

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

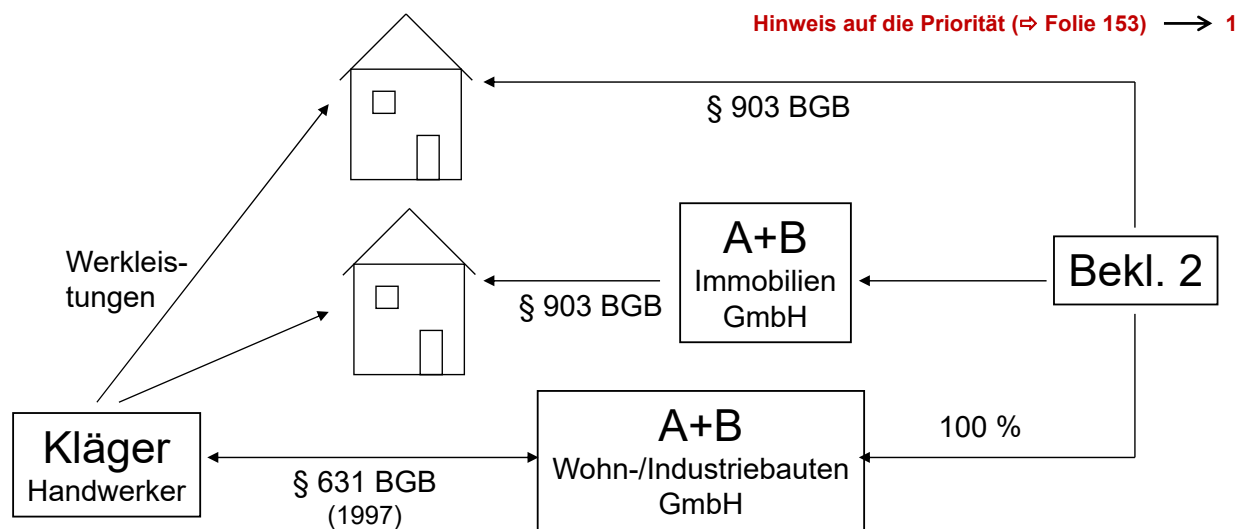
## Vorlesung Insolvenzrecht – Vertiefung

Haftung von GmbH-Gesellschaftern und  
GmbH-Geschäftsführern in der Insolvenz

www.georg-bitter.de

VORLESUNG  
INSOLVENZRECHT –  
VERTIEFUNG

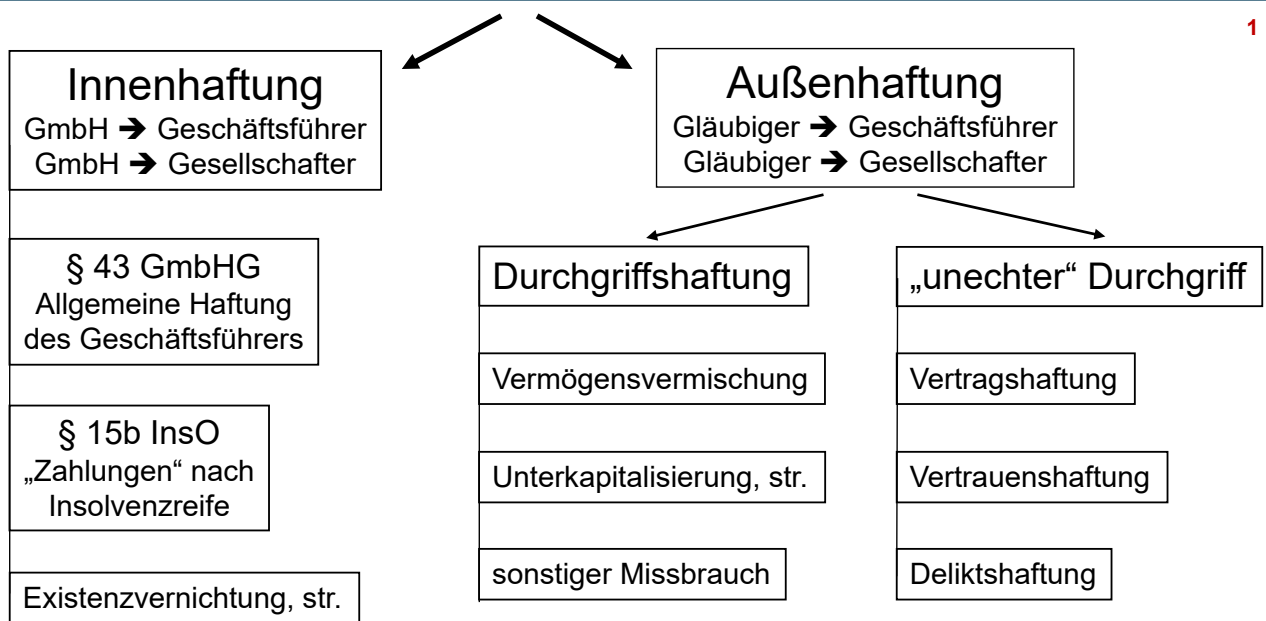
### Fallbeispiel



OLG Thüringen,  
GmbHR 2002, 112

bis 1995: Bekl. 1 = GF  
1995-02/1998: Bekl. 2 = GF  
ab 02/1998: Bekl. 1 = fakt. GF  
Drittgeschäftsführer

Anfang 1996: Insolvenzureife  
07/1998: Insolvenzantrag (Gl.)  
03/1999: Ablehnung mangels  
Masse



*Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557 ff.; Bitter, ZInsO 2018, 625 ff.; Bitter, ZIP 2021, 321 ff.*  
Scholz/Bitter, GmbHG, Band 1, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 55 ff. und Band 3, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 und § 64  
*Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 4 (GmbH)*

## Geschäftsführerhaftung aus § 43 GmbHG

*Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 559 ff.*  
(*Bitter, ZIP 2021, 321 f.*)

## 1. Beschlusserfordernis (§ 46 Nr. 8 GmbHG)

Ausnahmen:

- „actio pro socio“ (OLG Düsseldorf DStR 2012, 1350; zurückhaltend OLG Koblenz NZG 2010, 1023, 1024)
- Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes
- Klage des pfändenden Gläubigers
- Klage des Insolvenzverwalters
- bei masseloser Liquidation (BGH WM 2004, 1925)

Literatur: *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 563

## 2. Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns

### a) Unternehmerische Entscheidungen

- *Bitter/Heim*, GesR, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 62 mit Fall Nr. 4 – Vorstandsermessen (AG), § 4 Rn. 141 mit Fall Nr. 15 – Wertlose Lizenzen (GmbH)
- BGH ZIP 2008, 1675: Haftungsprivilegierung im Rahmen des unternehmerischen Ermessens
  - sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen durch Auswertung verfügbarer Informationen + Abwägung der Vor- und Nachteile
- vgl. § 93 I 2 AktG für den Vorstand einer AG
  - sog. *Business Judgement Rule*
- BGH ZIP 2016, 2467: Strafbarkeit wegen Untreue (§ 266 StGB) bei Überschreitung der Grenzen unternehmerischen Ermessens (dazu mit Recht kritisch *Baur/Holle*, ZIP 2017, 555 ff.: Abstandsgebot)

**b) Sonstige Beispiele unsorgfältiger Geschäftsführung**

- Verzicht auf realisierbare Forderung
- Verjährenlassen von Forderungen (LG Wiesbaden ZIP 2013, 2060 für die Forderung auf Leistung der Stammeinlagen)
- nicht vom Gesellschaftszweck gedeckte Geschäfte (BGH ZIP 2013, 455)
- Unentgeltliche Arbeitnehmerüberlassung (BGH DB 2004, 1423)
- Abschluss nutzloser (Mietkauf-)verträge (BGH DB 2005, 821)
- Auszahlung überhöhter Vergütung (BGH ZIP 2008, 117)
- Duldung pflichtwidriger Gehaltsauszahlungen eines Mitgeschäftsführers an sich selbst (OLG München ZIP 2016, 621)
- Fehlkalkulation eines Angebotspreises (BGH ZIP 2008, 736)

**b) Sonstige Beispiele unsorgfältiger Geschäftsführung**

- Risikogeschäfte (wenn übermäßig riskant)
  - u.U. Spekulationsgeschäfte (BGH ZIP 2013, 455: Zinsderivate)
  - Warenlieferung auf Kredit ohne Bonitätsprüfung
  - Darlehensvergabe ohne Sicherheiten
- Verstoß gegen Weisungen / Wettbewerbsverbot
- Verfrühter Insolvenzantrag (OLG München ZIP 2013, 1121: § 18 InsO)  
Aber: Anspruch auf Freistellung von den Folgen des § 15b InsO (früher § 64 GmbHG) bei Anweisung der Gesellschafter zur Unterlassung des Insolvenzantrags (LG München ZIP 2015, 1634)

Literatur: Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 559 f.

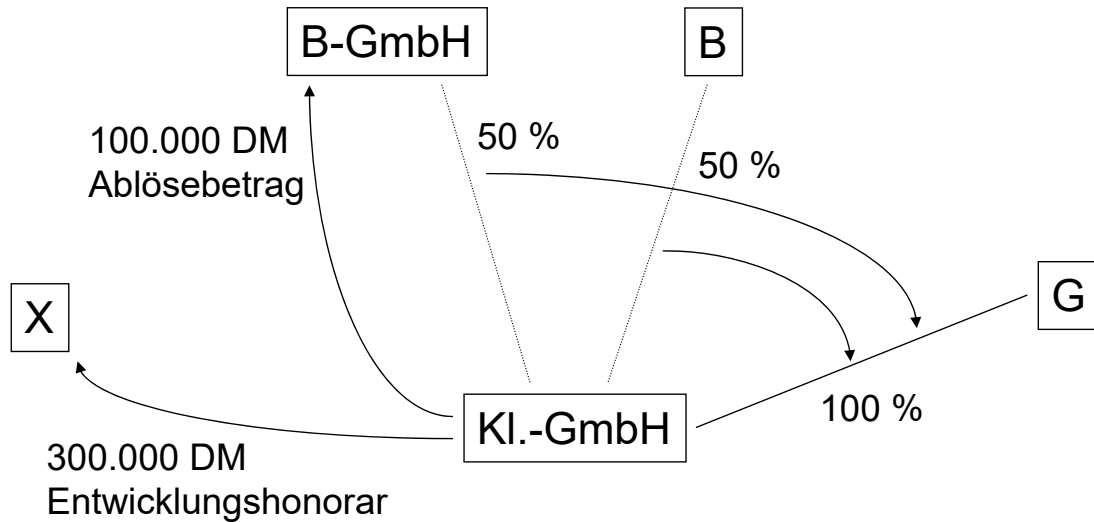
### 3. Problem: Abgrenzung zwischen der Haftung im Gesellschafter- und Gläubigerinteresse

- Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens = mittelbare  
Beeinträchtigung der Vermögensposition der Gesellschafter durch  
Entwertung der Gesellschaftsanteile
  - Geschäftsführer „verwirschaftet“ fremdes Vermögen
  - Parallele zum Verwalter fremden Vermögens (§§ 280, 241 II BGB)
- Beeinträchtigung des Gesellschafterinteresses durch
  - Fremdgeschäftsführer
  - Gesellschafter-Geschäftsführer bei Vorhandensein weiterer Gesellschafter
- keine Haftung im Gesellschafterinteresse bei Einverständnis aller  
Gesellschafter (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 560 ff.) ⇒ b.w.

- BGHZ 142, 92 (Golfplatz): Keine Schadensersatzhaftung aus § 43 II  
GmbHG bei einvernehmlichem Vermögensentzug ⇒ Folie 11
- BGH NJW 2000, 1571: Kein SchE-Anspruch bei weisungsgemäßigem  
Handeln oder Handeln des Alleingesellschafter-Geschäftsführers  
Ausnahmen: §§ 43 III, 31, 33 GmbHG (zu § 19 GmbHG LG Wiesbaden ZIP 2013, 2060)  
Aber: §§ 30 f., 43 III 1, 3 GmbHG erfassen nur „Auszahlungen“ an  
Gesellschafter, nicht Belastungen des Gesellschaftsvermögens mit  
Ansprüchen Dritter ⇒ Folie 12  
⇒ *Fall Nr. 3 – Bauunternehmen in der Krise (Grundfall)*
- BGH ZIP 2008, 308 (Rn. 15): kein Wettbewerbsverbot des  
Alleingesellschafters, wenn Gläubigerinteressen nicht betroffen
- BGH ZIP 2012, 1071 (Rn. 27): Zeitpunkt der Handlung entscheidet
- BGHSt 54, 52 = ZIP 2009, 1860 (Rn. 24 ff.) zu § 266 StGB

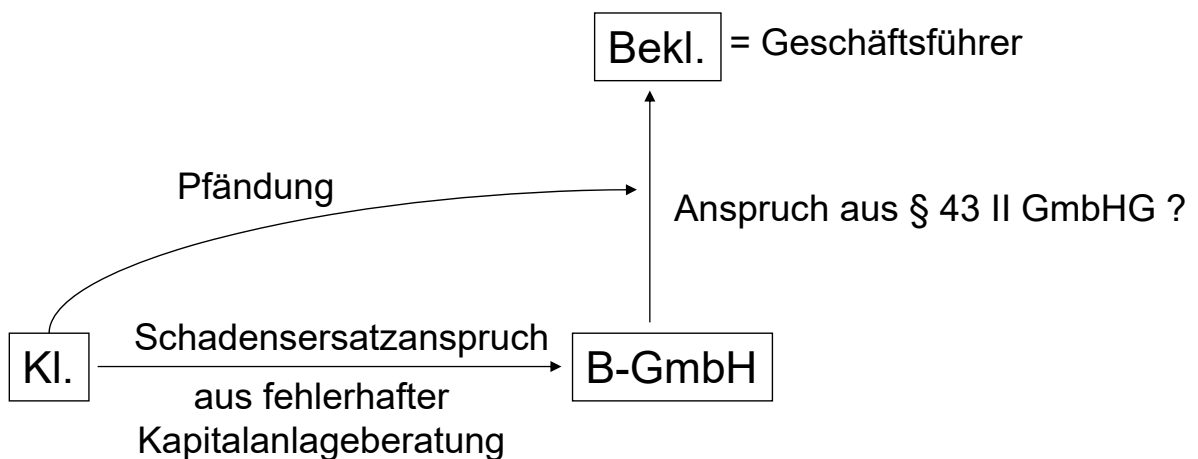
## BGHZ 142, 92 (Golfplatzprojekt)

1



## BGH NJW 2000, 1571 (Kapitalanlageberatung)

1



### 4. Haftung im Gläubigerinteresse (§ 43 III GmbHG)

- Verletzung der Stammkapitalerhaltungspflicht
  - Verstoß gegen § 30 GmbHG = verbotene „Auszahlung“ an Gesellschafter
    - ⇒ auch sog. „verdeckte Gewinnausschüttung“
    - ⇒ nicht bei Weggabe an Dritte (z.B. Spende/Sponsoring)
  - Verstoß gegen das Verbot des Erwerbs eigener Anteile aus § 33 GmbHG
- Differenzierung der Rechtsfolgen
  - Gesellschafter haftet gemäß § 31 GmbHG (nur) auf Rückgewähr
  - Geschäftsführer haftet gemäß § 43 III GmbHG auf Schadensersatz
  - jeweils keine absolute Begrenzung durch den Betrag des Stammkapitals
- keine Entlastung durch Weisung des Gesellschafters (Satz 3)

### 5. Fälle zur Abgrenzung

Literatur: *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 563 f.; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn.145

- a) Die fußballbegeisterten Gesellschafter der Bau-GmbH weisen den Geschäftsführer an, für den heimischen Fußballclub kostenlos ein Vereinsheim zu bauen.
- b) Die Weisung lautet auf die kostenlose Errichtung eines Privathauses auf einem Grundstück der Gesellschafter.
- c) Im Fall a) bzw. b) kommt es später zu einer Insolvenz der GmbH.
- d) Im Fall a) bzw. b) kommt es unmittelbar durch den Vermögensentzug zu einer Insolvenz der GmbH.

### 6. Zunächst geplante Neuregelung in §§ 2 f. StaRUG-E

(Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz)

#### § 2. Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit

(1) Ist die juristische Person oder die Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit im Sinne von § 15a Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 der Insolvenzordnung **drohend zahlungsunfähig (§ 18 der Insolvenzordnung)**, **wahren die Geschäftsleiter die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger.** ...

(2) Die Mitglieder der Überwachungsorgane wachen über die Einhaltung der Pflicht der Geschäftsleiter nach Absatz 1. ...

(3) ... (Führungslosigkeit)

(4) Vorbehaltlich der Pflicht nach Absatz 1 berücksichtigen die Geschäftsleiter nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen auch die Interessen der an dem Schuldner beteiligten Personen und der sonstigen Beteiligten ...

#### § 3 StaRUG. Haftung

(1) Ein **Geschäftsleiter**, welcher seine Pflicht nach § 2 Absatz 1 verletzt, haftet der juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit für den entstandenen Schaden, es sei denn, er hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten.

(2) Absatz 1 gilt auch für **Mitglieder der Überwachungsorgane**, welche ihre Pflicht nach § 2 Absatz 2 verletzen.

(3) ... (Führungslosigkeit)

(4) ... (Verzicht + Vergleich)

(5) ... (Verjährung)



a) Streichung der §§ 2 f. StaRUG-E im Rechtsausschuss (vgl. die Begründung des Rechtsausschusses in BT-Drucks. 19/25353)

- ⇒ unklares Verhältnis zu den im Gesellschaftsrecht verankerten Sanierungspflichten
- ⇒ Bedürfnis nach Gläubigerschutz wird durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen aufgefangen

Frage: Folge der Streichung der §§ 2 f. StaRUG-E?

Fortgeltung des *shift of duties* trotz fehlender gesetzlicher Kodifizierung?

b) Stellungnahme

- ⇒ Fortgeltung der schon zuvor zunehmend anerkannten Pflichtenstellung im Gläubigerinteresse bei (materieller) Insolvenz (sog. *shift of duties*)
  - ❖ dafür *Bitter*, ZIP 2021, 321 f.; *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17; ähnlich *Bea/Dressler*, NZI 2021, 67 ff. (mit Hinweis auf § 1 StaRUG)
  - ❖ ähnlich *Gehrlein*, BB 2021, 66, 67: Aufforderung des Gesetzgebers, die Wahrung der Gläubigerinteressen bei § 43 GmbHG und § 93 AktG zu berücksichtigen
  - ❖ dagegen *Scholz*, ZIP 2021, 219 ff. (aber mögliches Defizit in der Umsetzung der Richtlinie); *Guntermann*, WM 2021, 214 ff.; *Jungmann*, ZRI 2021, 209 ff. (aber rechtspolitisch befürwortend); *Kuntz*, ZIP 2021, 597 ff.
  - ❖ i.E. offen *Mohammed*, ZInsO 2021, 1262 zur „Polithistorie“

### c) Relevanz der Streitfrage

- ⇒ Bindung der Geschäftsführung an Gesellschafterweisungen?
  - ❖ *Bea/Dressler*, NZI 2021, 67, 69 (drohende Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzgrund schlägt auf die Weisungsbefugnis der Gesellschafter durch, weil die Gesellschafter (partiell) „out of the money“ sind; §§ 32, 43 StaRUG als klare Ausformung des *shift of duties*)
  - ❖ *Ristelhuber*, NZI 2021, 417, 418 (keine Bindung an gegen § 43 I 1 StaRUG verstoßende Weisungen)
  - ❖ *Thole*, BB 2021, 1347, 1349 (jedenfalls Existenzvernichtung als Grenze; Vorrang des Gläubigerschutzes jedenfalls nach Anzeige der Restrukturierungssache)

### c) Relevanz der Streitfrage

- ⇒ Pflicht der Geschäftsführer zur Einholung einer Gesellschafterweisung vor Einleitung eines StaRUG-Verfahrens?
  - ❖ *Ristelhuber*, NZI 2021, 417, 418 ff. (h.M. verweist auf OLG München ZIP 2013, 1121 [oben Folie 8]; Weisungsrecht der Gesellschafter hinsichtlich des „Wie“ der Restrukturierung)
  - ❖ *Thole*, BB 2021, 1347, 1350 (Parallele zu § 18 InsO; einfache Mehrheit reicht; Wirkung der [fehlenden] Zustimmung nur im Innenverhältnis)

## 7. „Faktischer“ Geschäftsführer

- BGHZ 148, 167, 169 f. = NJW 2001, 3123 (Ziff. II. 1 der Gründe): Haftung auch solcher Personen, die ohne (wirksame) Bestellung tatsächlich Geschäftsführerkompetenzen wahrnehmen
- BGH ZIP 2000, 1390, 1391: Faktischer Geschäftsführer ist, 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.
- BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803 (LS 3): eine allein im Innenverhältnis beherrschende Stellung reicht nicht
- gleiche Grundsätze gelten bei der Insolvenzverschleppung (vgl. zu § 15a Abs. 4 InsO BGH ZIP 2015, 218 [StrafR])

## 7. „Faktischer“ Geschäftsführer

- BayObLGSt 97, 38 = NJW 1997, 1936: Überragende Stellung bei Erfüllung von 6 der 8 klassischen Merkmale im Kernbereich der Geschäftsführung:
  - Bestimmung der Unternehmenspolitik
  - Unternehmensorganisation
  - Einstellung von Mitarbeitern
  - Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern
  - Verhandlung mit Kreditgebern
  - Bestimmung der Gehaltshöhe
  - Entscheidung der Steuerangelegenheiten
  - Steuerung der Buchhaltung
- offen gelassen bei BGH ZInsO 2013, 721 (Rn. 34 f.); jedenfalls müssen Geschäftsführerfunktionen in maßgeblichem Umfang übernommen sein

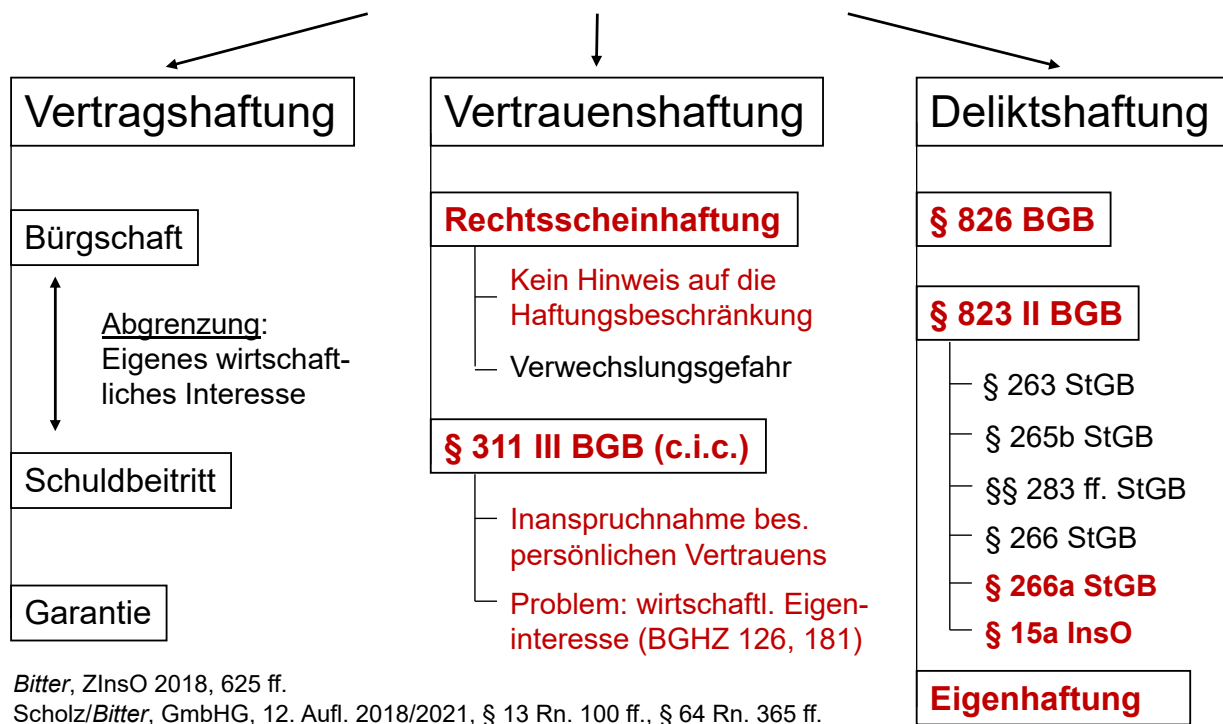
## 8. Austausch des Geschäftsführers bei Firmenbestattung

- OLG Karlsruhe ZIP 2013, 1915 = GmbHHR 2013, 1090 = ZInsO 2013, 1313:  
Leitsätze:
  1. Die Bestellung eines neuen Geschäftsführers einer GmbH ist nicht allein deshalb nichtig, weil sie im Rahmen einer sog. "Firmenbestattung" erfolgt.
  2. Die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses einer GmbH ist in entsprechender Anwendung von § 241 AktG zu beurteilen.
  3. Soweit sich die Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen drittschützende Vorschriften (§ 241 Nr. 3 AktG) oder wegen Sittenwidrigkeit (§ 241 Nr. 4 AktG) ergeben kann, muss der Verstoß sich aus dem Inhalt des Beschlusses selbst in der Weise ergeben, dass er ihm seinem inneren Gehalt nach anhaftet.
- m.E. richtige Differenzierung zw. (wirksamer) Bestellung und (unwirksamer) Abberufung bei *Kuhn*, Die GmbH-Bestattung, 2011, S. 64 ff., 93 ff.
- gleiche Grundsätze gelten bei der Insolvenzverschleppungshaftung

## Außenhaftung im Wege des „unechten Durchgriffs“

*Bitter*, ZInsO 2018, 625, 632 ff.

Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 365 ff.



- I. **Rechtsscheinhaftung wegen fehlenden Rechtsformzusatzes**
- II. Eigenhaftung des Vertreters (§ 311 III BGB)
- III. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)
- IV. Vorenthalten/Veruntreuen von Arbeitsentgelt/Sozialversicherungsbeiträgen (§ 823 II BGB i.V.m. § 266a StGB)
- V. Deliktische Eigenhaftung

- Rechtsschein unbeschränkter Haftung
    - „Zeichnung“ des Vertreters unter Fortlassung des Rechtsformzusatzes
    - Ausdrückliche mündliche Verneinung des Handelns für eine GmbH
  - Zurechenbarkeit des Rechtsscheins
  - Entschließung des Dritten im Vertrauen auf die unbeschränkte Haftung
  - Schutzwürdigkeit des Dritten (Gutgläubigkeit)
    - (–) bei Kenntnis und grober fahrlässiger Unkenntnis  
(str. bei einfacher Fahrlässigkeit [so im bürgerlichen Recht: § 173 BGB])
- ⇒ Literatur: *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 633 ff.; *Bitter/Schumacher*, Handelsrecht, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 15 ff. mit Fall Nr. 7 - Nachlässigkeit
- ⇒ *Fall Nr. 1 – Visitenkarte*

Fälle aus der Rechtsprechung:

- ❖ BGH NJW 2007, 1529
  - Haftung nur des für die Gesellschaft auftretenden Vertreters
  - gilt auch bei Auslandsgesellschaft (niederländische „BV“)
- ❖ BGH ZIP 2012, 1659
  - Rechtsscheinhaftung analog § 179 BGB auch bei Auftreten einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) als GmbH
  - offen, ob absolute Obergrenze der Haftung in Höhe der Differenz zwischen der Stammkapitalziffer der UG und 25.000 Euro (Rn. 26)
- ❖ OLG Stuttgart ZIP 2013, 2154, 2156
  - Auftreten einer GmbH als AG: offen gelassen vom OLG, da im konkreten Fall für eine nicht existente AG gehandelt wurde; dann § 179 BGB analog

- I. Rechtsscheinhaftung wegen fehlenden Rechtsformzusatzes
- II. Eigenhaftung des Vertreters (§ 311 III BGB)**
- III. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)
- IV. Vorenthalten/Veruntreuen von Arbeitsentgelt/Sozialversicherungsbeiträgen (§ 823 II BGB i.V.m. § 266a StGB)
- V. Deliktische Eigenhaftung

- Fahrlässigkeitshaftung für Verletzung der Aufklärungspflicht über die prekäre wirtschaftliche Lage (c.i.c. / § 311 II BGB)
- Problem: Pflicht trifft den Vertretenen (= die GmbH)
  - Grundsatz: Haftung der GmbH
  - Ausnahme: Eigenhaftung des Vertreters (§ 311 III BGB)
- Zwei Fallgruppen der Eigenhaftung des Vertreters:
  - Wirtschaftliches Eigeninteresse ⇒ Folie 31
  - Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens ⇒ Folie 32

Literatur: *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 636 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 368 ff.

### Fallgruppe 1: Wirtschaftliches Eigeninteresse

- nicht ausreichend: Mehrheits-/Alleingesellschafter
- BGH früher: Bürgschaft oder dingliche Sicherheit
- BGHZ 126, 181: Rückkehr zur Rspr. des RG: „procurator in rem suam“  
Fall: Ehemann E überträgt sein Unternehmen treuhänderisch auf seine Ehefrau; E wird Prokurist und leitet über diese Position das wirtschaftlich ihm gehörende Unternehmen.
- BGH NJW-RR 2002, 1309: GmbH wird nur zum Schein als Auftraggeber vorgeschoben
- BAG ZIP 2014, 1976 – „Karstadt“: Bei Organmitgliedern reicht allein das eigenwirtschaftliche Interesse am Erhalt einer Vorstands- oder Geschäftsführerposition für § 311 III BGB nicht aus.

### Fallgruppe 2:

#### Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens

- jetzt gesetzlich geregelt in § 311 III 2 BGB
  - Geschäftsführer nimmt grundsätzlich nur das normale Verhandlungsvertrauen in Anspruch ⇒ Anspruch gegen die GmbH
  - zusätzliches, vom Geschäftsführer selbst ausgehendes Vertrauen erforderlich (Vorfeld einer Garantie)
  - ❖ BGHZ 177, 25: Haftung der Vorstände einer Kapital suchenden Gesellschaft bei unrichtiger persönlicher Information der Anlageinteressenten
    - ⇔ Abgrenzung: OLG München GWR 2011, 119
    - ⇔ anders OLG Stuttgart ZIP 2016, 2066 (GmbH-Geschäftsführer) ohne Bezug auf BGHZ 177, 25
- ⇒ *Fall Nr. 2 – Vermögensanlage mit Hindernissen*



### Exkurs zur Fallgruppe 2:

#### Haftung eines vorläufigen „schwachen“ Insolvenzverwalters wegen Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens

- Erklärung, die Kosten für Warenlieferungen an den Insolvenzschuldner würden ab Anordnung der vorläufigen Verwaltung „aus der Insolvenzmasse übernommen werden“ (OLG Schleswig NJW 2004, 1257 = NZI 2004, 92)
- Erklärung, die Kosten für die Lieferung von Transportbeton aus der Masse im vorläufigen Insolvenzverfahren zu begleichen (OLGR Frankfurt 2007, 761 = ZInsO 2007, 548)

- I. Rechtsscheinhaftung wegen fehlenden Rechtsformzusatzes
- II. Eigenhaftung des Vertreters (§ 311 III BGB)
- III. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)**
- IV. Vorenthalten/Veruntreuen von Arbeitsentgelt/Sozialversicherungsbeiträgen (§ 823 II BGB i.V.m. § 266a StGB)
- V. Deliktische Eigenhaftung

## 1. Sozialwidrige Risikoabwälzung auf Dritte durch Gestaltung der gesellschaftlichen Struktur

- BGH NJW 1979, 2104: „Architektenfall“
  - Bauvorhaben zu Festpreis, der die Selbstkosten der Gesellschaft voraussichtlich nicht deckt
- BGH NJW-RR 1988, 1181: „Bauhandwerkerfall“
  - Werkleistung an privatem Grundstück; Beauftragung der Bauhandwerker durch die GmbH

## 2. Täuschung über Bereitschaft/Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung von Verträgen

- BGH ZIP 2015, 2169: „Schwindelunternehmen“
- ⇒ zusätzlich: § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB

## 3. Einseitige Risikoverlagerung auf die Gläubiger durch krasse Unterkapitalisierung

- ❖ offen BGHZ 176, 204 („Gamma“) – Leitsatz 2
- ❖ echte Durchgriffshaftung bei Unterkapitalisierung str. (Folien 56 ff.)

## 4. Vermögensvermischung zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung

- ❖ keine praktische Bedeutung neben der echten Durchgriffshaftung, die keinen Vorsatz erfordert (Folie 55)

## 5. Vorsätzliche Insolvenzverschleppung ⇒ Folie 152

- ⇒ Literatur: *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 638 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 1, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 100 ff. und Band 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 386 ff.

## 6. „Existenzvernichtung“

- ❖ Historie – Stufe 1: Haftung im qualifiziert faktischen Konzern
  - BGHZ 95, 330 („Autokran“)
    - Ausfallhaftung analog §§ 302, 303 AktG
  - BGHZ 107, 7 („Tiefbau“)
    - Verlustausgleich analog § 302 AktG
  - BGHZ 115, 187 („Video“)
    - Konsequenz: weitgehende Aufhebung der Haftungsbeschränkung im GmbH-Recht
  - BGHZ 122, 123 („TBB“)
    - Abstellen auf einen „objektiven Missbrauch“

## 6. „Existenzvernichtung“

- ❖ Historie – Stufe 2: Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung
  - BGHZ 149, 10 („Bremer Vulkan“)
    - Aufgabe des konzernrechtlichen Ansatzes
    - Dogmatisches Modell offen
  - BGHZ 150, 61 = WuB II C. § 13 GmbHG 2.02 *Bitter*
    - „Ausfallhaftung“
  - BGHZ 151, 181 („KBV“)
    - Anerkennung der Durchgriffs(außen)haftung = teleologische Reduktion der Haftungsbeschränkung
    - Durchgriff außerhalb des Insolvenzverfahrens

## 6. „Existenzvernichtung“ – Innenhaftung !

- ❖ Historie – Endstufe 3: Aufgabe der Durchgriffs(außen)haftung durch BGH NJW 2007, 2689 (Trihotel)
  - Missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens
  - Schadensersatzrechtliche Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft als Fallgruppe des § 826 BGB
  - keine Subsidiarität gegenüber §§ 30, 31 GmbHG

## 6. „Existenzvernichtung“ – Innenhaftung !

- ❖ BGH ZIP 2008, 455 (IX. Zivilsenat)
  - Beurteilung des existenzvernichtenden Eingriffs durch Umgestaltung in Innenhaftung nicht verändert (Rn. 10)
  - Haftung auf Verzugszins ab Entziehung von Geldbeträgen (Rn. 9 ff.)
- ❖ BGHZ 176, 204 („Gamma“) – Leitsatz 1
  - Erfordernis eines kompensationslosen Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen der GmbH; Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung reicht nicht
- ❖ BGHZ 179, 344 („Sanitary“)
  - Existenzvernichtung auch noch im Liquidationsstadium möglich

## 6. „Existenzvernichtung“ – Innenhaftung !

- ❖ BGH ZIP 2012, 1071 (II. Zivilsenat)
  - Die Veräußerung von Gesellschaftsvermögen in der Liquidation einer GmbH kann nur dann ein existenzvernichtender Eingriff sein, wenn die Vermögensgegenstände unter Wert übertragen werden.
- ❖ Literatur:
  - *Bitter*, ZInsO 2018, 625 ff.
  - Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 1, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 152 ff.

## 6. „Existenzvernichtung“ – Frühere Fallgruppen

- ❖ „Liquidation auf kaltem Wege“
  - BGHZ 151, 181 („KBV“); BGH NJW 2000, 1571 = WM 2000, 575; BGH NJW-RR 2005, 335 = WM 2005, 176 (Leitsatz 1)
- ❖ „Spekulation auf Kosten der Gläubiger“
  - BGH WM 1994, 203 („EDV“); BGH NJW 2000, 1571 = WM 2000, 575
  - Identität mit dem Durchgriff wegen Unterkapitalisierung (Folien 56 ff.)?
  - Insolvenzwahrscheinlichkeit (*Bitter*, WM 2001, 2133, 2141)

⇒ *Fall Nr. 4 – „Games Connection“*
- ❖ Sonstige „Existenzgefährdung“
  - BGHZ 149, 10 („Bremer Vulkan“) – Cash-Management

## 7. Gegenbeispiele

- GmbH-Stafette (BGH NJW 1996, 1283)
  - Einstellung des Geschäftsbetriebs einer GmbH mit dem Ziel der Weiterführung durch eine neugegründete GmbH reicht nicht aus
  - ❖ Vgl. aber auch BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803 (KBV):  
Liquidation auf kaltem Wege durch planmäßigen Abzug (fast) aller Vermögenswerte
- Sanierungsversuch (BAG ZIP 1991, 884)
  - Scheitern eines ex-ante lohnend erscheinenden Rettungsversuchs reicht nicht aus

- I. Rechtsscheinhaftung wegen fehlenden Rechtsformzusatzes
- II. Eigenhaftung des Vertreters (§ 311 III BGB)
- III. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)
- IV. Vorenthalten/Veruntreuen von Arbeitsentgelt/Sozialversicherungsbeiträgen (§ 823 II BGB i.V.m. § 266a StGB)**
- V. Deliktische Eigenhaftung

- Tatbestand: Nichtabführen von Beiträgen des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung gemäß § 266a StGB
  - ⇒ Geltung auch bei Auslandsgesellschaft, wenn Arbeitnehmer in Deutschland beschäftigt werden (BGH ZIP 2013, 1519, Rn. 16 ff.)
  - ⇒ Geltung auch für faktische Organe (BGH ZIP 2013, 1519, Rn. 22 ff.; siehe auch BGH ZIP 2013, 313 [StrafR])
  - ⇒ Geltung auch für einen Strohmann-Geschäftsführer, der die Leitung tatsächlich einem Dritten – dem faktischen Geschäftsführer – überlässt (BGH ZIP 2017, 224 [StrafR])
  - ⇒ Beweislast für den Vorsatz des Geschäftsführers liegt beim klagenden Sozialversicherungsträger (BGH ZIP 2013, 412; BGH ZIP 2016, 1283)

- Zahlungsunfähigkeit schließt Möglichkeit normgemäßen Verhaltens aus
  - ⇒ Aber: bei Anzeichen für Liquiditätsprobleme sind Sicherungsvorkehrungen erforderlich, z.B. Rücklagenbildung, notfalls durch Kürzung der Nettolöhne (BGHSt 47, 318; BGH ZIP 2006, 2127)
- Zuständigkeitsdelegation, insbes. bei mehrgliedriger Geschäftsführung
  - ⇒ Überwachungspflicht bleibt, insbesondere in finanzieller Krisensituation (BGHZ 133, 370; BGH ZIP 2008, 1275, Rn. 10 f.; zum Erfordernis *vorsätzlicher* Verletzung jener Pflicht BGH ZIP 2016, 1293, Rn. 24 ff.)
- Spätere Anfechtbarkeit im Insolvenzverfahren lässt Strafbarkeit nicht entfallen (BGHSt 48, 307, Leitsatz 2), wohl aber den Schaden (BGH NJW 2005, 2546, Leitsatz 3)
- Literatur: *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 644 f.; *Scholz/Bitter*, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 427 ff.

- I. Rechtsscheinhaftung wegen fehlenden Rechtsformzusatzes
- II. Eigenhaftung des Vertreters (§ 311 III BGB)
- III. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB)
- IV. Vorenthalten/Veruntreuen von Arbeitsentgelt/Sozialversicherungsbeiträgen (§ 823 II BGB i.V.m. § 266a StGB)
- V. Deliktische Eigenhaftung**

### 1. Wer haftet?

- Haftung des den Deliktstatbestand selbst erfüllenden Geschäftsführers
  - daneben Haftung der Gesellschaft über § 31 BGB
- Haftung des nicht geschäftsführenden Gesellschafters bei Teilnahme (§ 830 BGB)

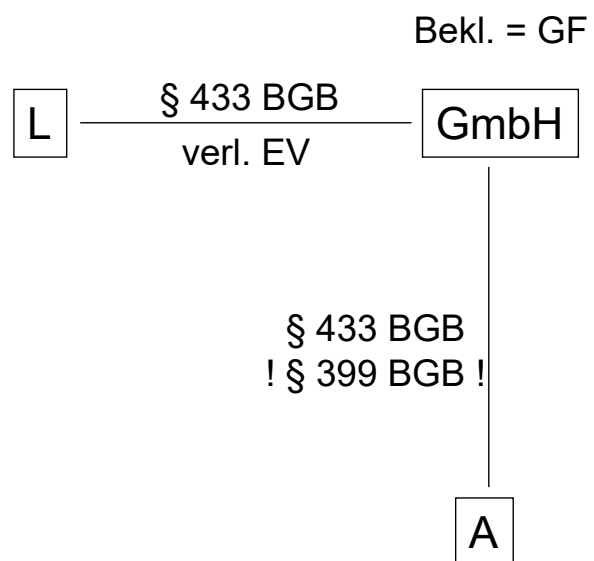
### 2. Garantenpflicht des Geschäftsführers

- Lederspray- / Erdal-Fall (BGHSt 37, 106)
  - Strafrechtliche Garantenpflicht des Herstellers trifft den Geschäftsführer persönlich
  - Strafbarkeit bei Unterlassung eines gebotenen Produktrückrufs
  - Folge: zivilrechtliche Eigenhaftung aus § 823 I + II BGB
- „Baustoff“-Fall (BGHZ 109, 297) ⇒ b.w.



### „Baustoff“-Fall (BGHZ 109, 297)

- Verletzung des Vorbehaltseigentums von Lieferanten durch Verarbeitung, wenn verlängerter EV aufgrund eines Abtretungsverbots des Abnehmers ins Leere geht
- Garantenstellung des nicht selbst am Vertragsschluss beteiligten Geschäftsführers
- Beachte jetzt: § 354a HGB



- Einschränkung des Baustoff-Urteils durch BGHZ 194, 26 = ZIP 2012, 1552 (Rn. 21 ff.) streitig
  - Die Geschäftsführerpflicht hat nicht den Zweck, Gesellschaftsgläubiger vor den mittelbaren Folgen einer sorgfaltswidrigen Geschäftsleitung zu schützen.
  - Allein aus §§ 93 AktG, 43 GmbHG folgt keine Garantenstellung gegenüber außenstehenden Dritten, eine Schädigung ihres Vermögens zu verhindern.
- *Schirmer*, NJW 2012, 3398 ff.: es bleibt abzuwarten, ob BGHZ 194, 26 eine Abkehr vom Baustoff-Urteil bedeutet (so *Müller*, GRUR 2016, 570, 571 f.)
- Bezugnahme auf das Baustoff-Urteil bei BGHZ 208, 182 – „Glasfasern II“ (Rn. 113) für Patentverletzungen; dazu kritisch *Müller*, GRUR 2016, 570 ff.
- Details bei *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 652 ff.; etwas knapper Scholz/*Bitter*, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 442 ff.

## Außenhaftung der Gesellschafter im Wege der (echten) Durchgriffshaftung

*Bitter*, ZInsO 2018, 625, 655 ff.

Scholz/*Bitter*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 55 ff., 110 ff.

## Grundlagen der Durchgriffshaftung

2

### 1. Abgrenzung zwischen Zurechnungs- und Haftungsdurchgriff

- Haftungsdurchgriff = Durchbrechung der Haftungsbeschränkung, insbes. aus § 13 II GmbHG
  - ⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 55 ff.

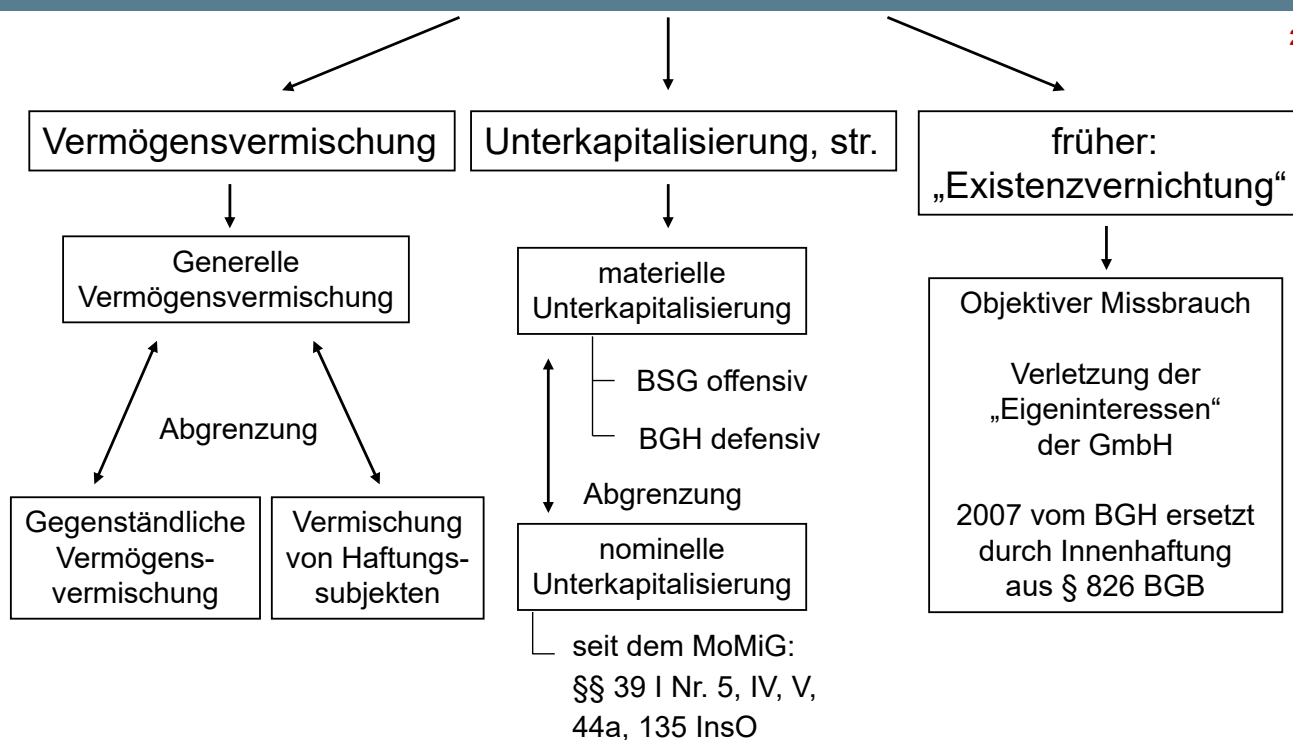
### 2. Grundproblem der Durchgriffshaftung

- Anerkennung der Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsrecht
  - ökonomischer Sinn der Haftungsbeschränkung
- Missbrauch der Haftungsbeschränkung
  - Stammkapital nur Mindestschutz („Eintrittsentgelt“)
  - Gefahr der Kostenexternalisierung

### 3. Ausnahmecharakter

### 4. Dogmatische Begründung

- Fehlen eines dogmatischen Konzeptes in der älteren Rspr.
  - z.T. subjektiv / z.T. objektiv
- ältere Rspr. des II. Senats: Verwendung der juristischen Person widerspricht (objektiv) dem Zweck der Rechtsordnung
- neuere Rspr. des II. Senats (BGHZ 165, 85) und h.L.: teleologische Reduktion der haftungsbeschränkenden Norm und ggf. Analogie zu §§ 105, 128 HGB
  - ⇒ Scholz/Bitter, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 110 ff.

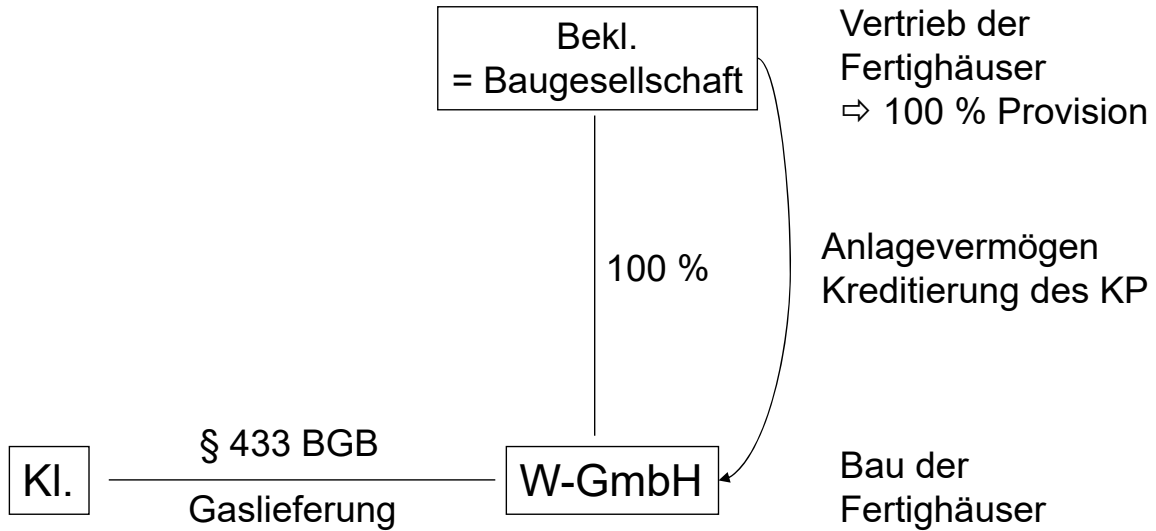


- ❖ BGHZ 95, 330 („Autokran“)
  - Haftung des GmbH-Gesellschafters in Analogie zu §§ 128, 129 HGB
- ❖ BGHZ 125, 366
  - Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert
  - Verantwortlichkeit für den Vermögensvermischungstatbestand aufgrund Einflusses in der Gesellschaft erforderlich
- ❖ BGHZ 165, 85
  - keine Zustands-, sondern Verhaltenshaftung = Verantwortlichkeit aufgrund Einflusses als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter erforderlich
  - Anspruchsberechtigung des Insolvenzverwalters analog § 93 InsO

- ❖ BGHZ 68, 312 („Fertighaus“) ⇒ Folie 57
  - Keine Haftung der Alleingesellschafterin wegen Unterkapitalisierung trotz finanzieller, wirtschaftlicher und organisatorischer Eingliederung der GmbH
- ❖ BGHZ 176, 204 („Gamma“) – Leitsatz 2
  - keine (verschuldensabhängige oder verschuldensunabhängige) Durchgriffshaftung mangels Gesetzeslücke
  - offen, ob Haftung aus § 826 BGB
- ❖ BSG und früher h.L. für Durchgriffshaftung
  - Scholz/*Bitter*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 143 ff.

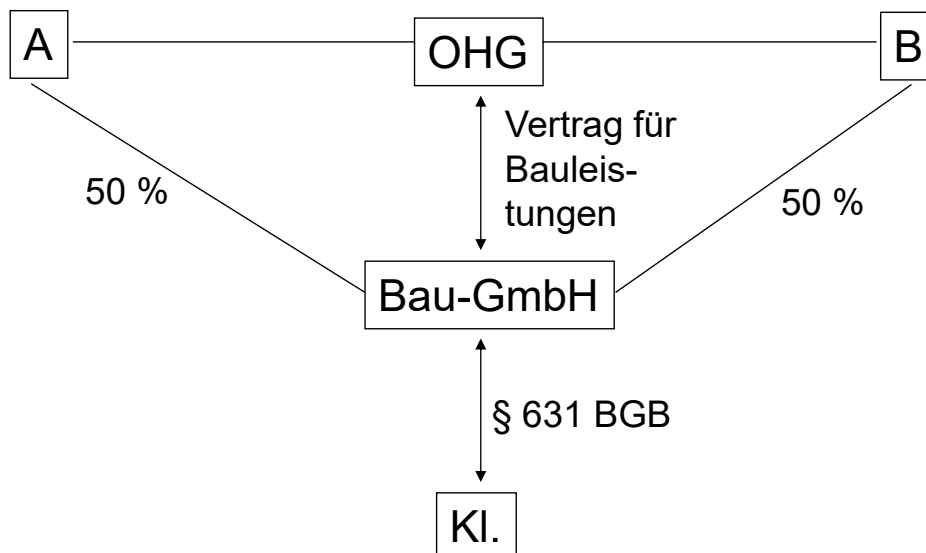
## BGHZ 68, 312 (Fertighaus)

2



## BGH ZIP 1994, 1690 (Architekten-Urteil)

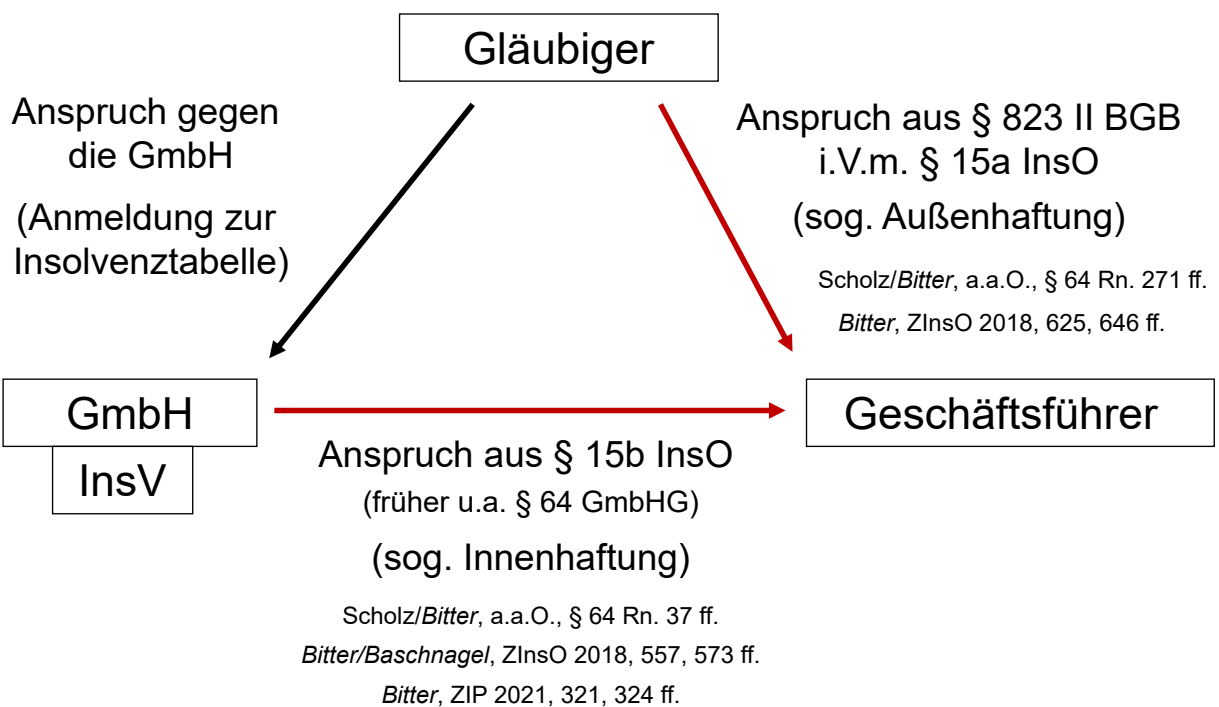
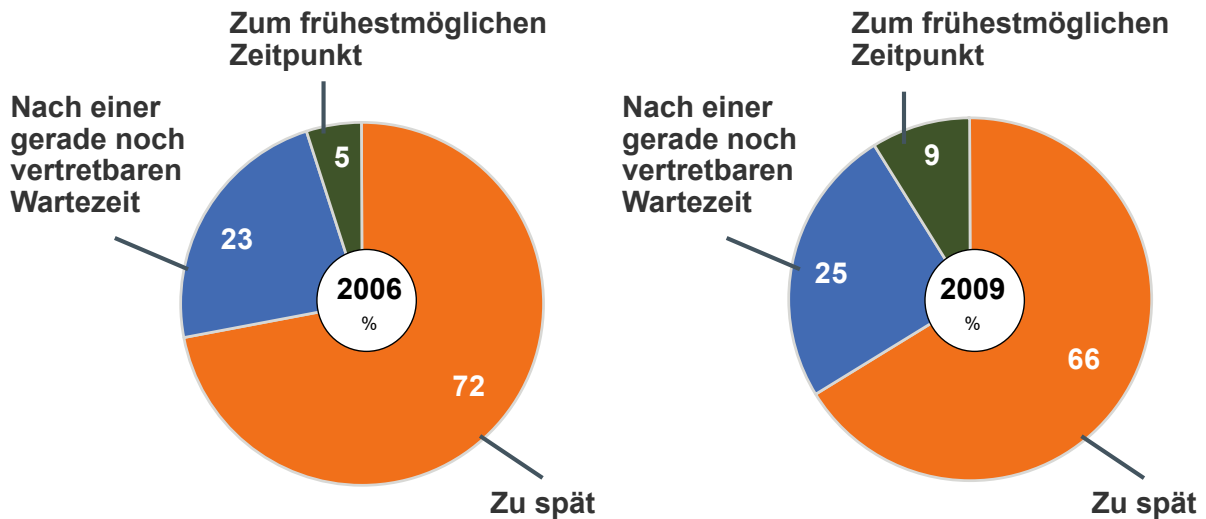
2



- Differenzierung nach Gläubigergruppen bei der Fallgruppe „Unterkapitalisierung“
  - *Bitter*, WM 2001, 2133, 2140 + WM 2004, 2190, 2198
  - *Koppensteiner*, FS Honsell, 2002, S. 607, 617
  - a.A. *Henze*, NZG 2003, 649, 657 f.
  - ⇒ *Fall Nr. 4 – „Games Connection“*
- Beschränkung auf den bei der Gesellschaft durch den Eingriff verursachten Nachteil bei der (früheren) Fallgruppe „Existenzvernichtung“
  - bei Durchgriffsaußenhaftung zweifelhaft  
(a.A. *Vetter*, ZIP 2003, 601, 605; auch BGH ZIP 2005, 117)
  - bei Innenhaftung – z.B. aus § 826 BGB (s.o. Folien 39 ff.) – möglich

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife  
(§ 15b I 1, IV InsO, früher § 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 15b I 2, II, III InsO, früher § 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit
- VI. Insolvenzverursachende Zahlungen (§ 15b V InsO, früher § 64 Satz 3 GmbHG)
- VII. Haftung aus § 826 BGB für gezahltes Insolvenzgeld

## Zeitpunkt der Antragstellung (im Vergleich 2006 – 2009)



## 1. Differenzierung nach Außen- und Innenhaftung

1

- Außenhaftung: § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- Innenhaftung: § 15b InsO (früher u.a. §§ 64 GmbHG, 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
- ⇔ Innenhaftung bei zu frühem Antrag: § 43 II GmbHG
  - ❖ OLG München ZIP 2013, 1121: Antrag nach § 18 InsO ohne Zustimmung der Gesellschafter

## 2. Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung
  - ⇒ Folien 64-69
- b) Subjektiv: fahrlässige Unkenntnis der Insolvenzgründe (h.M.)
  - ⇒ Folie 70

## 3. Exkurs: Zahlungsunfähigkeit

1

- BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
- Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
- Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität
- Literatur:
  - ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 578 f.
  - ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 6 ff.



#### 4. Exkurs: Überschuldung

1

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579 ff.
- ⇒ Details bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 38 ff.

##### a) Neudefinition mit Inkrafttreten der InsO in § 19 II InsO:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“

- ⇒ BGHZ 171, 46 (Rn. 19): keine Fortgeltung des sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“
- ⇒ indizielle Bedeutung der handelsrechtlichen Bilanz für die Überschuldungsbilanz (BGH ZIP 2011, 1007, Rn. 33 m.w.N.)

#### 4. Exkurs: Überschuldung

1

##### b) Wiedereinführung des (bereits zu Zeiten der KO geltenden) sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens *in den nächsten zwölf Monaten* ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. ...“

- ⇒ zunächst befristet in der Finanzkrise
- ⇒ Ende 2012: dauerhafte Entfristung auf der Basis der Studie von *Bitter/Hommerich*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012 (Kurzfassung bei *Bitter/Hommerich/Reiss*, ZIP 2012, 1201 ff.)
- ⇒ Anfang 2021: Begrenzung der Prognose auf 12 Monate (Kursivdruck)

## 4. Exkurs: Überschuldung

1

### c) Fortführungsprognose

- ⇒ Inhalt der Fortführungsprognose nach h.M.: subjektiver Fortführungswille + objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft (a.A. Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 54 ff.)
- ⇒ Prognose muss „zumindest vertretbar“ darzustellen sein (BAG ZIP 2014, 1976, 1979, Rn. 29 – „Karstadt“)
- ⇒ Prognosezeitraum früher: laufendes + nächstfolgendes Geschäftsjahr
  - Grund: Prognoseunsicherheit bei noch weitergehendem Blick
  - Aber: Berücksichtigung auch weiter in der Zukunft liegender Ereignisse, wenn die Prognoseunsicherheit fehlt
  - Beispiel: PIK-Finanzierung: Heute steht fest, dass ein großer Betrag in 3 oder 4 Jahren fällig wird und nicht refinanziert werden kann.
- ⇒ Problem: jetzige Fixierung auf 12 Monate durch das SanInsFoG (Bitter, ZIP 2021, 321, 323 f.)

## 4. Exkurs: Überschuldung

2

### c) Fortführungsprognose

- ⇒ Problem: Positive Fortführungsprognose trotz fehlender Ertragsfähigkeit (Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733 ff.)
  - AG Hamburg ZIP 2012, 1776: Ertragsfähigkeit für positive Prognose erforderlich; aber Sonderfall: Rentnergesellschaft mit absehbarer Aufzehrung der Vermögenssubstanz
  - Ertragsfähigkeit m.E. nicht generell zu fordern
  - ❖ Beispiel: werthaltiger Verlustausgleichsanspruch
  - ❖ Beispiel: subventionierter Betrieb in öffentlicher Hand
  - ❖ Beispiel: Start-up-Unternehmen in der Anfangsphase
  - Sicherung der *Liquidität* ist letztlich entscheidend

#### 4. Exkurs: Überschuldung

2

d) Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:

- Rn. 19: Für die Nichtberücksichtigung einer Forderung im Überschuldungsstatus gemäß § 19 II 2 InsO ist neben dem Rangrücktritt für das eröffnete Verfahren eine vorinsolvenzliche Zahlungssperre erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“).
- Rn. 32: verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzreife
- Rn. 35: keine freie Aufhebbarkeit des Rangrücktritts, da Vertrag zugunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
- ausführlich *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428 ff., dort auch zur Übertragbarkeit auf Patronatserklärungen

#### 5. Fahrlässige Unkenntnis der Insolvenzgründe (h.M.)

1

- ❖ BGH ZIP 2012, 1557: einfache Fahrlässigkeit reicht; Verschulden wird vermutet; Aufstellung eines Vermögensstatus bei Anzeichen einer Krise; Geschäftsführer muss für eine Organisation sorgen, die ihm die Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der GmbH jederzeit ermöglicht; *bwA* reicht nicht, da keine Rückstellungen
  - ❖ BGH NJW 2007, 2118: Rateinholung bei qualifiziertem Berufsträger ⇒ Entlastung des Geschäftsführers
    - dem folgend BAG ZIP 2014, 1976, 1979 (Rn. 28) – „Karstadt“
  - ❖ BGH ZIP 2012, 1174: Pflicht zur Einholung von fachkundigem Rat, wenn persönliche Kenntnisse unzureichend sind; Hinwirken auf unverzügliche Vorlage der Prüfergebnisse + Plausibilitätskontrolle
  - ❖ zusammenfassend BGH ZIP 2016, 1119 = WM 2016, 974 (Rn. 32 ff.)
- ⇒ *Fall Nr. 3 – Bauunternehmen in der Krise (Abwandlung 2)*

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO**
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife  
(§ 15b I 1, IV InsO, früher § 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 15b I 2, II, III InsO, früher § 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit
- VI. Insolvenzverursachende Zahlungen (§ 15b V InsO, früher § 64 Satz 3 GmbHG)
- VII. Haftung aus § 826 BGB für gezahltes Insolvenzgeld

### 1. Schutzgesetz: § 15a InsO (Antragspflicht; 3/6-Wochen-Frist) <sup>1</sup>

- Ausdehnung auf Gesellschafter bei Führungslosigkeit (§ 15a III InsO)
  - ❖ LG München ZIP 2013, 1739: ggf. auch Gesellschafter-Gesellschafter
- Geltung auch für Scheinauslandsgesellschaften (Limited)

### 2. Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern

- BGHZ 126, 181: Neudefinition der Schutzrichtung
- Quotenschaden für die Altgläubiger (Zuständigkeit: § 92 InsO)
- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger
  - ❖ BGH ZIP 2009, 1220 (Rn. 16): kein Ersatz für den Gewinnanteil eines Vergütungsanspruchs des Neugläubigers; ggf. aber Ersatz des Gewinns aus einem sonst anderweitig getätigten Geschäft
  - ❖ BGH ZIP 2012, 1456 (Rn. 7, 13 ff.): nur negatives Interesse

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

Literatur: *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 649 ff.

Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 323 ff.

Problemfall 1: Vertragsschluss vor, Vorleistung nach dem Zeitpunkt der Insolvenzantragspflicht

⇒ *Fall Nr. 3 – Bauunternehmen in der Krise (Abwandlung 1)*

❖ BGHZ 171, 46: Erhöhung der Inanspruchnahme einer Kreditlinie

⇒ *Fall Nr. 3 – Bauunternehmen in der Krise (Abwandlung 4)*

❖ OLG Oldenburg GWR 2010, 170: Erbringung ungesicherter Leistungen nach Insolvenzreife (arg: § 321 BGB)

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

Problemfall 2: Dauerschuldverhältnisse (Beispiel Arbeitsvertrag)

❖ OLG Hamburg ZIP 2007, 2318: Arbeitnehmer = Altgläubiger (m.N. zur gegenteiligen Rechtsprechung mehrerer Landesarbeitsgerichte)

⇒ *Fall Nr. 3 – Bauunternehmen in der Krise (Abwandlung 3)*

❖ Richtig: Neugläubiger, soweit der Arbeitnehmer nachweisen kann, dass ihn ein Ausfall bei rechtzeitiger Antragstellung nicht getroffen hätte, er dann etwa zu einem anderen Arbeitgeber gewechselt wäre

❖ BGH ZIP 2009, 366: nicht bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, da keine Vorleistungen im Vertrauen auf die Solvenz erbracht wurden

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

Problemfall 2: Dauerschuldverhältnisse (Beispiel Mietvertrag)

❖ BGH ZIP 2014, 23

Leitsatz: „Ein Vermieter, der dem Mieter vor Insolvenzreife Räume überlassen hat, ist regelmäßig Altgläubiger und erleidet keinen Neugläubigerschaden infolge der Insolvenzverschleppung, weil er sich bei Insolvenzreife nicht von dem Mietvertrag hätte lösen können.“

❖ OLG Stuttgart ZIP 2012, 2342: Altgläubiger auch bei Eintritt als neuer Vermieter nach Insolvenzreife in ein zuvor begründetes Mietverhältnis

Argument: Vertragsübernahme ist kein Vertrag mit der Insolvenzschuldnerin

Kritik: Vertrauensschaden auch bei Vertrag mit Drittem möglich

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

Problemfall 3: Deliktgläubiger

❖ kritisch BGHZ 164, 50 für einen Extremfall: betrügerische Doppelabtretungen in Millionenhöhe; Argument: Schutzzweck des § 15a InsO dient nicht dazu, Dritte vor Betrug zu schützen

❖ Richtig: Einbeziehung auch von Deliktgläubigern, wenn der Schaden bei rechtzeitiger Antragstellung vermieden worden wäre, weil die GmbH nicht mehr am Markt agiert hätte

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

Problemfall 4: Mangelhafte Werkleistung durch insolvente GmbH

- ❖ BGH ZIP 2012, 1455 (Dämmplatten): kein Ersatz des positiven Interesses, aber Vertrauensschaden; auch Schäden des Neugläubigers, die durch fehlerhafte Bauleistungen verursacht werden und wegen fehlender Mittel durch die GmbH nicht mehr beseitigt werden können
- ❖ BGH ZIP 2015, 267 (WK1-Tür): keine Haftung, wenn die mangelhafte Leistung der insolvenzreifen GmbH die Schädigung des Vermögens des Vertragspartners der GmbH durch deliktisches Handeln eines Dritten begünstigt hat (hier: Ermöglichung eines Einbruchsdiebstahls durch den Einbau einer Tür mit zu niedriger Sicherheitsstufe); m.E. zweifelhaft

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

Problemfall 5: Neugläubiger erhält während des Zeitraums der Insolvenzverschleppung noch Zahlungen auf Altforderungen

- ❖ BGH ZIP 2007, 1060: keine Anrechnung / Vorteilsausgleichung

Problemfall 6: Neugläubiger = Mitglied des Verbandes

- ❖ BGH ZIP 2010, 776: Haftung auch gegenüber den Mitgliedern (einer eG), wenn diese wie außenstehende Dritte mit dem Verband kontrahieren

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

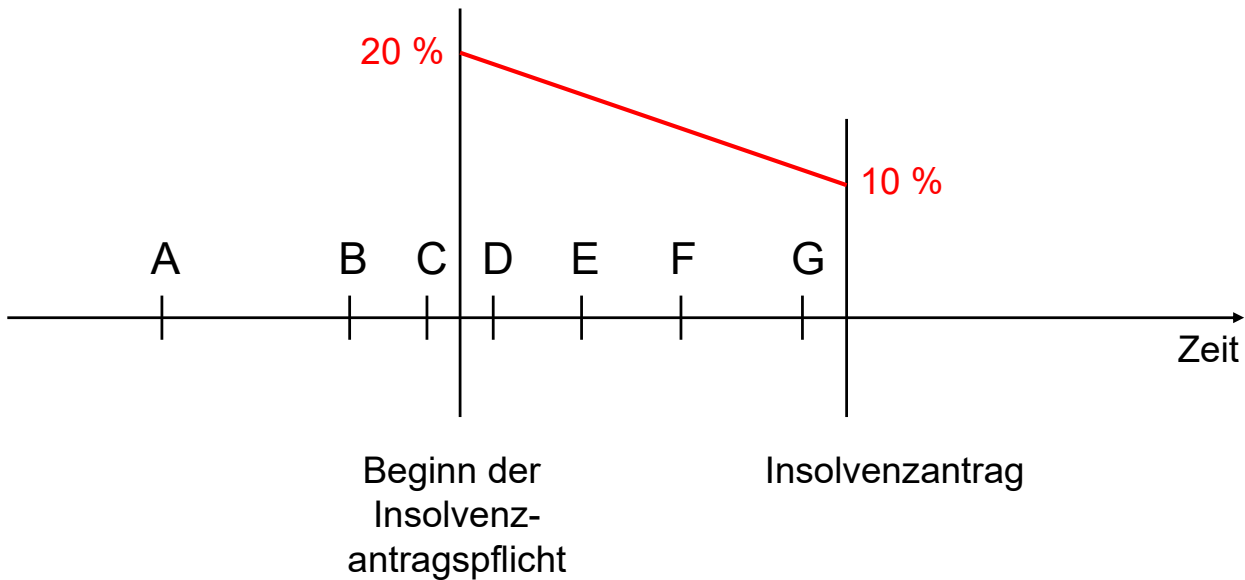
Problemfall 7: Zusage einer Abfindung und Übertritt in Transfergesellschaft aufgrund eines Sanierungsplans

- ❖ BAG ZIP 2014, 1976, 1979 (Rn. 29) – „Karstadt“: fehlende Kausalität für entgangene Abfindung, weil es bei früherem Insolvenzantrag nicht mehr zur Zusage einer Abfindung gekommen wäre und die Gefahr einer Insolvenzkündigung mit kurzer Kündigungsfrist (§ 113 InsO) bestanden hätte

### 4. Sonstige Einzelfragen

- BGHZ 138, 211: Eigene Zuständigkeit der Neugläubiger auch bei eröffnetem Insolvenzverfahren ⇒ Grafik auf Folie 81
- BGH ZIP 2011, 1007: Verjährung nach allgemeinen Regeln; keine Analogie zu § 64 Satz 4 (jetzt § 15b VII InsO) und § 43 IV GmbHG





- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. **Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b I 1, IV InsO, früher § 64 Satz 1 GmbHG)**
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 15b I 2, II, III InsO, früher § 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit
- VI. Insolvenzverursachende Zahlungen (§ 15b V InsO, früher § 64 Satz 3 GmbHG)
- VII. Haftung aus § 826 BGB für gezahltes Insolvenzgeld

## 1. Anwendungsbereich

2

Literatur: *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 573 ff.; *Bitter*, ZIP 2021, 321, 331;  
*Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 40 ff.

### a) Erfasste Gesellschaftsformen

- § 15b I InsO: Geschäftsleiter aller haftungsbeschränkten Gesellschaften (juristische Personen ohne Verein + Stiftung; vgl. § 15a I, VII InsO)
- § 15b VI InsO: Geschäftsleiter von Personengesellschaften, die im Ergebnis eine Haftungsbeschränkung aufweisen (z.B. GmbH & Co. KG)
- früher: § 64 GmbHG für GmbH und UG (haftungsbeschränkt); §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG für AG; §§ 34 III Nr. 4, 99 GenG für eG; §§ 130a I 1, 177a HGB für oHG und KG ohne natürliche Person als persönl. haft. Gesellschafter; BGH ZIP 2010, 1080: keine Analogie beim Verein

## 1. Anwendungsbereich

1

### b) Zeitlicher Anwendungsbereich

- BGH ZIP 2009, 860 (LS 1): Anwendung ab Eintritt der Insolvenzreife, nicht erst nach Ablauf der Drei-/Sechs-Wochen-Frist des § 15a I 1 InsO
  - bestätigend nun mittelbar § 15b II 2 InsO
- Anwendbarkeit nach dem Insolvenzantrag früher streitig, abhängig vom Schutzzweck des § 64 Satz 1 GmbHG a.F.
  - h.M.: Schutzfunktion = Erhaltung der verteilungsfähigen Masse ⇒ Anwendung grundsätzlich auch nach dem Antrag
    - ⇔ keine Anwendung bei starker vorläufiger Insolvenzverwaltung
  - Druckfunktion in Bezug auf die Antragstellung = Verhinderung der Insolvenzverschleppung ⇒ Unanwendbarkeit nach dem Antrag
- Geltung im Eröffnungsverfahren folgt jetzt mittelbar aus § 15b II 3 InsO

## 1. Anwendungsbereich

### b) Zeitlicher Anwendungsbereich

- Anwendbarkeit im eröffneten (Eigenverwaltungs-)Verfahren sehr str.
  - h.M.: keine Anwendung, da Insolvenzmasse mit Verfahrenseröffnung konstituiert und Verfahren am Gläubigerinteresse ausgerichtet
  - Problem: Bei Eigenverwaltung fortbestehende Verfügungsbefugnis des Schuldners; keine Sicherheit für die Ausrichtung am Gläubigerinteresse
  - keine (klarstellende) Regelung im neuen § 15b InsO zur möglichen Anwendbarkeit im eröffneten Verfahren; daher Fortbestand des alten Streitstandes

## 1. Anwendungsbereich

### c) Internationaler Anwendungsbereich

- EuGH v. 4.12.2014 – RS C-295/13, ZIP 2015, 196: Klage am COMI nach Art. 3 I EuInsVO, wenn sie vom Insolvenzverwalter erhoben wird
- BGH v. 2.12.2014 – II ZR 119/14, ZIP 2015, 68 (**EuGH-Vorlage**): Erfassung auch von EU-Auslandsgesellschaften (insbes. Ltd.)
  - nach deutschem Verständnis ist § 64 GmbHG a.F. eine insolvenzrechtliche Norm (Rn. 8 ff.)
  - nach deutschem Verständnis Anwendbarkeit auf die Ltd. (Rn. 11)
  - insolvenzrechtliche Qualifikation auch nach Art. 4 I EuInsVO (Rn. 18 f.)
  - Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften ist kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, da nur ein Fehlverhalten geregelt wird, nicht die Verlegung des Verwaltungssitzes (Rn. 20 f.; a.A. Mock, NZI 2015, 85)

## 1. Anwendungsbereich

### c) Internationaler Anwendungsbereich

- EuGH v. 10.12.2015 – RS C-594/14, ZIP 2015, 2468 – Kornhaas
  - insolvenzrechtliche Qualifikation des § 64 GmbHG a.F. nach Art. 4 I EulnsVO
  - Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften ist **kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit**, weil nicht an die deutschen Mindestkapitalvorschriften angeknüpft, sondern nur für Zahlungen nach Insolvenzreife gehaftet wird (Rn. 27). § 64 GmbHG a.F. regelt damit nicht den Marktzutritt, sondern nur die Ausübung der Tätigkeit (Rn. 28)
- ebenso schon *Bitter*, WM 2004, 2190; *Bitter*, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 299 (Download unter [www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de))
- BGH v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, ZIP 2016, 821 = WM 2016, 786
- gleiche Grundsätze gelten für § 15b InsO (*Bitter*, ZIP 2021, 321, 331)

## 2. Haftungsadressat

Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 61 ff.

- GmbH-Geschäftsführer (und entsprechende Organe der anderen erfassten Gesellschaftsformen ⇒ Folie 83)
- BGH ZIP 2009, 860: auch Mitglieder eines gesetzlich verpflichtenden Aufsichtsrats wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht (vgl. § 116 AktG i.V.m. §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG a.F.)
  - ⇒ Anlass für Überwachung, wenn Arbeitnehmer vorhanden sind: Verbot der Zahlung von Löhnen + Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung
- BGHZ 187, 60 – „Doberlug“: i.d.R. keine Haftung der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats (arg: § 52 GmbHG verweist nicht auf § 93 III AktG a.F.; Schaden i.S.v. § 93 II AktG fehlt regelmäßig)

## 2. Haftungsadressat

2

- Frage: Fortführung der bisherigen Differenzierung zwischen obligatorischem und fakultativem Aufsichtsrat im neuen Recht seit 1.1.2021?
- Problem im neuen Recht: Verweist § 52 Abs. 1 GmbHG nun über § 116 AktG mittelbar auch auf den dort eingefügten § 15b InsO?
- Wortlaut des § 52 Abs. 1 GmbHG: „Ist nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat zu bestellen, so sind ... §§ 110 bis 114, **116 des Aktiengesetzes in Verbindung mit § 93 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 des Aktiengesetzes**, ... **entsprechend anzuwenden**, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.“
- ❖ *Bitter*, ZIP 2021, 321, 332; zust. *Bork/Kebekus*, in *KPB*, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 12; krit. *Baumert*, NZG 2021, 443, 448

## 3. Begriff der „Zahlung“

1

### a) Vermögensabfluss aus dem Aktivvermögen

- bare Leistung an einzelne Gläubiger
- unbare Leistung vom *kreditorischen* Konto an einzelne Gläubiger
  - ❖ auch bei Lastschriftabbuchung (Grund: fehlender Widerruf)
- Warenlieferung oder sonstige (Dienst-)Leistung an einzelne Gläubiger
  - ⇕ ⇕ ⇕
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (Rn. 12): keine Haftung für nicht vom Organ veranlasste Masseschmälerung, insbes. bei zufälligem Untergang
- BGH ZIP 2009, 956: ggf. nicht bei Pfändung des Gesellschaftskontos (vgl. auch OLG München ZIP 2011, 277)

### 3. Begriff der „Zahlung“

1

#### b) Kontoeingang beim debitorischen Konto als „Zahlung“

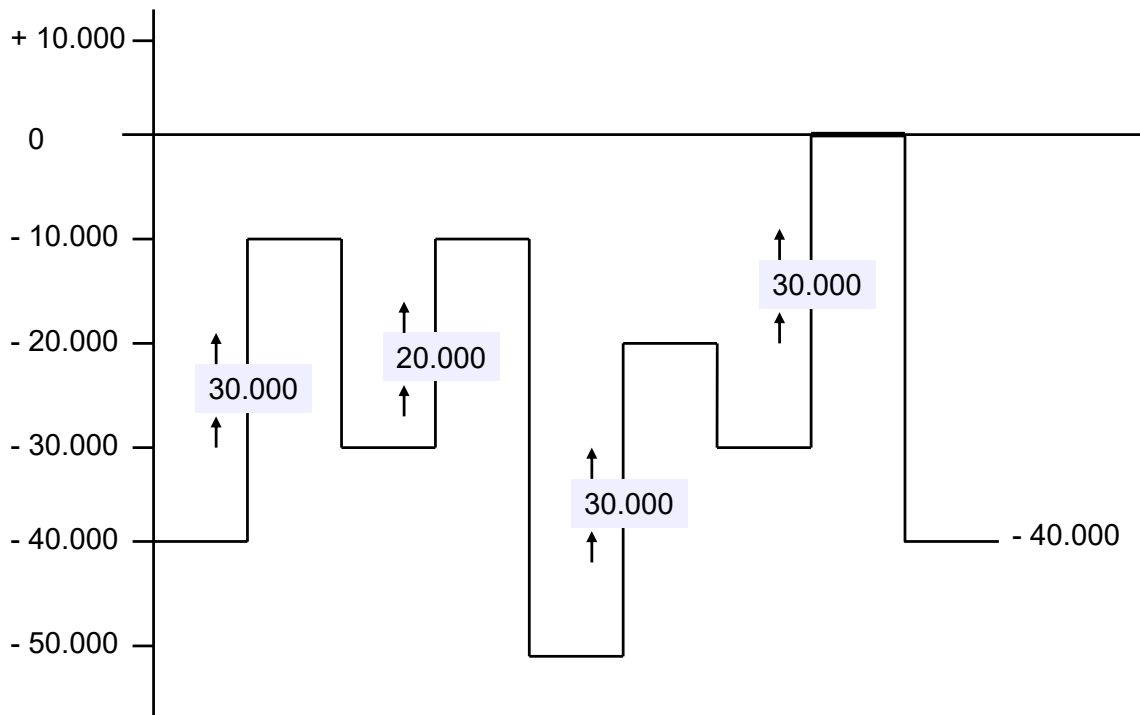
- BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184: Einzug von Kundenschecks auf ein *debitorisches* Bankkonto
  - ❖ Zahlung an die Bank durch Rückführung der Kreditlinie
- BGH ZIP 2007, 1006: Zahlungen von Gesellschaftsschuldern auf ein *debitorisches* Bankkonto der GmbH (Grund der Haftung: fehlende „Umleitung“ der Beträge auf ein kreditorisch geführtes Konto)
  - ❖ bestätigend BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn.16)

### 3. Begriff der „Zahlung“

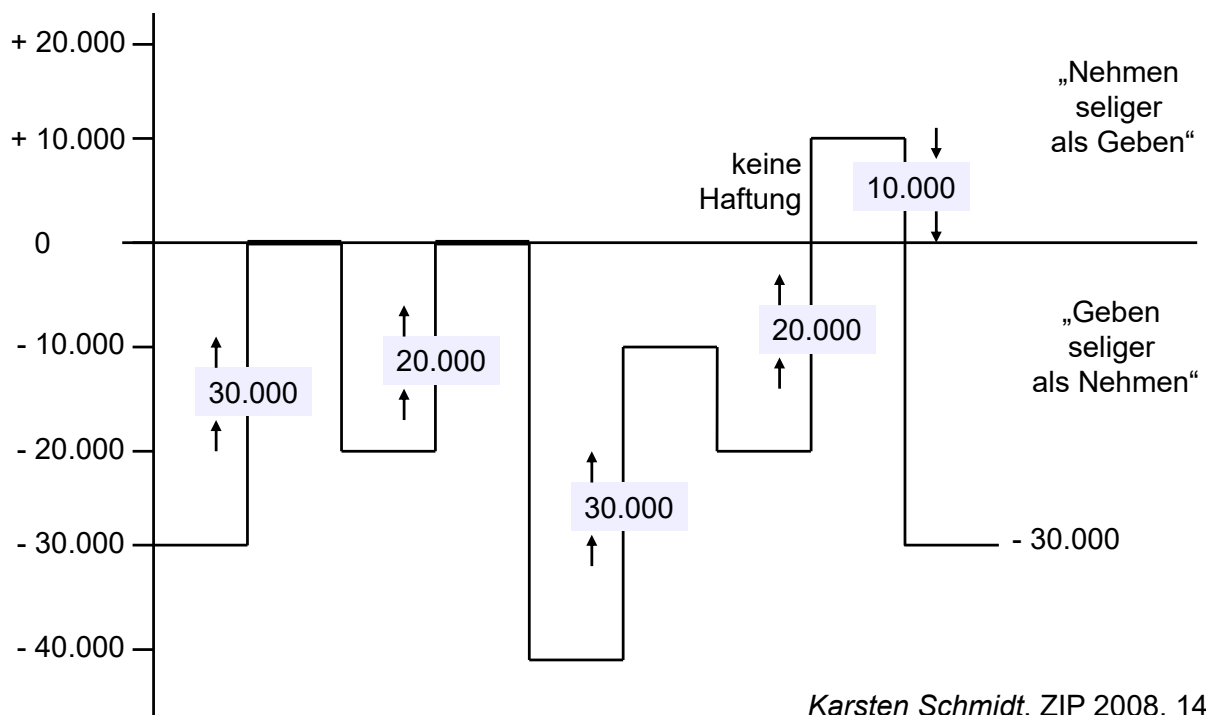
1

#### c) Kontoausgang beim debitorischen Konto keine „Zahlung“

- BGH ZIP 2007, 1006 (Rn. 8); ZIP 2010, 470 (Rn. 10); BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 32): bloßer Gläubigertausch ⇒ Die Forderung der Bank aus dem Kontokorrentkredit tritt an die Stelle der Forderung des befriedigten Gläubigers
- Kritik: fehlende Trennung des Deckungs- und Valutaverhältnisses (und dies auch nur beim Zahlungsausgang vom debitorischen Konto)
  - ❖ richtig: Leistung der Bank an den Insolvenzschuldner (= potentielle Masse) + Abfluss von dort an den befriedigten Gläubiger
  - ❖ zur Insolvenzanfechtung: *Bitter*, in FS G. Fischer, 2008, S. 15, 29 ff.; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 484, 518 f.



1



1

### 3. Begriff der „Zahlung“

#### d) Merksätze (nach *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401 ff.)

- debitorisches Konto: „Geben ist seliger denn nehmen.“
- kreditorisches Konto: „Nehmen ist seliger denn geben.“
- Achtung: System von Ausnahmen + Rückausnahmen ⇒ Folien 96 f.
  - ⇒ Das Modell des BGH ist äußerst komplex und für die Praxis kaum mehr handhabbar.
    - ❖ *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7 f.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 583; *Casper*, ZIP 2016, 793, 799 ff.; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 525 ff.
- Die Fortgeltung der Rechtsprechung für den neuen § 15b InsO ist offen.

### 3. Begriff der „Zahlung“

#### e) Ausnahme = Umkehr der Haftungsrelevanz für debitorische Konten bei bestehender Sicherheit der Bank für die Kreditlinie

- Die Auszahlung ist kein Gläubigertausch, soweit die zuvor freie Sicherheit (wieder) haftet (BGH ZIP 2011, 422 [Rn. 26]).
- Der Eingang ist keine Masseschmälerung, weil die Leistung auf ein Absonderungsrecht der Bank erfolgt und somit im Umfang des Eingangs die Sicherheit frei wird (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 25 f.]).
  - Anfechtbarkeit der Sicherheit ist unerheblich (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 27 ff.])
- zusammenfassend BGH WM 2016, 974 = DB 2016, 1245 (Rn. 38 ff.)



- Rückausnahme für Sicherungsabtretung, wenn Forderung nach Insolvenzreife entsteht/werthaltig gemacht wird (BGHZ 206, 52 [Rn. 21 ff.]; BGH WM 2016, 974 = DB 2016, 1245 [Rn. 42 ff.])
  - Frage: Gilt das auch beim Werthaltigmachen mit Geldern der Bank?
  - Beweislast für werthaltige Sicherheit bei Geschäftsführer (BGHZ 206, 52 [Rn. 34]; BGH WM 2016, 974 = DB 2016, 1245 [Rn. 45]; a.A. *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 168 f.)
- Rückausnahme von der Rückausnahme (= Wiederherstellung der Ausnahmesituation) für den Fall, dass die sicherungszedierte Forderung durch die Lieferung von Ware entsteht oder werthaltig gemacht wird, die zuvor im Sicherungseigentum der Bank stand (BGH ZIP 2016, 364 m. Anm. *Altmeyen*)
  - aber ggf. Zahlung beim Erwerb der sicherungsübereigneten Ware (BGH ZIP 2016, 364 [Rn. 26])

#### 4. Hauptproblem: Haftungsumfang

Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 20 ff., 99 ff.

- Rechtsprechung und h.M. zum alten, bis 2020 geltenden Recht: grundsätzlich Ersatz einzelner „Zahlungen“ (Einzelbetrachtung)
  - ❖ BGH ZIP 2007, 1501; BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 11); *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153 ff. m.w.N.
- Literatur z.T.: Ersatz der Masseschmälerung (Gesamtbetrachtung)
  - ❖ *Karsten Schmidt*, NZG 2015, 129 ff.; *Bitter*, WM 2001, 666 ff. und Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.; *Altmeyen*, ZIP 2015, 949 ff. u.a.
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 26): keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang
- Neuregelung in § 15b IV 2 InsO: Gegenbeweis durch Geschäftsführer, dass der Gesamtschaden hinter den Einzelzahlungen zurückbleibt ⇨ Folien 109 ff.

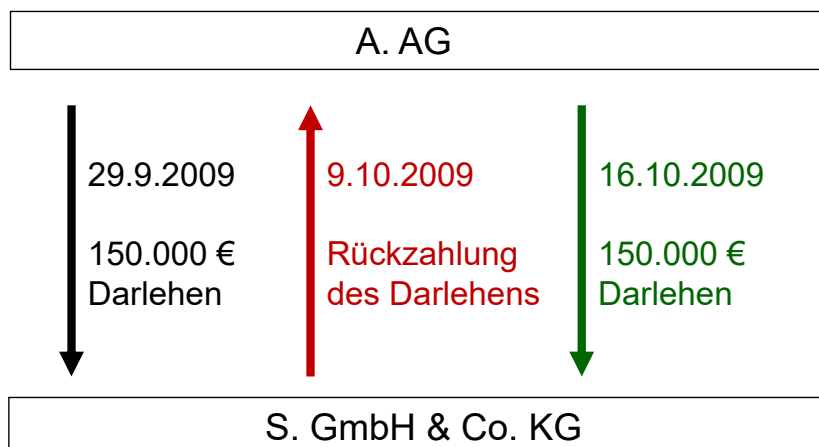
## 5. Alte Rechtsprechung zum Aktiventausch – Grundzüge

1

- BGH NJW 2003, 2316, 2317 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.03 (*Bitter*):  
„Allenfalls dann, wenn mit den von dem Geschäftsführer bewirkten Zahlungen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist und dort verblieben ist, kann erwogen werden, eine Masseverkürzung und damit einen Erstattungsanspruch gegen das Organmitglied zu verneinen [...].“
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71
  - keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang (vgl. auch BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 26] für die Leistung auf ein Absonderungsrecht)
  - **Der als Ausgleich erhaltene Gegenstand muss nicht noch bei Insolvenzeröffnung vorhanden sein.**

1

BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Kompensation nicht schon durch erneute Abrufmöglichkeit ab 9.10.2009, sondern erst mit erneuter Darlehensgewährung am 16.10.2009

## 5. Alte Rechtsprechung zum Aktiventausch – Grundzüge 1

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 10 f.)

Auch in Fällen des Aktiventauschs liegt „zunächst eine zur Ersatzpflicht führende Zahlung vor. **Durch den Ausgleich entfällt vielmehr der aufgrund der Zahlung bestehende Anspruch gegen den Geschäftsführer.**“ (Rn. 10)

⇒ teleologische Begrenzung der Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG a.F.

„Da der die Erstattungspflicht auslösende Vorgang in der Schmälerung der Masse durch die einzelne Zahlung besteht, ist nicht jeder beliebige weitere Massezufluss als Ausgleich dieser Masseschmälerung zu berücksichtigen. Vielmehr **ist ein unmittelbarer wirtschaftlicher, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang mit der Zahlung erforderlich**, damit der Massezufluss der an und für sich erstattungspflichtigen Masseschmälerung zugeordnet werden kann.“ (Rn. 11)

## 6. Aktiventausch ↔ Bargeschäft nach alter Rechtsprechung 1

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 12 ff.)

„Die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO a.F. sind insoweit aber nicht entsprechend anwendbar.“ (Rn. 12)

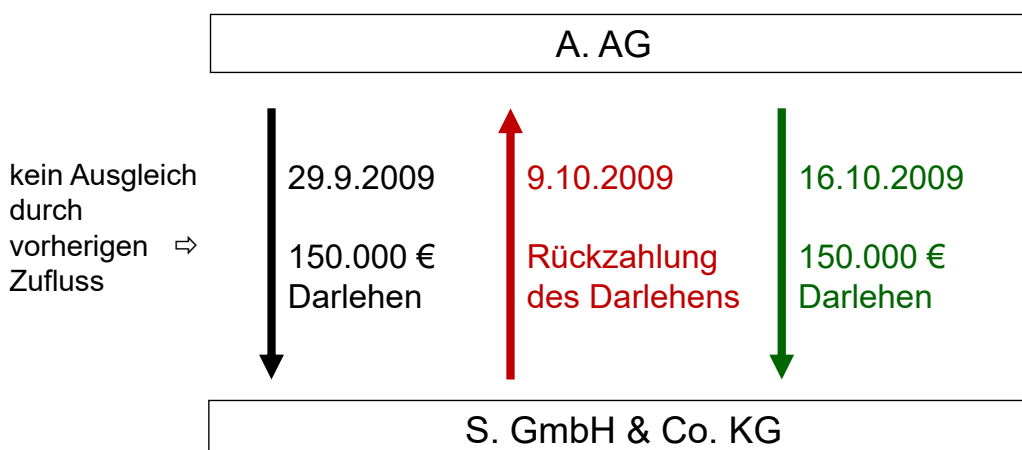
Argument: unterschiedlicher Zweck des Anfechtungsrechts (§§ 129 ff. InsO, insbesondere § 142 InsO) einerseits und der Massesicherungspflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG a.F. andererseits

„Anders als § 142 InsO soll der Wegfall der Erstattungspflicht bei einer ausgleichenden Gegenleistung nach einer Zahlung im Sinne des § 64 Satz 1 GmbHG [...] nicht eine weitere Teilnahme der Schuldnerin am Geschäftsverkehr ermöglichen. Ab Insolvenzreife darf der Geschäftsführer – abgesehen von der Ausnahme nach § 64 Satz 2 GmbHG – keine Zahlungen mehr leisten, sondern hat Insolvenzantrag zu stellen.“ (Rn. 15)

## 6. Aktivtausch ↔ Bargeschäft nach alter Rechtsprechung 2

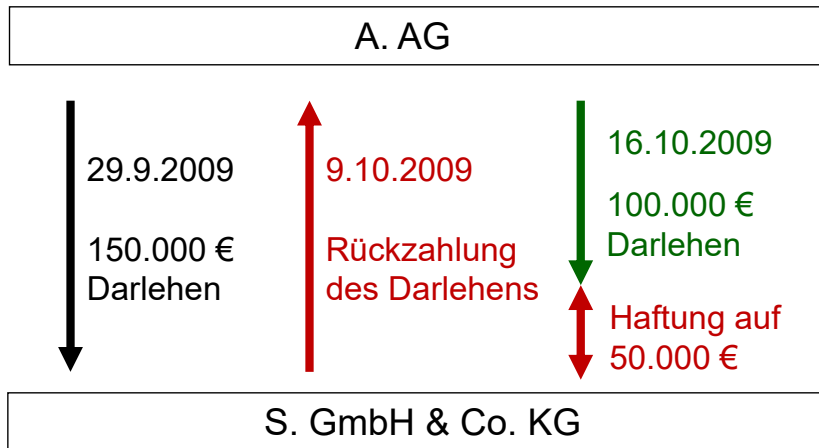
- Unterschiede zwischen Aktivtausch und Bargeschäft i.S.v. § 142 InsO:
  - Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 Satz 1 GmbHG a.F. gilt das nicht (BGHZ 227, 221 = ZIP 2020, 2453, Rn. 41 ff.).
  - Das Bargeschäft gilt nur bei *gleichwertiger* Gegenleistung, während bei § 64 Satz 1 GmbHG a.F. auch eine partielle Gegenleistung angerechnet werden muss (BGHZ 203, 218, Leitsatz 1: „soweit“).
  - Bei § 64 Satz 1 GmbHG a.F. kann auch eine vom Geschäftspartner mehr als 30 Tage später erbrachte Gegenleistung angerechnet werden, da nur „ein unmittelbarer wirtschaftlicher, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang“ gefordert wird (⇒ Folie 101).
  - Ergebnis: richtig ist eher eine (partielle) Orientierung an den Grundsätzen der Rechtsprechung zu § 129 InsO (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 585 f.; zu § 129 InsO ausführlich *Bitter*, KTS 2016, 455 ff.)

BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



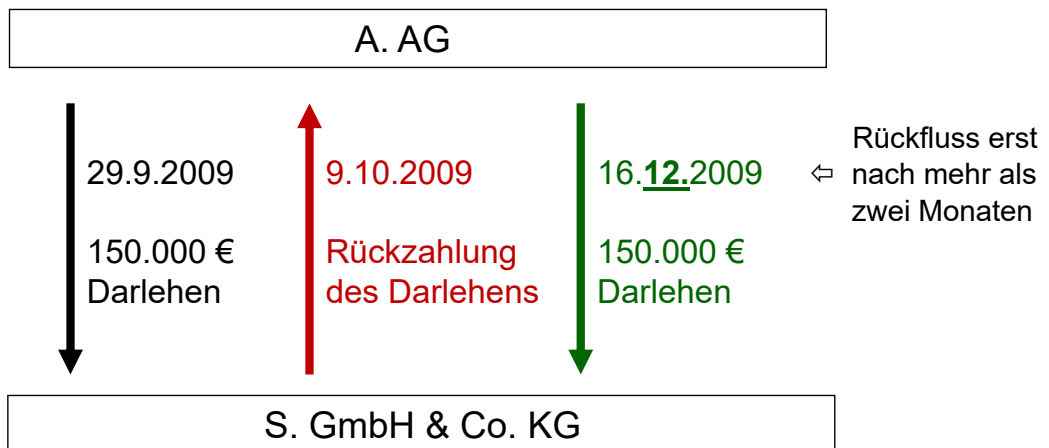
Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 Satz 1 GmbHG a.F. gilt das nicht (BGHZ 227, 221, Rn. 41 ff.).

Abwandlung 1 zu BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Das Bargeschäft gilt nur bei *gleichwertiger* Gegenleistung, während bei § 64 Satz 1 GmbHG a.F. auch eine partielle Gegenleistung angerechnet werden muss.

Abwandlung 2 zu BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Bei § 64 Satz 1 GmbHG a.F. kann auch eine vom Geschäftspartner mehr als 30 Tage später erbrachte Gegenleistung angerechnet werden.

## 7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung nach alter Rechtsprechung <sup>1</sup>

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 18 ff.)

Gegenleistung muss im relevanten Zeitpunkt (Zugang zur Masse) durch die Gläubiger verwertbar sein. (Rn. 18)

Bei der Wertbemessung sind Liquidationswerte anzusetzen. (Rn. 19)

Eine reine Dienst- oder Arbeitsleistung genügt als Gegenleistung regelmäßig nicht, weil sie die Aktivmasse nicht erhöht. (Rn. 18)

Auch geringwertige Verbrauchsgüter (wie beispielsweise Kaffee) sind für die Gläubiger regelmäßig nicht verwertbar und damit als Gegenleistung ungeeignet. (Rn. 20)

## 8. Kein Aktiventausch in Durchleitungsfällen nach alter Rspr. <sup>1</sup>

- BGH NJW 2003, 2316 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.03 (*Bitter*)

„Der Geschäftsführer einer GmbH verletzt seine Pflicht, das Gesellschaftsvermögen zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller künftigen Insolvenzgläubiger zusammenzuhalten, auch dann, wenn er bei Insolvenzreife der Gesellschaft Mittel von einem Dritten zu dem Zweck erhält, eine bestimmte Schuld zu tilgen, und kurze Zeit später dementsprechend die Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger bewirkt.“

- Ergebnis richtig für einzelne Durchleitung: Masse wird zunächst vergrößert und später durch den Abfluss zulasten der Gläubigergesamtheit reduziert
- aber Überkompensation bei fortgesetzter Durchleitung von Beträgen: bei rechtzeitigem Insolvenzantrag wäre es zu den späteren Zuflüssen auch nicht mehr gekommen (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 587)
- zur Ausnahme des § 15b I 2 InsO (§ 64 Satz 2 GmbHG a.F.) ⇨ Folien 141 f.

## 9. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

1

### a) Normtext

(4) Werden entgegen Absatz 1 Zahlungen geleistet, sind die Antragspflichtigen der juristischen Person zur Erstattung verpflichtet. Ist der Gläubigerschaft der juristischen Person ein geringerer Schaden entstanden, beschränkt sich die Ersatzpflicht auf den Ausgleich dieses Schadens. Soweit die Erstattung oder der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der juristischen Person erforderlich ist, wird die Pflicht nicht dadurch ausgeschlossen, dass dieselben in Befolgung eines Beschlusses eines Organs der juristischen Person gehandelt haben. Ein Verzicht der juristischen Person auf Erstattungs- oder Ersatzansprüche oder ein Vergleich der juristischen Person über diese Ansprüche ist unwirksam. Dies gilt nicht, wenn der Erstattungs- oder Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht, wenn die Erstattungs- oder Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird oder wenn ein Insolvenzverwalter für die juristische Person handelt.

## 9. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

1

### b) Begründung des RegE-SanInsFoG zu Absatz 4

- ⇒ Zusammenfassung der bisherigen Zahlungsverbote
- ⇒ Der bestehende Streit über die Rechtsnatur des Anspruchs (oben Folie 98) wird nicht entschieden; beide Ansätze werden miteinander verbunden.

## 9. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

1

### b) Begründung des RegE-SanInsFoG zu Absatz 4

⇒ **Vermutung eines Gesamtgläubigerschadens in Höhe der verbotswidrig geleisteten Zahlungen**

- Verweis auf RG v. 30.11.1938 – II 39/18, RGZ 159, 211, 229 f.
- ebenso OGH Wien v. 26.9.2017 – 6 Ob 164/16k, Ziff. 2.3.2. – 2.3.4.
- dazu (kritisch) Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 108, 202 (einzelne Zahlungen haben keinerlei Bezug zu dem Gesamtgläubigerschaden und taugen daher nicht als Vermutungstatbestand); *Bitter*, GmbHHR 2020, 1157, 1158 und *Bitter*, ZIP 2021, 321, 328 f. (immerhin ein „Schritt in die richtige Richtung“)

## 9. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

2

### c) dogmatische Einordnung des § 15b InsO str.

⇒ wie bisher Anspruch eigener Art

- ❖ *Bork/Kebeke*, in KPB, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 5, 64 ff. [Abs. 4 regelt nur eine „Obergrenze“]; A. *Schmidt*, ZRI 2021, 389, 394 f. [schlichte Kodifikation der bisherigen BGH-Rechtsprechung]; *Wolfer*, in BeckOK InsO, 23. Ed. 15.4.2021, § 15b Rn. 26

⇒ besonders ausgestalteter, insolvenzrechtlicher Schadensersatzanspruch

- ❖ *Müller*, GmbHHR 2021, 737, 741 (Rn. 11)

⇒ Absage an die Einzelbetrachtung des BGH; neue Regelungstechnik fällt deutlich in das Lager der Gesamtbetrachtung

- ❖ *Hodgson*, NZI-Beilage 1/2021, S. 85, 87



## 9. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

2

### d) Schadensbemessung

- ⇒ Identität des Gesamtgläubigerschadens mit dem sog. Quotenverminderungsschaden bei § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO?
- bejahend *Wolfer*, in BeckOK InsO, 23. Ed. 15.4.2021, § 15b Rn. 31 f.; *Baumert*, NZG 2021, 443, 448 mit Fn. 94
  - verneinend *Bitter*, ZIP 2021, 321, 329 (Hinweis auf BGH ZIP 2013, 1332 zur Steuerberaterhaftung); *Müller*, GmbHR 2021, 737, 743 (Rn. 13)
  - vgl. zum Unterschied beider Ansätze Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 103

## 9. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

1

### e) Darlegungs- und Beweislast

- ⇒ Entscheidend für die Prozesspraxis wird m.E. zukünftig sein, welche Anforderungen die Gerichte an die Darlegungs- und Substantiierungslast des Geschäftsführers stellen.
- hohe Anforderungen = Gegenbeweis ohne große Bedeutung
    - ❖ vgl. *Gehrlein*, DB 2020, 2393, 2398 + 2399 („alles bleibt beim alten“); optimistischer *Müller*, GmbHR 2021, 737, 743 (kein „totes Recht“)
  - niedrige Anforderungen = „Blockade“ des Prozesses durch Anträge auf Einholung von Sachverständigengutachten
    - ❖ ablehnend *Müller*, GmbHR 2021, 737, 743
  - Mittelweg: Anpassung der Rechtsprechung zum Aktiventausch ⇒ b.w.
    - ❖ *Bitter*, ZIP 2021, 321, 329 ff.

## 9. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

1

### f) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktiventausch?

- ⇒ Fortgeltung und Ausbau, da die Rechtsprechung zum Aktiventausch auf der Linie des neuen § 15b Abs. 4 InsO liegt
- ⇒ Die einzelne Zahlung ist aber nur noch für den Vermutungstatbestand relevant, nicht für die eigentliche Rechtsfolge (Ersatz des Gesamtschuldens der Gläubiger)
- ⇒ Ausweitung der engen Rechtsprechung aus BGH ZIP 2017, 1619, Rn. 10 f., die auf der Einzelbetrachtung beruht:  
„Da der die Erstattungspflicht auslösende Vorgang in der **Schmälerung der Masse durch die einzelne Zahlung** besteht, ist nicht jeder beliebige weitere Massezufluss als Ausgleich dieser Masseschmälerung zu berücksichtigen. ...“

## 9. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

1

### f) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktiventausch?

- ⇒ fehlende Überzeugungskraft der engen Grenzen des Aktiventauschs:
  - Errichtung eines Hauses: Kompensation nur im Umfang des gelieferten Baumaterials, nicht auch im Wert der Pläne von Architekten und Baustatikern oder der Arbeitsleistung der Handwerker?
  - Anbieter von Fachseminaren: keine Kompensation bei Dienstleistung der Referenten oder der Lieferung des Essens durch den Caterer, obwohl das Seminar mit Gewinn abgeschlossen wird?
  - Beratungsleistungen: generell keine Kompensation für Rechtsberatung, die Erstellung von Jahresabschlüssen, Sanierungsgutachten etc.?

## 9. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

1

### f) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktivtausch?

- ⇒ Änderung der BGH-Rechtsprechung durch das neue Recht?
  - ❖ ablehnend A. Schmidt, ZRI 2021, 389, 394 f. (schlichte Fortschreibung)
- ⇒ Gesetzgeber lehnt die BGH-Grundsätze zur Nichtberücksichtigung von Dienstleistungen nur für die Zeiträume fehlender Insolvenzverschleppung ab (Begründung RegE-SanInsFoG zu § 15b Abs. 2 und 3) ⇒ Ausweitung der Sorgfaltsausnahme durch § 15b Abs. 2 Satz 1 InsO (⇒ Folien 129 ff.)
- ⇒ **Problem:** Was soll in Fällen der Insolvenzverschleppung gelten?
  - Gehrlein, DB 2020, 2393 f.: Gefahr, dass es bei der Rspr. bleibt
  - Bitter, ZIP 2021, 321, 330: Heranziehung des allgemeinen Gedankens aus § 15b Abs. 4 InsO (keine Ersatzpflicht bei fehlendem Schaden); vgl. für Dienstleistungen auch Thole, BB 2021, 1347, 1353

## 9. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

1

### g) Kompensation bei mit Gewinn abgeschlossenem Gesamtprojekt?

- ⇒ Vorschlag bei Bitter, ZIP 2021, 321, 330
- ⇒ zustimmend Bork/Kebekus, in KPB, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 71: aber i.d.R. zur Betriebsfortführung erforderlich und deshalb bereits nicht pflichtwidrig [m.E. zweifelhaft wegen § 15b III InsO]
- ⇒ zurückhaltend Thole, BB 2021, 1347, 1353
- ⇒ ablehnend Müller, GmbHR 2021, 737, 743 (Rn. 17: Restriktionen des § 15b Abs. 2 InsO werden unterlaufen); A. Schmidt, ZRI 2021, 389, 395 (hinreichender Schutz über § 15b Abs. 2 InsO)
  - ❖ Argumentation m.E. zweifelhaft, weil Abs. 2 privilegierte Zahlungen betrifft, Abs. 4 Satz 2 hingegen den Haftungsbetrag bei Insolvenzverschleppung regelt

## 9. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

1

### h) Fortbestehende Relevanz der Reihenfolge der Leistungen?

⇒ BGH v. 27.10.2020 – II ZR 355/18, BGHZ 227, 221 = ZIP 2020, 2453, Rn. 41 ff. mit (zu Unrecht) krit. Bespr. *Altmeyden*, ZIP 2021, 1 ff.

Leitsatz: „Eine masseschmälernde Zahlung aus dem Vermögen einer insolvenzreifen Gesellschaft gemäß § 64 Satz 1 GmbHG kann grundsätzlich nicht durch eine Vorleistung des Zahlungsempfängers kompensiert werden.“

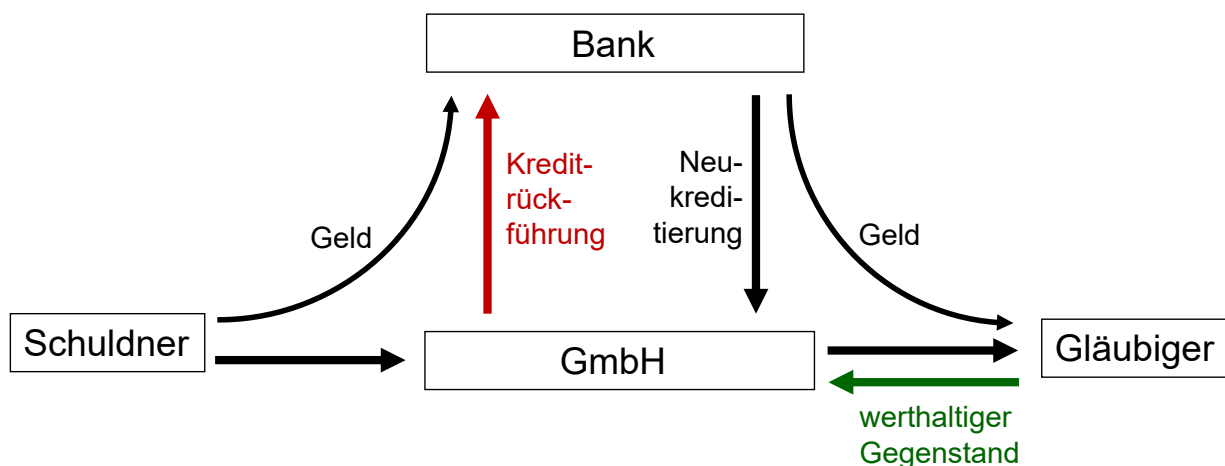
❖ ebenso zuvor Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 147

⇒ grundsätzliche Fortgeltung im neuen Recht, da aus dem Grundprinzip der Zahlungsverbote entwickelt, Masseschmälerungen zu verhindern

⇒ Problemfall: fortgesetzte laufende Lieferbeziehung

## 10. Aktiventausch bei Leistung vom debitorischen Konto

2



BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 148 (Rn. 32 f.)

## 10. Aktiventausch bei Leistung vom debitorischen Konto

- BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480:
  - Rn. 32: keine Kompensation der Rückführung einer Kreditlinie durch erneute Kreditgewährung, da Auszahlung **im debitorischen Bereich** nur ein Gläubigertausch ist, kein Massezufluss
    - ❖ Frage: Warum gilt die Kompensation durch erneute Kreditierung aus BGHZ 203, 218 (⇒ Folie 100) nicht im Verhältnis zur Bank?
  - Rn. 33: Kompensation bei (1) Separierung der erneut in Anspruch genommenen Mittel oder (2) Verwendung der Mittel für die Zahlung an einen (Neu-)Gläubiger, wenn im Gegenzug ein werthaltiger Gegenstand in die Masse gelangt

## 10. Aktiventausch bei Leistung vom debitorischen Konto

- Kritik an BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480:
  - ❖ allgemein wird nur das Verhältnis zum Vertragspartner betrachtet, bei der Bank hingegen zusätzlich auch auf die anschließende Mittelverwendung geschaut. ⇒ willkürliche Ungleichbehandlung
  - ❖ fehlende Trennung zwischen Deckungs- und Valutaverhältnis (s.o.)
  - ❖ fehlende Praktikabilität der Einzelzuordnung
- Die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung für das neue Recht (§ 15b InsO) ist noch völlig offen.

## 11. Kompensation durch Anfechtbarkeit / erfolgte Anfechtung? <sup>3</sup>

- bei (haftungsbewährter) Zahlung vom **kreditorischen** Konto kein Haftungsausschluss durch (ggf. inzwischen verfristete) Anfechtungsmöglichkeit (BGHZ 131, 325 = ZIP 1996, 420), aber Kompensation durch die tatsächlich erfolgreiche Anfechtung (BGH ZIP 2014, 1523 [Rn. 14]; ZInsO 2021, 1684)
- Kompensation des (haftungsbewährten) *Eingangs* auf einem **debitorischen** Konto durch Anfechtung gegen die Bank (BGHZ 206, 52 [Rn. 30])
- bei – nach dem Eingang – erfolgender Auszahlung vom **debitorischen** Konto keine Kompensation durch spätere Anfechtung der Zahlung (BGH ZIP 2014, 1523 [Rn. 14 ff.])
  - ❖ Kritik: Widerspruch zu den Fällen der Mittelverwendung für werthaltige Gegenstände ⇒ Folien 120 f. (a.A. *Cadmus*, KTS 2015, 143 ff.)

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife  
(§ 15b I 1, IV InsO, früher § 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 15b I 2, II, III InsO, früher § 64 Satz 2 GmbHG)**
- V. Zwischenfazit
- VI. Insolvenzverursachende Zahlungen (§ 15b V InsO, früher § 64 Satz 3 GmbHG)
- VII. Haftung aus § 826 BGB für gezahltes Insolvenzgeld

## 1. Alte Rechtsprechung zu § 64 Satz 2 GmbHG a.F. <sup>1</sup>

### a) Zahlungen zur Nachteilsabwendung (sog. Notgeschäftsführung)

- BGH ZIP 2008, 72: bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung)
  - ❖ Kritik: Relevanz allenfalls im Drei-/Sechs-Wochen-Zeitraum des § 15a I InsO, nicht aber bei pflichtwidrig unterlassenem Insolvenzantrag
- enger BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 24): wenn durch Betriebs-einstellung eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht würde
- OLG Brandenburg ZIP 2016, 923, 925 u. 926 (juris-Rn. 39 u. 59): Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs im Rahmen eines ernsthaften Sanierungsversuchs unter Beachtung des Zahlungsverbots

## 1. Alte Rechtsprechung zu § 64 Satz 2 GmbHG a.F. <sup>1</sup>

### a) Zahlungen zur Nachteilsabwendung (sog. Notgeschäftsführung)

- Eigene Ansicht (Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 575 und 588 f.; präzisierend Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 170):
  - ❖ § 64 Satz 2 GmbHG a.F. ist anwendbar in Fällen, in denen trotz Insolvenzsreife (ausnahmsweise) keine Insolvenzantragspflicht besteht:
    - ⇒ Eröffnungsverfahren = Zeitraum nach dem Insolvenzantrag
    - ⇒ Drei-/Sechs-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 InsO
  - ❖ erlaubt sind in diesem Ausnahmefall alle „Zahlungen“, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs im Interesse der Gläubigergesamtheit erforderlich sind

## 1. Alte Rechtsprechung zu § 64 Satz 2 GmbHG a.F.

1

### b) Verhältnis des § 64 GmbHG a.F. zu § 266a StGB (§ 69 AO)

- BGH NJW 2007, 2118 (II. Zivilsenat – Änderung der Rspr.)  
Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bei Insolvenzreife entspricht der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters  
⇒ keine Ersatzpflicht aus § 64 II GmbHG a.F.  
Argument: Pflichtenkollision zwischen Massesicherungsgebot und strafrechtlichem Abführungsgebot aus § 266a StGB.
- BGH ZIP 2009, 1468 (II. Zivilsenat)  
keine Privilegierung bei Zahlung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung; Argument: anders als bei Arbeitnehmerbeiträgen besteht keine Strafbarkeit des Geschäftsführers

## 1. Alte Rechtsprechung zu § 64 Satz 2 GmbHG a.F.

1

### b) Verhältnis des § 64 GmbHG a.F. zu § 266a StGB (§ 69 AO)

- Eigene Ansicht (Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 589 f. und 591 f.):
  - ❖ fehlerhafte Privilegierung einer vor dem Insolvenzantrag selbst verschuldeten Pflichtenkollision durch den BGH  
⇒ einzig sorgfaltsgemäßes Verhalten des Geschäftsführers: Stellung des Insolvenzantrags bei Insolvenzreife, nicht Betriebsfortführung
  - ❖ BGH schafft Probleme im Zeitraum nach dem Insolvenzantrag, in dem es die Pflichtenkollision tatsächlich gibt:
  - ❖ BFHE 259, 423 = ZIP 2018, 22: Der Geschäftsführer haftet auch im Regeleröffnungsverfahren trotz Anordnung eines allgemeinen Zustimmungsvorbehaltes (sog. schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter) grundsätzlich für nicht abgeführte Umsatzsteuer. Argument: keine Kollision mit § 64 Satz 1 GmbHG wegen § 64 Satz 2 GmbHG a.F.



## 2. Normtext der gesetzlichen Neuregelung (§ 15b I, II, III InsO) <sup>1</sup>

(1) Die nach § 15a Absatz 1 Satz 1 antragspflichtigen Mitglieder des Vertretungsorgans und Abwickler einer juristischen Person dürfen nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung der juristischen Person keine Zahlungen mehr für diese vornehmen. **Dies gilt nicht für Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.**

(2) Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen, gelten vorbehaltlich des Absatzes 3 als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar. Im Rahmen des für eine rechtzeitige Antragstellung maßgeblichen Zeitraums nach § 15a Absatz 1 Satz 1 und 2 gilt dies nur, solange die Antragspflichtigen Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife oder zur Vorbereitung eines Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben. Zahlungen, die im Zeitraum zwischen der Stellung des Antrags und der Eröffnung des Verfahrens geleistet werden, gelten auch dann als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar, wenn diese mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters vorgenommen wurden.

## 2. Normtext der gesetzlichen Neuregelung (§ 15b I, II, III InsO) <sup>1</sup>

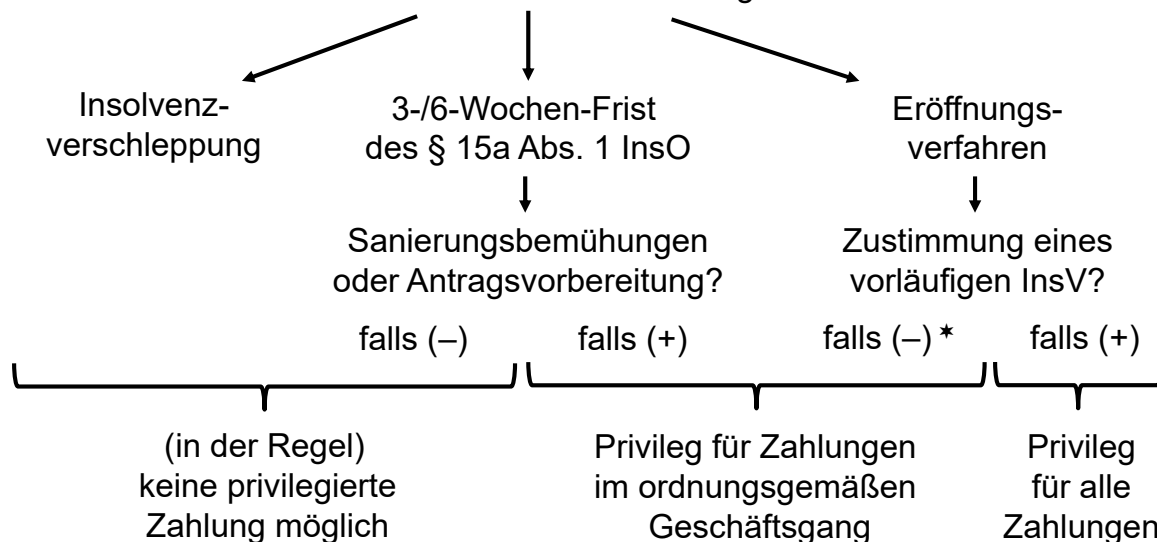
(3) Ist der nach § 15a Absatz 1 Satz 1 und 2 für eine rechtzeitige Antragstellung maßgebliche Zeitpunkt verstrichen und hat der Antragspflichtige keinen Antrag gestellt, sind Zahlungen in der Regel nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.

### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3 <sup>1</sup>

#### a) Begründung zum RegE-SanInsFoG:

- ⇒ Abweichung von der Rechtsprechung des BGH in zweierlei Hinsicht:
- ⇒ bei fehlender Insolvenzverschleppung (laufende 3-/6-Wochen-Frist oder nach Antragstellung) großzügigerer Maßstab für die Sorgfaltsausnahme
  - keine Begrenzung auf sog. Notgeschäftsführung
  - Rspr. zum fehlenden Aktiventausch bei Dienstleistungen zu eng
- ⇒ bei Insolvenzverschleppung i.d.R. keine Anwendung der Sorgfaltsausnahme mehr
  - auch keine Privilegierung mehr bei Zahlung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB) und Steuern (§§ 34, 69 AO)

Anwendbarkeit der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO  
differenziert nach Stadium des Insolvenzgeschehens <sup>1</sup>



\* a.A. bei nicht bestelltem InsV *Gehrlein*, DB 2020, 2393, 2395

### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3 <sup>2</sup>

#### b) Erlaubte Zahlungen bei fehlender Insolvenzverschleppung

- ⇒ *Bitter*, ZIP 2021, 321, 326: Alle Zahlungen, denen ein objektiv denkender Gläubiger im Interesse einer vorläufigen Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zugestimmt hätte; Beispiele: Bezahlung von Löhnen und Mieten; Bestellung von Waren und Dienstleistungen; Betankung von Fahrzeugen; nicht: schlichte Erfüllung von Altverbindlichkeiten und Rückführung von Gesellschafterdarlehen
- ⇒ zust. *Bork/Kebekus*, in KPB, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 43
- ⇒ deutlich restriktiver *Baumert*, NZG 2021, 443, 446 f. mit Kritik am Gesetz
- ⇒ Mittelposition bei *Thole*, BB 2021, 1347, 1353
- ⇒ Begrenzung auf Zahlungen, die einer Überbrückung für wenige Wochen dienen (= keine umfangreichen Investitionen) *Müller*, GmbHHR 2021, 737, 739 (Rn. 5)

### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3 <sup>2</sup>

#### c) Restfälle erlaubter Zahlungen bei Insolvenzverschleppung?

- ⇒ zurückhaltend *Bitter*, ZIP 2021, 321, 326
- ⇒ befürwortend *Gehrlein*, DB 2020, 2393, 2396 (Anlehnung an § 744 Abs. 2 BGB, § 21 Abs. 2 WEG; Beheizung von Gebäuden im Winter; Prämien der Brandschutzversicherung); zust. *Müller*, GmbHHR 2021, 737, 740 (Rn. 8); vgl. auch *Thole*, BB 2021, 1347, 1353 („bedenkenswerter Vorschlag“); ferner *Bork/Kebekus*, in KPB, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 52 („äußerst strenger Maßstab“: Abwehr unmittelbar drohender Schäden; ggf. Zahlungen an existenziell wichtige Lieferanten oder an Arbeitnehmer)

#### 4. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

##### a) Korrektur der fehlerhaften Rechtsprechung durch Absätze 3 und 8

- ⇒ Absatz 3: kein Privileg im Zustand der Insolvenzverschleppung
- ⇒ Absatz 8: Auflösung der Pflichtenkollision bei *fehlender* Verschleppung:  
„Eine Verletzung steuerrechtlicher Zahlungspflichten liegt nicht vor, wenn zwischen dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 oder der Überschuldung nach § 19 und der Entscheidung des Insolvenzgerichts über den Insolvenzantrag Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt werden, sofern die Antragspflichtigen ihren Verpflichtungen nach § 15a nachkommen. Wird entgegen der Verpflichtung nach § 15a ein Insolvenzantrag verspätet gestellt, gilt dies nur für die nach Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters oder Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung fällig werdenden Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis. Wird das Insolvenzverfahren nicht eröffnet und ist dies auf eine Pflichtverletzung der Antragspflichtigen zurückzuführen, gelten die Sätze 1 und 2 nicht.“

#### 4. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

##### b) Begründung des Rechtsausschusses zu § 15b Abs. 8 InsO

- ⇒ Ziel: handhabbare Auflösung der Pflichtenkollision zwischen dem steuerrechtlichen Abführungsgebot und der Pflicht zur Massesicherung
- ⇒ Entlastung der *pflichtgemäß* handelnden Geschäftsführer
- ⇒ **Vorrang der Massesicherungspflicht** = insolvenzrechtlicher Gedanke einer Unzulässigkeit selektiver Zahlung einzelner Verbindlichkeiten
- ⇒ schon bisher keine Haftung bei Ablehnung der Zahlung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter
- ⇒ **Vermeidung von Ausweichstrategien (erst zahlen, dann anfechten)**
- ⇒ bei zu später Antragstellung Entlastung erst ab dem zu späten Antrag (= Anreiz zu nachträglicher Pflichterfüllung); Haftung aus § 69 AO ferner für Nichtzahlungen vor Insolvenzreife

#### 4. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

##### c) Frage: Was ist mit dem parallelen Konflikt zu § 266a StGB?

- ⇒ Die Debatte zu § 266a wurde zwar in der Begründung des Gesetzes angesprochen, nicht aber ausdrücklich im Gesetz (§ 15b Abs. 8 InsO)
  - ❖ sehr kritisch *Rönnau/Wegner*, ZInsO 2021, 1137, 1146 f.: „völlig unklar“; „unbegreiflich“; „nun ist das Chaos perfekt“
- ⇒ **Problem:** Analogie zu § 15b Abs. 8 InsO oder Gegenschluss?
  - ❖ *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17 f.
  - ❖ ausführlich *Berberich*, ZInsO 2021, 1313 ff.

#### 4. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

##### c) Frage: Was ist mit dem parallelen Konflikt zu § 266a StGB?

- ⇒ m.E. liegt eine unbewusste Regelungslücke nahe
  - Zeitdruck im Gesetzgebungsverfahren
  - RefE hatte sich bereits zu sehr auf die Steuerthematik konzentriert
  - Steuerthemen standen im Mittelpunkt der Diskussion des RegE
- ⇒ vergleichbare Interessenlage unproblematisch (s. bisherige BGH-Rspr.)
- ❖ Literatur: *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17 f.; knapp *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 181.1 (Online-Aktualisierung); *Bitter*, ZIP 2021, 321, 328

#### 4. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

2

c) Frage: Was ist mit dem parallelen Konflikt zu § 266a StGB?

⇒ weitere Befürworter der Analogie:

- ❖ *Hodgson*, NZI-Beilage 1/2021, S. 85, 86 f.; *Müller*, GmbHR 2021, 737, 739 (Rn. 6; jedenfalls fehlendes Verschulden bis zur Klärung der Rechtslage); *Rönnau/Wegner*, ZInsO 2021, 1137, 1148 („gut vertretbar“)
- ❖ ausführlich *Berberich*, ZInsO 2021, 1313 ff. (Regelungsbedarf bestand insbes. bei der steuerrechtlichen Haftung)
- ❖ offen *Heinrich*, NZI 2021, 258 ff., insbes. S. 262 (Gesetzgeber muss handeln)

#### 4. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

2

c) Frage: Was ist mit dem parallelen Konflikt zu § 266a StGB?

⇒ Gegner der Analogie:

- ❖ *Baumert*, NZG 2021, 443, 449; *A. Schmidt*, ZRI 2021, 389, 393 (deshalb Abführung weiter sorgfaltsgemäß [m.E. sehr zweifelhaft]); *Thole*, BB 2021, 1347, 1353 (deshalb weiter „Zahlen und anfechten“); *Bork/Kebekus*, in *KPB*, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 56 mit Fn. 167 (fehlende Regelungslücke); vgl. auch *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361, 2366 zum RegE.

## 5. Pflichtenkollision in Durchleitungsfällen?

- BGH NJW 2008, 2504 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.09 (*Bitter*)  
Die Haftung ist nach Satz 2 ausgeschlossen, „wenn der Geschäftsführer bei den Auszahlungen angesichts des Zusammentreffens der Massesicherungspflicht mit der – durch § 266 StGB strafbewehrten – Pflicht zur weisungsgemäßen Verwendung der **fremden Gelder** mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehandelt hat.“
- bestätigt in BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 18)  
Einziehung von Beträgen, die aufgrund einer Sicherungszession der Bank zustehen (**Fremdgelder**), auf einem nicht bei jener Bank geführten Konto und anschließende Weiterleitung an die Bank
- OLG München ZIP 2008, 2169 (bestätigt durch BGH BB 2010, 1609)  
mehrfache Haftung, wenn derselbe Geldbetrag durch mehrere Gesellschaften gelaufen ist und eine Treuepflicht i.S.v. § 266 StGB fehlt, weil **keine Weiterleitung von Fremdgeldern** vorliegt

## 5. Pflichtenkollision in Durchleitungsfällen?

- Eigene Ansicht (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 590 f.):
    - ❖ strafrechtliche Subsumtion des BGH bei § 266 StGB zweifelhaft
    - ❖ eine selbstverursachte Pflichtenkollision entlastet jedenfalls im Zeitraum vor dem pflichtwidrig nicht gestellten Insolvenzantrag generell nicht
  - Keine Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung im neuen Recht wegen der klaren Anordnung in § 15b III InsO
    - ❖ a.A. A. *Schmidt*, ZRI 2021, 389, 393 f.
- ⇒ *Fall Nr. 3 – Bauunternehmen in der Krise (Abwandlung 5)*

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife  
(§ 15b I 1, IV InsO, früher § 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 15b I 2, II, III InsO, früher § 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit**
- VI. Insolvenzverursachende Zahlungen (§ 15b V InsO, früher § 64 Satz 3 GmbHG)
- VII. Haftung aus § 826 BGB für gezahltes Insolvenzgeld

1. Die BGH-Rechtsprechung zu § 64 GmbHG a.F. ist durch eine doppelte Konzeptionslosigkeit geprägt:
  - a) Die Fokussierung auf einzelne Vermögensabflüsse führt nicht nur in Bezug auf die Feststellung der haftungsbegründenden „Zahlung“, sondern auch bei der haftungsausschließenden „Kompensation“ in die Irre, weil eine einheitliche – im Zustand der Insolvenzreife fortgesetzte – Unternehmenstätigkeit willkürlich in Einzelsequenzen aufgespalten wird und dadurch die tatsächliche Masseschmälerung aus dem Blick gerät.
  - b) Der zu weit geratene Haftungsansatz zu § 64 Satz 1 GmbHG a.F. wird mit nicht plausiblen Ausnahmen nach § 64 Satz 2 GmbHG a.F. kombiniert. Vor allem überzeugt die Privilegierung der Zahlung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung und Steuern mit ihren misslichen Konsequenzen insbesondere im Eröffnungsverfahren (BFHE 259, 423 = ZIP 2018, 22) nicht.



2. Der Gesetzgeber hat die misslichen Konsequenzen der Rechtsprechung zu § 64 GmbHG a.F. durch die Neuregelung in § 15b InsO partiell korrigiert und jedenfalls das Verhältnis zwischen dem Massesicherungsgebot und der öffentlich-rechtlichen Pflicht, Beiträge zur Sozialversicherung sowie Steuern abzuführen, durch § 15b Abs. 2, 3 und 8 partiell klargestellt. Unsicherheit besteht jedoch trotz der Neuregelung in § 15b Abs. 4 InsO weiterhin in Bezug auf die Rechtsfolgenseite, weil der Umfang des vom Geschäftsführer nach Satz 2 jener Vorschrift geforderten Gegenbeweises bislang noch zu wenig konturiert ist.

*Bitter*, Zur Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG für  
„Zahlungen nach Insolvenzreife“, WM 2001, 666 - 672

*Bitter*, § 64 GmbHG – Neustart durch den Gesetzgeber erforderlich!,  
in Festheft Knauth, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 - 11

*Bitter/Baschnagel*, Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern  
in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1, ZInsO 2018, 557 - 597

Scholz/*Bitter*, GmbHG – Großkommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64

- *Altmeppen*, Die fortgesetzten Irrtümer über die Zahlungsverbote, ZIP 2021, 1
- *Baumert*, § 15b InsO – offene Praxisfragen beim korrigierenden Eingriff des Gesetzgebers in die Rechtsprechung des II. Senats, NZG 2021, 443
- *Berberich*, Analogie zu § 15b Abs. 8 InsO bei der Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB), ZInsO 2021, 1313
- *Bitter*, Neuregelung und Konzentration der Zahlungsverbote in § 15b InsO, GmbHR 2020, 2393
- *Bitter*, Reform des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts zum 1.1.2021 in Kraft getreten, GmbHR 2021, R16
- ***Bitter*, Geschäftsführerhaftung in der Insolvenz – Alles neu durch SanInsFoG und StaRUG?, ZIP 2021, 321**
- *Brinkmann*, Die Haftung der Geschäftsleiter in der Krise nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), ZIP 2020, 2361

- *Gehrlein*, Neuregelung und Konzentration der Zahlungsverbote in § 15b InsO, DB 2020, 2393
- *H.-F. Müller*, Die Begrenzung der Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen durch das SanInsFoG, GmbHR 2021, 737
- *Poertzgen*, Insolvenzverschleppung in Zeiten von COVInsAG, StaRUG und SanInsFoG, ZInsO 2020, 2509
- *Rönnau/Wegner*, (Weitere) Reform des Insolvenzrechts durch das SanInsFoG – Was bleibt von der Vorrangrechtsprechung?, ZInsO 2021, 1137
- *A. Schmidt*, Die neue Geschäftsleiterhaftung gem. § 15b InsO im Lichte der Rechtsprechung zu § 64 Satz 1 GmbHG a.F. – was bleibt, was ist neu?, ZRI 2021, 389
- *Thole*, Die Geschäftsleiterhaftung im StaRUG und nach § 15b InsO n.F., BB 2021, 1347

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife  
(§ 15b I 1, IV InsO, früher § 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 15b I 2, II, III InsO, früher § 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit
- VI. Insolvenzverursachende Zahlungen  
(§ 15b V InsO, früher § 64 Satz 3 GmbHG)**
- VII. Haftung aus § 826 BGB für gezahltes Insolvenzgeld

- 2
- Verbot von Zahlungen an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten
    - neuer Satz 3 des § 64 GmbHG a.F. eingeführt durch das MoMiG
    - Teilregelung der sog. „Existenzvernichtung“, aber Haftung der Geschäftsführer, nicht der Gesellschafter
    - BGHZ 195, 42 = ZIP 2012, 2391: Zahlungsverweigerungsrecht der Gesellschaft bei Erfüllung des Tatbestands
    - Problem: Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch Leistung auf vorhandene Verbindlichkeit möglich?
      - ❖ BGHZ 195, 42 = ZIP 2012, 2391 (Leitsatz 1): „Die Zahlungsunfähigkeit wird durch eine Zahlung an den Gesellschafter nicht im Sinn des § 64 Satz 3 GmbHG verursacht, wenn die Gesellschaft bereits zahlungsunfähig ist.“
    - Übernahme ohne Änderung ins neue Recht (nun: § 15b V InsO)

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b I 1, IV InsO, früher § 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 15b I 2, II, III InsO, früher § 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit
- VI. Insolvenzverursachende Zahlungen (§ 15b V InsO, früher § 64 Satz 3 GmbHG)
- VII. Haftung aus § 826 BGB für gezahltes Insolvenzgeld**

- ❖ BGHZ 175, 58 = ZIP 2008, 361
  - Haftung aus § 826 BGB bei vorsätzlicher Insolvenzverschleppung, wenn der als unabwendbar erkannte „Todeskampf“ des Unternehmens hinausgezögert + dabei die Schädigung der Unternehmensgläubiger in Kauf genommen wird
  - subjektive Seite des § 826 BGB entfällt bei berechtigtem Vertrauen auf Sanierungsbemühungen
  - kein Schaden der Bundesagentur für Arbeit, wenn Insolvenzgeld auch bei rechtzeitigem Antrag hätte gezahlt werden müssen

**Hinweis zu den Prioritäten für die mündliche Prüfung:**

Auf den Folien ist jeweils rechts oben in der Ecke eine kleine (rote) Ziffer angegeben. Diese hat folgende Bedeutung:

1. Die Folien der ersten Priorität sind oft und intensiv Gegenstand der mündlichen Prüfung. Ihr Inhalt gilt als Basiswissen.
2. Die Folien der zweiten Priorität sind selten und allenfalls kurz Gegenstand der mündlichen Prüfung. Die fehlende Kenntnis dieser Inhalte führt nicht zur Abwertung; ihre Kenntnis kann jedoch für eine Spitzenbewertung („gut“ und „sehr gut“) relevant werden.
3. Die Folien der dritten Priorität sind nie Gegenstand der mündlichen Prüfung. Ihre Kenntnis ist aber gleichwohl für die Insolvenzpraxis wichtig.

**Hinweis zu den Rechtsprechungs- und Literaturangaben:**

Auf den Folien wird insbesondere auf die Rechtsprechung des BGH Bezug genommen, weil diese für die (Insolvenz-)Praxis die Leitlinien vorgibt. Die Lektüre jedenfalls solcher Urteile, die in der Vorlesung als besonders wichtig herausgestellt werden, ist zu empfehlen.

Der Inhalt der Vorlesung kann besonders gut anhand des regelmäßig auf den Folien zitierten und zu Beginn der Vorlesung ausgeteilten Aufsatzes in zwei Teilen (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557 ff. und *Bitter*, ZInsO 2018, 625 ff.) nachgearbeitet werden. Dabei wird insbesondere die Lektüre jener Teile empfohlen, die sich auf Folien der ersten Priorität beziehen. In Bezug auf die neue Regelung des § 15b InsO empfiehlt sich außerdem die Lektüre des Aufsatzes von *Bitter*, ZIP 2021, 321 ff.

Zur Vertiefung wird außerdem öfters auf Scholz/*Bitter*, GmbHG, 12. Aufl. 2018/2021, § 13 Rn. 55 ff., Vor § 64 und § 64 verwiesen. Eine zusätzliche Lektüre jener Kommentierung ist aus meiner Sicht zur Vorbereitung auf die mündliche Prüfung nicht erforderlich, bei vertieftem Interesse aber natürlich weiterführend.

© 2021

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V.

[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)