

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Geschäftsleiterhaftung aus § 64 GmbHG**

**– Aktuelle Entwicklungen zu  
Haftung und Deckung –**

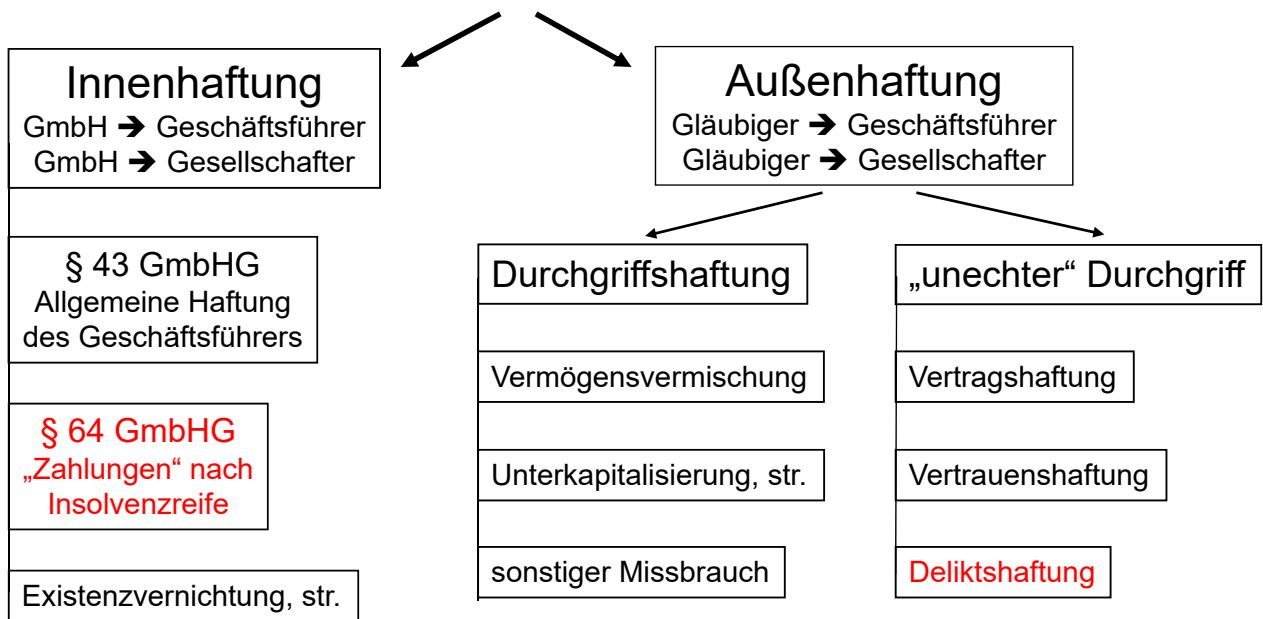
Insurance 360° DLA PIPER SECTOR UPDATE

am 3. September 2019 in Köln

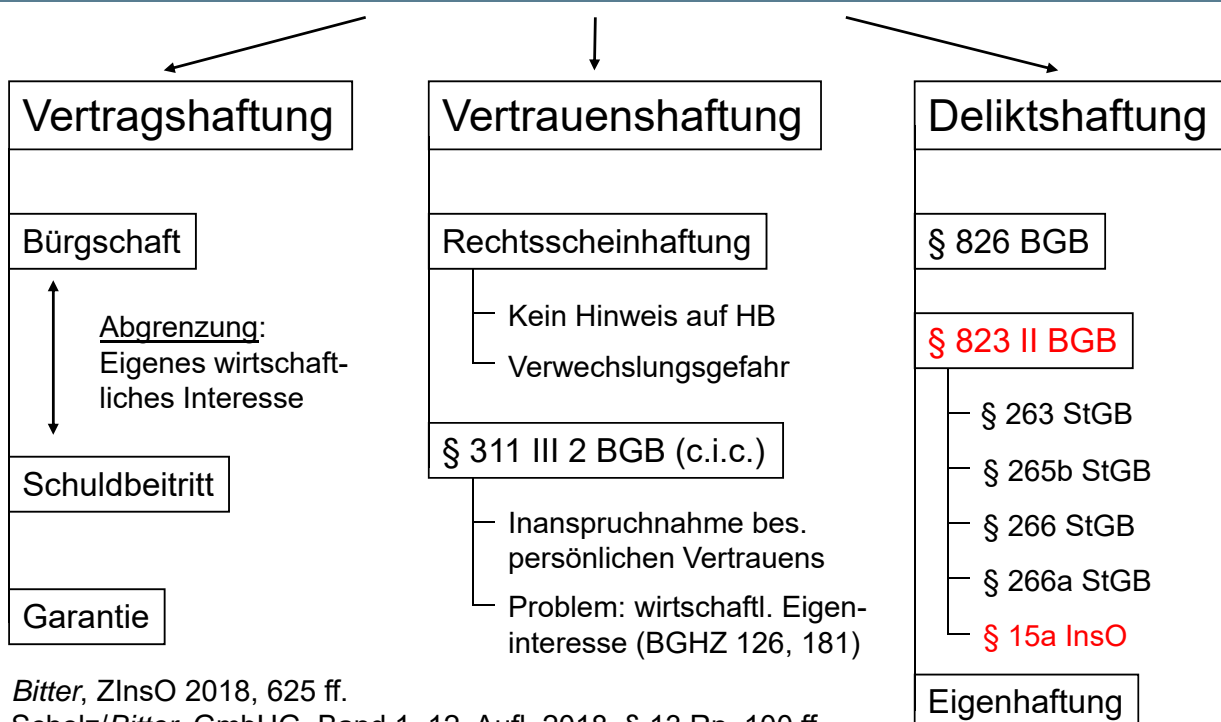
[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

## **Gliederung**

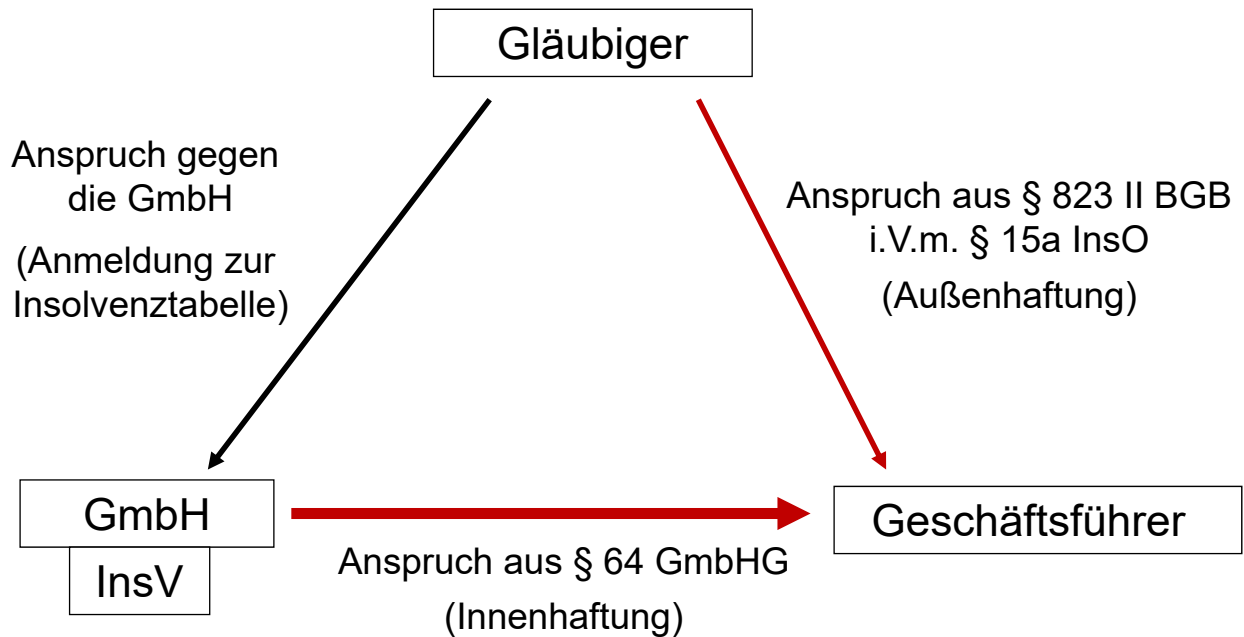
- I. Einführung
- II. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
  - ⇒ Anwendungsbereich: Gesellschaftsformen, zeitlich und international
  - ⇒ Haftungsadressaten: Vorstände und Aufsichtsräte
  - ⇒ Begriff der (verbotenen) „Zahlung“
  - ⇒ Zahlungen vom kreditorischen und debitorischen Konto
  - ⇒ Kompensation durch Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang
- III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- IV. Fazit zu § 64 GmbHG
- V. Deckung durch die D&O-Versicherung?



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

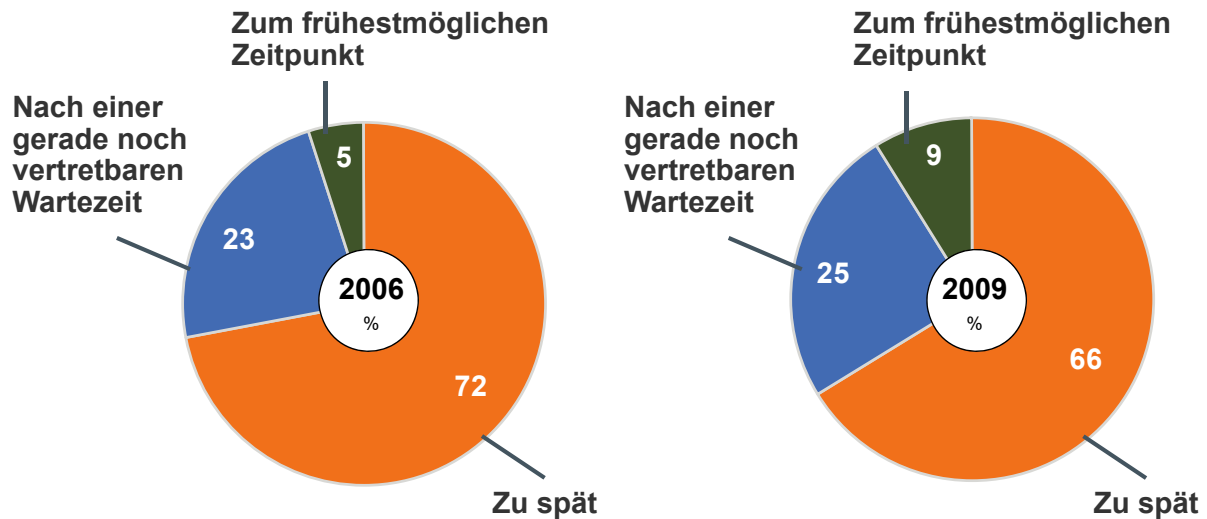


*Bitter, ZInsO 2018, 625 ff.  
Scholz/Bitter, GmbHG, Band 1, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 100 ff.*



- I. Einführung
- II. **Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)**
  - ⇒ Anwendungsbereich: Gesellschaftsformen, zeitlich und international
  - ⇒ Haftungsadressaten: Vorstände und Aufsichtsräte
  - ⇒ Begriff der (verbotenen) „Zahlung“
  - ⇒ Zahlungen vom kreditorischen und debitorischen Konto
  - ⇒ Kompensation durch Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang
- III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- IV. Fazit zu § 64 GmbHG
- V. Deckung durch die D&O-Versicherung?

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



### 1. Anwendungsbereich

Literatur: *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 573 ff.

#### a) Erfasste Gesellschaftsformen

- § 64 GmbHG gilt für die GmbH und die UG (haftungsbeschränkt)
- für die AG gelten §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG
- für die eG gelten §§ 34 III Nr. 4, 99 GenG
- für die oHG und KG ohne natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter gelten §§ 130a I 1, 177a HGB
- BGH ZIP 2010, 1080: keine analoge Anwendung beim Verein

### 1. Anwendungsbereich

#### b) Zeitlicher Anwendungsbereich

- BGH ZIP 2009, 860 (LS 1): Anwendung ab Eintritt der Insolvenzreife, nicht erst nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist des § 15a I 1 InsO
- Anwendbarkeit nach dem Insolvenzantrag streitig, abhängig vom Schutzzweck des § 64 Satz 1 GmbHG
  - h.M.: Schutzfunktion = Erhaltung der verteilungsfähigen Masse ⇒ **Anwendung grundsätzlich auch nach dem Insolvenzantrag**
    - ⇔ keine Anwendung bei starker vorläufiger Insolvenzverwaltung
  - Druckfunktion in Bezug auf die Antragstellung = Verhinderung der Insolvenzverschleppung ⇒ Unanwendbarkeit nach dem Antrag

### 1. Anwendungsbereich

#### b) Zeitlicher Anwendungsbereich

- Argumente für eine Anwendung des § 64 Satz 1 GmbHG nach Antragstellung
  - Wortlaut des § 64 Satz 1 GmbHG enthält keine Begrenzung
  - Pflicht zur Massesicherung auch im Eröffnungsverfahren sinnvoll
  - Unternehmensfortführung im Eröffnungsverfahren wird nicht unmöglich gemacht wegen § 64 Satz 2 GmbHG ⇒ Folie 36
- 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

### 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 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 nach Art. 4 I EuInsVO
  - 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 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

### 2. Haftungsadressat

- GmbH-Geschäftsführer (und entsprechende Organe der anderen erfassten Gesellschaftsformen ⇒ Folie 8)
- 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)
  - ⇒ 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; Schaden i.S.v. § 93 II AktG fehlt regelmäßig)

### 3. Begriff der „Zahlung“

#### 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“

#### 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)

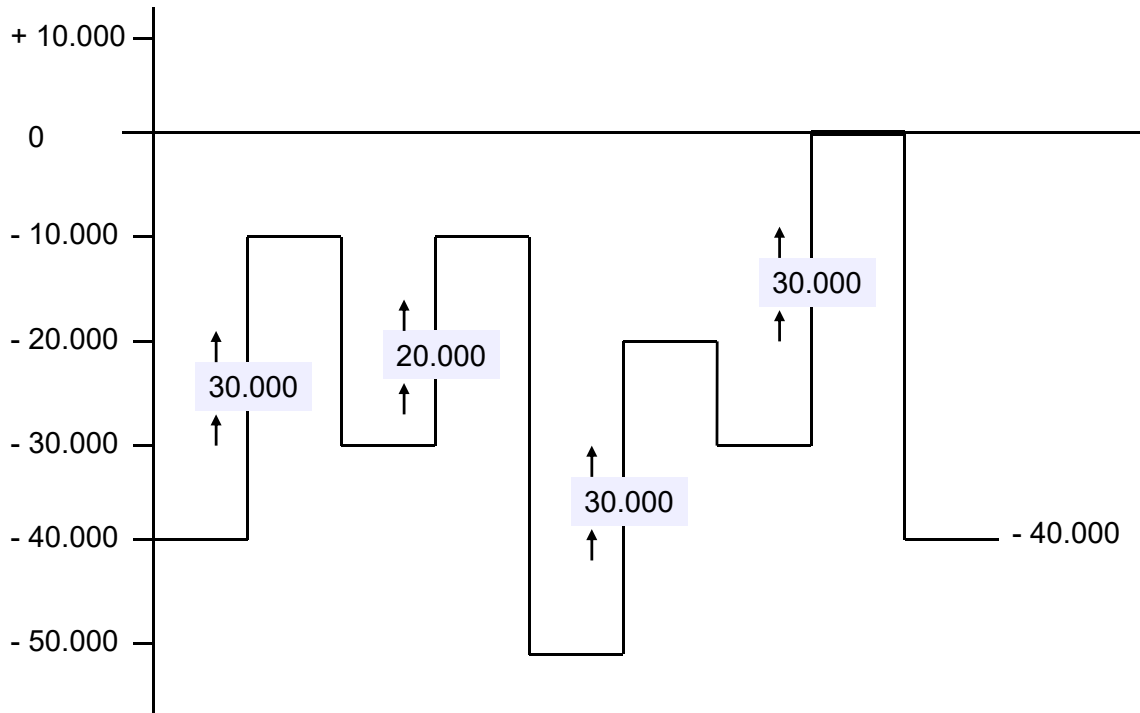
### 3. Begriff der „Zahlung“

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

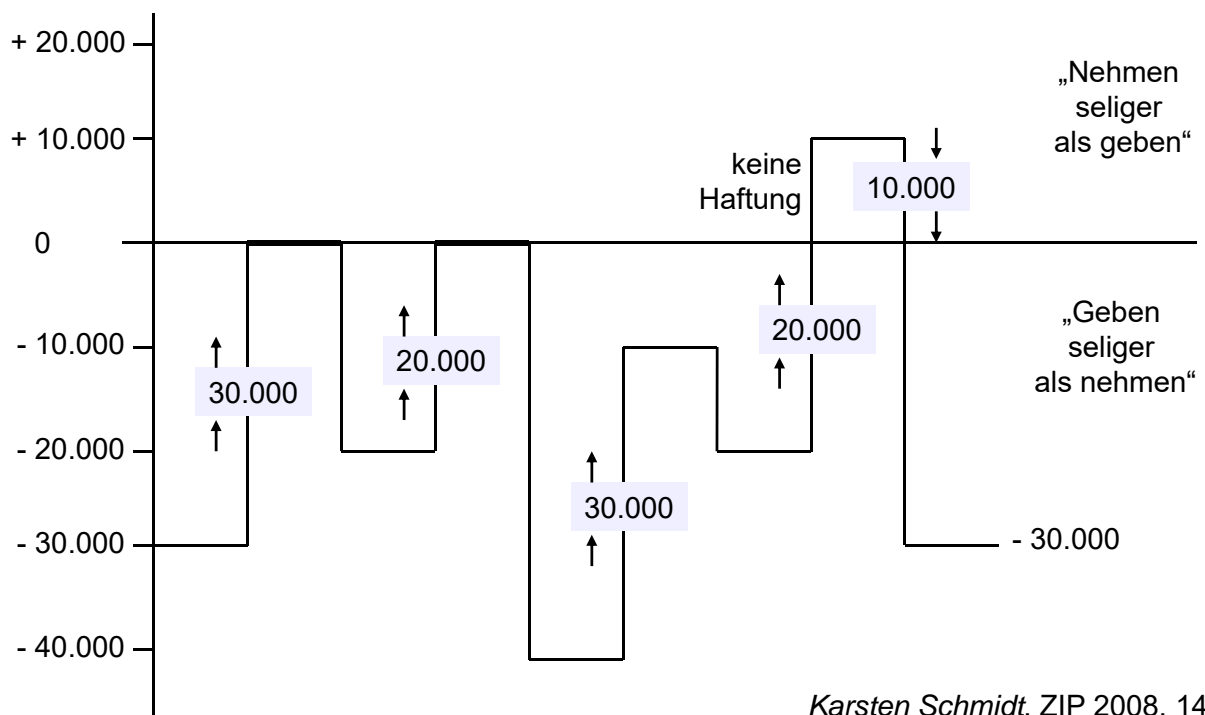
- BGH ZIP 2007, 1006 (Rn. 8); ZIP 2010, 470 (Rn. 10); BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 32): bloßer Gläubigertausch ⇒ Die Forderung der Bank aus dem Kontokorrentkredit tritt an die Stelle der Forderung des befriedigten Gläubigers
- Kritik: fehlende Trennung des Deckungs- und Valutaverhältnisses (und 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.



## II. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)



## II. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)



### 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 20 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.

### 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 = ZIP 2015, 1480 [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 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 34]; BGH WM 2016, 974 [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. *Altmeyden*)
  - aber ggf. Zahlung beim Erwerb der sicherungsübereigneten Ware (BGH ZIP 2016, 364 [Rn. 26])

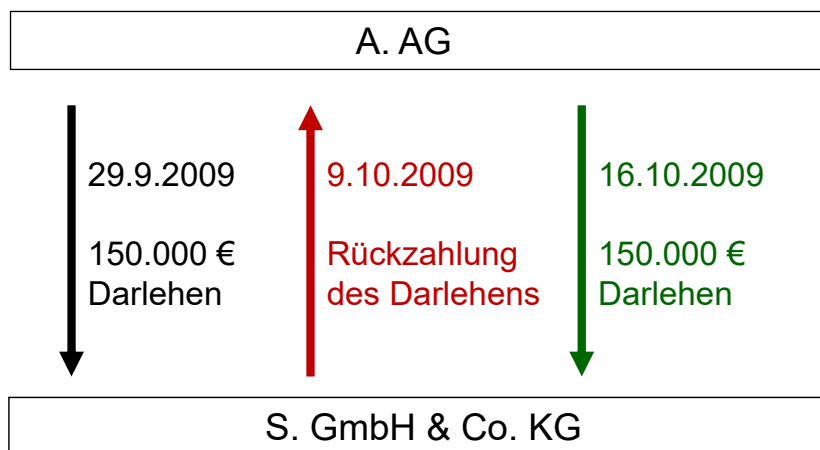
### 4. Hauptproblem: Haftungsumfang

- Rechtsprechung und h.M.: grundsätzlich Ersatz einzelner „Zahlungen“ (Einzelbetrachtung) ⇒ „Ersatzanspruch eigener Art“ – kein Schadensersatz
  - ❖ 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.; *Altmeyden*, 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

### 5. Aktiventausch – Grundzüge

- 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.**

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. Aktiventausch – Grundzüge

- 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

„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

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

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

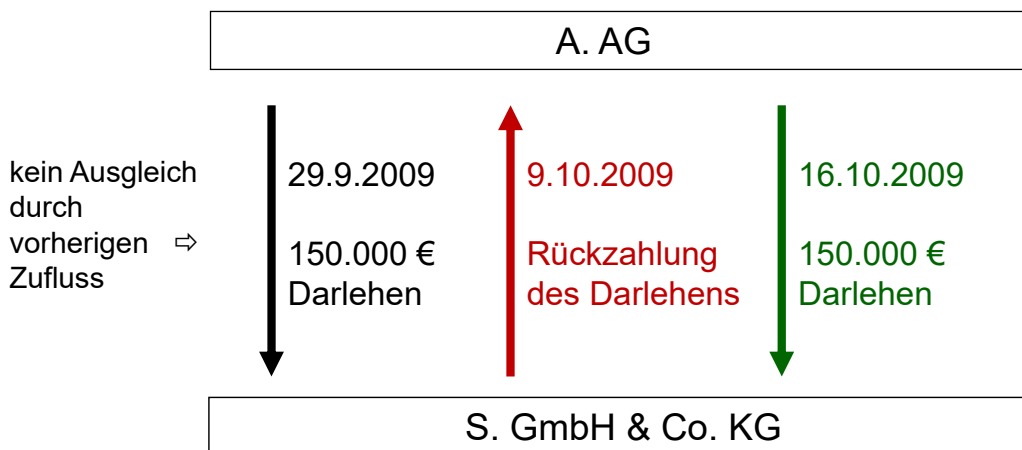
Argument: unterschiedlicher Zweck des Anfechtungsrechts (§§ 129 ff. InsO, insbesondere § 142 InsO) einerseits und der Massesicherungspflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG andererseits

„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. Aktiventausch ↔ Bargeschäft

- Unterschiede zwischen Aktiventausch und Bargeschäft i.S.v. § 142 InsO:
  - Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 Satz 1 GmbHG ist das sehr zweifelhaft.
  - Das Bargeschäft gilt nur bei *gleichwertiger* Gegenleistung, während bei § 64 Satz 1 GmbHG auch eine partielle Gegenleistung angerechnet werden muss (BGHZ 203, 218, Leitsatz 1: „soweit“).
  - Bei § 64 Satz 1 GmbHG 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 25).
  - 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.)

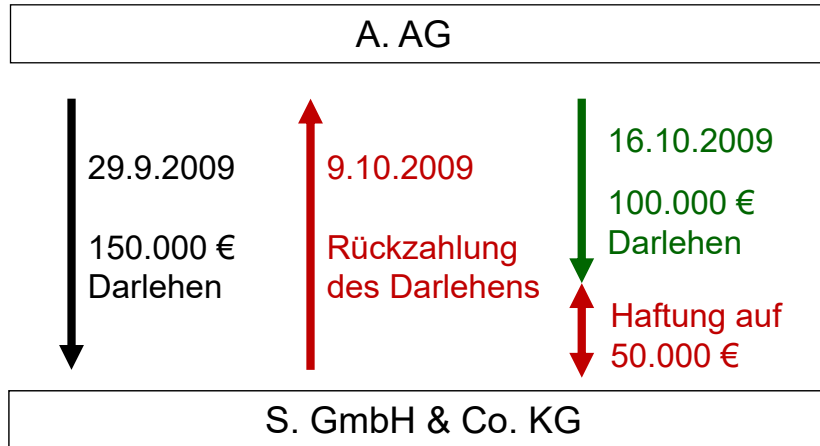
BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 Satz 1 GmbHG ist das sehr zweifelhaft.

## II. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)

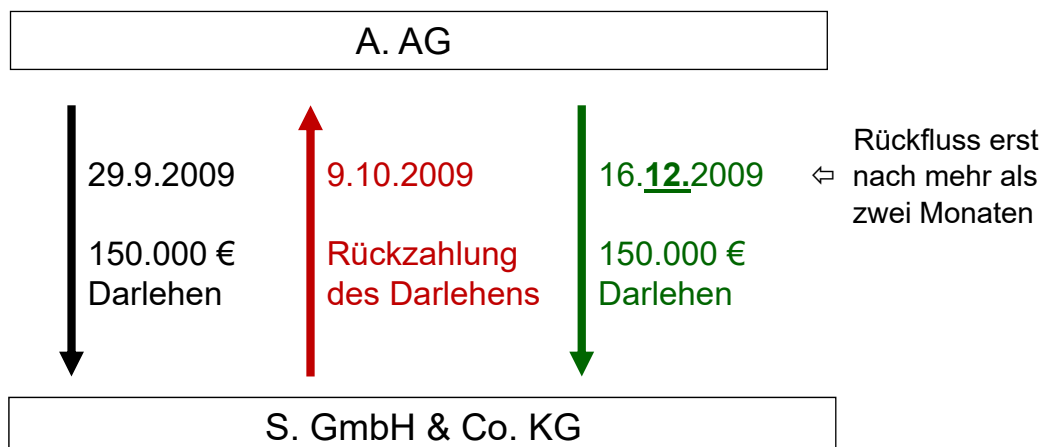
Abwandlung 1 zu BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



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

## II. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)

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



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

### 7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- 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)

### 7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- 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.?
- eigene Ansicht: Einzelbetrachtung führt (auch hier) in die Irre (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 586 f.)



### 7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- Frage auf Basis der BGH-Rechtsprechung: Beweis zulässig, dass durch die Dienst- oder Arbeitsleistung ein Produkt hergestellt wurde, dessen Wert den Preis für die Dienst- oder Arbeitsleistung übersteigt?
  - **Problem**: oft kein direkter Zusammenhang zwischen einer Dienst- oder Arbeitsleistung und einem konkreten „Produkt“
  - *Kordes, NZG 2017, 1140, 1142*: Beweis dürfte selten gelingen
- **Zusatzproblem**: Reihenfolge der Leistungen ⇒ Vertragspartner leistet oft vor ⇒ frühere Leistung kann keinen noch gar nicht entstandenen Anspruch der GmbH entfallen lassen (so aber das Konzept des BGH oben Folie 25)
- **Frage**: Lösung über § 64 Satz 2 GmbHG?
  - m.E. beim Aktiventausch keine Anwendung von Satz 2 neben der vom BGH angenommenen (teleologischen) Einschränkung von Satz 1

- I. Einführung
- II. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
- III. **Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)**
- IV. Fazit zu § 64 GmbHG
- V. Deckung durch die D&O-Versicherung?

## 1. Zahlungen zur Nachteilsabwendung

- BGH ZIP 2008, 72: bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung)
  - ❖ Kritik: Relevanz allenfalls im 3-Wochen-Zeitraum des § 15a I InsO, nicht aber bei pflichtwidrig unterlassenem Insolvenzantrag
- enger BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 24): wenn durch Betriebseinstellung 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. Zahlungen zur Nachteilsabwendung

- Eigene Ansicht (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 575 und 588 f.):
  - ❖ Die eigentliche praktische Bedeutung des § 64 Satz 2 GmbHG liegt im Eröffnungsverfahren = Zeitraum nach dem Insolvenzantrag:
    - ⇒ erlaubt sind alle „Zahlungen“, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs im Interesse der Gläubigergesamtheit erforderlich sind
  - ❖ ab dem Insolvenzantrag besteht im Pflichtenmaßstab eine Parallele zur Haftung aus § 43 GmbHG
    - ⇔ aber: wegen abweichender Rechtsfolge ist § 43 GmbHG kein Ersatz für § 64 Satz 1 GmbHG (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 566 und 574 f.; a.A. *Haas*, ZHR 178 [2014], 603 ff.)

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

- BGHSt 48, 307 = NJW 2003, 3787  
keine Strafbarkeit nach § 266a StGB bei Unterlassen der Abführung an die Sozialkasse in der 3-Wochen-Frist des § 64 I GmbHG a.F. = § 15a I InsO n.F.
- BGH NJW 2005, 2546 (II. Zivilsenat)  
§ 266a StGB begründet in der Insolvenz keinen Vorrang der Ansprüche der Sozialkasse ⇒ Haftung aus § 64 II GmbHG a.F. bei Abführung
- BGH NJW 2005, 3650 (5. Strafsenat)  
Massesicherungspflicht aus § 64 II GmbHG a.F. berührt die Strafbarkeit aus § 266a StGB nicht, wenn der Insolvenzantrag pflichtwidrig nicht gestellt wird
- BFH ZIP 2007, 1604  
Anschluss an die Rspr. des 5. Strafsenats (zur Haftung aus § 69 AO)

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

- BGH NJW 2007, 2118 (II. Zivilsenat – Änderung der Rspr.)  
Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bei Insolvenzureife entspricht der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ⇒ keine Ersatzpflicht aus § 64 II GmbHG a.F.
- BFH ZIP 2009, 122  
Haftung auch in der 3-Wochen-Frist
- BGH ZIP 2009, 1468 (II. Zivilsenat)  
keine Privilegierung bei Zahlung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung;  
Argument: anders als bei Arbeitnehmerbeiträgen besteht keine Strafbarkeit des Geschäftsführers
- BGH ZIP 2011, 422 (II. Zivilsenat)  
Privilegierung bei Zahlung rückständiger Umsatz- und Lohnsteuer

## 2. Verhältnis des § 64 GmbHG 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
  - ❖ unnötiges „Zurückrudern“ des BGH schafft Probleme im Zeitraum nach dem Insolvenzantrag, in dem es die Pflichtenkollision tatsächlich gibt
  - ❖ BFH 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

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

- Eigene Ansicht (Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 589 f. und 591 f.):
  - ❖ Rechtsprechung des 5. Strafsenats zur Anwendung des § 266a StGB trotz des Massesicherungsgebots aus § 64 II GmbHG a.F. (⇒ Folie 37) betrifft nur den Zeitraum vor dem (unterlassenen) Insolvenzantrag
  - ❖ Erst-recht-Schluss aus BGHSt 48, 307 (fehlende Strafbarkeit in der 3-Wochen-Frist des heutigen § 15a I InsO): nach der Antragstellung wird eine Sanierung im *geordneten* Verfahren erstrebt und nicht nur ein letzter eigener Sanierungsversuch
    - ⇒ *Kahlert*, ZIP 2012, 2089, 2090; *Bork*, KTS 2017, 189, 202 f.
    - ⇒ Problem: Erst-recht-Schluss überzeugt nur bei Unanwendbarkeit des § 64 Satz 2 GmbHG = Geltung des § 64 Satz 1 GmbHG

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

➤ Eigene Ansicht (Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 589 f. und 591 f.):

❖ Zusammenfassende Thesen:

- Das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG gilt vor dem Insolvenzantrag uneingeschränkt neben § 266a StGB und § 69 AO. Die Pflichtenkollision hat der Geschäftsführer durch Stellung des Insolvenzantrags selbst aufzulösen.
- Das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG setzt sich auch im Eröffnungsverfahren gegen § 266a StGB und § 69 AO durch, weil es in der insolvenzrechtlichen Wertung durch die Regeln zum Eröffnungsverfahren und die (fast) zwingende Anfechtbarkeit eventuell geleisteter Zahlungen gestützt wird.

- I. Einführung
- II. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
- III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- IV. Fazit zu § 64 GmbHG**
- V. Deckung durch die D&O-Versicherung?

1. Die aktuelle BGH-Rechtsprechung zu § 64 GmbHG 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 wird mit nicht plausiblen Ausnahmen nach § 64 Satz 2 GmbHG 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 sollte die Masseschmälerungshaftung in § 64 GmbHG neu regeln. Nicht nur der Begriff der „Zahlung“ muss klargestellt werden, sondern auch das Verhältnis zwischen dem Massesicherungsgebot und der öffentlich-rechtlichen Pflicht, Beiträge zur Sozialversicherung sowie Steuern abzuführen. Letzteres gilt insbesondere für den Zeitraum nach dem Insolvenzantrag. Die bestehenden Unsicherheiten dürfen nicht länger auf dem Rücken der Geschäftsführer ausgetragen werden.

*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

demnächst: Kommentierung des § 64 GmbHG im Scholz, GmbHG –  
Großkommentar, Band 3, 12. Aufl. 2020

- I. Einführung
- II. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
- III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- IV. Fazit zu § 64 GmbHG
- V. Deckung durch die D&O-Versicherung?**

## 1. Urteil des OLG Düsseldorf v. 20.7.2018 – I-4 U 93/16, ZIP 2018, 1542 = VersR 2018, 1314 (juris-Rn. 79 ff.)

- Der Versicherungsschutz einer D&O-Versicherung umfasst nicht den Anspruch einer insolvent gewordenen Gesellschaft gegen ihren versicherten Geschäftsführer auf Ersatz insolvenzrechtswidrig geleisteter Zahlungen der Gesellschaft gemäß § 64 GmbHG.
- Auslegung des konkreten Versicherungsvertrags. Danach wird Versicherungsschutz gewährt „für den Fall, dass eine versicherte Person ... wegen einer ... Pflichtverletzung ... für einen Vermögensschaden von der Versicherungsnehmerin oder einem Dritten (hierzu zählt auch der Insolvenzverwalter) auf **Schadensersatz** in Anspruch genommen wird. ...“

## 2. Vergleichbare Versicherungsbedingungen aus der Praxis

- Versicherer 1

„Versicherungsschutz für den Fall, dass versicherte Personen wegen einer bei der versicherten Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung auf Ersatz eines Vermögensschadens in Anspruch genommen werden.“

„Der Versicherungsschutz umfasst auch Inanspruchnahmen gemäß §§ 34, 69 Abgabenordnung (AO) oder vergleichbaren ausländischen Rechtsvorschriften, gemäß **§ 64 Satz 1 GmbHG und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG**, ...“

„Vermögensschaden ist jeder Schaden, der weder in der Tötung, Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung von Personen (Personenschaden) noch in der Vernichtung, Beschädigung oder dem Abhandenkommen von Sachen (Sachschaden) besteht, noch sich aus solchen Schäden herleitet (Folgeschaden).“

„Wird ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Versicherungsnehmerin gestellt, besteht der Versicherungsschutz uneingeschränkt fort.“



## 2. Vergleichbare Versicherungsbedingungen aus der Praxis

### ➤ Versicherer 2

„Den versicherten Personen wird Versicherungsschutz gewährt, wenn sie wegen einer Pflichtverletzung in Ausübung einer Tätigkeit als versicherte Person (Pflichtverletzung) erstmals schriftlich für einen Vermögensschaden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden (Haftpflicht-Versicherungsfall).“

„Schäden, die sich aus Personen- oder Sachschäden herleiten, gelten nicht als Vermögensschäden.“

Versicherte Personen: „... **Eigenverwalter in einem Eigenverwaltungsverfahren gemäß §§ 270ff InsO** ...“

„Wird während einer Versicherungsperiode ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Versicherungsnehmerin gestellt, wird Versicherungsschutz auch für Versicherungsfälle wegen nach Stellung dieses Antrags begangener Pflichtverletzungen gewährt.“

## 2. Vergleichbare Versicherungsbedingungen aus der Praxis

### ➤ Versicherer 3

„Der Versicherer gewährt den versicherten Personen weltweit Versicherungsschutz, wenn sie wegen Pflichtverletzungen aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen versicherten Schaden in Anspruch genommen werden.“

„Versicherungsschutz besteht für Vermögensschäden ... Vermögensschäden sind Schäden, die weder Personenschäden (...), noch Sachschäden (...) sind, noch sich aus solchen Schäden herleiten.“

„Der Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft führt nicht zu einer Beendigung des Versicherungsschutzes.“

## 2. Vergleichbare Versicherungsbedingungen aus der Praxis

### ➤ Versicherer 4

„Der Versicherer gewährt weltweit Versicherungsschutz für den Fall, dass eine versicherte Person während der Dauer der Versicherung wegen einer Pflichtverletzung, die sie in ihrer Eigenschaft gemäß nachfolgender Ziffer I.2. begangen hat, aufgrund gesetzlicher Haftpflicht-Bestimmungen für einen Vermögensschaden erstmals schriftlich in Anspruch genommen wird ...“

„Vermögensschäden sind solche Schäden, die weder Personenschäden (...) noch Sachschäden (...) sind, noch sich aus solchen Schäden herleiten.“

„Versicherungsschutz erstreckt sich auch auf Liquidatoren der Versicherungsnehmerin ..., sofern diese nicht aufgrund eines externen Dienstleistungsvertrages tätig sind und die Liquidation nicht im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erfolgt.“

## 2. Vergleichbare Versicherungsbedingungen aus der Praxis

### ➤ Versicherer 5

„Der Versicherer gewährt ... Versicherungsschutz für den Fall, dass versicherte Personen wegen Pflichtverletzungen ... für einen Vermögensschaden erstmals schriftlich in Anspruch genommen werden.“

„Vermögensschäden sind Schäden, die weder Personen- noch Sachschäden sind und sich auch nicht unmittelbar daraus herleiten.“

„Versicherungsschutz besteht auch für Liquidatoren der Versicherungsnehmerin ..., sofern diese nicht aufgrund eines externen Dienstleistungsvertrages für die Versicherungsnehmerin oder deren Tochtergesellschaften tätig sind und / oder sofern die Gesellschaft nicht in einem Insolvenzverfahren liquidiert wird.“

„Im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Tochtergesellschaft oder der Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse gilt der Versicherungsschutz für Pflichtverletzungen bis zu diesem Zeitpunkt.“

## 2. Vergleichbare Versicherungsbedingungen aus der Praxis

### ➤ GDV-Musterbedingungen

„Der Versicherer gewährt Versicherungsschutz für den Fall, dass ein gegenwärtiges oder ehemaliges Mitglied des Aufsichtsrates, des Vorstandes oder der Geschäftsführung des Versicherungsnehmers oder einer Tochtergesellschaft (versicherte Personen) wegen einer bei Ausübung dieser Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung **aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird.**“

„Vermögensschäden sind solche Schäden, die weder Personenschäden (...) noch Sachschäden (...) sind noch sich aus solchen Schäden herleiten.“

„Im Fall der Stellung eines Insolvenzantrags über das Vermögen des Versicherungsnehmers oder einer Tochtergesellschaft erstreckt sich der Versicherungsschutz für die versicherten Personen des betroffenen Unternehmens nur auf Haftpflichtansprüche infolge von Pflichtverletzungen, die **bis zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung** begangen worden sind.“

## 3. Argumente des OLG Düsseldorf + Gegenargumente

- § 64 GmbHG ist kein gesetzlicher Haftpflichtanspruch, der unter einen D&O-Versicherungsschutz für Schadensersatz fällt. (juris-Rn. 82)
- Schutzzweck der Norm ist nicht ein Schaden des Unternehmens, sondern der Erhalt der Insolvenzmasse. (juris-Rn. 83 + 90)
- Die Haftung aus § 64 GmbHG ist unabhängig davon, ob der Gesellschaft ein Vermögensschaden entsteht und damit kein Schadensersatzanspruch, sondern ein „Ersatzanspruch eigener Art“. (juris-Rn. 83 + 87 ff.)
- ⇔ Der einer juristischen Person zugeordnete Anspruch besteht immer im Drittinteresse, bei § 43 GmbHG überwiegend im Interesse der Gesellschafter (Abs. 1 + 2), aber auch im Interesse der Gläubiger (Abs. 3). Die Geschäftsleitung bewegt sich immer im Spannungsfeld zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteresse und hat beide Interessen zu wahren.

### 3. Argumente des OLG Düsseldorf + Gegenargumente

- Der Geschäftsführer kann nicht geltend machen, es sei kein Schaden oder ein geringerer Schaden entstanden. (juris-Rn. 92)
- ⇔ neue Rechtsprechung führt zum Haftungsausschluss bei Kompensation des Vermögensabflusses = Aktivtausch ⇒ Folien 23 ff.
- ⇔ BGHZ 146, 264: Dem Geschäftsführer wird im Urteil vorbehalten, seinen Gegenanspruch in Höhe der „ersparten“ Insolvenzquote gegen den Insolvenzverwalter zu verfolgen.
- ⇔ Anspruch des Geschäftsführers analog § 255 BGB auf Abtretung des Insolvenzanfechtungsanspruchs gegen den Empfänger der „Zahlung“ (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 594)
- ❖ *Markgraf/Henrich*, NZG 2018, 1290, 1294; *Wilhelm*, ZInsO 2019, 768, 769 f.

### 3. Argumente des OLG Düsseldorf + Gegenargumente

- Ein Mitverschulden oder eine eventuelle Gesamtschuld mehrerer handelnder Personen, die nicht versicherte Person sind, kann nicht geltend gemacht werden. (juris-Rn. 92)
- ⇔ Jedenfalls eine Gesamtschuld mehrerer Geschäftsführer ist denkbar.
  - ❖ *Schwencke/Röper*, ZInsO 2018, 1937, 1938
- ⇔ Der Mitverschuldenseinwand ist allein aufgrund der Sachlogik ausgeschlossen, da die von § 64 GmbHG geschützten Gläubiger nicht (in der Geschäftsleitung) handeln.
- ⇔ kein Mitverschuldenseinwand auch bei § 110 SGB VII
  - ❖ *Armbrüster/Schilbach*, ZIP 2018, 1853, 1859

### 3. Argumente des OLG Düsseldorf + Gegenargumente

- Deckungslücken können zwar entstehen. Für den versicherten Personenkreis ist jedoch „bei verständiger Würdigung“ ersichtlich, dass die D&O-Versicherung nicht gegen jegliche Inanspruchnahme schützt. (juris-Rn. 84 f.)
- Die versicherte Person hat zwar ein Interesse an weitgehender Absicherung. Die Einbeziehung des § 64 GmbHG führt aber zu einer nicht beabsichtigten Ausweitung des Leistungsversprechens. (juris-Rn. 95 f.)
- ⇔ Bei einer Versicherung für fremde Rechnung ist das Interesse der geschützten Geschäftsleiter entscheidend; für diese ist nicht bedeutend, ob der Schaden bei „der GmbH“ oder der Gläubigergesamtheit entsteht.
  - ❖ *Markgraf/Henrich*, NZG 2018, 1290, 1293 f.; ausführlich *Armbrüster/Schilbach*, ZIP 2018, 1853, 1855 ff. (Passivenversicherung; Gläubigerschutz als Reflex)

### 3. Argumente des OLG Düsseldorf + Gegenargumente

#### Fortsetzung der Kritik:

- ⇔ Sicht des durchschnittlichen Versicherungsnehmers: nur Personen- und Sachschäden sind ausgenommen; die dogmatischen Feinheiten des § 64 GmbHG sind für den typischen Versicherungsnehmer nicht erkennbar und daher für ihn irrelevant
- ⇔ Einer der wichtigsten Haftungsfälle (§ 64 GmbHG) kann nach dem Verständnis des Versicherungsnehmers nicht von der Haftung ausgenommen sein.
  - ❖ *Schwenke/Röper*, ZInsO 2018, 1937, 1939 f.
  - ❖ *Wilhelm*, ZInsO 2019, 768, 769

#### 4. Haftungsausschluss bei „wissentlicher“ Pflichtverletzung

- verneint im konkreten Fall vom OLG Düsseldorf v. 20.7.2018 – I-4 U 93/16, ZIP 2018, 1542 = VersR 2018, 1314 (juris-Rn. 65 ff.)
- Je weiter die Krise vorangeschritten ist, desto eher liegt „wissentliches“ Handeln nahe. ⇒ Der Insolvenzverwalter sollte sich möglichst auf frühe Zahlungen stützen.
- ❖ *Wilhelm*, ZInsO 2019, 768, 772

#### 5. Exkurs: Diskussion zur (vorläufigen) Eigenverwaltung: Erfasst die D&O-Versicherung die Haftung analog §§ 60, 61 InsO?

- Hintergrund: Frage, ob die Organe des eigenverwaltenden Schuldners analog §§ 60, 61 InsO haften
  - ⇒ h.M. früher ablehnend (insbes. OLG Düsseldorf ZIP 2017, 2211); Haftung allein nach gesellschaftsrechtlichen Regeln
  - ⇒ die Analogie befürwortend sodann aber BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 m. zust. Anm. *Bitter*, zuvor z.B. schon *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 856 f.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 571 f.

## 5. Exkurs: Diskussion zur (vorläufigen) Eigenverwaltung: Erfasst die D&O-Versicherung die Haftung analog §§ 60, 61 InsO?

- offen: *Thole*, EWiR 2018, 339, 340; *HRI/Flöther*, 3. Aufl. 2019, § 18 Rn. 33
- ablehnend: *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C. II. „über die D&O-Versicherung bisheriger Prägung hinausgehend“; „Kosten sind der Masse aufzuerlegen“); *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237 („oftmals Klauseln ..., die eine Eintrittspflicht in diesen Fällen ausschließen“; Versicherungsmarkt wird die Frage mittelfristig regeln; Einpreisung des Risikos in die Vergütung); ablehnend wohl auch – mit der Empfehlung, bestehende D&O-Policen auf die Erfassung von Haftungsansprüchen analog §§ 60, 61 InsO zu überprüfen – *Swierczok/Baron von Hahn*, BB 2018, 1358; *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406; *Henne/Dittert*, DStR 2018, 1671, 1676
- zw. § 60 InsO und § 61 InsO differenzierend *Wilhelm*, ZInsO 2019, 768, 770 f.

© 2019  
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)