit zu verhindern.<sup>373</sup>

### bb) Rechtliche Überschuldung (Fortführungsprognose)

Ergibt sich dennoch eine (rechnerische) Überschuldung, wird diese sodann auf der zweiten Stufe aber nicht als rechtliche Überschuldung i.S.v. § 19 Abs. 2 InsO angesehen, wenn die Fortführungsprognose für den Rechtsträger positiv ist.<sup>374</sup> Im Rahmen des § 64 GmbHG trägt hierfür der Geschäftsführer die Beweislast.<sup>375</sup> Demgemäß begründet die fehlende Deckung der Schulden durch das Vermögen der Gesellschaft nach der derzeit geltenden Fassung des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO nur im Grundsatz die Überschuldung, „es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich“.<sup>376</sup>

Der Unterschied zwischen beiden Überschuldungsbegriffen besteht nach der Konzeption des Gesetzgebers danach in Folgendem: Nach der ursprünglich in der InsO eingeführten Definition veränderte die Fortführungsprognose nur den Maßstab für die Bewertung des Vermögens: Statt Liquidationswerten konnten Fortführungswerte angesetzt werden. Nach der derzeit geltenden Fassung schließt eine positive Fortführungsprognose hingegen die Annahme rechtlicher Überschuldung per se aus.<sup>377</sup>

Da es bei der Fortführungsprognose um die **Einschätzung der zukünftigen Zahlungsfähigkeit** der Gesellschaft geht,<sup>378</sup> können Gesellschafterforderungen – wie im Rahmen des § 17 InsO<sup>379</sup> – nur dann ausgeblendet werden, wenn sie einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre unterliegen, während ein isolierter Nachrang i.S.v. § 39 InsO irrelevant ist.<sup>380</sup> Ansprüche *gegen* Gesellschafter, etwa aus einer Patronatsvereinbarung, können die Prognose – nicht anders als sonstige erwartbare Zahlungseingänge – positiv beeinflussen, wenn dadurch die Zahlungsfähigkeit im *gesamten* Prognosezeitraum (laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr) nach vernünftigem wirtschaftlichem Ermessen gesichert erscheint.<sup>381</sup>

364 Dazu und zu der Entwicklung ausführlich Scholz/Bitter (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 20 ff.; siehe auch Greil/Herden, ZInsO 2010, 833 ff.

365 Eine zwingende Prüfungsreihenfolge ergibt sich aus der gesetzlichen Abstufung nicht; vgl. Scholz/Bitter (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 31.

366 Scholz/Bitter (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 44 m.w.N.

367 Scholz/Bitter (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 44 m.w.N.; ferner BGH, ZInsO 2013, 2436 = WM 2013, 2264 = ZIP 2013, 2400 (Rn. 28); siehe auch BGH, ZInsO 2017, 432 = ZIP 2017, 427: Eine bilanzielle Überschuldung könne ein Indiz für von § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB verlangte tatsächliche Gegebenheiten darstellen und Anlass geben, eine insolvenzrechtliche Überschuldung zu prüfen.

368 Dies sind nicht notwendigerweise jene Werte, die bei einer Einzelveräußerung realisiert würden. Ist eine übertragende Sanierung möglich, kann der aktivierbare Wert durchaus über dem Einzelzerschlagungswert liegen und auch einen Geschäfts- oder Firmenwert einschließen, vgl. Scholz/Bitter (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 43, 47 f.; zustimmend Gehrlein, WM 2018, 1, 5 m.w.N.

369 BGH, ZInsO 2013, 2436 = WM 2013, 2264 = ZIP 2013, 2400 (Rn. 28); BGH, ZInsO 2014, 197 = WM 2014, 167 = ZIP 2014, 168 (Rn. 17 f.): Der Kläger (i.d.R. der Insolvenzverwalter) muss bei § 64 Satz 1 GmbHG nur naheliegende Anhaltspunkte vorbringen, um das Vorliegen von stillen Reserven zu verneinen; der Geschäftsführer muss diese Anhaltspunkte dann ggf. widerlegen.

370 OLG Hamburg, ZInsO 2017, 2556 = ZIP 2017, 2197 (juris-Rn. 52).

371 BGHZ 204, 231 = ZInsO 2015, 681 = WM 2015, 623 = ZIP 2015, 638 (Rn. 13 ff.) m. Anm. Bitter/Heim; ausführlich Bitter, ZHR 181 (2017), 428 ff., insbes. 463 f.

372 BGHZ 187, 69 = ZInsO 2010, 2137 = WM 2010, 2037 = ZIP 2010, 2092 (Rn. 18 a.E.) – „Star 21“; ausführlich Bitter, ZHR 181 (2017), 428 ff., insbes. 465 ff.

373 Siehe hierzu ausführlich Bitter, ZHR 181 (2017), 428 ff., insbes. 446 ff., 462 ff.; Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005 ff.; siehe auch schon Scholz/Bitter (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 41, 52, 55, 63 ff., Anh. § 64 Rn. 358 ff.

374 Siehe zur Fortführungsprognose ausführlich Scholz/Bitter (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 32 ff.; auf die fehlende Rechtsprechung zu den konkreten Anforderungen hinweisend Gehrlein, WM 2018, 1, 6.

375 Scholz/Bitter (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 33 m.w.N.; jüngst auch OLG Hamburg, ZInsO 2017, 2556 = ZIP 2017, 2197 (juris-Rn. 45); vgl. auch Gehrlein, WM 2018, 1, 6.

376 Zum Verhältnis zwischen insolvenzrechtlicher und handelsrechtlicher Fortführungsprognose (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO bzw. § 252 HGB) und zu den Anforderungen, um trotz rechnerischer Überschuldung weiterhin nach dem Going-Concern Prinzip bilanzieren zu dürfen, siehe BGH, ZInsO 2017, 432 = ZIP 2017, 427 (Rn. 25 ff.) m.w.N.; Gehrlein, WM 2018, 1 ff.

377 Dazu, dass beide Definitionen aber bei richtigem Verständnis im Ergebnis auf das Gleiche hinauslaufen, siehe Scholz/Bitter (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 28, 47.

378 Scholz/Bitter (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 35.

379 Dazu oben bei Fn. 351.

380 Näher Bitter, ZHR 181 (2017), 428, 464 f.

381 Details bei Bitter, ZHR 181 (2017), 428, 470 ff. mit Differenzierung zwischen interner und externer Patronatsvereinbarung und dem Hinweis, dass eine jederzeit kündbare, allein auf die Phase einer ergebnisoffenen Prüfung der Sanierungsfähigkeit beschränkte Liquiditätszusage nicht ausreichend ist.

### cc) **Ökonomische Betrachtung der Überschuldung**

In seinen Einzelheiten ist der Überschuldungstatbestand seit jeher sehr umstritten.<sup>382</sup> Die Probleme resultieren jedenfalls für das Unternehmensinsolvenzrecht letztlich daraus, dass ein Unternehmen als lebender Organismus nicht statisch betrachtet werden kann. Es gibt nicht einen feststehenden Vermögensbestand, der in einer zeitpunktbezogenen Betrachtung zur Tilgung der Schulden eingesetzt werden könnte. Ein Unternehmen generiert vielmehr laufend Zahlungsströme, aus denen die laufend entstehenden Verbindlichkeiten gedeckt werden müssen. Überschuldung ist damit ökonomisch nichts anderes als die Unfähigkeit zur Auszahlungsdeckung im Zeitablauf; das Vermögen ist die Fähigkeit, die Schulden im Zeitablauf begleichen zu können.<sup>383</sup> Damit rückt der Begriff der Überschuldung aber nahe an denjenigen der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit heran.

## 4. Zahlungen

Der Geschäftsführer haftet gem. § 64 Satz 1 GmbHG für Zahlungen, die nach Eintritt der Insolvenzreife geleistet werden. Das gilt auch dann, wenn er die Zahlungen nicht selbst, sondern ein Mitarbeiter des Unternehmens diese veranlasst hat, und zwar auch dann, wenn der Geschäftsführer hiervon keine Kenntnis hatte. Der Geschäftsführer muss ab Insolvenzreife dafür sorgen, dass solche Zahlungen unterbleiben.<sup>384</sup> Der Geschäftsführer haftet jedoch nicht für zufällige und ihm nicht zurechenbare Masseschmälerungen,<sup>385</sup> insbesondere nicht für Zahlungen, die er nicht hätte verhindern können, etwa die Abbuchung von Beträgen aufgrund einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme.<sup>386</sup>

### a) **Begriff der „Zahlung“ i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG**

Der Begriff der „Zahlung“ ist der Schlüsselbegriff des § 64 Satz 1 GmbHG, an den sich eine grundlegende Kontroverse über den Umfang der Ersatzpflicht anknüpft.<sup>387</sup> Im Ansatz besteht zunächst Einigkeit, dass der Begriff weit auszulegen ist und eine „Zahlung“ nicht nur bei Leistungen aus dem Barbestand in Betracht kommt, sondern auch bei Zahlungen per Überweisung, Scheck oder Lastschrift.<sup>388</sup> Darüber hinaus kommt es nicht einmal darauf an, dass Bar- oder Buchgeld aus dem Vermögen abfließt; vielmehr erfasst § 64 Satz 1 GmbHG über reine Geldzahlungen hinaus auch sonstige masseschmälernde Leistungen,<sup>389</sup> etwa die Erbringung von Dienstleistungen, die Lieferung von Waren<sup>390</sup> und sogar die Abtretung von Forderungen.<sup>391</sup>

Höchst umstritten ist jedoch die Frage, ob der Geschäftsführer dabei – wie es der Wortlaut zunächst nahelegt – auf den Ersatz jedes einzelnen (!) Vermögensabflusses nach Insolvenzreife, also letztlich auf den danach getätigten Umsatz haftet oder nicht im Gegenzug auch die während der Insolvenzreife eingetretenen Vermögenszuflüsse zu berücksichtigen sind, der Geschäftsführer also nur für die insgesamt eingetretene Masseschmälerung verantwortlich ist.

Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH orientiert sich seit der „Entdeckung“<sup>392</sup> der Haftungsnorm Ende 1999<sup>393</sup> im Grundsatz am Wortlaut und vertritt folglich die erstgenannte Position.<sup>394</sup> Dies wird besonders bedeutsam in Fällen, in denen Gelder – insbesondere in Konzernsachverhalten – durch die Gesellschaft gleichsam nur hindurch geleitet werden, die GmbH also Zahlungen entgegennimmt, um diese wenig später wieder an Dritte auszuzahlen. Für einen solchen Fall hat der BGH im Jahr 2003 entschieden, dass der Geschäftsführer gleichwohl für jeden Vermögensabfluss gem. § 64 Satz 1 GmbHG (damals noch § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) haftet.<sup>395</sup> Der im gleichen Zeitraum der Insolvenzverschleppung eingetretene Vermögenszufluss wird im Grundsatz nicht berücksichtigt.<sup>396</sup>

Diese wohl überwiegend auch im Schrifttum geteilte,<sup>397</sup> teilweise auf eine Parallele zur Insolvenzanfechtung gestützte<sup>398</sup> überstrenge Sichtweise, die allein die jeweils erfolgten Vermögensabflüsse („Zahlungen“) in den Blick nimmt, ist jedoch von Beginn an insbesondere von *Altmeyden*,<sup>399</sup> *Karsten*

382 Historischer Überblick bei *Götz*, KTS 2003, 1 ff.; auf die fehlende ausreichende Konkretisierung durch die Rechtsprechung hinweisend *Gehrlein*, WM 2018, 1, 4.

383 Vgl. die Nachw. bei *Scholz/Bitter* (Fn. 95), Vor § 64 Rn. 27.

384 Vgl. BGH, ZInsO 2009, 876, 877 = ZIP 2009, 860, 861 = WM 2009, 851 (Rn. 12).

385 BGHZ 203, 218 = ZInsO 2015, 94 = WM 2015, 77 = ZIP 2015, 71 (Rn. 12): Hier kommt aber eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO in Betracht.

386 BGH, ZInsO 2009, 917, 918 = ZIP 2009, 956 f. = GmbHR 2009, 937, 938 (Rn. 13 f.).

387 Überblick bei *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 61 ff.; siehe dazu und zum Folgenden auch schon *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6.

388 Dazu *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 66 ff.; *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 95), § 64 Rn. 89; *Haas*, GmbHR 2010, 1, 5; *Bitter*, WM 2001, 666, 667.

389 *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 850 m.w.N.: jede Übertragung von Vermögensgegenständen oder Wirtschaftsgütern.

390 *Haas*, GmbHR 2010, 1, 5; *Drescher* (Fn. 334), Rn. 639; *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 67.

391 BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 20).

392 Dazu oben bei Fn. 240.

393 Vgl. BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668 = ZInsO 2000, 117 (red. Leitsatz).

394 Bestätigend BGH, ZInsO 2017, 1847 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 11): Die haftungsrelevante Handlung liege in einzelnen Zahlungen; der Ersatzanspruch sei nicht auf die Erstattung des Quotenschadens gerichtet.

395 BGH, ZInsO 2003, 468 = NJW 2003, 2316 = WM 2003, 1017 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB II C § 64 GmbHG 1.03; krit. auch *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 34.

396 Siehe aber noch zur Anwendung von § 64 Satz 2 GmbHG in Durchleitungsfällen unten Ziff. B. II. 4. b) dd) bei Fn. 540 ff.

397 *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 491 ff.; *Gehrlein*, ZInsO 2015, 477, 479 f.; *H. F. Müller*, in: *MünchKomm. GmbHG* (Fn. 245), § 64 Rn. 141; *Schulz* (Fn. 153), S. 253 f.; vgl. – jedoch stärker die Trennungslehre als die Einzelbetrachtung verteidigend – *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 160 ff. (zur Einzelbetrachtung S. 161 bei Fn. 21); *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 390 ff. (zur Einzelbetrachtung S. 394 bei Fn. 29); ferner – jedoch stärker die Einordnung als Ersatzanspruch eigener Art als die Einzelbetrachtung verteidigend – *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 12.

398 *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 162 f.; zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden der Insolvenzanfechtung und § 64 GmbHG siehe die Nachw. in Fn. 245, ferner Fn. 246.

399 *Altmeyden*, ZIP 2001, 2201, 2206 ff.; zuvor auch schon *Altmeyden/Wilhelm*, NJW 1999, 673, 678 f.; aus jüngerer Zeit *Altmeyden*, ZIP 2015, 949 ff. m.w.N.; *Altmeyden*, ZIP 2016, 366 ff.; *Altmeyden*, NZG 2016, 521 ff.

*Schmidt*<sup>400</sup> und vom *Erstverfasser Bitter*<sup>401</sup> kritisiert worden.<sup>402</sup> Alternativ wird vorgeschlagen, nicht auf den Ersatz einzelner „Zahlungen“, sondern auf den Ersatz der insgesamt seit dem Einsetzen der Insolvenzantragspflicht eingetretenen Masse-schmälerung abzustellen<sup>403</sup> – eine Idee, die übrigens bei richtiger Betrachtung ganz unabhängig von der Diskussion ist, ob § 64 Satz 1 GmbHG notwendig mit der Insolvenzantragspflicht in Verbindung steht oder nicht (Einheits- bzw. Trennungslehre),<sup>404</sup> ferner auch unabhängig von der Frage, ob die Norm einen Schaden der Gesellschaft voraussetzt<sup>405</sup> oder einen Ersatzanspruch eigener Art begründet.<sup>406</sup>

Diesem mit Unterschieden im Detail vertretenen Gegenkonzept ist die Rechtsprechung des BGH bis heute nicht gefolgt.<sup>407</sup> Der Ersatzanspruch sei nicht auf Erstattung eines Quotenschadens gerichtet.<sup>408</sup> Allerdings hat der BGH in den Jahren 2014 und 2015 in zwei Grundsatzentscheidungen<sup>409</sup> sein Konzept zur „Zahlung“ i.S.d. § 64 Satz 1 GmbHG modifiziert, indem unmittelbare Gegenleistungen eine Zahlung i.S.d. § 64 Satz 1 GmbHG nun ausschließen können (dazu sogleich). In weiteren Sonderkonstellationen hat der II. Zivilsenat des BGH versucht, die negativen Folgen seiner Rechtsprechung durch Anwendung des § 64 Satz 2 GmbHG in den Griff zu bekommen [dazu unten b)]. Damit nähert sich der BGH dem im Schrifttum unterbreiteten Gegenkonzept zwar im Ergebnis für manche Fallkonstellationen an.<sup>410</sup> Doch wird das Konzept der Rechtsprechung durch die Zulassung der Ausnahmen in sich unstimmt und so komplex, dass es für die Praxis unbrauchbar ist und durch den Gesetzgeber neu geregelt werden sollte.<sup>411</sup>

#### aa) (Aus-)Zahlung vom kreditorischen Konto oder (Ein-)Zahlung auf ein debitorisches Konto

Für Zahlungsflüsse auf und von einem Girokonto differenziert der II. Zivilsenat des BGH seit Langem danach, ob das Konto kreditorisch oder debitorisch geführt wird.<sup>412</sup> Diese Rechtsprechung hat *Karsten Schmidt*<sup>413</sup> bereits im Jahr 2008 in einem sehr lesenswerten Aufsatz mit dem Titel „Debitorisches Bankkonto und Insolvenverschleppungshaftung – Ist Geben seliger denn Nehmen?“ kritisiert.<sup>414</sup>

#### aaa) Grundsatz: Kontoeingang als „Zahlung“

Während bei debitorischen Konten die „Zahlung“ i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG in dem *Zahlungseingang* liegen soll, weil dadurch der Kontokorrentkredit der Bank zurückgeführt werde,<sup>415</sup> soll umgekehrt die *Auszahlung* von einem debitorischen Konto keine „Zahlung“ darstellen, weil lediglich ein Gläubigertausch stattfindet: Der durch jenen Vermögensabfluss befriedigte (bisherige) Gläubiger werde durch die Bank als (neue) Gläubigerin ersetzt.<sup>416</sup> Bei debitorischem Konto ist also die Hereinnahme von Geld haftungsschädlich, die Herausgabe nicht („Geben seliger denn Nehmen“), während sich die Rechtslage bei kreditorischem Konto (mit Guthaben) exakt umgekehrt darstellt („Nehmen seliger denn Geben“).<sup>417</sup> Erfolgt die Zahlung teils aus Guthaben, teils aus Kredit, müsste der Geschäftsführer nur anteilig haften. Der Geschäftsführer einer insolventen GmbH muss daher darauf

achten, dass er Gelder nur noch auf ein (neu gegründetes) kreditorisch geführtes Konto einzieht.

400 *Karsten Schmidt*, GmbHR 2000, 1225 ff.; Scholz/*Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 17, 21, 63, 68; *Karsten Schmidt*, NZG 2015, 129 ff. m.w.N.

401 *Bitter*, WM 2001, 666 ff.; *Bitter*, ZInsO 2010, 1505, 1515; *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.

402 Ablehnend gegenüber einer Haftung bei der Durchleitung von Beträgen zuvor schon *Ulmer*, in: Hachenburg, GmbHG, Bd. 3, 8. Aufl. 1997, § 64 Rn. 40 a.E.; wie hier auch *Casper*, ZIP 2016, 793, 794 und *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 95), § 64 Rn. 85 ff.: „Für die Auffassung von *K. Schmidt* und *Georg Bitter* sprechen zahlreiche beachtliche Gründe“; zust. jüngst auch *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1142.

403 *Bitter*, WM 2001, 666, 667 ff.; ähnlich Scholz/*Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 17, 21, 63, 68 („Ersatz des Gesamtgläubigerschadens“) m.w.N.; *Altmeyen/Wilhelm*, NJW 1999, 673, 678 f. und *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201, 2206 ff. („Verlustausgleich“); *Casper*, ZIP 2016, 793, 794 („Anspruch auf Schadensersatz während der Verschleppungsphase“); für eine Aufgabe der Haftung zugunsten einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO *Poertzgen*, GmbHR 2015, 929 m.w.N.

404 Vgl. schon oben Fn. 244; a.A. wohl *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 490 f.; deutlich *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 390 ff.; ferner *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 154, 161 f., wenn sie meinen, aufgrund des MoMiG, das die Insolvenzantragspflicht vom Zahlungsverbot abgekoppelt habe, könne dieses Konzept nur noch durch den Gesetzgeber ermöglicht werden.

405 Dies mit Recht ablehnend und stattdessen auf einen Schaden der zukünftigen Gläubiger abstellend BGH, ZInsO 2016, 847 = WM 2016, 786 = ZIP 2016, 821 (Rn. 15) – „Kornhaas“; vgl. bereits oben bei Fn. 109 und 270 im Hinblick auf die deshalb nicht anwendbare Vorschrift des § 43 Abs. 2 GmbHG.

406 In diesem Sinne von Beginn an *Bitter*, WM 2001, 666, 667 ff., wo die Gesamtbetrachtung völlig unabhängig von der sog. „Einheitslehre“ und trotz Annahme eines auf Ersatz der „Masseschmälerung“ gerichteten Ersatzanspruchs eigener Art vertreten wurde. Siehe aber zu den oftmals – insbes. bei Scholz/*Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 9 ff. – hergestellten Verknüpfungen *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 12, der insoweit mit Recht die Gefahr sieht, dass aus Begrifflichkeiten Folgerungen gezogen wurden. Darum ging es *Bitter*, WM 2001, 666, 667 ff. jedoch nie.

407 Vgl. *H. F. Müller*, NZG 2015, 1021, 1022; *H. F. Müller*, DB 2015, 723 f.; *Kordes*, NZG 2017, 1140 ff.; *Casper*, ZIP 2016, 793; *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 160 ff.; siehe auch *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 394.

408 BGHZ 203, 218 = ZInsO 2015, 94 = WM 2015, 77 = ZIP 2015, 71 (Rn. 10) m.w.N.; BGH, ZInsO 2017, 1847 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 11).

409 BGHZ 203, 218 = ZInsO 2015, 94 = WM 2015, 77 = ZIP 2015, 71; BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480; bestätigend und präzisierend BGH, ZInsO 2017, 1847 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619.

410 Sowohl von Vertretern der Einzel- als auch der Gesamtbetrachtungslehre wird die Modifizierung der Rechtsprechung in Fällen des Aktivtauschs als Schritt in die richtige Richtung begrüßt: *Karsten Schmidt*, NZG 2015, 129, 133; *Casper*, ZIP 2016, 793, 798, 803; *H. F. Müller*, NZG 2015, 1021, 1023; *Clemens*, GmbHR 2016, 215, 216 f.; *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 163; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482.

411 So der Aufruf von *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.; ebenso *Casper*, ZIP 2016, 793, 803; ähnlich *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1142; die Kompliziertheit anerkennend, jedoch für zumutbar haltend *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 528 f.

412 Dazu schon *Bitter*, ZInsO 2010, 1505, 1515.

413 *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401 ff.

414 Zustimmend *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7 f.

415 Grundlegend BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184 = WuB II C § 64 GmbHG 1.01 *Bitter* (juris-Rn. 9): Einzug von Kundenschecks auf ein debitorisches Bankkonto; bestätigend BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 11); BGH, ZInsO 2016, 338 = ZIP 2016, 364 (Rn. 10).

416 BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184 = WuB II C § 64 GmbHG 1.01 *Bitter* (juris-Rn. 10); BGH, ZInsO 2007, 542 = ZInsO 2007, 1006 (Rn. 8); BGH, ZInsO 2010, 568 = ZIP 2010, 470 (Rn. 10); BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 32).

417 Siehe dazu – im Anschluss an *Karsten Schmidt* – schon *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7 f.

In der Literatur wird insoweit mit Recht kritisiert, dass der BGH nicht sauber zwischen Deckungs- und Valutaverhältnis trennt.<sup>418</sup> Eine Auszahlung von einem debitorischen Konto stellt – nicht anders als ein Zahlungseingang<sup>419</sup> – einen abgekürzten Zahlungsweg dar: Zunächst leistet die Bank an den Schuldner und danach dieser (massverkürzend) an den Gläubiger. *Gehrlein*<sup>420</sup> bezieht sich zum Vergleich auf das Anfechtungsrecht. Dort stelle eine Auszahlung vom debitorischen Konto ebenfalls eine Gläubigerbenachteiligung dar.<sup>421</sup> Zudem verweist er auf die Pfändbarkeit des gegenüber der Bank bestehenden Auszahlungsanspruchs, welcher allen Gläubigern des Schuldners zustehen solle, nicht nur allein demjenigen, dem der von der Bank neu gewährte Kredit über den Schuldner tatsächlich zufließt.<sup>422</sup>

### bbb) Ausnahmen und Rückausnahmen

Dessen ungeachtet hat der II. Zivilsenat des BGH ein System von Ausnahmen und Rückausnahmen zur Beurteilung der Frage entwickelt, wann eine Einzahlung auf bzw. eine Auszahlung von einem debitorischen Konto eine Zahlung darstellt.<sup>423</sup>

(1) **Ausnahme.** Hält die Bank eine **Sicherheit für die Kreditlinie**, kehrt sich die Haftungsrelevanz im debitorischen Bereich um: Der Ausgang vom debitorischen Konto ist dann *kein* Gläubigertausch, sondern eine Zahlung i.S.d. § 64 Satz 1 GmbHG, *soweit* die zuvor freie Sicherheit der Bank hierdurch (wieder) haftet.<sup>424</sup> Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: Hatte die Bank eine Sicherheit, die für maximal 100.000 € haftet und war der Kredit nur i.H.v. 50.000 € in Anspruch genommen, hätte die Bank aus der Sicherheit maximal 50.000 € fordern können. Durch eine Auszahlung vom debitorischen Konto i.H.v. 30.000 € wird der Kredit bei der Bank nun auf 80.000 € erhöht. Der Abfluss der 30.000 € an den Dritten geht in diesem Fall nicht „auf Kosten der Bank“, stellt also keinen masseneutralen Gläubigertausch dar. Vielmehr kann die Bank nun 30.000 € mehr aus der Sicherheit beanspruchen, die folglich in der Masse der GmbH „fehlen“. Ihr geht Aktivmasse verloren.

Der *Eingang* auf dem debitorischen Konto ist demgegenüber bei bestehender Sicherheit keine Masseschmälerung, weil die Leistung auf ein Absonderungsrecht der Bank erfolgt. Die Sicherheit wird damit im Umfang des Zahlungseingangs (wieder) frei.<sup>425</sup> Bei einer (ausreichenden) Besicherung der Bank gilt also nun auch im debitorischen Bereich das Motto „Nehmen ist seliger denn Geben“.

(2) Eine **Rückausnahme** besteht nach dem II. Zivilsenat für den Fall einer Sicherungszession an die Bank, wenn die Forderung nach Insolvenzzreife entsteht oder werthaltig gemacht wird.<sup>426</sup> Für diesen Fall muss sich der Geschäftsführer doch wieder merken, dass im Debet – wie bei fehlender Besicherung – das Motto „Geben ist seliger denn Nehmen“ gilt.<sup>427</sup> Nach *Gehrlein* prüft der II. Zivilsenat hier der Sache nach die anfechtungsrechtliche Norm des § 140 InsO.<sup>428</sup> Die Beweislast, dass die Forderung schon vor Insolvenzzreife entstanden und werthaltig war, soll dabei der Geschäftsführer tragen.<sup>429</sup>

(3) **Ausnahme von der Rückausnahme.** Dieses – ohnehin schon sehr komplizierte – System wurde vom BGH in

einem weiteren Urteil noch um die Fallkonstellation eines „neutralen Sicherheitentauschs“ ergänzt.<sup>430</sup> Damit führte der BGH eine Ausnahme von der soeben erörterten Rückausnahme ein, mit der dann gleichsam die ursprüngliche Ausnahmesituation wiederhergestellt wird: Selbst wenn die sicherungszederte Forderung erst nach Insolvenzzreife entsteht oder werthaltig gemacht wird, solle im Eingang von Geld auf dem debitorischen Konto trotzdem keine masseschmälernde Zahlung liegen, wenn die sicherungszederte Forderung durch die Lieferung von Ware entsteht oder werthaltig gemacht wird, die zuvor im Sicherungseigentum der Bank stand.<sup>431</sup> De facto stellt dieser Vorgang nämlich einen neutralen Sicherheitentausch dar,<sup>432</sup> sodass die Rechtslage wieder wie im „normalen“ Ausnahmefall der (ausreichenden) Besicherung zu behandeln ist. Der Geschäftsführer haftet also bei Zahlungseingängen im Debet nicht („Nehmen ist seliger denn Geben“).<sup>433</sup>

(4) **Teufelskreis.** Allerdings kann bereits zuvor mit dem Erwerb der sicherungsübereigneten Sache eine Zahlung i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG verbunden sein. Dies wäre seinerseits wieder davon abhängig, ob der Kaufpreis für die Sache von einem kreditorischen oder debitorischen Konto geleistet wurde,<sup>434</sup> ob im letzteren Fall die Bank (ausreichend) besichert war, worin ggf. die Sicherheit bestand, ob es sich insbesondere um eine Sicherungszession handelte, bei der die Forderung vor oder nach Insolvenzzreife entsteht oder werthaltig gemacht wurde, dieses Werthaltigmachen

418 *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 174 ff.; auf die Trennung zwischen Deckungs- und Valutaverhältnis hinweisend auch *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 518, 520 ff.; *Gehrlein*, ZInsO 2015, 477, 481.

419 Dazu *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 519 ff.

420 *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 518.

421 Dazu auch *Bitter*, KTS 2016, 455, 480 f.; ausführlich *Bitter*, in: FS G. Fischer, 2008, S. 15, 29 ff.

422 *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 518 f.

423 Siehe zum Folgenden schon *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7 f.; dem folgend *Casper*, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 108 ff.; ferner *Casper*, ZIP 2016, 793, 799 ff.; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 525 ff.

424 Siehe schon BGH, ZInsO 2011, 440 = ZIP 2011, 422 (Rn. 26); bestätigend BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 26); BGH, ZInsO 2016, 1118 = ZIP 2016, 1119 (Rn. 38); zustimmend *Poertzgen*, GmbHR 2015, 929, 930.

425 BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 25 f.). Die Anfechtbarkeit der Sicherheit soll dabei unerheblich sein (Rn. 29); bestätigt in BGH, ZInsO 2016, 1118 = WM 2016, 974 = ZIP 2016, 1119 (Rn. 47).

426 BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 21 ff.); BGH, ZInsO 2016, 1118 = WM 2016, 974 = ZIP 2016, 1119 (Rn. 39 ff.); vgl. dazu ausführlich *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 525 ff., insbes. 528 ff.

427 So bereits *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 8.

428 *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 518, 529 f.

429 BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 34); kritisch *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 168 f.: Da Voraussetzung einer „Zahlung“ sei, dass die Forderung erst später werthaltig wurde bzw. entstand, solle den Insolvenzverwalter die Beweislast treffen.

430 BGH, ZInsO 2016, 338 = ZIP 2016, 364 m. Anm. *Altmeyppen*.

431 BGH, ZInsO 2016, 338 = ZIP 2016, 364 (Rn. 11, 25) m. Anm. *Altmeyppen*.

432 BGH, ZInsO 2016, 338 = ZIP 2016, 364 (Rn. 25) mit Hinweis auf BGHZ 189, 1 = ZIP 2011, 773 (Rn. 32).

433 Zu diesem „normalen“ Ausnahmefall oben bei Fn. 425.

434 BGH, ZInsO 2016, 338 = ZIP 2016, 364, 366 (Rn. 26).

ggf. mit einer (anderen) sicherungsübereigneten Sache geschah, die ihrerseits wieder von einem debitorischen oder kreditorischen Konto bezahlt worden sein kann usw., usw. – ein „perpetuum mobile“! – Oder doch eher ein „circulus vitiosus“?<sup>435</sup>

### bb) Keine Haftung bei „Aktivtausch“

Liegt ein Aktivtausch vor, d.h. erlangt die Gesellschaft eine unmittelbare Gegenleistung für die Zahlung i.S.d. § 64 GmbHG, kann die Haftung für den Geschäftsführer entfallen. Die Anforderungen an einen solchen Aktivtausch hat der BGH in BGHZ 203, 218 und BGHZ 206, 52 allerdings für Zahlungen von kreditorisch und debitorisch geführten Konten unterschiedlich ausgestaltet.

### aaa) Aktivtausch bei kreditorisch geführten Konten

Schon im Jahr 2003 hatte der BGH erwogen, die Haftung des Geschäftsführers zu verneinen, wenn für eine von der Gesellschaft erbrachte Leistung unmittelbar eine (angemessene) Gegenleistung erzielt wird und dieser Gegenwert bis zur Insolvenzeröffnung im Gesellschaftsvermögen verblieben ist.<sup>436</sup> Jene auch in der Literatur unter verschiedenen dogmatischen Vorzeichen diskutierte Idee vom Aktivtausch<sup>437</sup> wurde in BGHZ 203, 218 aufgegriffen, dabei jedoch nicht unwesentlich modifiziert: Zwar gilt weiterhin, dass die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren wirtschaftlichen – nicht notwendigerweise zeitlichen – Zusammenhang mit ihr ausgeglichen wird.<sup>438</sup> Der als Ausgleich erhaltene Gegenstand muss allerdings bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr vorhanden sein; maßgeblich für die Bewertung ist jetzt vielmehr ausschließlich der Zeitpunkt, in dem die Masseverkürzung durch einen Massezufluss ausgeglichen wird.<sup>439</sup>

Im konkret vom BGH entschiedenen Fall ging es um ein Darlehen i.H.v. 150.000 €, welches die Muttergesellschaft ihrer Tochter zunächst zur Verfügung gestellt hatte, das sodann von dieser zurückgeführt und anschließend erneut von der Mutter gewährt wurde. Eine Haftung des Geschäftsführers für die Rückzahlung des Kredits entfiel, weil der Vermögensabfluss durch die anschließende Neugewährung des Darlehens „kompensiert“ wurde.<sup>440</sup>

Diesen Kompensationsvorgang hat der BGH sodann 2017 in dogmatischer Hinsicht präzisiert: Beim Aktivtausch liege in der Leistung der GmbH zwar zunächst eine zur Ersatzpflicht führende Zahlung; durch den Ausgleich entfalle jedoch der aufgrund der Zahlung bestehende Anspruch gegen den Geschäftsführer; soweit und sobald nämlich eine Masseschmälerung mit oder ohne Zutun des Geschäftsführers ausgeglichen werde, sei der Zweck von § 64 Satz 1 GmbHG, im Interesse der Gläubiger die Masse zu erhalten, erreicht.<sup>441</sup> Dies entspricht der zuvor schon von der h.L.<sup>442</sup> befürworteten **teleologischen Beschränkung des § 64 Satz 1 GmbHG**; auf § 64 Satz 2 GmbHG wird hingegen nicht zurückgegriffen.

### bbb) Aktivtausch bei debitorisch geführtem Konto

Die in BGHZ 203, 218 anerkannte Kompensation durch erneute Kreditierung soll jedoch nach der Rechtsprechung offenbar nicht bei debitorisch geführtem Konto gelten – jedenfalls nicht im Verhältnis zur Bank.<sup>443</sup> Der BGH entschied nämlich in BGHZ 206, 52, dass die in dem Eingang auf einem debitorisch geführten Konto liegende „Zahlung“ an die Bank nicht durch die erneute Kreditgewährung bzw. durch die Zulassung von weiteren Verfügungen kompensiert werde, weil die Auszahlung im debitorischen Bereich lediglich ein Gläubigertausch sei und keinen Massezufluss darstelle.<sup>444</sup> Eine Kompensation und somit ein haftungsaus-schließender Aktivtausch sei aber denkbar bei (1) einer Separierung der erneut in Anspruch genommenen Mittel oder (2) einer Verwendung der Mittel für die Zahlung an einen (Neu-)Gläubiger, wenn im Gegenzug dazu ein wert-haltiger Gegenstand in die Masse gelangt sei.<sup>445</sup>

Diese neue Lösung des BGH ist schon an anderer Stelle einer kritischen Analyse unterzogen worden, weshalb hier zwei zusammenfassende Stichworte genügen sollen:<sup>446</sup>

- **Fehlende Praktikabilität:** Bei größeren Unternehmen mit einer Vielzahl von Kontoein- und -ausgängen pro Tag ist es nicht möglich, einen konkreten Ausgang

435 So bereits *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 8.

436 BGH, ZIP 2003, 1005, 1006 (juris-Rn. 10); dazu *Bitter*, WuB II C § 64 GmbHG 1.03.

437 Vgl. die Nachw. bei *Altmeyden*, NZG 2016, 521, 522 in Fn. 6 – 8. Richtigerweise wurde zumeist nicht allein eine Ausnahme nach § 64 Satz 2 GmbHG befürwortet, sondern die „Zahlung“ i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG verneint; vgl. *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 64 Rn. 70 f.; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 93; *H. F. Müller*, DB 2015, 723, 724. Ebenso sieht es jetzt der BGH (dazu sogleich bei Fn. 441).

438 BGHZ 203, 218 = ZInsO 2015, 94 = WM 2015, 77 = ZIP 2015, 71 (Leit-satz 1 und Rn. 9 ff.); siehe zum Aktivtausch auch BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480, 1482 (Rn. 26); bestätigend und präzisierend BGH, ZInsO 2017, 1847 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 10 f.).

439 BGHZ 203, 218 = ZInsO 2015, 94 = WM 2015, 77 = ZIP 2015, 71 (Leit-satz 2); diese Modifikation begrüßend die in Fn. 410 genannten Autoren; zu der Rechtsprechungsänderung auch *Altmeyden*, ZIP 2015, 949, 950; *Cad-mus*, KTS 2015, 143, 148. Mit dieser neuen Linie zum Verbleib der Gegen-leistung i.S.d. § 64 GmbHG hat sich der II. Zivilsenat in der Sache der Rechtsprechung des BGH zur Saldotheorie und zum Vorteilsausgleich aus dem allgemeinen Zivilrecht angepasst; vgl. dazu die eingehende Analyse der Frage, wer das Risiko des Untergangs der Gegenleistung tragen muss, bei *Bitter*, KTS 2016, 455 ff., dort mit Blick auf die Gläubigerbenachteiligung im Anfechtungsrecht.

440 BGHZ 203, 218 = ZInsO 2015, 94 = WM 2015, 77 = ZIP 2015, 71.

441 BGH, ZInsO 2017, 1847 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 10); vgl. auch noch das Zitat unten bei Fn. 487.

442 Siehe Fn. 437.

443 Dazu kritisch schon *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 9; ferner *Casper*, ZIP 2016, 793, 798 a.E.; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 524.

444 BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480, 1483 (Rn. 32); auf die abweichende Rechtsprechung im Anfechtungsrecht hinweisend *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 521 ff.; vgl. zur fehlenden Trennung zwischen Deckungs- und Valutaverhältnis auch oben bei Fn. 418 ff.

445 BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480, 1483 (Rn. 33).

446 Details bei *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 9.

einem konkreten vorherigen Eingang zum Zwecke der Kompensationsbestimmung zuzuordnen.<sup>447</sup>

- **Widersprüchlichkeit:** Es ist nicht nachvollziehbar, warum einmal – insbesondere bei Warenlieferungen – auf das Verhältnis zu einem einzelnen Vertragspartner der insolventen Gesellschaft geschaut wird, ein anderes Mal – im Verhältnis zur Bank als Vertragspartnerin – nicht und stattdessen der Blick geweitet wird auf die Frage, was anschließend mit der „Gegenleistung“ geschehen ist.

Diese Friktionen liegen letztlich in dem grundlegend unrichtigen Ansatz des BGH begründet, auf Zahlungen statt auf eine insgesamt eingetretene Masseverkürzung abzustellen, weil eine laufende Unternehmenstätigkeit, in welcher es im Zeitablauf notwendig zu einer Vielzahl von Zu- und Abflüssen kommt, in teils kleineren, teils etwas größeren Einzelsequenzen betrachtet wird, ohne dass die konkrete Wahl des für haftungsrelevant erklärten Ausschnitts überzeugend begründbar wäre.

### ccc) Keine Heranziehung des § 142 InsO zur Bestimmung der „Unmittelbarkeit“

Umstritten war bis zum Urteil des BGH v. 4.7.2017,<sup>448</sup> ob die Voraussetzungen für einen Aktivtausch mit denen des Bargeschäfts nach § 142 InsO übereinstimmen. In der Literatur wurden – insbesondere von *Gehrlein* – verschiedene Argumente für eine parallele Auslegung der Bestimmungen vorgebracht.<sup>449</sup> Die Grundsätze des Bargeschäfts könnten – so *Gehrlein* – unabhängig von der Geltung des § 142 InsO im Rahmen der Zahlungsverbote fruchtbar gemacht werden, weil sie schon vor Inkrafttreten der Vorschrift gewohnheitsrechtlich anerkannt gewesen seien.<sup>450</sup> Es bedeute zudem einen schwerwiegenden Wertungswiderspruch, wenn der Geschäftsführer, um den Betrieb geordnet in die Insolvenz zu führen, anfechtungsfeste Bargeschäfte (§ 142 InsO) eingehen dürfe, zugleich aber der Haftung aus § 64 GmbHG ausgesetzt bliebe.<sup>451</sup> Demnach könne eine Gegenleistung berücksichtigt werden, wenn sie (1) durch eine vertragliche Grundlage mit der Leistung „verklammert“ werde,<sup>452</sup> (2) in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Leistung stehe (i.d.R. 30 Tage)<sup>453</sup> und (3) wertäquivalent sei,<sup>454</sup> wobei ein (Wert-)Verlust nach dem Leistungsaustausch nicht zulasten des Geschäftsführers gehe<sup>455</sup> und es keine Rolle spiele, ob die Gegenleistung dem Gläubigerzugriff zugänglich oder diese nützlich für den Betrieb sei (Beispiele: Dienstleistungen, Geschäftsessen, Gratifikationen aus Anlass eines Dienstjubiläums).<sup>456</sup>

Der II. Zivilsenat des BGH ist dem in seinem Urteil v. 4.7.2017 – im Grundsatz mit Recht<sup>457</sup> – nicht gefolgt: § 142 InsO sei mangels vergleichbarer Interessenlage im Rahmen des § 64 GmbHG nicht entsprechend anwendbar; insbesondere sei kein zeitlicher, sondern nur ein „unmittelbarer wirtschaftlicher“ Zusammenhang bzw. eine (unmittelbare) wirtschaftliche Zuordnung erforderlich.<sup>458</sup> Zur Begründung verweist der Senat auf die **unterschiedlichen Gesetzeszwecke:** § 142 InsO wolle mit dem Ziel, den in der Krise befindlichen Schuldner nicht gänzlich vom Geschäftsverkehr auszuschließen, einzelne Gläubiger, die einem Schuldner eine

Vorleistung erbringen, ungeachtet der Anfechtungstatbestände und jenseits der Vorsatzanfechtung in ihrem Vertrauen schützen, die Gegenleistung des Schuldners behalten zu dürfen; die Vorschrift diene daher dem Schutz des Geschäftsgegners.<sup>459</sup> § 64 GmbHG bezwecke demgegenüber nicht einen Schutz des Geschäftsgegners, sondern der Gläubiger der insolvenzreifen Gesellschaft.<sup>460</sup> Ab Insolvenzzreife dürfe der Geschäftsführer grds. keine Zahlungen mehr leisten, sondern habe Insolvenzantrag zu stellen. Die GmbH solle, jedenfalls unter der Verantwortung der bisherigen Geschäftsleitung, gerade nicht weiter am Geschäftsverkehr teilnehmen.<sup>461</sup>

Insoweit besteht auch der von *Gehrlein* gesehene Wertungswiderspruch nicht: Die durch § 142 InsO anfechtungsrechtlich privilegierte Fortführung des Geschäftsbetriebs steht grds. unter dem Vorbehalt der Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO, auf deren Erfüllung § 64 GmbHG – wie dargelegt<sup>462</sup> – Druck ausüben will. Deshalb ist die Haftungsnorm bis zum Insolvenzantrag streng auszulegen. § 142 InsO gilt zwar auch noch nach dem Insolvenzantrag im Eröffnungsverfahren.<sup>463</sup> Doch kann in jener Phase ein Wertungswiderspruch – wie dargelegt – durch eine großzügigere Heranziehung des § 64 Satz 2 GmbHG vermieden werden.<sup>464</sup>

Die **Unterschiede zwischen § 64 GmbHG und § 142 InsO** zeigen sich insbesondere in folgenden drei Fällen:

- Bei § 142 InsO ist die Reihenfolge der Leistungen (im Rahmen des unmittelbaren Leistungsaustauschs) irrele-

447 Deutlich auch *Casper*, ZIP 2016, 793, 799 m.w.N. in Fn. 59; *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1141 f. („Aufarbeitung ... extrem aufwendig“).

448 BGH, ZInsO 2017, 1847 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 12 ff.).

449 *Gehrlein*, ZInsO 2015, 477, 482 f.; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 496 ff., 506 ff.; für die Heranziehung des § 142 InsO ferner *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 71; *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 177, 180 ff. (Bargeschäft als Unterfall der sorgfaltsmäßigen Zahlungen i.S.d. § 64 Satz 2 GmbHG); *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 403 ff. m.w.N. in Fn. 74 (noch offen, ob § 64 Satz 2 GmbHG oder fehlende Zahlung i.S.d. § 64 Satz 1 GmbHG); nur die Frage nach einer Heranziehung des § 142 InsO aufwerfend *Strohn*, NZG 2011, 1161, 1164; eine weitere Auslegung als im Rahmen des § 142 InsO fordernd *Casper*, ZIP 2016, 793, 795; insgesamt a.A. *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 10 in Fn. 47 m.w.N.

450 *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 505 f.

451 *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 506.

452 Eingehend *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 507 ff., dort auch zur Einschaltung von Leistungsmittlern und Zahlung auf Abgabeforderungen.

453 *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 509 f.

454 *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 510 ff.

455 *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 510 f.; ausführlich zum späteren Verlust der Gegenleistung im Anfechtungsrecht *Bitter*, KTS 2016, 455 ff., zum Bargeschäft insbes. S. 484 ff.

456 *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 511 f.

457 Zustimmend schon *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 147a; zuvor schon *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 10 in Fn. 47 m.w.N.

458 BGH, ZInsO 2017, 1847 = ZIP 2017, 1619 = WM 2017, 1661 (Rn. 11 ff.).

459 BGH, ZInsO 2017, 1847 = ZIP 2017, 1619 = WM 2017, 1661 (Rn. 14 f.) mit Hinweis auf *Altmeyen*, ZIP 2015, 949, 950; *Fölsing*, KSI 2015, 70, 72.

460 BGH, ZInsO 2017, 1847 = ZIP 2017, 1619 = WM 2017, 1661 (Rn. 14).

461 BGH, ZInsO 2017, 1847 = ZIP 2017, 1619 = WM 2017, 1661 (Rn. 15).

462 Oben bei Fn. 242.

463 *Leithaus*, in: *Andres/Leithaus*, InsO, 3. Aufl. 2014, § 142 Rn. 2.

464 Dazu oben bei Fn. 276; siehe auch noch unten bei Fn. 520.

vant.<sup>465</sup> Die Norm greift also auch bei einer Vorleistung des Geschäftsgegners ein, wenn dieser innerhalb von 30 Tagen Befriedigung erhält. Im Hinblick auf die Massesicherungsfunktion<sup>466</sup> gilt das bei einem Aktiventausch richtigerweise nicht.<sup>467</sup> Hierunter können – wie bei der fehlenden Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO<sup>468</sup> – nur Fälle subsumiert werden, bei denen zuerst die Gesellschaft geleistet hat und anschließend ein Gegenwert in die Masse fällt.<sup>469</sup> Nur dann lässt sich nämlich mit dem BGH davon sprechen, die Leistung der GmbH stelle die anspruchsbegründende „Zahlung“ dar, während die Erbringung der Gegenleistung den Anspruch nachträglich entfallen lasse.<sup>470</sup> Dies wird besonders in den gleich zu erläuternden Durchleitungsfällen relevant.<sup>471</sup>

- Das Bargeschäft gilt nur bei *gleichwertiger* Gegenleistung,<sup>472</sup> während bei § 64 GmbHG auch eine *partielle* Gegenleistung angerechnet wird.<sup>473</sup>
- Bei § 64 GmbHG kommt es nicht auf den zeitlichen Rahmen des § 142 InsO (i.d.R. 30 Tage),<sup>474</sup> sondern – wie ausgeführt – nur auf einen „unmittelbaren wirtschaftlichen“ Zusammenhang bzw. eine (unmittelbare) wirtschaftliche Zuordnung an.<sup>475</sup> Deshalb kann – erneut wie bei der fehlenden Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO<sup>476</sup> – auch eine vom Geschäftspartner mehr als 30 Tage später erbrachte Gegenleistung im Rahmen des § 64 GmbHG kompensierend wirken.<sup>477</sup>

Insgesamt sind deshalb nicht die Grundsätze des Bargeschäfts (§ 142 InsO), sondern eher die vom IX. Zivilsenat des BGH zur fehlenden Gläubigerbenachteiligung entwickelten Grundsätze heranzuziehen.<sup>478</sup> Masseschmälerung gem. § 64 Satz 1 GmbHG und Gläubigerbenachteiligung im Sinne des Insolvenzanfechtungsrechts sind nämlich im Grundsatz<sup>479</sup> funktional vergleichbar.<sup>480</sup>

### ddd) Anforderungen an die Gegenleistung

Die Anforderungen an eine taugliche Gegenleistung hat der BGH in dem gleichen Urteil v. 4.7.2017 wie folgt konkretisiert: Sie müsse im relevanten Zeitpunkt (Zugang zur Masse) durch die Gläubiger verwertbar sein.<sup>481</sup> Bei der Wertbemessung seien **Liquidationswerte** anzusetzen.<sup>482</sup> Eine reine Dienst- oder Arbeitsleistung genüge als Gegenleistung regelmäßig nicht, weil sie die Aktivmasse nicht erhöhe.<sup>483</sup> Auch geringwertige Verbrauchsgüter (wie bspw. Kaffee) seien für die Gläubiger regelmäßig nicht verwertbar und damit als Gegenleistung ungeeignet.<sup>484</sup>

Diese Einschränkungen der Kompensationsmöglichkeit können jedoch kaum überzeugen.<sup>485</sup> Zwar mag es Fälle geben, in denen eine Dienstleistung (etwa eine aufwendige und nicht zielführende Insolvenzberatung) für die Gläubiger wertlos und deshalb im Rahmen des Aktiventauschs ungeeignet ist. Doch ist dies keinesfalls bei allen **Arbeits- und Dienstleistungen** der Fall und ein kategorialer Unterschied zu Warenlieferungen nicht anzuerkennen. So kann sich etwa in einem neu errichteten Haus das gelieferte Baumaterial ebenso werterhöhend verkörpern wie die Pläne von Architekten und Baustatikern oder die Arbeitsleistung der Hand-

werker.<sup>486</sup> Bei einem Anbieter von Fachseminaren hat die Dienstleistung der Referenten (auch vieler BGH-Richter) sicher ebenso Wert wie das vom Caterer bereitgestellte Essen, weil die Teilnehmer des Seminars für die Gesamtleistung ihr Entgelt entrichten. Auch hier führt die Einzelbetrachtung des BGH in die Irre, wenn sie die laufende Unternehmenstätigkeit in Einzelsequenzen betrachtet und nach der isolierten Verwertbarkeit einer einzelnen (Dienst-)Leistung im Liquidationsfall fragt. Es kann doch nicht ernsthaft richtig sein, dass der Geschäftsführer selbst bei einem erfolgreich mit Gewinn durchgeführten Fachseminar für die Bezahlung der Referenten und des Caterings haften soll, obwohl die Insolvenzmasse überhaupt nicht geschmälert wurde. § 64 Satz 1 GmbHG führt dann erneut zu Überkompensationen, für die der richtige Satz des BGH gilt: „Eine nochmalige Erstattung durch den Geschäftsführer würde die Masse über ihre bloße

465 *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt (Fn. 164), § 142 Rn. 18, 27.

466 Oben bei Fn. 243 ff.

467 Siehe bereits *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 10 in Fn. 47.

468 Dazu eingehend *Bitter*, KTS 2016, 455 ff. (hier speziell insbes. S. 486 f., 498).

469 Wie hier auch OLG München, ZInsO 2017, 1628 = ZIP 2017, 1368 (juris-Rn. 63); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 134), § 64 Rn. 19; ausführlich zur Relevanz des zeitlichen Ablaufs *Haneke*, NZI 2015, 499, 500 f.; a.A. *Casper*, ZIP 2016, 793, 796 („willkürliche Ergebnisse“); *Baumert*, NZG 2016, 379, 380 f.; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 509 f.; *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1141; wohl auch *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 181.

470 Vgl. dazu oben bei Fn. 441.

471 Dazu unten Ziff. B. II. 4. a) bb) eee) bei Fn. 494 ff. und B. II. 4. b) dd) bei Fn. 540 ff.

472 Dazu *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt (Fn. 164), § 142 Rn. 46 ff.

473 BGHZ 203, 218 = ZInsO 2015, 94 = WM 2015, 77 = ZIP 2015, 71 (Leit-satz 1: „soweit“).

474 *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt (Fn. 164), § 142 Rn. 27 ff., insbes. Rn. 30.

475 BGH, ZInsO 2017, 1847 = ZIP 2017, 1619 = WM 2017, 1661 (Rn. 11): „nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang“.

476 *Bitter*, KTS 2016, 455, 468 ff. mit Fn. 53.

477 Ebenso *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1141.

478 Dazu umfassend *Bitter*, KTS 2016, 455 ff.

479 BGH, ZInsO 2017, 1847 = ZIP 2017, 1619 = WM 2017, 1661 (Rn. 13) sieht Unterschiede bei der Vermehrung der Passiva und der Zahlung vom debitorischen Konto. Doch überzeugt die Rechtsprechung des II. Zivilsenats mit ihrer Differenzierung zwischen Zahlungen vom debitorischen und kreditorischen Konto – wie dargelegt – nicht (oben bei Fn. 412 ff., insbes. bei Fn. 418 ff.) und auch die Herausnahme der Begründung weiterer Passiva aus dem Anwendungsbereich des § 64 Satz 1 GmbHG durch den II. Zivilsenat ist nicht über jeden Zweifel erhaben. Nach dem hier vertretenen, auf die insgesamt eingetretene Masseschmälerung abstellenden Modell (oben bei Fn. 401 ff.) ist jedenfalls nicht nur die Weggabe von Aktiva, sondern auch die nicht hinreichend kompensierte Begründung neuer Passiva haftungsrelevant.

480 So schon *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 147a.

481 BGH, ZInsO 2017, 1847 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 18).

482 BGH, ZInsO 2017, 1847 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 19); dazu *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1142 mit dem Vorschlag einer widerleglichen Vermutung, dass der gezahlte Preis dem Wert der Gegenleistung entspricht; ebenso schon *Casper*, ZIP 2016, 793, 797.

483 BGH, ZInsO 2017, 1847 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 18) mit Hinweis auf *Fölsing*, KSI 2015, 70, 73.

484 BGH, ZInsO 2017, 1847 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 20).

485 Im Grundsatz zustimmend hingegen *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1142.

486 Zur Herstellung eines höherwertigen Produkts durch den Einsatz von Arbeitskraft auch *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1142.

Erhaltung hinaus anreichern und über den mit dem sog. Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG verbundenen Zweck hinausgehen.<sup>487</sup> Überzeugend ausschließen lassen sich solche Überkompensationen – ebenso wie ungerechtfertigte Unterkompensationen<sup>488</sup> – aber letztlich nur mit dem Alternativmodell, welches auf die insgesamt seit dem Einsetzen der Antragspflicht eingetretene Masseschmälerung schaut.<sup>489</sup>

Umstritten ist die in BGHZ 203, 218<sup>490</sup> ausdrücklich offen gelassene Frage, ob auch die **Begründung einer Forderung zugunsten der GmbH** kompensierend wirken kann.<sup>491</sup> Dies wurde vom OLG München jüngst verneint.<sup>492</sup> Und auch das Urteil des BGH aus dem Jahr 2017 dürfte dem entgegenstehen, wenn dort in der Erbringung von Zahlungen oder sonstigen Leistungen eine masseschmälernde Zahlung gesehen und lediglich angenommen wird, der hierdurch entstandene Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG entfalle später durch den Ausgleich.<sup>493</sup> Würde man nämlich bei synallagmatischen Austauschverträgen schon in dem Anspruch auf die Gegenleistung eine Kompensation sehen, käme es gar nicht zu jener Anspruchsentstehung und dem späteren Wegfall des Anspruchs. Gleiches würde für eine Darlehensgewährung durch die GmbH im Hinblick auf den Rückzahlungsanspruch gelten. Der Sichtweise des BGH dürfte es in diesen Fällen entsprechen, die Kompensation erst in der Erfüllung des Anspruchs der GmbH zu sehen.

### eee) Kein Aktivtausch in Durchleitungsfällen

Besonders hart ist die Haftung nach dem Konzept des BGH nach wie vor in den sog. Durchleitungsfällen.<sup>494</sup> Diese kommen häufig in Konzernsachverhalten vor, wenn etwa Gelder von der Enkelgesellschaft über die Tochter zur Mutter weitergeleitet werden oder von einem untergeordneten Konzernunternehmen über die Mutter zu einem Gläubiger (z.B. dem Finanzamt). Ein Aktivtausch wie in BGHZ 203, 218<sup>495</sup> kommt hier nicht in Betracht, da der Vermögenszufluss – wie dargelegt – nur dann ein relevanter „Gegenwert“ ist, wenn er dem Abfluss in zeitlicher Reihenfolge nachfolgt und zudem von Seiten derjenigen Person in das Gesellschaftsvermögen gelangt, an die das Vermögen (zuvor) abgeflossen war.<sup>496</sup> Fließen der insolvenzreifen Gesellschaft hingegen von einer Seite Beträge zu und werden diese anschließend an ganz andere Personen (insbesondere Gläubiger) ausgezahlt, dann ist der zeitlich davor liegende Zufluss im Sinne der Rechtsprechung keine Kompensation des Abflusses und kein „Gegenwert“. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des § 64 Satz 1 GmbHG soll vielmehr das gesamte Vermögen, welches einmal in der Masse vorhanden war, ab der Insolvenzreife grds. zur Befriedigung *aller* Gläubiger zusammengehalten werden und nicht nur einzelnen Gläubigern zugutekommen.<sup>497</sup>

Gab es nur einen einzigen Zufluss von einer Seite und – nach Eintritt der Insolvenzreife – einen Abfluss an Dritte, erscheint die Haftung des Geschäftsführers konsequent, weil bei rechtzeitigem Insolvenzantrag der Betrag zur Verteilung an *alle* Gläubiger in der Masse verblieben wäre. Auch insofern ist die Masseschmälerung in Durchleitungsfällen analog zur Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO festzustellen.<sup>498</sup>

Wird aber die Geschäftstätigkeit im Zustand der Insolvenzreife – ggf. monate- oder jahrelang – fortgesetzt, wäre es bei rechtzeitigem Insolvenzantrag später auch nicht mehr zu weiteren Zahlungszuflüssen gekommen, weshalb der Haftungsansatz des BGH nunmehr zu einem über die tatsächliche Masseschmälerung deutlich hinausgehenden Haftungsbetrag gelangt.<sup>499</sup> Genau diese Überkompensation war der Anlass für den *Erstverfasser Bitter* und andere Autoren, ein Gegenmodell zu entwickeln, welches – wie dargelegt – auf die insgesamt seit Beginn der Insolvenzreife eingetretene Masseschmälerung abstellt.

### fff) Insolvenzanfechtung als Kompensation?

Nach der Rechtsprechung wird die gem. § 64 Satz 1 GmbHG begründete Haftung für eine „Zahlung“ vom **kreditorischen Konto** nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass es eine (ggf. inzwischen verfristete) *Möglichkeit* der Insolvenzanfechtung gibt (oder gab).<sup>500</sup> Die in der Zahlung liegende Schmälerung der Masse ist jedoch rückgängig gemacht, wenn die Masse durch eine *tatsächlich* erfolgreiche Anfechtung wieder aufgefüllt ist.<sup>501</sup> Das Gleiche sollte für sonstige Leistungen wie Warenlieferungen, Werk- oder Dienstleistungen gelten, wenn und soweit durch die Insolvenzanfechtung ein (wertmäßiger) Ausgleich in die Masse gelangt.

Da der BGH beim **debitorischen Konto** die „Zahlung“ im Grundsatz<sup>502</sup> im *Zahlungseingang* und der damit bewirkten Kreditrückführung gegenüber der Bank sieht,<sup>503</sup> beurteilt er die erfolgreiche Anfechtung gegen die Bank als Kompensa-

487 BGH, ZInsO 2017, 1847 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 10).

488 Dazu *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 10; für jene Fälle auf § 43 GmbHG verweisend *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 512 f.

489 Vgl. die Nachw. oben in Fn. 399 ff.; anders *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 493 f., nach dessen Ansicht sich in den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen noch kein Geschäftsführer auf eine Überkompensation berufen hat. Dies dürfte freilich daran liegen, dass die auf Einzelzahlungen abstellende Rechtsprechung schon so gefestigt ist, dass hiergegen vorgebrachte Einwendungen vor Gericht kein Gehör finden.

490 BGHZ 203, 218 = ZInsO 2015, 94 = WM 2015, 77 = ZIP 2015, 71 (Rn. 16).

491 Bei kurzfristiger Verwertbarkeit bejahend *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1142; a.A. *Casper*, ZIP 2016, 793, 797 m.w.N. in Fn. 35.

492 OLG München, ZInsO 2017, 1628 = ZIP 2017, 1368 (juris-Rn. 52).

493 Vgl. oben bei Fn. 441.

494 Siehe zum Folgenden schon *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 9 f.

495 BGHZ 203, 218 = ZInsO 2015, 94 = WM 2015, 77 = ZIP 2015, 71 (Rn. 9 f.).

496 Siehe bereits *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 9 mit Hinweis auf *Haneke*, NZI 2015, 499, 500 f.

497 So bereits *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 9 f.; siehe auch OLG München, ZInsO 2017, 1628 = ZIP 2017, 1368 (juris-Rn. 63).

498 Zur Insolvenzanfechtung siehe *Bitter*, KTS 2016, 455, 474 f.; vgl. auch OLG München, ZInsO 2017, 1628 = ZIP 2017, 1368 (juris-Rn. 47) mit Verweis auf BGH, ZInsO 2010, 1929 = ZIP 2010, 2009 (Rn. 21).

499 *Bitter*, WuB II C § 64 GmbHG 1.03 (S. 702).

500 BGHZ 131, 325 = ZIP 1996, 420 = GmbHR 1996, 211; zum Anspruch des Geschäftsführers auf Abtretung des Anfechtungsanspruchs siehe unten Fn. 606.

501 BGH, ZInsO 2014, 1615 = ZIP 2014, 1523 (Rn. 14).

502 Zu dem System von Ausnahmen und Rückausnahmen siehe oben bei Fn. 423 ff.

503 Siehe oben bei Fn. 415.

tion.<sup>504</sup> Wird hingegen ein *Ausgang* vom debitorischen Konto vom Insolvenzverwalter erfolgreich gegenüber dem Zahlungsempfänger angefochten, soll darin keine Kompensation liegen, weil der Ausgang nach dem dargelegten BGH-Konzept im Grundsatz keine „Zahlung“, sondern einen masseneutralen Gläubigertausch darstellen soll.<sup>505</sup> Dass die fehlende Trennung zwischen Deckungs- und Valutaverhältnis insoweit nicht überzeugt, wurde schon gesagt.<sup>506</sup> Doch ergibt sich auch ein Widerspruch zum eigenen Konzept des BGH: Wenn der II. Zivilsenat beim debitorischen Konto in der Verwendung der von der Bank bereitgestellten Kreditmittel für einen werthaltigen Gegenstand eine Kompensation der früheren Kreditrückführung an die Bank sieht,<sup>507</sup> dann muss die Anfechtung des Abflusses erst recht kompensierend wirken.<sup>508</sup> Sie kommt der Masse nämlich unmittelbar wertsteigernd zugute, während ein früher mit den Mitteln erworbener Gegenstand inzwischen an Wert verloren haben kann oder ggf. gar nicht mehr existiert. Der BGH verstrickt sich hier letztlich selbst in der Komplexität des von ihm geschaffenen Konstrukts.

### b) Vereinbarkeit der Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (§ 64 Satz 2 GmbHG)

Von der Ersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 64 Satz 1 GmbHG ausgenommen sind gem. § 64 Satz 2 GmbHG Zahlungen, die trotz Insolvenzreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Nachfolgend werden die vier wichtigsten Fallgruppen des § 64 Satz 2 GmbHG diskutiert:<sup>509</sup>

#### aa) Austauschgeschäfte

In der Literatur sind Austauschgeschäfte, bei denen der Leistung der Gesellschaft (= „Zahlung“) eine Gegenleistung des Empfängers gegenübersteht, früher teilweise als Anwendungsfälle des § 64 Satz 2 GmbHG angesehen worden, um so die Haftung zu vermeiden.<sup>510</sup> Diesem dogmatischen Ansatz ist der BGH jedoch – wie dargelegt – nicht gefolgt und hat stattdessen § 64 Satz 1 GmbHG teleologisch eingeschränkt (Wegfall des Anspruchs bei Kompensation der Zahlung).<sup>511</sup>

Offen ist damit, ob der BGH darüber hinaus bereit wäre, Austauschgeschäfte auch mit solchen Gegenleistungen, welche er im Rahmen des Aktivtauschs gem. § 64 Satz 1 GmbHG nicht als ausreichende Kompensation ansieht (insbesondere Dienst- und Arbeitsleistungen), zumindest über § 64 Satz 2 GmbHG zu privilegieren.<sup>512</sup> So wünschenswert dies vor dem Hintergrund der oben angeführten Kritik an der nicht überzeugenden Abgrenzung des BGH erschiene,<sup>513</sup> so wenig wahrscheinlich ist es. Sieht der BGH nämlich solche Leistungen nicht als Kompensation der Massenschmälerung an, obwohl sie – wie dargelegt – durchaus einen vergleichbaren Wert für die Masse haben können wie Warenlieferungen, erscheint kein anderweitiger Grund dafür ersichtlich, die vom BGH bejahte Massenschmälerung zu privilegieren.

#### bb) Zahlungen zur Nachteilsabwendung

Zahlungen sind nach der Rechtsprechung dann mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar, wenn sie

zur Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse, insbesondere zur Erhaltung von Sanierungschancen erforderlich sind.<sup>514</sup> Das soll nach dem bereits oben in Bezug auf die vorläufige Eigenverwaltung<sup>515</sup> angesprochenen Urteil des BGH aus dem Jahr 2007 vor allem Zahlungen betreffen, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs notwendig sind, um diesen für eine Sanierung im Insolvenzverfahren am Leben zu erhalten, z.B. also Zahlungen für Strom-, Wasser- oder Gaslieferungen, um die Produktion fortzuführen.<sup>516</sup> Hat die Gesellschafterversammlung jedoch beschlossen, dass das Unternehmen nicht saniert, sondern liquidiert werden soll, sind Zahlungen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs nicht mehr privilegiert.<sup>517</sup>

Bei der Fortzahlung von Beträgen – etwa für Strom, Wasser und Gas – gilt es allerdings zu berücksichtigen, ob die Rechnungen bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags über den gleichen Zeitraum hätten entrichtet werden müssen. Ein Geschäftsführer soll nämlich gerade nicht berechtigt sein, die Insolvenz weiter zu verschleppen – ggf. monate- oder jahrelang –, um später zu argumentieren, er habe Wasser, Strom und Heizung nur bezahlt, um das Unternehmen später lebend an den Insolvenzverwalter übergeben zu können.<sup>518</sup>

Insoweit ist es zu begrüßen, wenn der BGH im Jahr 2015 deutlich zurückhaltender formuliert und darauf hinweist, es sei dem Geschäftsführer verboten, das Unternehmen auf Kosten und Gefahr der Gläubigergesamtheit mit dem Risiko weiterer Masseminderungen fortzuführen. Nur soweit ausnahmsweise eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im Insolvenzverfahren zunichtegemacht werden würde, wenn der Betrieb ohne Begründung neuer Forderungen oder ihrer Werthaltigmachung eingestellt werden müsste, könnten Zahlungen zur Vermeidung noch größerer Nachteile mit der Sorgfalt

504 BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 30).

505 BGH, ZInsO 2014, 1615 = ZIP 2014, 1523 (Rn. 14 ff.).

506 Siehe oben bei Fn. 418 ff.

507 Siehe oben bei Fn. 445.

508 A.A. *Cadmus*, KTS 2015, 143 ff. in zweifelhafter Abgrenzung der beiden Fälle.

509 Siehe dazu und zu weiteren Anwendungsfällen des § 64 Satz 2 auch *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 88 ff.; *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 49 ff.; *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 95), § 64 Rn. 117 ff.; *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen* (Fn. 14), § 64 Rn. 21 ff.

510 Vgl. die Nachw. bei *Casper*, ZIP 2016, 793, 796 in Fn. 27 und *Altmeyen*, ZIP 2015, 949, 951 f. in Fn. 20, die aber selbst schon damals a.A. waren; siehe auch oben Fn. 437.

511 Siehe oben bei Fn. 441.

512 Diese Möglichkeit anerkennend *Casper*, ZIP 2016, 793, 796 f.

513 Vgl. die Kritik oben nach Fn. 484.

514 Dazu *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 91 mit umfassenden Nachw. zur Rspr.

515 Siehe oben bei Fn. 278.

516 BGH, ZInsO 2007, 1349 = ZIP 2008, 72 = WM 2008, 27 (Rn. 6) = WuB II C § 64 GmbHG 2.08 *Bitter/Schumacher*.

517 OLG Celle, ZInsO 2008, 1328 = GmbHR 2008, 1034 (Leitsatz 3).

518 Siehe bereits *Bitter*, ZInsO 2010, 1505, 1517; *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7; ähnlich *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 91: „Aufrechterhaltung des status quo für einen kurzfristigen Zeitraum“; insgesamt zurückhaltend auch *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 95), § 64 Rn. 117.

eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sein und damit das Verschulden entfallen lassen.<sup>519</sup>

Da über derartige Sanierungsmaßnahmen nach Eintritt der Insolvenzreife gemäß der gesetzlichen Konzeption (vgl. § 15a InsO) ein vorläufiger Insolvenzverwalter oder der eigenverwaltende Schuldner unter Aufsicht eines Sachwalters entscheiden soll, hat die Ausnahme des § 64 Satz 2 GmbHG – wie bereits darlegt – ihre eigentliche Bedeutung im Eröffnungsverfahren.<sup>520</sup> Vor der Antragstellung kann sie hingegen allenfalls<sup>521</sup> während der dreiwöchigen Überlegungsfrist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO herangezogen werden.

### cc) Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung, Lohnsteuer und Umsatzsteuer

Den Ausnahmetatbestand des § 64 Satz 2 GmbHG hat der BGH vor allem in solchen Fällen angewendet, in denen der Geschäftsführer Zahlungen leistet, zu denen er öffentlich-rechtlich und strafbewehrt verpflichtet ist, so insbesondere zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung (§ 266a StGB).<sup>522</sup>

Das Verhältnis des in § 64 Satz 1 GmbHG enthaltenen Zahlungsverbots zu den in § 266a StGB und §§ 34, 69 AO angelegten Zahlungsgeboten ist umstritten. Für die Zeit vor Insolvenzantragstellung haben sich der BGH in Zivilsachen einerseits und der BGH in Strafsachen sowie der BFH andererseits nun allerdings aufeinander abgestimmt:

### aaa) Entwicklung der Rechtsprechung

Der BGH in Strafsachen differenziert seit jeher im Hinblick auf § 266a StGB: Werden Sozialversicherungsbeiträge während der Dreiwochenfrist des § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. (jetzt § 15a Abs. 1 InsO) nicht abgeführt, macht sich der Geschäftsführer nicht strafbar.<sup>523</sup> Bei Überschreitung dieser Frist gilt während der Phase der Insolvenzverschleppung hingegen eine strafbewehrte Zahlungsverpflichtung.<sup>524</sup> Ebenso entschied der BFH für die ausstehende Lohnsteuer: Der Geschäftsführer sei nach §§ 34, 69 AO haftbar, wenn er diese nicht abführe; lediglich innerhalb der Dreiwochenfrist könne die gesellschaftsrechtliche Pflicht des Geschäftsführers zur Massesicherung (jetzt § 64 Satz 1 GmbHG) die Verpflichtung zur Vollabführung der Steuer suspendieren.<sup>525</sup>

Diese Rechtsprechung des BGH in Strafsachen und des BFH erging ungeachtet des Umstands, dass der II. Zivilsenat des BGH zunächst im Jahr 2005 entschieden hatte, der Geschäftsführer hafte nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (jetzt § 64 Satz 1 GmbHG) für derartige Zahlungen persönlich; § 266a StGB begründe in der Insolvenz generell keinen Vorrang der Ansprüche der Sozialkasse.<sup>526</sup> Nachdem der II. Zivilsenat des BGH jedoch erkannt hatte, dass er die Rechtsprechung der straf- und steuerrechtlichen Senate mit seinem Hinweis auf § 64 GmbHG nicht umstimmen konnte, gab er seine Rechtsprechung nur 2 Jahre später wieder mit der Begründung auf, die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen

entspreche der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers: Mit Rücksicht auf die Einheit der Rechtsordnung könne es dem organschaftlichen Vertreter nicht zugemutet werden, die Massesicherungspflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG zu erfüllen und fällige Leistungen an die Sozialkassen oder die Steuerbehörden nicht zu erbringen, wenn er sich dadurch strafrechtlicher Verfolgung aussetzt.<sup>527</sup>

Dieses Zurückrudern des II. Zivilsenats des BGH veranlasste den BFH sodann im Folgejahr 2008, nun seinerseits in die vom BGH geöffnete Lücke vorzustoßen und zu erklären, der Geschäftsführer sei ab sofort auch bei einer Nicht-Leistung von Lohnsteuer während der Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO nach §§ 34, 69 AO haftbar.<sup>528</sup> Ob sich der BGH in Strafsachen dem anschließen und eine Strafbarkeit gem. § 266a StGB auch während des Dreiwochenzeitraums annehmen wird, ist bislang offen.<sup>529</sup>

### bbb) Fehlerhafte Privilegierung einer selbst verschuldeten Pflichtenkollision

Unabhängig davon bleibt festzustellen, dass der nunmehr erreichte Stand der Rechtsprechung nicht überzeugen kann, weil der II. Zivilsenat des BGH seine Rechtsprechung völlig unnötig geändert hat. Richtig ist zwar, dass sich der Geschäftsführer ab dem Eingreifen des Zahlungsverbots i.S.v. § 64 Satz 1 GmbHG in einer Pflichtenkollision befindet. Doch ist diese von ihm selbst verschuldet: Er hätte nur rechtzeitig Insolvenzantrag stellen müssen.<sup>530</sup> Warum er nun trotz seiner eigenen Pflichtwidrigkeit (Verstoß gegen § 15a InsO) vom Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG befreit werden soll, weil die Zahlungen angeblich – offenbar für viele Monate und Jahre der Insolvenzverschleppung – im Hinblick auf die strafrechtlichen Pflichten mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers vereinbar sein sollen, ist nicht erklärlich.<sup>531</sup> Nur wenn der Geschäfts-

519 BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480, 1482 (Rn. 24); siehe auch OLG Brandenburg, ZIP 2016, 923, 925 und 926 = ZInsO 2016, 852 (juris-Rn. 39 und 59): Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs im Rahmen eines ernsthaften Sanierungsversuchs unter Beachtung des Zahlungsverbots.

520 Siehe bereits *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7; ferner oben Ziff. B. II. I. b) bei Fn. 276 ff.

521 Dazu, dass die Dreiwochenfrist nicht in jedem Fall ausgeschöpft werden darf, unten bei Fn. 979.

522 Siehe dazu schon *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 f.; ausführlich *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 94 ff.

523 BGHSt 48, 307 = NJW 2003, 3787 (Leitsatz 1).

524 BGH, ZInsO 2005, 986 = ZIP 2005, 1678 = NJW 2005, 3650 (Leitsatz 2).

525 BFHE 216, 491 = ZIP 2007, 1064 (Leitsatz 2).

526 BGH, ZInsO 2005, 650 = NJW 2005, 2546 = ZIP 2005, 1026.

527 BGH, ZInsO 2007, 660 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265 (Leitsatz 1 und Rn. 12 ff.).

528 BFHE 222, 228 = ZInsO 2009, 151 = ZIP 2009, 122 (Leitsatz 3).

529 Dazu *Brand*, GmbHR 2010, 237 ff. m.w.N.; zusammenfassend *Radtke*, in: MünchKomm. StGB, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266a Rn. 76 m.w.N.; die Frage aufwerfend, aber offen lassend *Laroche/Wollenweber*, ZInsO 2016, 2225, 2227.

530 Siehe schon *Bitter*, ZInsO 2010, 1561, 1571; ebenso BFHE 216, 491 = ZIP 2007, 1604, 1606 (Rn. 20); *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 102 f.

531 So bereits *Bitter*, ZInsO 2010, 1561, 1571; *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 7.

fürer Insolvenzantrag gestellt hätte, hätte er sich wie ein gewissenhafter Geschäftsführer verhalten.

Nach alledem ist die Änderung der Rechtsprechung durch den II. Zivilsenat des BGH nicht nur überflüssig, sondern sogar kontraproduktiv und schädlich, weil sie auch einen ggf. über Jahre die Insolvenz verschleppenden Geschäftsführer im Hinblick auf die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge vom Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG befreit. Zudem hat der unnötige Rückzug des BGH den BFH nun – wie dargelegt – veranlasst, seine Rechtsprechung auszudehnen: Die vorher anerkannte Aussetzung der Haftung aus § 69 AO für die Überlegungsfrist von 3 Wochen wurde zurückgenommen, weil die Pflichtenkollision im Hinblick auf die geänderte Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH auch für diesen Zeitraum nicht mehr besteht.<sup>532</sup> Gerade jener Gedanke der Pflichtenkollision wäre aber nützlich gewesen, um für die Zeit *nach* Insolvenzantragstellung, in der nun tatsächlich eine Pflichtenkollision besteht, einen Vorrang der Massesicherungspflicht zu begründen.<sup>533</sup> Darauf wird zurückzukommen sein.<sup>534</sup>

### ccc) Arbeitgeberbeiträge und Steuerzahlungen

Keine Geltung soll die Privilegierung wegen einer (angeblichen) Pflichtenkollision nach Ansicht des BGH haben, soweit es um die Zahlung von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung geht: Weil die Strafvorschrift des § 266a StGB insoweit nicht eingreift, sollen derartige Zahlungen nach der Insolvenzreife der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht vereinbar sein und folglich zur Erstattungspflicht nach § 64 Satz 1 und 2 GmbHG führen.<sup>535</sup> Da der BGH auf die fehlende *Strafbarkeit* bei Nicht-Abführung von Arbeitgeberbeiträgen abstellt, ist in der Literatur mit Recht die Frage gestellt worden, was dies für die Abführung von Steuern bedeutet. Dort gibt es zwar eine zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers aus § 69 AO,<sup>536</sup> nicht aber eine allgemeine Strafandrohung.<sup>537</sup> Mittlerweile hat der BGH aber klargestellt, dass auch jene zivilrechtliche Haftung oder der Ordnungswidrigkeitentatbestand für Nicht-Abführung von Umsatz- oder Lohnsteuer (§ 26b UStG bzw. § 380 AO i.V.m. §§ 41a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 38 Abs. 3 Satz 1 EStG) eine Pflichtenkollision begründet, welche durch Anwendung des § 64 Satz 2 GmbHG aufgelöst werden kann.<sup>538</sup>

Legt man die hier für richtig gehaltene Sichtweise zugrunde, erledigen sich diese in der Unternehmenspraxis nicht leicht zu vermittelnden Differenzierungen des BGH zwischen der Abführung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen und die daraus resultierende Frage, ob nun allein die Kollision mit strafrechtlichen Sanktionen oder auch eine solche mit zivil-, insbesondere steuerrechtlichen Sanktionen zum Ausschluss der Haftung gem. § 64 Satz 2 GmbHG führt. Jede vom Geschäftsführer selbst verursachte Pflichtenkollision im Zeitraum vor Antragstellung kann nämlich in Wahrheit nie zur Haftungsfreiheit führen. Im Ergebnis unterliegt der Geschäftsführer also sowohl der Massesicherungspflicht aus § 64 Satz 1 GmbHG als auch den straf- und steuerrechtlichen Pflichten aus § 266a StGB, § 69 AO. Aus dem von ihm selbst verursachten Dilemma hat er sich durch Stellung des Insolvenzantrags zu befreien.<sup>539</sup>

### dd) Durchleitung von Fremdgeldern

Wie bereits dargelegt, haftet der Geschäftsführer nach Ansicht des BGH grds. auch in Fällen, in denen Beträge nur durch die GmbH hindurchgeleitet werden.<sup>540</sup> Allerdings kann sich ein Geschäftsführer, dessen Gesellschaft Geld empfangen hat, um dieses anschließend weiterzuleiten, nach Ansicht des II. Zivilsenats des BGH im Einzelfall wegen Untreue nach § 266 StGB strafbar machen, wenn die Weiterleitung unterbleibt. Deshalb hat der Senat seine vorgenannte Rechtsprechung zur (angeblichen) Pflichtenkollision zwischen § 64 Satz 1 GmbHG und § 266a StGB auch auf die Strafvorschrift des § 266 StGB ausgedehnt und demgemäß in solchen Fällen die Durchleitung nach § 64 Satz 2 GmbHG privilegiert.<sup>541</sup> Auch hier werden freilich die Symptome des grds. falschen, auf die Einzelzahlungen abstellenden Ansatzes kuriert,<sup>542</sup> was ebenso wenig wie die Rechtsprechung zu § 266a StGB überzeugen kann.<sup>543</sup> Auch ein Geschäftsführer, der im Zustand der Insolvenzreife Gelder mit der Bestimmung entgegennimmt, sie an Dritte weiterzuleiten, begibt sich nämlich selbst in jene vom BGH als haftungsbefreiend angesehene Pflichtenkollision.<sup>544</sup> Abgesehen davon ist die strafrechtliche Beurteilung des II. Zivilsenats durchaus angreifbar<sup>545</sup> und jene Ausnahme ohnehin eng begrenzt. Insoweit geht es nämlich – wie eine vom BGH<sup>546</sup> bestätigte Entscheidung des OLG München v. 15.10.2008<sup>547</sup> deutlich herausgearbeitet hat – nur um die Durchleitung von

532 BFHE 222, 228 = ZInsO 2009, 151 = ZIP 2009, 122 (Leitsatz 3).

533 Siehe bereits *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7; vgl. dazu auch *Thole*, DB 2015, 662, 666.

534 Siehe unten Ziff. B. II. 5. b) bei Fn. 558 ff.

535 BGH, ZInsO 2009, 1456 = ZIP 2009, 1468 = NJW 2009, 2599.

536 Zur Haftung gegenüber Steuergläubigern siehe den Überblick bei *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 43 Rn. 89 f.; ferner *Scholz/U. H. Schneider* (Fn. 44), § 43 Rn. 362 ff.

537 Näher *Werres*, ZInsO 2009, 1845 ff.; siehe auch *Radtke*, GmbHR 2009, 673, 678.

538 BGH, ZInsO 2011, 440 = ZIP 2011, 422 (Rn. 12).

539 Ebenso *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 103; kritisch zur neuen Linie des II. Zivilsenats des BGH auch *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 43 Rn. 101 f., allerdings mit dem nicht überzeugenden Ergebnis eines Vorrangs des § 64 Satz 1 GmbHG und einer daraus abgeleiteten Befreiung des Geschäftsführers von den straf- und steuerrechtlichen Pflichten.

540 Siehe oben Ziff. B. II. 4. a) bb) eee) bei Fn. 494 ff.; ferner *Gehrlein*, ZInsO 2015, 477, 480.

541 BGH, ZInsO 2008, 812 = ZIP 2008, 1229 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB II C § 64 GmbHG 1.09; BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480, 1481 (Rn. 18); ebenfalls kritisch *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 101.

542 Insoweit übereinstimmend *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen* (Fn. 14), § 64 Rn. 26.

543 So schon *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 10.

544 Zutreffend *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 102. Das Interesse, innerhalb eines kriselnden Konzerns Gelder einer Konzerngesellschaft über die Geschäftskonten anderer Konzerngesellschaften umzuleiten, um einen Zugriff der Gläubigerbank zu vermeiden (dazu Fn. 548), erscheint schon im Grundsatz wenig schützenswert.

545 Siehe die bei *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen* (Fn. 14), § 64 Rn. 13 angeführten Autoren.

546 BGH, BB 2010, 1609.

547 OLG München, ZIP 2008, 2169.

*Fremdgeldern.*<sup>548</sup> Weil dort ein Betrag sogar durch mehrere Konzerngesellschaften hindurchgeleitet wurde und es sich nicht um Fremdgelder handelte, hafteten die Beklagten gleich mehrfach für ein und denselben durchgeleiteten Betrag, nämlich in der Insolvenz jeder einzelnen – von ihnen geführten – Konzerngesellschaft, durch welche der Betrag hindurchgeflossen war.<sup>549</sup>

## 5. Zahlungspflichten und Zahlungsverbote im Eröffnungsverfahren

Bisher höchstrichterlich nicht endgültig entschieden ist, wie sich das Zahlungsverbot aus § 64 Satz 1 GmbHG und das Zahlungsgebot aus § 266a StGB bzw. §§ 34, 69 AO in der Zeit *nach* Antragstellung, also im Eröffnungsverfahren zueinander verhalten.

### a) Stand der Diskussion

In der Literatur und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wird argumentiert, im Eröffnungsverfahren solle das Zahlungsverbot aus § 64 GmbHG vorgehen.<sup>550</sup> Den eigenverwaltenden Geschäftsführer treffe ab Antragstellung eine verstärkte Massesicherungspflicht.<sup>551</sup> Wenn der BGH in Strafsachen eine Strafbarkeit des Geschäftsführers bei Nicht-Abführung der Sozialversicherungsbeiträge schon in der Dreiwochenfrist unter Hinweis auf Sanierungschancen verneine,<sup>552</sup> müsse dies erst recht nach Antragstellung gelten.<sup>553</sup>

Dem folgen die Finanzgerichte bei der Auslegung der §§ 34, 69 AO bislang nicht. Jüngst hat der BFH entschieden, dass ein Geschäftsführer auch im Regeleröffnungsverfahren für nicht abgeführte Umsatzsteuer hafte, obwohl ein sog. schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist.<sup>554</sup> Im Hinblick auf das fehlende allgemeine Verfügungsverbot (§ 21 Abs. 2 Nr. 2, Alt. 1 InsO) sei die Zahlung dem Geschäftsführer trotz des angeordneten allgemeinen Zustimmungsvorbehalts (§ 21 Abs. 2 Nr. 2, Alt. 2 InsO) möglich gewesen<sup>555</sup> und im Hinblick auf die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nach § 64 Satz 2 GmbHG vereinbar.<sup>556</sup> Vergleichbar wird in der Literatur teilweise angenommen, auch § 266a StGB gelte weiterhin.<sup>557</sup>

### b) Missliche Konsequenzen der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zu § 64 Satz 2 GmbHG

An dieser Stelle zeigt sich nun die oben schon angedeutete missliche Konsequenz des völlig unnötigen Zurückruderns des II. Zivilsenats des BGH im Verhältnis zur straf- und finanzgerichtlichen Rechtsprechung.<sup>558</sup> Nach Antragstellung lässt sich nämlich nicht mehr sagen, der Geschäftsführer könne sich den kollidierenden Pflichten einfach durch die Antragstellung entziehen – er hat ja den Antrag (nunmehr) gestellt.<sup>559</sup> In der nun tatsächlich virulenten Frage, ob der Geschäftsführer dem Gebot zur Abführung der Steuern und Sozialabgaben folgen oder stattdessen die Masse im Interesse aller Gläubiger zusammenhalten soll, hat der II. Zivilsenat ganz zu Unrecht und viel zu allgemein

das „Entlastungsventil“ des § 64 Satz 2 GmbHG geöffnet. Dazu bestand jedoch auch für die hier in Rede stehende Phase des Eröffnungsverfahrens kein Anlass,<sup>560</sup> weil es bis zu der unnötigen Rechtsprechungsänderung gar kein straf- oder finanzgerichtliches Urteil gab, welches den Geschäftsführer auch nach Antragstellung in die Pflicht genommen hätte. Die Rechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH zum Vorrang des § 266a StGB vor § 64 GmbHG betraf vielmehr nur den Zeitraum *vor* dem Insolvenzantrag.<sup>561</sup> Die unnötige Öffnung des Tores zu § 64 Satz 2 GmbHG rächt sich nun – wie das aktuelle BFH-Urteil zeigt – in genau der Weise, die der *Erstverfasser Bitter* schon prophezeit hatte:<sup>562</sup> Sie wird zum Argument, um die Massesicherungspflicht und damit das vom Gesetzgeber eigentlich geschützte Interesse der Gläubigersamtheit zugunsten einzelner Gläubiger auszuhebeln.<sup>563</sup> Richtigerweise ist § 64 Satz 2 GmbHG unanwendbar,<sup>564</sup> sodass es beim Massesicherungsgebot des § 64 Satz 1 GmbHG bleibt.<sup>565</sup> Dann – und leider nur dann – greift die o.g. Argumentation aus dem Schrifttum<sup>566</sup> durch, die vom BGH

548 Siehe bereits *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 10. Im Fall BGH, ZInsO 2008, 812 = ZIP 2008, 1229 = WuB II C § 64 GmbHG 1.09 *Bitter* hatte eine Konzerngesellschaft A Zahlungen auf ihrem Geschäftskonto entgegengenommen, die eigentlich einer anderen Konzerngesellschaft B zustanden, um sodann mit jenen der B wirtschaftlich zustehenden Geldern Gläubiger der B zu befriedigen. Im Urteil BGHZ 206, 52 = ZInsO 2015, 1616 = WM 2015, 1467 = ZIP 2015, 1480, 1481 (Rn. 18) ging es um den Fall, dass die insolvente Gesellschaft Beträge, die aufgrund einer Sicherungssession ihrer Bank zustehen, auf einem nicht bei jener Bank geführten Konto entgegennimmt und sodann an die Bank weiterleitet.

549 So OLG München, ZIP 2008, 2169; bestätigt durch BGH, BB 2010, 1609.

550 *Kahlert*, ZIP 2012, 2089, 2090 f.; *Bork*, KTS 2017, 189, 198 ff. mit Ergebnis auf S. 204; für den Insolvenzgeldzeitraum AG Hamburg, ZInsO 2017, 1740 = ZIP 2017, 1383 (juris-Rn. 14 ff.).

551 *Bork*, KTS 2017, 189, 199 f. m.w.N.

552 BGHSt 48, 307 = NJW 2003, 3787; dazu oben bei Fn. 523.

553 *Kahlert*, ZIP 2012, 2089, 2090; *Bork*, KTS 2017, 189, 202 f.

554 BFH, ZInsO 2018, 100 = ZIP 2018, 22 (Rn. 15 ff.).

555 BFH, ZInsO 2018, 100 = ZIP 2018, 22 (Rn. 16 f.).

556 BFH, ZInsO 2018, 100 = ZIP 2018, 22 (Rn. 21); auf die Rechtsprechung zu § 64 Satz 2 GmbHG hinweisend auch *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 850.

557 *Laroche/Wollenweber*, ZInsO 2016, 2225, 2227 ff.; kritisiert von *A. Schmidt*, ZIP 2017, 1357 ff., insbes. S. 1360 f.

558 Siehe oben Ziff. B. II. 4. b) cc) bei Fn. 528 ff.

559 Vgl. auch *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 102.

560 Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats ist zwar nicht mit Blick auf jene Phase entwickelt worden (vgl. *Kahlert*, ZIP 2012, 2089, 2090; *A. Schmidt*, ZIP 2017, 1357, 1359 oben), gilt dort jedoch argumentativ ebenso (vgl. *Thole*, DB 2015, 662, 665).

561 BGH, ZInsO 2005, 986 = ZIP 2005, 1678 = NJW 2005, 3650 (Leitsatz 2: „ohne einen Insolvenzantrag zu stellen“); dazu auch *A. Schmidt*, ZIP 2017, 1357, 1359.

562 *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7.

563 Deutlich auf die geänderte Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH hinweisend *Laroche/Wollenweber*, ZInsO 2016, 2225, 2227 f., ferner S. 2230 ausdrücklich für eine Privilegierung der Sozialversicherungsträger; dagegen zutreffend *A. Schmidt*, ZIP 2017, 1357 ff., insbes. S. 1360 f.; wie hier auf die Verletzung des Grundsatzes der *par conditio creditorum* hinweisend auch *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen* (Fn. 14), § 43 Rn. 47, § 64 Rn. 25.

564 Über die von *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen* (Fn. 14), § 64 Rn. 26 befürwortete Haftungsbefreiung wegen fehlenden Verschuldens bei Befolgung einer verfehlten Rechtsprechung kann man demgegenüber nachdenken.

565 Ähnlich *A. Schmidt*, ZIP 2017, 1357, 1361; jedenfalls im Ergebnis übereinstimmend auch *Thole*, DB 2015, 662, 666 f.: Erfüllungsverbot aufgrund der gesetzlichen Wertungen zum Eröffnungsverfahren.

566 Siehe Fn. 553.

in Strafsachen für den Dreiwochenzeitraum anerkannte Suspendierung der Abführungspflicht gelte erst recht nach Antragstellung.

### c) Alternative Modelle der Massesicherung

Da jener durch die insolvenzrechtlichen Wertungen klar vorgegebene Weg durch die missliche Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH bis zu einer erneuten Rechtsprechungswende oder einem Eingreifen des Gesetzgebers versperrt ist, versucht die Praxis, der Zahlungspflicht auf anderem Wege zu entkommen. Drei verschiedene Modelle werden vertreten:

#### aa) Übertragung der Kassenführung auf den vorläufigen Sachwalter

Teilweise wird die Lösung darin gesehen, die Kassenführung durch das Insolvenzgericht auf den vorläufigen Sachwalter zu übertragen.<sup>567</sup> Der Geschäftsführer brauche dann die Zustimmung des vorläufigen Sachwalters zur Zahlung<sup>568</sup> und bei dessen Widerspruch könne die Zahlung dem Geschäftsführer nicht zugemutet werden.<sup>569</sup>

Es besteht aber Rechtsunsicherheit.<sup>570</sup> Die Übertragung der Kassenführungsbefugnis wirke sich – so wird geltend gemacht – nur im Innenverhältnis zwischen dem Sachwalter und dem Geschäftsführer aus,<sup>571</sup> Zahlungen im Außenverhältnis durch den Geschäftsführer seien weiterhin wirksam.<sup>572</sup> Das Gericht könne nicht von sich aus die Kassenführungsbefugnis übertragen, es bedürfe eines Antrags des Sachwalters (§ 275 Abs. 2 InsO).<sup>573</sup> Bei Versagung der Zustimmung durch den vorläufigen Sachwalter bestehe außerdem eine Haftungsgefahr für diesen.<sup>574</sup>

#### bb) Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts

Ein zweiter Lösungsweg geht dahin, die Zahlung von Steuern und Sozialabgaben an die Zustimmung des vorläufigen Sachwalters zu binden.<sup>575</sup> Bislang ging man davon aus, dass der Geschäftsführer damit – nicht anders als im Regeleröffnungsverfahren – die Verfügungsbefugnis für die vom Insolvenzgericht bestimmten Zahlungen verliere und deshalb – mangels Möglichkeit der Erfolgsherbeiführung – einer Haftung aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO entgehe.<sup>576</sup> Auch hier herrscht jedoch Rechtsunsicherheit: Ein Zustimmungsvorbehalt sei – so wird behauptet – der Systematik der vorläufigen Eigenverwaltung fremd.<sup>577</sup> § 270a InsO sehe keine Möglichkeit vor, einen (begrenzten) Zustimmungsvorbehalt anzuordnen.<sup>578</sup> Außerdem könne die rechtliche Unmöglichkeit wegen kollusiven Zusammenwirkens des Sachwalters und des Geschäftsführers unbeachtlich sein.<sup>579</sup> Der BFH meint – wie dargelegt<sup>580</sup> – außerdem, ein bloßer Zustimmungsvorbehalt nach § 21 Abs. 2 Nr. 2, Alt. 2 InsO mache es dem Geschäftsführer nicht unmöglich, weiterhin Umsatzsteuer zu leisten.<sup>581</sup> Hierfür sei ein allgemeines Verfügungsverbot nach § 21 Abs. 2 Nr. 2, Alt. 1 InsO nötig.<sup>582</sup>

Allerdings könnte das Verschulden zu verneinen sein, wenn der Geschäftsführer sich an den angeordneten Zustimmungsvor-

vorbehalt hält und bei tatsächlich versagter Zustimmung keine Zahlungen erbringt.<sup>583</sup> Fehlt eine Äußerung des vorläufigen Sachwalters, stellte der BFH aber klar, dass der Geschäftsführer jedenfalls dann grob fahrlässig handle, wenn er ohne ein Hinwirken auf die Zahlung schlicht untätig bleibe, weil er glaube, allein die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts führe dazu, nicht mehr zahlen zu müssen.<sup>584</sup> Es reiche für eine Entlastung außerdem nicht aus, wenn der Geschäftsführer nur vortrage, dass er den vorläufigen Insolvenzverwalter auf die Steuerpflicht angesprochen habe.<sup>585</sup> Es müsse substantiiert dargelegt werden, welche Schritte er zur Zahlung der Steuern am Fälligkeitstag eingeleitet habe.<sup>586</sup> Ob der Geschäftsführer sich damit entlasten kann, dass der Sachwalter die Zustimmung definitiv versagt,<sup>587</sup> ließ der BFH offen, weil Feststellungen dazu im konkreten Fall fehlten.<sup>588</sup>

567 AG Hamburg, ZInsO 2014, 2390 = ZIP 2014, 2102; zustimmend LG Hamburg, ZInsO 2015, 451, 459; Frind, ZInsO 2015, 22, 24 f.; Frind, GmbHR 2015, 128, 131 f.

568 Frind, ZInsO 2015, 22, 25; wohl auch Thole, DB 2015, 662, 668.

569 Auf die faktische, nicht die rechtliche Unmöglichkeit hinweisend Hunsalzer, ZInsO 2014, 1748, 1749 f.

570 Kritik bei AG Hannover, ZInsO 2015, 1111 = ZIP 2015, 1893 f. (juris-Rn. 13 f.); AG Heilbronn, ZIP 2016, 782 (juris-Rn. 16 f.); Undritz/Schur, ZIP 2016, 549, 557 f.; Mielke/Sedlitz, ZIP 2017, 1646, 1647 f.; Buchalik/Kraus, ZInsO 2014, 2354, 2356; Harder, NZI 2015, 162 f.; Gortan, NZI 2016, 982, 983 f.

571 Undritz/Schur, ZIP 2016, 549, 557; Mielke/Sedlitz, ZIP 2017, 1646, 1648; Gortan, NZI 2016, 982, 983 f.; vgl. auch Thole, DB 2015, 662, 669.

572 Mielke/Sedlitz, ZIP 2017, 1646, 1648.

573 Undritz/Schur, ZIP 2016, 549, 551; Mielke/Sedlitz, ZIP 2017, 1646, 1647 f.; AG Hannover, ZInsO 2015, 1111 = ZIP 2015, 1893, 1894 (juris-Rn. 14).

574 Mielke/Sedlitz, ZIP 2017, 1646, 1648; Gortan, NZI 2016, 982, 984; auf den Einzelfall abstellend, tendenziell aber ablehnend Undritz/Schur, ZIP 2016, 549, 555 f. m.w.N.

575 AG Düsseldorf, ZInsO 2014, 2389; AG Heilbronn, ZIP 2016, 782; zust. Buchalik/Kraus, ZInsO 2014, 2354, 2356 f.; Mielke/Sedlitz, ZIP 2017, 1646, 1648 f.; Gortan, NZI 2016, 982, 984 ff.; enger AG Hamburg, ZInsO 2017, 1740 = ZIP 2017, 1383 (juris-Rn. 5 ff., 25 ff.: nur subsidiär zur sogleich bei Fn. 589 ff. dargelegten Anfechtungslösung); weitergehend Thole, DB 2015, 662, 669; Anordnung eines besonderen Verfügungsverbots.

576 Mielke/Sedlitz, ZIP 2017, 1646, 1648 f.; Gortan, NZI 2016, 982, 984 ff. mit Hinweis auf die rechtliche Zulässigkeit von Sicherungsanordnungen im Eröffnungsverfahren in Eigenverwaltung.

577 AG Hannover, ZInsO 2015, 1111 = ZIP 2015, 1893 (juris-Rn. 7 ff.).

578 Frind, ZInsO 2015, 22, 24; a.A. Gortan, NZI 2016, 982, 984 f.; Mielke/Sedlitz, ZIP 2017, 1646, 1648 f.; AG Hamburg, ZInsO 2017, 1740 = ZIP 2017, 1383 (juris-Rn. 5 ff.).

579 Laroche/Wollenweber, ZInsO 2017, 2225, 2229 f.; Roth, ZInsO 2017, 617, 619, der aber differenziert, ob der Zustimmungsvorbehalt auf Anregung des Geschäftsführers erteilt wurde oder direkt durch das Gericht; insgesamt a.A. A. Schmidt, ZIP 2017, 1357, 1360.

580 Siehe oben bei Fn. 554 ff.

581 BFH, ZInsO 2018, 100 = ZIP 2018, 22 (Rn. 16 ff.).

582 In diesem Sinne dürfte BFH, ZInsO 2018, 100 = ZIP 2018, 22 (Rn. 15 ff., insbes. Rn. 16) zu verstehen sein. Insoweit wäre der Lösungsvorschlag von Thole, DB 2015, 662, 669 (Anordnung eines besonderen Verfügungsverbots) die sicherere Variante als der Zustimmungsvorbehalt.

583 FG Münster, ZInsO 2017, 880, 881 f. = ZIP 2017, 1174 (juris-Rn. 22) in Bezug auf Umsatzsteuer; nachdrücklich zust. Mielke/Sedlitz, ZIP 2017, 1646, 1649 f. („Ergebnis zwingend“); in diesem Sinne wohl auch schon Thole, DB 2015, 662, 669.

584 BFH, ZInsO 2018, 100 = ZIP 2018, 22 (Rn. 19 f.).

585 BFH, ZInsO 2018, 100 = ZIP 2018, 22 (Rn. 18).

586 BFH, ZInsO 2018, 100 = ZIP 2018, 22 (Rn. 18).

587 So die in Fn. 583 Genannten.

588 Vgl. BFH, ZInsO 2018, 100 = ZIP 2018, 22 (Rn. 18).

### cc) Anfechtungslösung

Drittens wird vorgeschlagen, die Zahlungen zunächst unter Vorbehalt zu leisten und später nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO anzufechten.<sup>589</sup> Es liege bei der Zahlung von Steuern und Sozialabgaben i.d.R. kein Bargeschäft i.S.d. § 142 InsO vor, da es an einer unmittelbaren Gegenleistung fehle.<sup>590</sup> Zu beachten ist allerdings, dass nur Zahlungen auf Insolvenzforderungen, nicht aber auf Masseverbindlichkeiten angefochten werden können.<sup>591</sup> Dies birgt eine Gefahr im Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO, wenn der Schuldner mit Globalermächtigung nach § 270b Abs. 3 InsO zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigt wurde.<sup>592</sup> Der BGH stufte Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung nämlich als Masseverbindlichkeiten ein, wenn sie aus einem Dauerschuldverhältnis mit den Arbeitnehmern stammen und deren Gegenleistung in Anspruch genommen wurde, nachdem die Globalermächtigung nach § 270b Abs. 3 InsO ausgesprochen wurde (§ 55 Abs. 2 Satz 2 InsO).<sup>593</sup> Nachdem die Verbindlichkeit erfüllt wurde, komme eine Herabstufung zu Insolvenzforderungen nach § 55 Abs. 3 InsO nicht mehr in Betracht.<sup>594</sup> Deshalb blieb die spätere Anfechtung erfolglos.

### d) Fazit

Die derzeitige Rechtsunsicherheit ist für die Betroffenen kaum hinnehmbar und deshalb eine gesetzliche Regelung erforderlich. Die Zeit dafür ist günstig, weil die ESUG-Evaluierung voraussichtlich ohnehin gewisse Nachjustierungen erforderlich machen wird. Dabei ist es auch Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob Sozialabgaben und Steuern ganz allgemein im Eröffnungsverfahren entrichtet werden sollen oder – wie bisher – das Insolvenzverfahren mittelbar durch deren Nichtzahlung oder Anfechtbarkeit staatlich subventioniert wird. Die derzeitige, den hiesigen Darlegungen zugrunde gelegte Gesetzeslage fördert zwar unzweifelhaft die Sanierung in der Insolvenz, stellt sich jedoch aus der Sicht von nicht insolventen Konkurrenzunternehmen, welche alle Sozialabgaben und Steuern entrichten müssen, als Verzerrung des Wettbewerbs dar. Solch komplexe Gemengelagen hat in einer Demokratie das Parlament aufzulösen; sie dürfen nicht den Gerichten zur Entscheidung überlassen werden. Erst recht darf der Streit darüber nicht auf dem Rücken der Geschäftsführer ausgetragen werden.

## 6. Verschulden und Beweislast

Der Ersatzanspruch gegen den Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 GmbHG setzt Verschulden voraus, wobei leichte Fahrlässigkeit – ohne Rücksicht auf die individuellen Fähigkeiten des Geschäftsführers (objektiver Maßstab) – genügt.<sup>595</sup> Zugunsten der Gesellschaft wird das Verschulden vermutet, wenn eine vom Geschäftsführer veranlasste Zahlung nach Eintritt der Insolvenzreife vorgenommen wurde. Der Kläger, i.d.R. der Insolvenzverwalter, hat also lediglich die Insolvenzreife<sup>596</sup> sowie die nachfolgende Minderung der Insolvenzmasse durch Zahlungen (aufgeschlüsselt nach Höhe, Empfänger und Leistungszeit) darzulegen und zu beweisen. Der Geschäftsführer muss dann zu seiner Entlastung nachweisen, dass ihn an der dadurch bewirkten Schmälerung

der Masse kein Verschulden trifft.<sup>597</sup> Er kann insbesondere geltend machen, dass der Eintritt der **Insolvenzreife trotz Beachtung der gebotenen Sorgfalt nicht erkennbar** war.<sup>598</sup> Zur gebotenen Sorgfalt zählt es allerdings, die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft laufend im Blick zu halten, erforderliche Informationen zu beschaffen und zu bewerten. Dass eine zum Jahresende aufgestellte Bilanz ausgeglichen ist, die Gewinn- und Verlustrechnung einen Gewinn ausweist und ausreichende Liquidität vorhanden ist, reicht allein nicht aus, weil (nicht sofort fällige) Verbindlichkeiten in beträchtlicher Größenordnung aufgelaufen sein können, die eine Überschuldung begründen.<sup>599</sup> Fehlt dem Geschäftsführer die eigene Sachkunde, um die Solvenz der Gesellschaft prüfen zu können, muss er sich an einen externen Berater wenden, diesem alle nötigen Informationen zur Verfügung stellen, auf eine zeitnahe Prüfung hinwirken<sup>600</sup> und sodann das Ergebnis der Prüfung auf Plausibilität kontrollieren.<sup>601</sup> Im Übrigen sei auf die Ausführungen zum Verschulden bei der Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO verwiesen. Dort gilt der gleiche Fahrlässigkeitsmaßstab.<sup>602</sup>

589 OLG Dresden, ZIP 2014, 1294 = NZI 2014, 703 m. Anm. *Schmittmann; Thole*, DB 2015, 662, 666 und 668; vgl. auch *Gortan*, NZI 2016, 982, 983 („vertretbarer Weg“, aber Liquiditätsabfluss); *Laroche/Wollenweber*, ZInsO 2017, 2225, 2230 („gangbarer Weg“).

590 OLG Dresden, ZIP 2014, 1294 f. = NZI 2014, 703, 704 (juris-Rn. 15); siehe auch *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 508 f.

591 BGH, ZInsO 2016, 1421 = ZIP 2016, 1295 (Rn. 16 ff.).

592 Darauf hinweisend *Laroche/Wollenweber*, ZInsO 2017, 2225, 2231.

593 BGH, ZInsO 2016, 1421 = ZIP 2016, 1295 (Leitsatz 2 und Rn. 25 ff.); so auch *Brückl/Bellmann*, ZInsO 2015, 1173, 1174; *Bork*, KTS 2017, 189, 205 ff., insbes. S. 209; a.A. *Roth*, ZInsO 2017, 617, 620 ff. mit Einordnung der Sozialleistungen als anfechtbare sog. unechte Masseschulden.

594 BGH, ZInsO 2016, 1421 = ZIP 2016, 1295 (Leitsatz 4 und Rn. 34 ff.); kritisch zur Auslegung des § 55 Abs. 3 InsO durch den BGH *Köster/Feil*, NZI 2016, 763, 765 f.

595 OLG Schleswig, ZInsO 2010, 530, 533 = ZIP 2010, 516, 519 (juris-Rn. 60 ff.); *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 95), § 64 Rn. 126 m.w.N.; *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 58.

596 Im Fall des § 19 InsO hat er sogar nur die rechnerische Überschuldung nach Liquidationswerten darzulegen, während der Geschäftsführer für die positive Fortführungsprognose beweibelastet ist (vgl. oben Fn. 375).

597 BGH, ZIP 1994, 891 (Ziff. II 2 a der Gründe); BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668 (Leitsatz 1) = ZInsO 2000, 117 (nur ein red. Leitsatz).

598 Zu den Pflichten des Geschäftsführers und zu den Voraussetzungen seiner Entlastung siehe BGH, ZInsO 2013, 1759 = WM 2013, 1646 = ZIP 2013, 1718 (Rn. 21); BGH, ZInsO 2016, 1118 = WM 2016, 974 = ZIP 2016, 1119 (Rn. 34); zum berechtigten Vertrauen auf den Rat eines unabhängigen, qualifizierten Berufsträgers grundlegend BGH, ZInsO 2007, 660 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265 = WM 2007, 1274 [dazu unten Ziff. C. I. 3. b) gg) ccc) bei Fn. 991 f.].

599 BGH, ZInsO 2012, 1536 = WM 2012, 1539 = ZIP 2012, 1557 (Rn. 13 ff.).

600 Dazu insbes. BGH, ZInsO 2012, 1177 = WM 2012, 1124 = ZIP 2012, 1174 (Rn. 19 f.): Hier wurde eine externe Prüfung im August angefordert, aber erst im November fertig, was nicht den Anforderungen des § 64 Satz 2 GmbHG genügte.

601 Grundlegend BGH, ZInsO 2007, 660 = NJW 2007, 2118 = ZIP 2007, 1265 = WM 2007, 1274 (Leitsatz 1 und Rn. 14 ff.); bestätigend BGH, ZInsO 2013, 1759 = WM 2013, 1646 = ZIP 2013, 1718 (Rn. 21) und BGH, ZInsO 2016, 1118 = WM 2016, 974 = ZIP 2016, 1119 (Rn. 34), jeweils m.w.N.

602 Siehe unten Ziff. C. I. 3. b) gg) ccc) bei Fn. 984 ff.

## 7. Rechtsfolge

Auf der Rechtsfolgenseite kehrt der Streit um den „Zahlungsbegriff“ wieder. Nach der Rechtsprechung setzt § 64 Satz 1 GmbHG keinen Schaden der Gesellschaft voraus, sondern begründet einen Ersatzanspruch eigener Art,<sup>603</sup> der auf Rückgewähr jedes einzelnen abgeflossenen Vermögenswerts gerichtet ist, wobei Vermögenszuflüsse – von unmittelbaren Gegenleistungen abgesehen – außer Betracht bleiben.

Da der befriedigte Gläubiger ohne die Zahlung des Geschäftsführers am Insolvenzverfahren teilgenommen hätte, sprachen sich einige Literaturstimmen für einen Abzug in Höhe der dem begünstigten Gläubiger ohne die Zahlung zustehenden Insolvenzquote aus.<sup>604</sup> Der BGH hat diese Position zunächst auch vertreten, sich dann aber in BGHZ 146, 264 anders entschieden: Der Abzug wird nunmehr abgelehnt und dem Geschäftsführer im Urteil lediglich vorbehalten, nach vollständiger Erstattung an die Masse seinen Gegenanspruch in Höhe der „ersparten“ Insolvenzquote gegen den Insolvenzverwalter zu verfolgen.<sup>605</sup> Analog § 255 BGB kann der Geschäftsführer auch die Abtretung des Anfechtungsanspruchs gegenüber dem Zahlungsempfänger verlangen,<sup>606</sup> nachdem der IX. Zivilsenat entschieden hat, dass ein solcher Anfechtungsanspruch abtretbar ist.<sup>607</sup> Eine Kürzung des Anspruchs nach den arbeitsrechtlichen Grundsätzen zum innerbetrieblichen Schadensausgleich kommt hingegen nicht in Betracht.<sup>608</sup>

Stand dem Geschäftsführer vor Insolvenzeröffnung eine (Gehalts-)Forderung gegen die Gesellschaft zu, könnte er außerdem versuchen, gegenüber dem Anspruch der Gesellschaft aus § 64 GmbHG aufzurechnen. Diese Aufrechnung ist ihm aber nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO i.V.m. § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO verwehrt, da die Aufrechnungslage in anfechtbarer Weise herbeigeführt wurde.<sup>609</sup>

Überhaupt nicht auf Einzelansprüche, sondern auf die insgesamt eingetretene Masseschmälerung stellt die Gegenansicht ab. *Karsten Schmidt* begründet dies dogmatisch, indem er § 64 GmbHG als Schadensersatzanspruch einordnet: Der Geschäftsführer hat danach den insgesamt bei den Gläubigern durch die Insolvenzverschleppung eingetretenen Schaden zu ersetzen.<sup>610</sup> Die Begrenzung auf die Masseschmälerung ist aber nicht nur auf diese Weise möglich, sondern lässt sich durchaus auch mit der Annahme in Einklang bringen, § 64 Satz 1 GmbHG (früher § 64 Abs. 2 GmbHG) sei ein Anspruch eigener Art: Die Frage ist allein, in welchem Umfang die Norm den Vermögensabfluss für ersatzfähig erklärt.<sup>611</sup>

## 8. Regress beim Berater?

Wird der Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 GmbHG in Anspruch genommen (insbesondere vom Insolvenzverwalter), mag er sich die Frage stellen, ob er ggf. bei einem Berater (insbesondere dem Steuerberater der GmbH) Regress nehmen kann, der ihn auf die Insolvenzreife nicht hingewiesen oder diese fehlerhaft verneint hat.

Eine solche Beraterhaftung ist in jüngerer Zeit mehrfach Gegenstand der Rechtsprechung gewesen, wobei es zwei Haf-

tungsansätze gibt: (1) ein Direktanspruch der GmbH gegen den Berater wegen mangelhafter Ausführung des zwischen ihnen geschlossenen Vertrags;<sup>612</sup> (2) ein eigener, von der konkreten Auslegung des jeweiligen Prüfungsvertrags abhängiger<sup>613</sup> Anspruch des Geschäftsführers aufgrund einer Drittschutzwirkung des Vertrags zwischen GmbH und Berater.<sup>614</sup> Nur der zweite Ansatz kann einen „Regress“ des Geschäftsführers begründen. Dieser wird in der Literatur teilweise auch über § 426 Abs. 1 BGB begründet, falls der Steuerberater der GmbH neben dem Geschäftsführer für den sog. Insolvenzverschleppungsschaden haftet.<sup>615</sup>

Die Details dieser Beraterhaftung können hier nicht behandelt werden. Es sei nur darauf hingewiesen, dass in jedem Fall eine schuldhaftige Pflichtverletzung des Beraters vorliegen muss. Diese kann sich nach der jüngsten Entscheidung des BGH aus

603 BGHZ 146, 264, 278 = ZInsO 2001, 260, 263 = ZIP 2001, 235, 239 = NJW 2001, 1280 unter Ziff. III 1 der Gründe; BGH, GmbHR 2008, 702 (Leitsatz 3 und Rn. 6); BGH, ZInsO 2016, 847 = WM 2016, 786 = ZIP 2016, 821 (Rn. 15) – „Kornhaas“, übereinstimmend *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 12 m.w.N. zur Rspr.

604 *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl. 2006, § 64 Rn. 84 (anders jetzt *Haas* in der 21. Aufl. [Fn. 25], § 64 Rn. 69, 111 f. m.w.N. zum Streitstand); *Wicke, GmbHG*, 2008, § 64 Rn. 23.

605 BGHZ 146, 264 = ZInsO 2001, 260 = ZIP 2001, 235 = NJW 2001, 1280 (Leitsatz 3) in Abweichung von BGHZ 143, 184 = ZInsO 2000, 117 (red. Leitsatz); BGH, ZInsO 2007, 1379 = ZIP 2008, 72 = WM 2008, 27 = GmbHR 2008, 142 (Rn. 9); ebenso *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 95), § 64 Rn. 130; siehe auch BGHZ 202, 324 = ZInsO 2014, 2361 = WM 2014, 2177 = ZIP 2014, 2242 (Rn. 52); BGH, ZInsO 2013, 952 = ZIP 2013, 1251 (Rn. 3); BGH, ZInsO 2016, 1118 = WM 2016, 974 = ZIP 2016, 1119 (Rn. 49); in der prozessualen Abwicklung partiell abweichend *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 112.

606 *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 544 m.w.N.

607 BGH, ZInsO 2011, 1154 = WM 2011, 1080 = ZIP 2011, 1114 (Rn. 7 ff.).

608 OLG München, ZInsO 2017, 1628 = ZIP 2017, 1368 (juris-Rn. 30 f.); zur entsprechenden Frage in Bezug auf § 43 Abs. 2 GmbHG siehe oben bei Fn. 22 f.

609 BGH, ZInsO 2014, 36 = WM 2014, 30 = ZIP 2014, 22 (Leitsatz und Rn. 12 ff.).

610 *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 17, 21, 63, 68 („Ersatz des Gesamtgläubigerschadens“).

611 Vgl. *Bitter*, WM 2001, 666, 667 ff.; der bei *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 12 angeführte dogmatische Streit scheint uns deshalb ebenso wie die bei *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 390 ff. ausgearbeitete Diskussion an der (wesentlichen) Sache vorbei zu gehen (vgl. bereits oben bei Fn. 403 ff.).

612 Anspruch bejaht in BGH, ZInsO 2013, 1409 = ZIP 2013, 1332 = WM 2013, 1323 (Rn. 12 ff.: Hinweis auf eine „Überschuldung rein bilanzieller Natur“); BGH, ZInsO 2017, 432 = ZIP 2017, 427, für BGHZ vorgesehen (fehlerhafte Aufstellung des Jahresabschlusses auf der Basis von Fortführungswerten angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft).

613 Auf die Auslegung des konkreten Prüfungsvertrages hinweisend BGHZ 193, 297, 304 f. = ZInsO 2012, 1312 = WM 2012, 1359 = ZIP 2012, 1353 (Rn. 19).

614 Anspruch bejaht in BGHZ 193, 297, 301 ff. = ZInsO 2012, 1312 = WM 2012, 1359 = ZIP 2012, 1353 (Leitsatz und Rn. 12 ff.: Auftrag zur Prüfung der Insolvenzreife); BGH, ZInsO 2014, 546 = WM 2014, 577 = ZIP 2014, 583 (Rn. 4 f.: tatsächliche Erörterung der Insolvenzsituation); sehr kritisch zur drittschützenden Wirkung des Steuerberatungsvertrages *H. F. Müller*, ZInsO 2013, 2181, 2187; Anspruch aus anderen Gründen verneint in BGH, ZIP 2013, 829 = DB 2013, 928 (steuerberatendes Dauermandat); insoweit partiell aufgegeben durch BGH, ZInsO 2017, 432 = ZIP 2017, 427 (Leitsatz 3 und Rn. 44), für BGHZ vorgesehen (dazu *Baumert*, ZInsO 2017, 486).

615 *Thole*, ZfPW 2015, 31, 53 ff.

dem Jahr 2017 auch daraus ergeben, dass der Steuerberater den Jahresabschluss angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft fehlerhaft auf der Basis von Fortführungswerten erstellt.<sup>616</sup> Zudem kann den Steuerberater neuerdings auch eine Hinweis- und Aufklärungspflicht aus dem allgemeinen steuerrechtlichen Mandat treffen, wenn Anhaltspunkte für eine Insolvenzreife offenkundig sind und der Berater annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife der Mandantin nicht bewusst ist.<sup>617</sup> Ein Mitverschulden des Geschäftsführers kann aber zur Kürzung des Anspruchs führen.<sup>618</sup>

### III. Verursachung der Zahlungsunfähigkeit (§ 64 Satz 3 GmbHG)

Neu mit dem MoMiG eingeführt wurde in § 64 Satz 3 GmbHG eine Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen an den Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten.<sup>619</sup> Die Vorschrift steht nach der Vorstellung des Gesetzgebers zwischen der Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen, mit denen das Stammkapital der Gesellschaft zurückgezahlt wird (§§ 43 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG)<sup>620</sup> und der anschließend noch näher zu behandelnden Existenzvernichtungshaftung.<sup>621</sup> Sowohl im Hinblick auf ihre tatbestandliche Konkretisierung als auch in ihrer rechtspolitischen Berechtigung ist die Norm sehr umstritten.<sup>622</sup> In seinem Grundsatzurteil BGHZ 195, 42 aus dem Jahr 2012 hat der BGH den Anwendungsbereich der Norm sehr restriktiv ausgelegt.<sup>623</sup>

#### 1. Schuldner und Gläubiger des Anspruchs

Der Anspruch richtet sich gegen den Geschäftsführer der Gesellschaft, der im Zeitpunkt der Zahlung im Amt ist, sowie auch gegen etwaige faktische Geschäftsführer.<sup>624</sup>

Der Anspruch steht, wie im Fall des § 64 Satz 1 GmbHG, der Gesellschaft zu (Innenhaftung). In der Insolvenz ist er vom Insolvenzverwalter geltend zu machen. Wird die Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgelehnt oder das Insolvenzverfahren eingestellt, können die Gläubiger den der Gesellschaft zustehenden Anspruch pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Insoweit bestehen keine Unterschiede zum Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG<sup>625</sup> oder zur Haftung für Existenzvernichtung, wenn man diese mit der Rechtsprechung als Innenhaftung ansieht.<sup>626</sup>

#### 2. Zahlung an Gesellschafter

##### a) Zahlung

Unter Zahlung ist wie in § 64 Satz 1 GmbHG im Grundsatz jede Leistung zu verstehen, die die Aktiva der Gesellschaft vermindert, wobei im Hinblick auf den speziellen Tatbestand des § 64 Satz 3 GmbHG aber zu berücksichtigen ist, ob eine Leistung zulasten des Gesellschaftsvermögens Auswirkungen auf die Liquidität der Gesellschaft haben kann oder nicht.<sup>627</sup> Als Zahlung anzusehen ist danach auch die Übertragung von Vermögensgegenständen, wenn diese kurzfristig zugunsten der Befriedigung von Gläubigerforderungen hätten liquidiert werden können. Auch die Bestellung einer Si-

cherheit für den Gesellschafter wird erfasst, wenn die weggegebene Sicherheit zur Liquiditätsbeschaffung für die GmbH geeignet gewesen wäre.<sup>628</sup> Vom Gesellschafter erbrachte Gegenleistungen sind – soweit sie liquiditätswirksam sind – anzurechnen.<sup>629</sup>

##### b) Zahlungsempfänger

Zahlungsempfänger muss – anders als bei § 64 Satz 1 GmbHG – grds. ein Gesellschafter sein, ohne dass es auf die Beteiligungshöhe ankommt. Dem Gesellschafter gleichzustellen sind Dritte, die mit dem Gesellschafter verbunden sind, sodass die Zahlung ihm mittelbar zugutekommt. Zur Abgrenzung werden teilweise die Regeln des Rechts der Kapitalaufbringung und -erhaltung herangezogen,<sup>630</sup> während andere darauf abstellen, ob die Leistung der Zahlung an einen Gesellschafter i.S.v. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (früher § 32a Abs. 3 Satz 1 GmbHG) entspricht.<sup>631</sup> Jedenfalls muss

616 BGH, ZInsO 2017, 432 = ZIP 2017, 427 (Rn. 12 ff.), für BGHZ vorgesehen.

617 BGH, ZInsO 2017, 432 = ZIP 2017, 427 (Leitsatz 3 und Rn. 44), für BGHZ vorgesehen.

618 Vgl. BGH, ZInsO 2017, 432 = ZIP 2017, 427 (Rn. 53), für BGHZ vorgesehen, mit Hinweis auf BGH, ZInsO 2013, 1409 = ZIP 2013, 1332 = WM 2013, 1323 (Rn. 29 ff.); *F. Schmitt*, ZIP 2017, 2235, 2241; zu Möglichkeiten der Haftungsvermeidung für den Steuerberater siehe *Mielke*, DStR 2017, 1060, 1063 f.; *Römermann*, GmbHR 2017, 354, 356 f.; *Eisenhardt/Berbuer*, DStR 2017, 2075, 2077 ff.

619 Dazu *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 78 ff., *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 95), § 64 Rn. 136 ff. und *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 122 ff., jeweils mit umfassenden Literaturangaben; ferner *Kleindiek*, GWR 2010, 75; *Seulen/Osterloh*, ZInsO 2010, 881 ff.; *Jost*, ZInsO 2014, 2471 ff.; *Poertzgen/Meyer*, ZInsO 2012, 249 ff.; ausführlich *A. Weiß*, Insolvenzspezifische Geschäftsführerhaftung – Zahlungsverbote, Existenzvernichtung und Insolvenzverschleppung, 2017, S. 173 ff.

620 Dazu oben Ziff. B. I. 2. bei Fn. 58 ff.

621 BT-Drucks. 16/6140, S. 46; zu den Unterschieden zur Existenzvernichtungshaftung siehe *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 95), § 64 Rn. 137; vgl. zur Existenzvernichtungshaftung unten Ziff. B. IV.

622 Dazu *Altmeyen*, in: *Roth/Altmeyen* (Fn. 14), § 64 Rn. 67 ff.

623 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391.

624 Siehe zu den Normadressaten *Kleindiek*, GWR 2010, 75; *Drescher* (Fn. 334), Rn. 745 m.w.N.

625 Dazu oben Ziff. B. II. 2. bei Fn. 333 f.

626 Siehe unten Ziff. B. IV. 2. bei Fn. 698 und 701 ff.

627 Dazu präzisierend *Haas*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 25), § 64 Rn. 127; dem folgend *Seulen/Osterloh*, ZInsO 2010, 881 f.; siehe auch *Kleindiek*, GWR 2010, 75, 76; *Jost*, ZInsO 2014, 2471, 2474; vgl. auch *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 88.

628 Ähnlich *Haas*, GmbHR 2010, 1, 5 f. („kurzfristig beleih- bzw. versilberbar“); auf die Verwertung abstellend hingegen *Komo*, GmbHR 2010, 230, 235 f.; zur Frage ob ein Verstoß gegen § 64 Satz 3 GmbHG in Fällen der Sicherheitenbestellung zwingend eine Strafbarkeit nach § 266 StGB nach sich zieht, *Mahler*, GmbHR 2012, 504 ff.

629 *Seulen/Osterloh*, ZInsO 2010, 881, 883; *Kleindiek*, GWR 2010, 75, 76; *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 95), § 64 Rn. 139; eine „synallagmatische Verknüpfung“ für die Berücksichtigung gegenläufiger Gesellschafterleistungen verlangend OLG Celle, ZIP 2012, 2394, 2395 = GmbHR 2012, 1185 (juris-Rn. 11); bei Gegenleistungen nicht die „Zahlung“, sondern die Kausalität verneinend *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 100; zustimmend *Jost*, ZInsO 2014, 2471, 2474.

630 *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 134), § 64 Rn. 53; *Casper*, in: *Ulmer* (Fn. 95), § 64 Rn. 141; *Poertzgen*, ZInsO 2010, 785, 788.

631 *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 91; auf beides zugleich verweisend *Seulen/Osterloh*, ZInsO 2010, 881, 887; eingehend zur Zurechnung im Gesellschafterdarlehensrecht *Scholz/Bitter* (Fn. 95), Anh. § 64 Rn. 180 ff.

eine Nähebeziehung zwischen Drittem und Gesellschafter bestehen, welche die Zurechnung rechtfertigt. Diese wird bejaht für Ehegatten, minderjährige Kinder und u.U. Eltern oder Geschwister des Gesellschafters.<sup>632</sup> Zu denken ist ferner an das Verhältnis zwischen Treuhandgesellschafter und Treugeber<sup>633</sup> sowie an verbundene Unternehmen i.S.d. § 15 AktG.<sup>634</sup> § 64 Satz 3 GmbHG kann damit z.B. beim Cash-Pool im Konzern Bedeutung erlangen.<sup>635</sup>

### 3. Verursachung der Zahlungsunfähigkeit

Die Haftung des Geschäftsführers gem. § 64 Satz 3 GmbHG setzt weiter voraus, dass die Zahlung an den Gesellschafter „zur Zahlungsunfähigkeit führen musste“. Hier liegt der tatbestandliche Knackpunkt der neuen Regelung und damit zugleich die Ursache diverser Streitigkeiten.

Da im Gesetz nur von einer Herbeiführung der *Zahlungsunfähigkeit* die Rede ist, scheint zunächst klar zu sein, dass die Verursachung (nur) einer *Überschuldung* nicht zur Haftung des Geschäftsführers führt.<sup>636</sup> Auch Zahlungen, die eine bereits bestehende Zahlungsunfähigkeit nur vertiefen, führen – wie sogleich im Hinblick auf BGHZ 195, 42 noch näher darzustellen sein wird<sup>637</sup> – nicht zu einer Haftung nach Satz 3.<sup>638</sup> Die Zahlungsunfähigkeit muss außerdem tatsächlich eingetreten sein.<sup>639</sup> Eine Haftung scheidet daher aus, wenn die Gesellschaft weitere Liquidität erhält oder dem Geschäftsführer nach der Zahlung die Sanierung der Gesellschaft gelingt.<sup>640</sup> In einem Fall des OLG Celle<sup>641</sup> ließ es das Gericht aber nicht ausreichen, dass die Muttergesellschaft ihre Tochter noch 13 Monate durch regelmäßige Zahlungen vor der Insolvenz schützte, diese am Ende aber doch eintrat.

Die Zahlung muss zur Zahlungsunfähigkeit *geführt haben*, d.h. sie muss hierfür kausal gewesen sein. Das Kausalitätserfordernis ist restriktiv auszulegen und es ist mehr zu fordern als lediglich äquivalente oder adäquate Kausalität.<sup>642</sup> Aus der Wortwahl der Vorschrift ergibt sich nach der Gesetzesbegründung, dass es nicht ausreichend sein kann, wenn die Zahlung nur *geeignet* war, zur Zahlungsunfähigkeit zu führen.<sup>643</sup> Kausalität im Sinne der Norm ist zu bejahen, wenn sich ohne Hinzutreten weiterer Kausalbeiträge im Moment der Zahlung klar abzeichnet, dass die Gesellschaft unter normalem Verlauf der Dinge ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen können.<sup>644</sup> Dies wird in der Literatur verbreitet angenommen, wenn sich im Zeitpunkt der Zahlung bei objektiver Betrachtung die Zahlungsunfähigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (mehr als 50 %) bereits abzeichnet.<sup>645</sup> Eine Haftung des Geschäftsführers soll demgegenüber nicht eintreten, wenn ein plötzliches Ereignis – etwa die Insolvenz eines Geschäftspartners, eine Kreditkündigung, mit der nicht gerechnet werden musste etc. – zur Zahlungsunfähigkeit führt oder beiträgt.<sup>646</sup>

Umstritten war bis zu dem Grundsatzurteil BGHZ 195, 42, ob eine Zahlung auf eine existente, fällige und durchsetzbare Forderung des Gesellschafters die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen kann.<sup>647</sup> Der BGH hat diesen Streit für die Praxis mit folgenden Leitsätzen in dem hier schon zuvor vertretenen Sinn<sup>648</sup> entschieden:

1. Die Zahlungsunfähigkeit wird durch eine Zahlung an den Gesellschafter nicht i.S.d. § 64 Satz 3 GmbHG verursacht, wenn die Gesellschaft bereits zahlungsunfähig ist.
2. Bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach § 64 Satz 3 GmbHG ist eine fällige Forderung des Gesellschafters in der Liquiditätsbilanz zu berücksichtigen.

Danach ist Satz 3 bei der Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen im Regelfall nicht einschlägig. Dass die Gesellschafterforderung im Grundsatz in die Liquiditätsbilanz einzustellen ist,<sup>649</sup> entspricht der hier bereits allgemein zur Feststellung der Zahlungsfähigkeit dargelegten Position: Auch Gesellschafterdarlehen sind – soweit nicht eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre vereinbart wurde – als Verbindlichkeiten zu berücksichtigen.<sup>650</sup> Dann aber werden bei einer späteren Zahlung auf diese Forderung sowohl die Aktivseite als auch die Passivseite der Liquiditätsbilanz gekürzt, sodass ein neutraler Vorgang vorliegt.<sup>651</sup>

632 Zu § 30 GmbHG vgl. die Nachw. bei *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 134), § 30 Rn. 22; zu der im Gesellschafterdarlehensrecht zurückhaltenden Rechtsprechung siehe aber auch *Scholz/Bitter* (Fn. 95), Anh. § 64 Rn. 212 ff.

633 *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 91; zu § 30 GmbHG *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 134), § 30 Rn. 22 m.w.N.; zum Gesellschafterdarlehensrecht *Scholz/Bitter* (Fn. 95), Anh. § 64 Rn. 192 ff.

634 *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 91; zu § 30 GmbHG vgl. *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 134), § 30 Rn. 22 für Nachw.; zum Gesellschafterdarlehensrecht *Scholz/Bitter* (Fn. 95), Anh. § 64 Rn. 247 ff.

635 Dazu *Willemsen/Rechel*, GmbHR 2010, 349 ff.

636 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 134), § 64 Rn. 54; *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 96; *Seulen/Osterloh*, ZInsO 2010, 881, 882; a.A. *Casper*, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 147.

637 Unten bei Rn. 647 ff.

638 *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 95; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 134), § 64 Rn. 56 ff.

639 BT-Drucks. 16/6140, S. 46; dazu *Kleindiek*, GWR 2010, 75, 77; LG Berlin, GmbHR 2010, 201, 202 f. m. Anm. *Hoffmann*.

640 *Drescher* (Fn. 334), Rn. 774.

641 OLG Celle, ZIP 2012, 2394, 2395 = GmbHR 2012, 1185 (juris-Rn. 9 ff.).

642 *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 134), § 64 Rn. 62; *Jost*, ZInsO 2014, 2471, 2476; nur einen (wesentlichen) Beitrag i.S.d. Adäquanztheorie fordernd *Haas*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 136, um der Norm einen relevanten Anwendungsbereich zu erhalten; dieser Wunsch kann jedoch u.E. nicht die Gesetzesbegründung (dazu sogleich im Text) überspielen.

643 BT-Drucks. 16/6140, S. 46; dazu *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 101.

644 BT-Drucks. 16/6140, S. 46; dem folgend *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 99, 101 („es musste ja so kommen“).

645 *Drescher* (Fn. 334), Rn. 783 m.w.N.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 134), § 64 Rn. 62 ff. m.w.N. in Fn. 9; *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 101 m.w.N.; *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 160; *Seulen/Osterloh*, ZInsO 2010, 881, 885.

646 *Drescher* (Fn. 334), Rn. 785.

647 Siehe dazu auf dem damaligen Stand *Bitter*, ZInsO 2010, 1505, 1519; Nachw. auch bei BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 9); auf dem heutigen Stand *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen (Fn. 14), § 64 Rn. 76 ff.; *Scholz/Karsten Schmidt* (Fn. 95), § 64 Rn. 98; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 134), § 64 Rn. 56 ff.

648 Siehe *Bitter*, ZInsO 2010, 1505, 1519.

649 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 7 ff.).

650 Siehe oben Ziff. B. II. 3. a) bb) bei Fn. 351 mit dortigen Nachweisen.

651 Dazu *Bitter/Heim*, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 152; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen (Fn. 14), § 64 Rn. 76 ff.; *Casper*, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 142 verweist hingegen darauf, dass nur dann eine „neutrale“ Zahlung vorliege, wenn noch keine Deckungslücke bestand.

Der BGH räumt ein, dass der Norm damit nur ein enger Anwendungsbereich verbleibt.<sup>652</sup> Erstens könne sie „eher theoretisch“ relevant werden, wenn vor der Zahlung auf eine bestehende Verbindlichkeit schon eine Liquiditätslücke bestand, diese allerdings noch nicht größer als 10 % gewesen sei.<sup>653</sup> Zweitens greife sie ein, wenn das Gesellschafterdarlehen nicht in die Liquiditätsbilanz aufgenommen worden sei (z.B. mangels „ernsthaften Einforderns“<sup>654</sup> oder aufgrund einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre),<sup>655</sup> dann nämlich könne eine gleichwohl erfolgte Befriedigung die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen.<sup>656</sup> Das Gleiche würde übrigens auch bei einer Zahlung auf eine gar nicht bestehende Forderung gelten.<sup>657</sup> Drittens kann die Zahlung auf eine Verbindlichkeit nach Ansicht des BGH haftungsschädlich sein, wenn infolge einer Zahlung an den Gesellschafter auch andere Geldgeber ihre Mittel (berechtigterweise) abziehen.<sup>658</sup> Der damit insgesamt sehr enge Anwendungsbereich des § 64 Satz 3 GmbHG sei allerdings unproblematisch; es handle sich um eine Ausnahmvorschrift und Schutzlücken entstünden aufgrund der anderen Haftungstatbestände nicht.<sup>659</sup>

Sind allerdings die Voraussetzungen des § 64 Satz 3 GmbHG im Einzelfall einmal erfüllt, kann die Gesellschaft nach Ansicht des BGH eine Zahlung an den Gesellschafter verweigern; die Norm gibt der Gesellschaft eine Einrede.<sup>660</sup>

#### 4. Verschulden

Die Haftung des Geschäftsführers setzt Verschulden voraus, wobei Fahrlässigkeit genügt.<sup>661</sup> Das Verschulden wird nach der Formulierung in Satz 3 vermutet. Es fehlt, wenn auch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht erkennbar war, dass die Leistung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen musste. Die Entlastung durch den Geschäftsführer verlangt i.d.R., dass der Geschäftsführer eine kontinuierliche Finanzplanung erstellt und sich daraus kein Anhalt für eine drohende Zahlungsunfähigkeit ergibt.<sup>662</sup>

Eine Weisung der Gesellschafter entlastet den Geschäftsführer nicht (§§ 64 Satz 4, 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG).<sup>663</sup>

#### 5. Umfang des Anspruchs

Der Geschäftsführer hat der Gesellschaft die geleistete Zahlung, bei anderen als Geldleistungen deren Wert, zu ersetzen. Die Ersatzpflicht des Geschäftsführers besteht aber nur in dem Umfang, wie der Gesellschaft tatsächlich liquide Vermögensmittel entzogen wurden; erbrachte Gegenleistungen des Zahlungsempfängers sind – wie gesagt<sup>664</sup> – anzurechnen.

(Der Beitrag wird im nächsten Heft fortgesetzt.)

652 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13); dazu kritisch Casper, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 144 f.

653 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13); vgl. dazu Haas, NZG 2013, 41 ff.; Haas, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 129; Casper, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 142 f.; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 134), § 64 Rn. 56 mit Beispielsrechnung; Jost, ZInsO 2014, 2471, 2476; berechtigte Kritik bei Altmeyen, in: Roth/Altmeyen (Fn. 14), § 64 Rn. 78.

654 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13); damit wird auf die oben in Fn. 338 zitierte Rechtsprechung des IX. Zivilsenats Bezug genommen.

655 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13) spricht von „Rangrücktritt“ (kritisch Casper, in: Ulmer [Fn. 95], § 64 Rn. 145), meint damit jedoch die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre; vgl. zur begrifflichen Unterscheidung Scholz/Bitter (Fn. 95), Anh. § 64 Rn. 363 ff.; Bitter, ZHR 181 (2017), 428, 437 f.; ausführlich Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1007 ff.

656 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13).

657 Bitter/Heim, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 152.

658 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13); vgl. auch Bitter/Heim, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 152.

659 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13).

660 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Leitsatz 3 und Rn. 18); Jost, ZInsO 2014, 2471, 2475; Casper, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 146 m.w.N., auch zur Gegenansicht.

661 Näher Casper, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 152 ff.

662 Meyer, BB 2008, 1742, 1746; siehe auch Kleindiek, GWR 2010, 75, 77; Hoffmann, GmbHR 2010, 203 f.; zurückhaltend Jost, ZInsO 2014, 2471, 2477; Prognosezeitraum von 3 bis höchstens 6 Monaten.

663 Dazu BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 18); Casper, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 154; zu § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG siehe oben Ziff. B. I. 3. insbes. bei Fn. 62 und Fn. 79 ff.

664 Oben bei Fn. 629.