

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG**

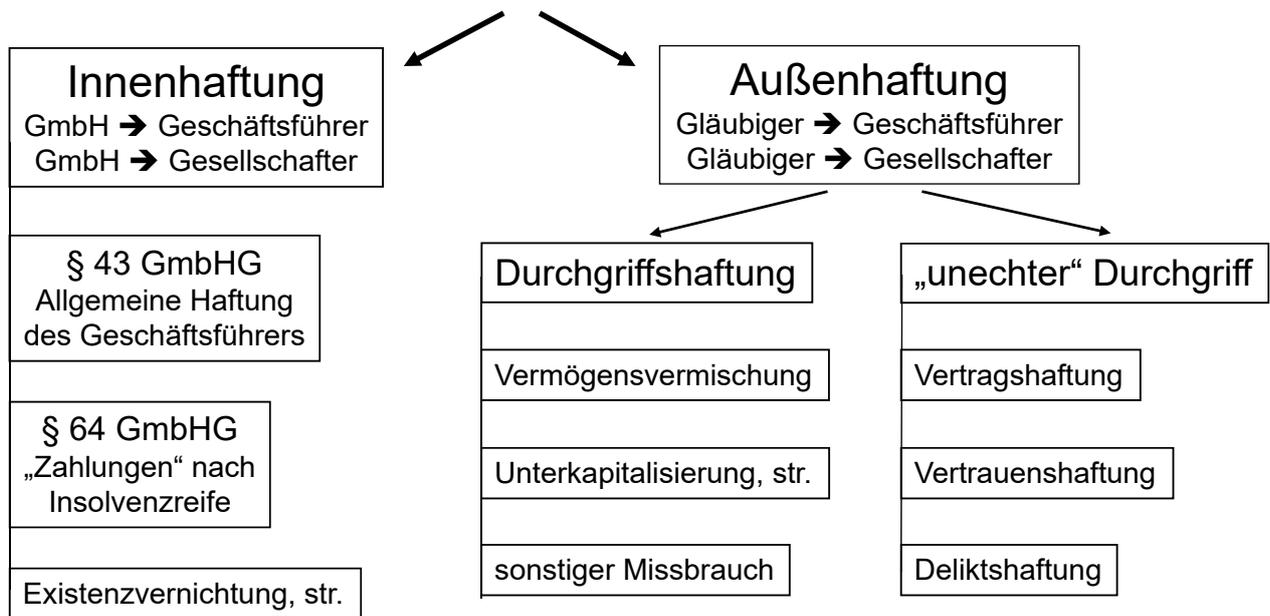
**– Analyse der aktuellen Rechtsprechung –**

FORUM-Seminar „Organhaftung in Krise und Insolvenz  
und Beraterhaftung“ am 29. April 2019 in Frankfurt

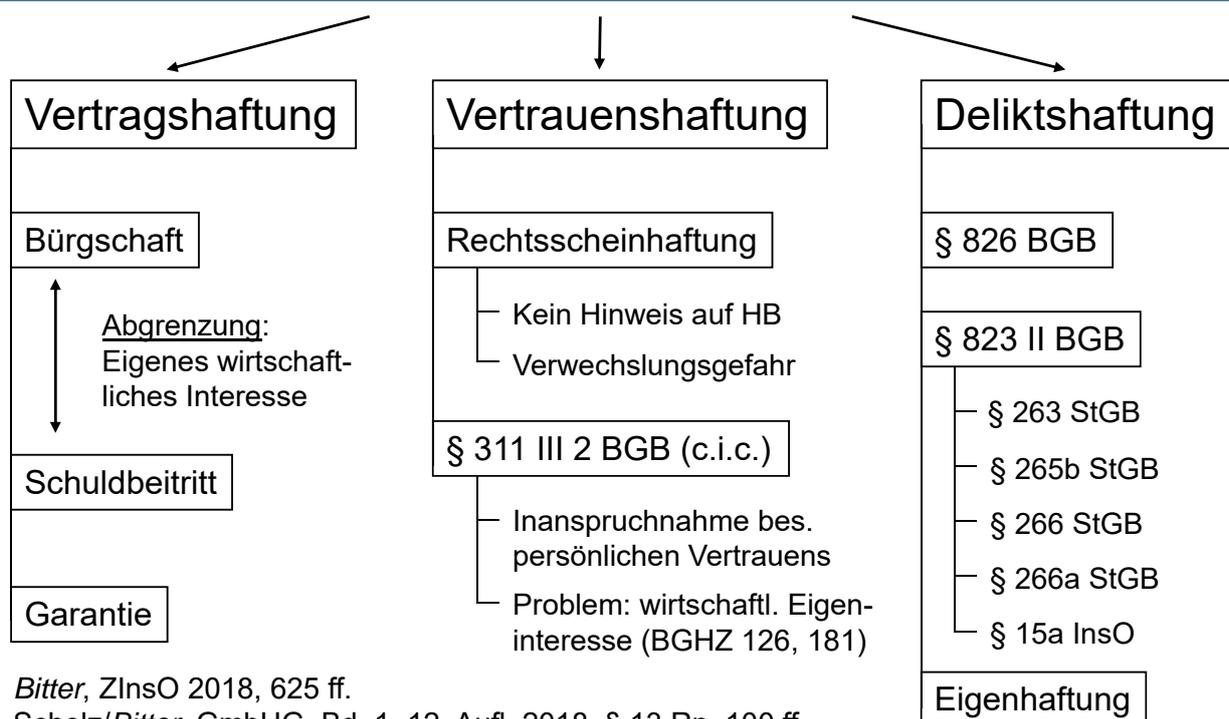
[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

## **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



*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, Bd. 1, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 100 ff.

## I. Einführung

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

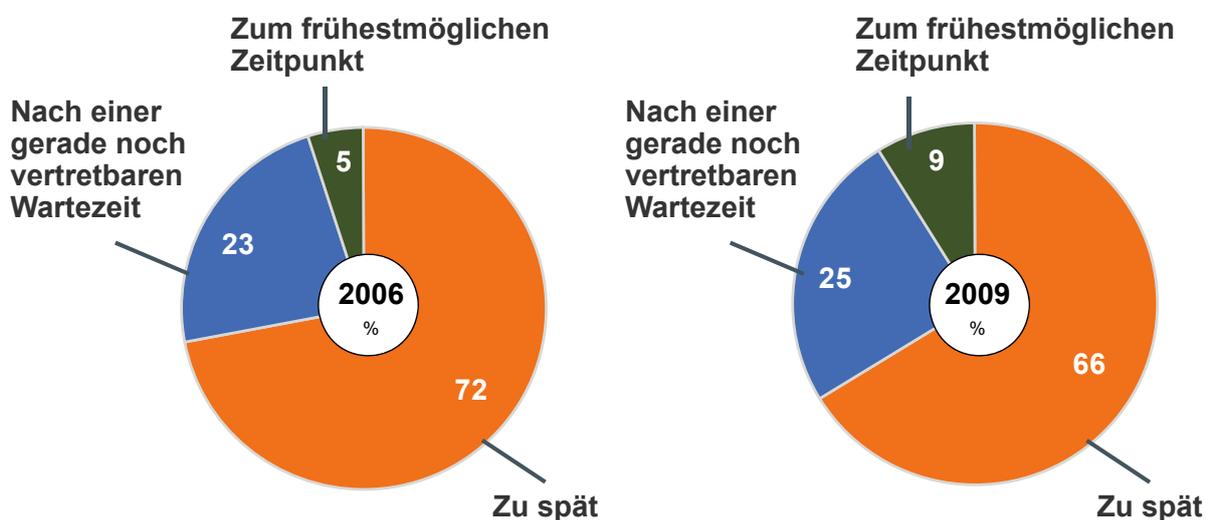
- ⇒ Anwendungsbereich: Gesellschaftsformen, zeitlich und international
- ⇒ Haftungsadressaten: Vorstände und Aufsichtsräte
- ⇒ Begriff der (verbotenen) „Zahlung“
- ⇒ Zahlungen vom kreditorischen und debitorischen Konto
- ⇒ Kompensation durch Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang

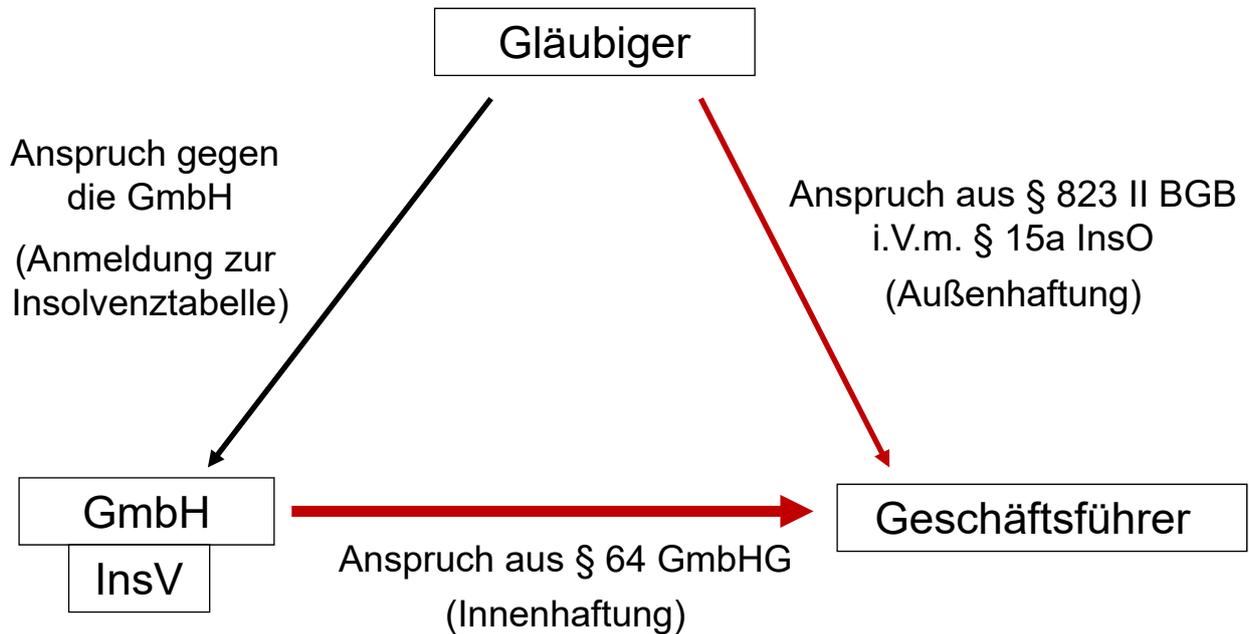
## III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)

## IV. Fazit zu § 64 GmbHG

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

### 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 Antrag
    - ⇔ 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 41
- 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“

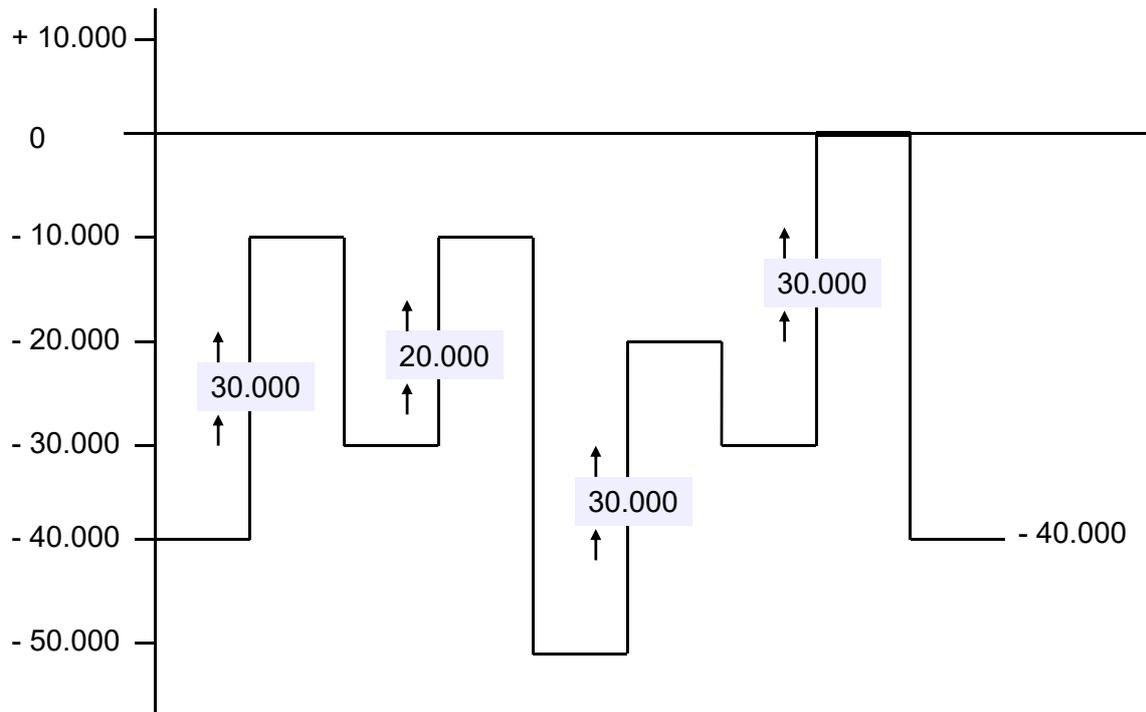
- BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184: Einzug von Kundenschecks auf ein *debitorisches* Bankkonto
  - ❖ Zahlung an die Bank durch Rückführung der Kreditlinie
- BGH ZIP 2007, 1006: Zahlungen von Gesellschaftsschuldern auf ein *debitorisches* Bankkonto der GmbH (Grund der Haftung: fehlende „Umleitung“ der Beträge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

### 3. Begriff der „Zahlung“

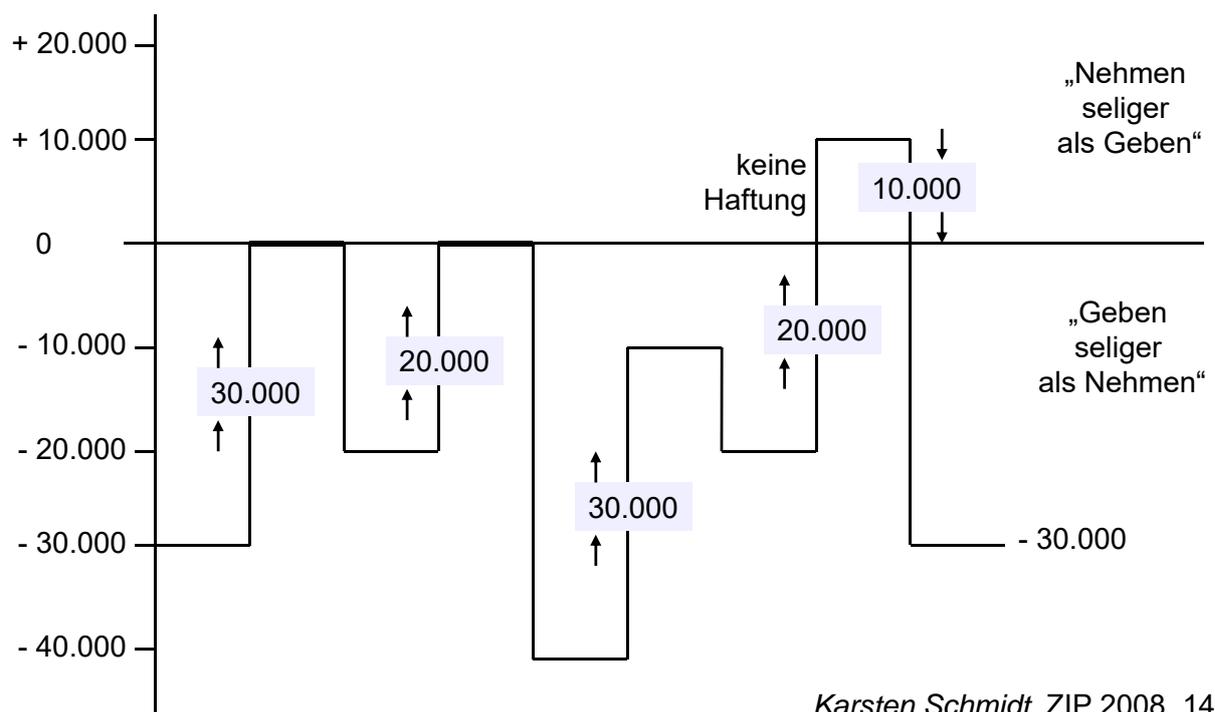
#### c) Kontoausgang beim debitorischen Konto keine „Zahlung“

- 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 [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])

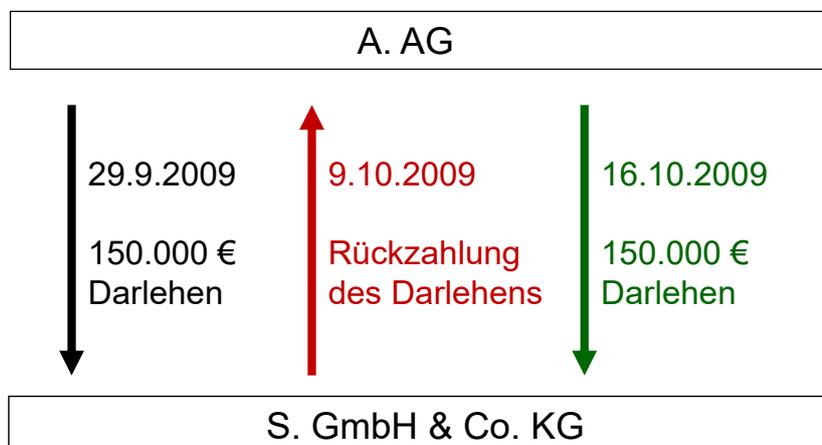
### 4. Hauptproblem: Haftungsumfang

- Rechtsprechung und h.M.: 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

### 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)

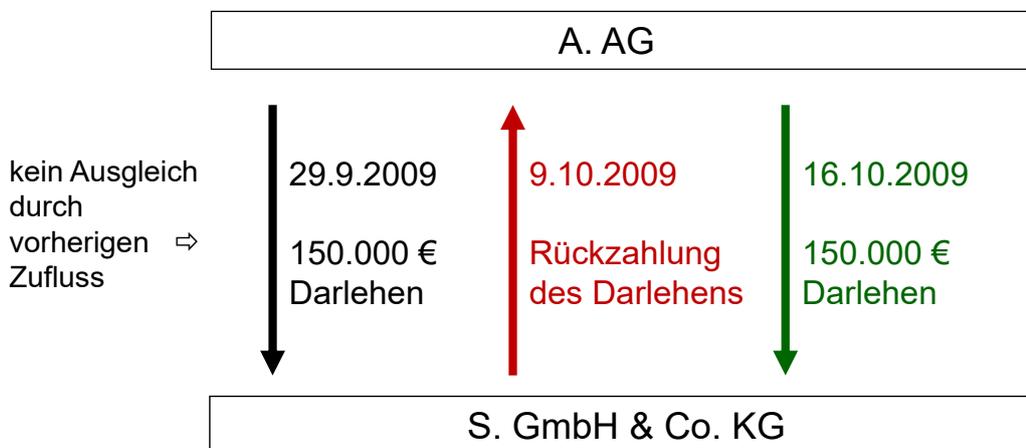
Argument: unterschiedlicher Zweck des Anfechtungsrechts (§§ 129 ff. InsO, insbesondere § 142 InsO) einerseits und der Massesicherungspflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG andererseits

„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.)

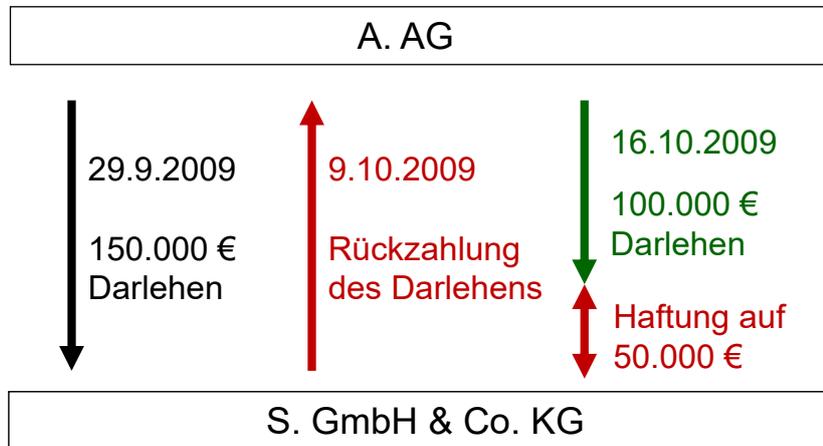
BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



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)

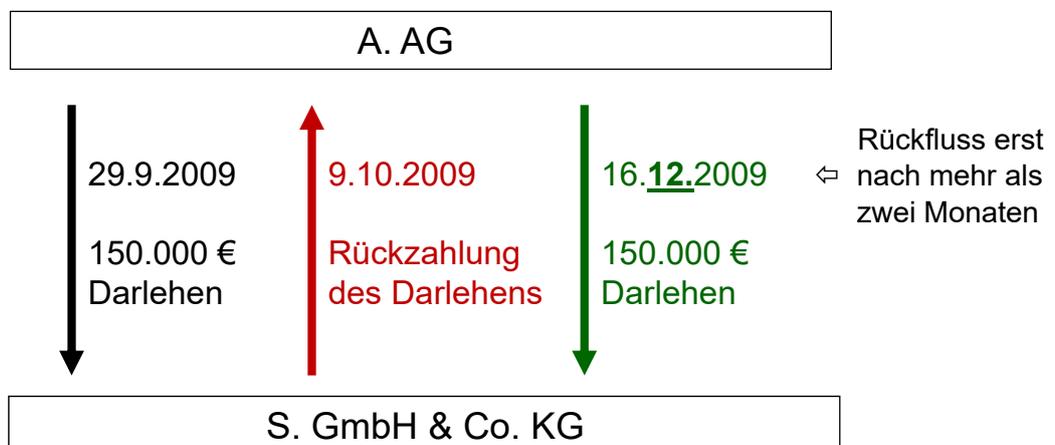
Abwandlung 1 zu BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



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.)

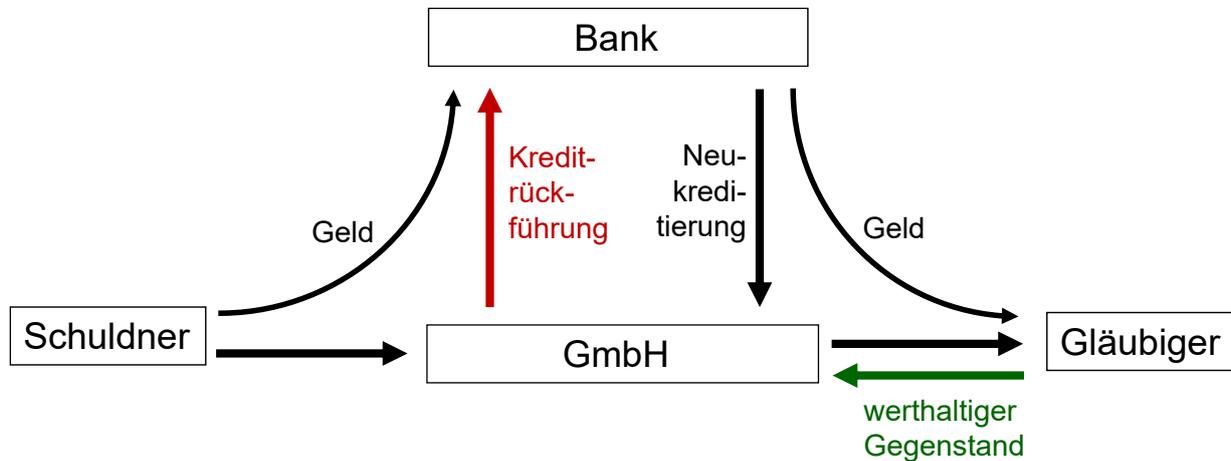
### 7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- 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

### 8. Kein Aktiventausch in Durchleitungsfällen

- 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 § 64 Satz 2 GmbHG s.u. Folien 49 f.

### 9. Aktivtausch bei Leistung vom debitorischen Konto



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

### 9. Aktivtausch 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 24) 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

### 9. 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
- Folgefragen:
  - ❖ Reicht die Separierung für eine (logische) Sekunde?
  - ❖ Folgen für die Direktlieferung von Waren (sog. Geheißerwerb)?  
Kompensation nur bei zwischenzeitlicher „Greifbarkeit“ bei der GmbH?

### 10. Kompensation durch Anfechtbarkeit / erfolgte Anfechtung?

- 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])
- 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 35 f. (a.A. *Cadmus*, KTS 2015, 143 ff.)

- I. Einführung
- II. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
- III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)**
- IV. Fazit zu § 64 GmbHG

### 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 Insolvenzzreife 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 Insolvenzzreife, 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 42) 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 Pflichten-kollision 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.

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

- Alternative Lösungsansätze (vgl. *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 592 f.)
  - Anfechtungslösung: erst zahlen, dann später die Zahlung anfechten (vgl. den Fall des OLG Dresden NZI 2014, 703 m. Anm. *Schmittmann*)
    - ❖ *Frind*, ZInsO 2015, 22, 26: Nähe zur Untreue wegen Unsicherheit späterer Rückgewähr (Vertrauenseinwand + Insolvenz des Gegners)
    - ❖ *Thole*, DB 2015, 662, 668: Welchen Sinn macht die Annahme einer straf-/haftungsbewehrten Zahlungspflicht bei regelmäßiger Anfechtbarkeit?
    - ❖ Problem: Insolvenzanfechtung bei vorläufiger Eigenverwaltung (vgl. dazu BGH ZIP 2016, 1295: keine Anfechtung bei Anordnung der Begründung von Masseverbindlichkeiten gemäß § 270b Abs. 3 InsO)

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

- Alternative Lösungsansätze (vgl. *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 592 f.)
  - Übertragung der Kassenführung auf den Sachwalter (sehr str.)
    - pro: AG Hamburg ZIP 2014, 2102; *Frind*, ZInsO 2015, 22 + EWiR 2015, 651
    - contra: AG Hannover ZIP 2015, 1111; *Undritz/Schur*, ZIP 2016, 549, 557 f.
  - Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts für Steuerzahlungen + Arbeitnehmerbeiträge (sehr str.)
    - pro: AG Düsseldorf ZInsO 2014, 2389; enger AG Hamburg ZIP 2017, 1383
    - contra: AG Hannover ZIP 2015, 1111
- Grundfrage: Sanierungssubvention durch die öffentliche Hand
  - a) gewollt?
  - b) rechtlich zulässig oder unzulässige Beihilfe nach Art. 107, 108 AEUV?
    - ⇒ kritisch *Brückl/Bellmann*, ZInsO 2015, 1173 ff., zur Beihilfe insbes. S. 1179 f.

### 3. 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

### 3. 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 Insolvenzantrag generell nicht

- I. Einführung
- II. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
- III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- IV. Fazit zu § 64 GmbHG**

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 Insolvenzzreife 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 III, 12. Aufl. 2018/2019

© 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)