

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

**Geschäftsführerhaftung in der Insolvenz
– Analyse der aktuellen Rechtsprechung –**

VID-Workshop „Gesellschaftsrecht in der Insolvenz“
am 30.11.2018 in Frankfurt

www.georg-bitter.de

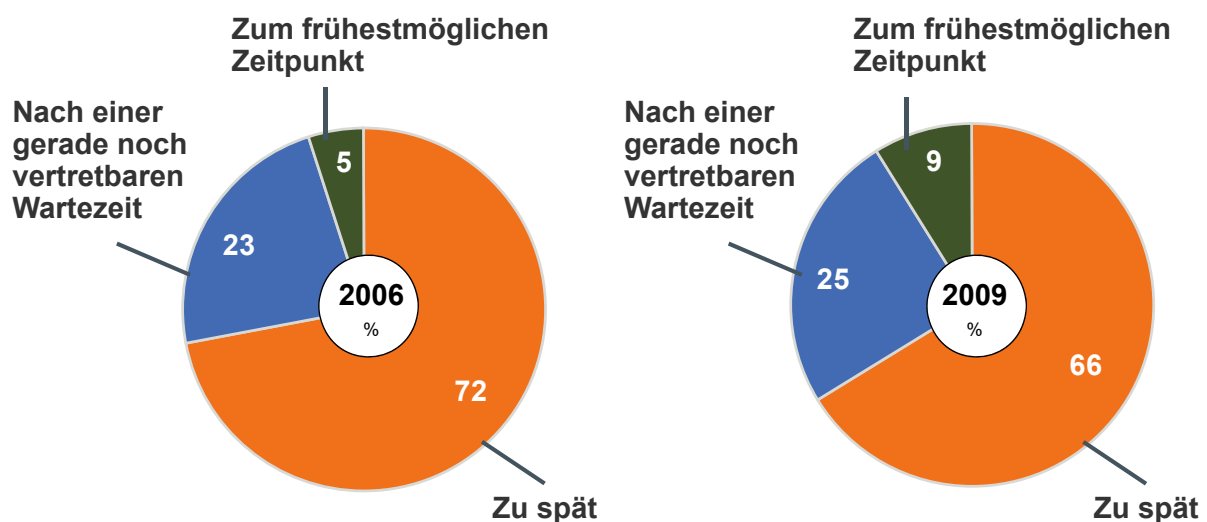
Gliederung

- I. Einführung
- II. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
 - ⇒ Kompensation durch Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang
- III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- IV. Zwischenfazit zu § 64 GmbHG
- V. Geschäftsführerhaftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung
 - ⇒ BGH-Urteil v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, ZIP 2018, 977 m. Anm. *Bitter*

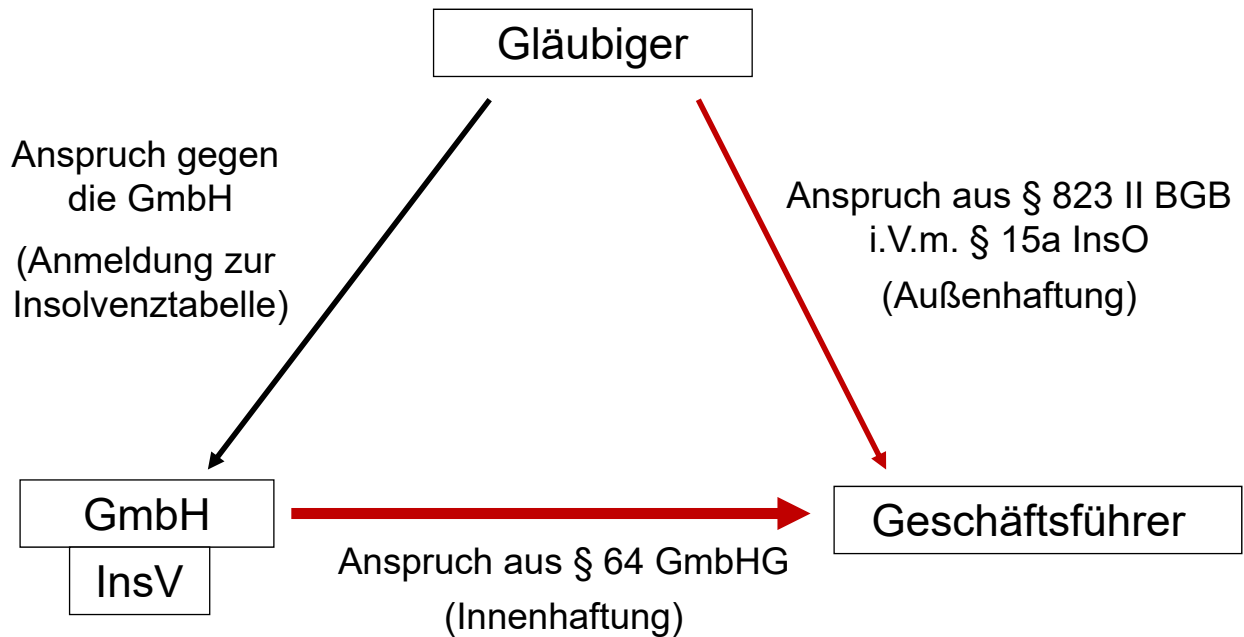
- I. Einführung
- II. **Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)**
 - ⇒ Kompensation durch Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang
- III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- IV. Zwischenfazit zu § 64 GmbHG
- V. Geschäftsführerhaftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung

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

Zeitpunkt der Antragstellung (im Vergleich 2006 – 2009)



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



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

1. 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)

1. 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)

1. 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.

1. 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
 - ❖ *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.

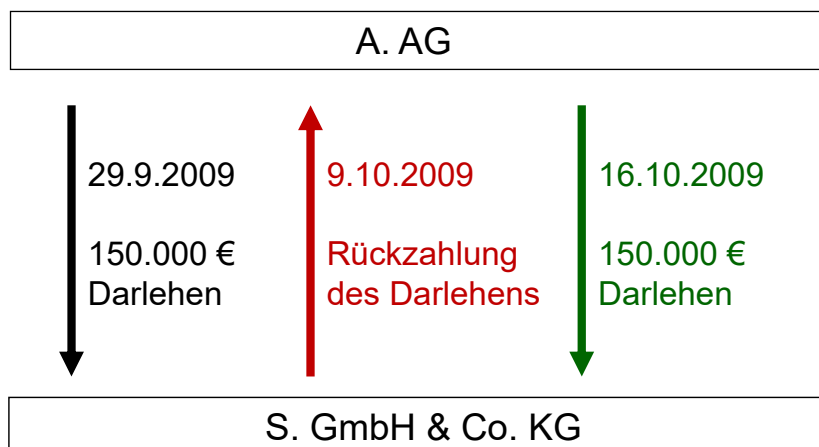
2. Hauptproblem: Haftungsumfang

- 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.; *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

3. 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

3. 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)

4. 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)

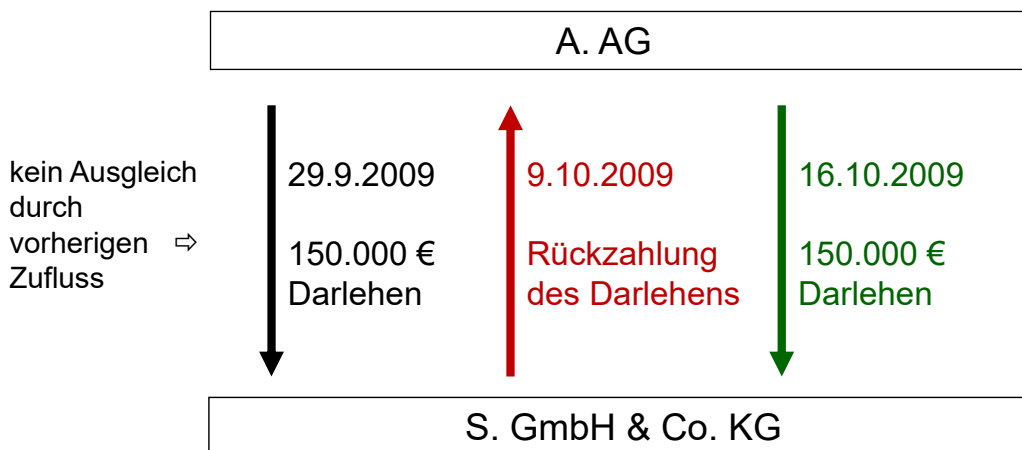
Argument: unterschiedlicher Zweck des Anfechtungsrechts (§§ 129 ff. InsO, insbesondere § 142 InsO) einerseits und der Massesicherungspflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG andererseits

„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)

4. Aktivtausch ↔ Bargeschäft

- 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 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 15).
 - 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.)

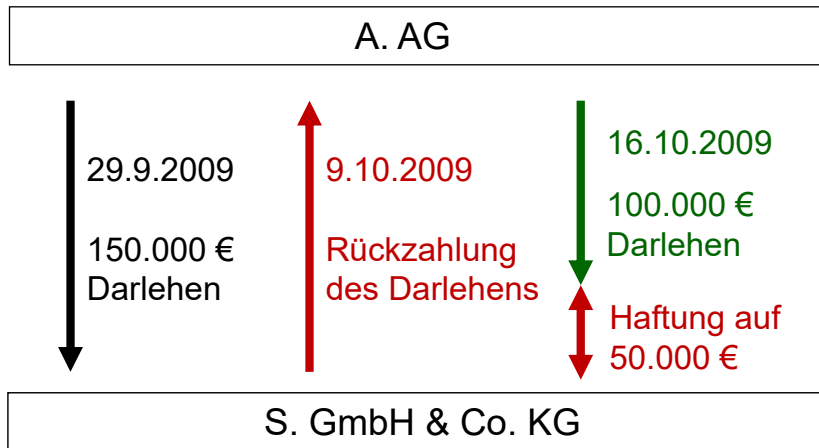
BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



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)

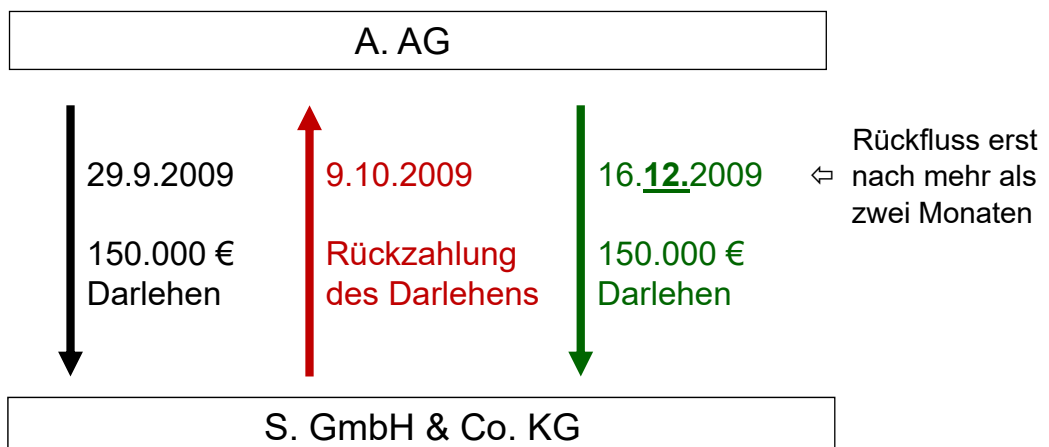
Abwandlung 1 zu BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



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.

5. 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)

5. 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.)

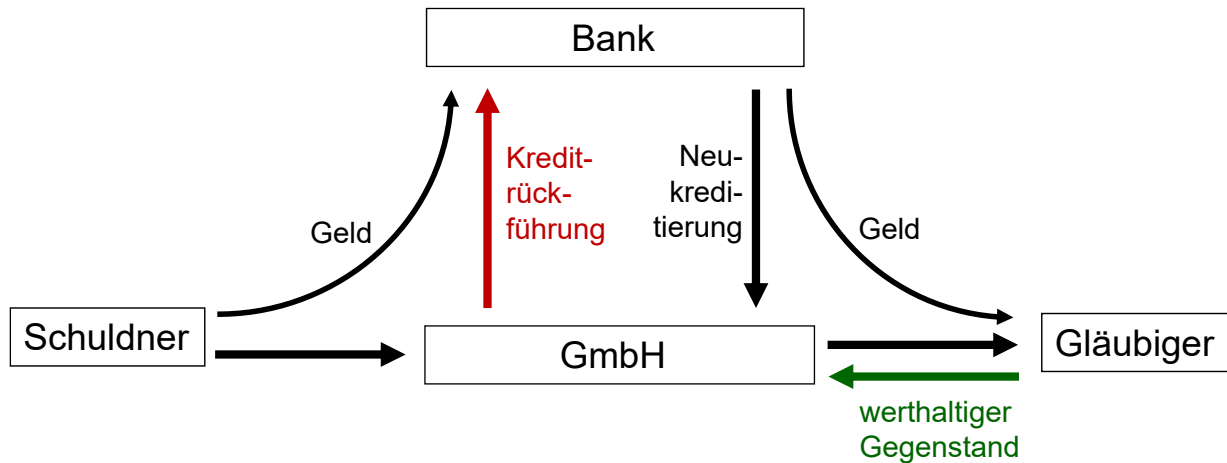
5. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- 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 15)
- **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

6. 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 36 f.

7. Aktivtausch bei Leistung vom debitorischen Konto



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

7. 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 14) 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

7. 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?

8. 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 25 f. (a.A. *Cadmus*, KTS 2015, 143 ff.)

- I. Einführung
- II. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
 - ⇒ Kompensation durch Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang
- III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)**
- IV. Zwischenfazit zu § 64 GmbHG
- V. Geschäftsführerhaftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung

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 32) 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

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)
Einzahlung 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. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
 - ⇒ Kompensation durch Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang
- III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- IV. Zwischenfazit zu § 64 GmbHG**
- V. Geschäftsführerhaftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung

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

- I. Einführung
- II. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
 - ⇒ Kompensation durch Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang
- III. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- IV. Zwischenfazit zu § 64 GmbHG
- V. Geschäftsführerhaftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung**
 - ⇒ BGH-Urteil v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, ZIP 2018, 977 m. Anm. *Bitter*

Literatur: Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 565 ff., 574 f.; ausführlich Schaal, Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, 2017

1. Gesamtschäden

- Fall 1: keine bilanziell messbare Einbuße bei der GmbH: Befriedigung einzelner Gesellschaftsgläubiger
 - ⇒ Anwendung des § 64 GmbHG auch im Eröffnungsverfahren (h.M.)
 - großzügigere Anwendung des § 64 Satz 2 GmbHG ⇒ Folie 31
 - Bedürfnis für eine (parallele) Anwendung des § 43 GmbHG reduziert
 - ⇒ Anwendung des § 64 GmbHG im eröffneten Verfahren sehr str.
 - ⇒ Bedürfnis für eine Anwendung des § 64 GmbHG reduziert bei analoger Anwendung der §§ 60, 61 InsO auf die Geschäftsführung in der Eigenverwaltung ⇒ Folie 47

1. Gesamtschäden

- Fall 2: bilanziell messbare Einbuße bei der GmbH
 - ⇒ Beispiele: Veräußerung von Massegegenständen unter Wert; sonstige „schlechte Geschäfte“; keine optimale Nutzung von Sanierungschancen
 - ⇒ Haftung des Geschäftsführers aus § 43 II GmbHG, hingegen nicht aus § 43 III GmbHG wegen fehlender Auszahlung an Gesellschafter
 - ⇒ keine Entlastung durch Einverständnis der Gesellschafter, da Pflichtenumschwung ab Eintritt der materiellen Insolvenz (str.)

2. Einzelschäden/Nichtbedienung von Masseverbindlichkeiten

- Beispiele: Verletzung von Aus-/Absonderungsrechten; Bestellung von Waren und spätere Nichtzahlung aus der Insolvenzmasse (Fall des BGH ZIP 2018, 977 m. Anm. *Bitter*, OLG Düsseldorf ZIP 2017, 2211)
- Lösung in der Literatur zuvor umstritten ⇒ drei Haftungsmodelle
- **Gesellschaftsrechtliches Modell**: Schuldnergesellschaft haftet als Eigenverwalter selbst analog §§ 60, 61 InsO; Belastung der Schuldnergesellschaft = Schaden i.S.d. § 43 GmbHG
 - ⇒ Problem 1: Zahlung aus § 43 II GmbHG ist in die Masse zu erbringen ⇒ Geld kommt nicht notwendig beim Geschädigten an (Vorrang nur, wenn §§ 60, 61 InsO analog = Masseschuld + genügende Masse)
 - ⇒ Problem 2: Vorteilsanrechnung kann Schaden der GmbH entfallen lassen
 - ⇒ kritisch auch BGH ZIP 2018, 977 (Rn. 30-36)

2. Einzelschäden/Nichtbedienung von Masseverbindlichkeiten

- **Vertrags- und deliktsrechtliches Modell (*Jacoby*)**:
 - a) Haftung des Geschäftsführers aus § 280 BGB i.V.m. drittschützenden Organpflichten ⇒ Lösung der Fälle des § 60 InsO
 - ⇒ Problem: BGH-Rechtsprechung zur GmbH & Co. KG ist nicht verallgemeinerungsfähig
 - ⇒ kritisch auch BGH ZIP 2018, 977 (Rn. 44-46)
 - b) Sachwalterhaftung aus § 311 III BGB ⇒ Lösung der Fälle des § 61 InsO
 - ⇒ Problem: BGH-Rechtsprechung zu § 311 III BGB ist in Bezug auf (Gesellschafter-)Geschäftsführer bewusst streng; Gefahr einer allgemeinen Inpflichtnahme der Geschäftsführer (auch außerhalb der Insolvenzsituation)
 - ⇒ kritisch auch BGH ZIP 2018, 977 (Rn. 37-36)

2. Einzelschäden/Nichtbedienung von Masseverbindlichkeiten

- **Insolvenzrechtliches Modell:** Haftung der Organe des eigenverwaltenden Schuldners analog §§ 60, 61 InsO
 - ⇒ h.M. bislang ablehnend (insbes. OLG Düsseldorf ZIP 2017, 2211)
 - ⇒ Analogie aber zu befürworten (BGH ZIP 2018, 977 m. zust. Anm. *Bitter*; zuvor *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 856 f.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 571 f.)
 - ⇒ allgemeine Haftung aus § 43 GmbHG bietet keine Lösung ⇒ Schutzlücke im Bereich der Einzelschäden
 - ⇒ keine bewusste Nichtregelung durch den Gesetzgeber, der nur die Haftung des Sachwalters (als Gegenstück zum Insolvenzverwalter) im Blick hatte
 - ⇒ kein Grund für eine Privilegierung der Eigenverwaltung gegenüber der regulären Insolvenzverwaltung

2. Einzelschäden/Nichtbedienung von Masseverbindlichkeiten

- **Insolvenzrechtliches Modell:** Haftung der Organe des eigenverwaltenden Schuldners analog §§ 60, 61 InsO
 - ⇒ Historische Analyse in BGH ZIP 2018, 977 (Rn. 48 ff.)
 - Gesetzgeber hat bei der Verweisung des § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO auf §§ 60, 61 InsO die Unterscheidung zwischen natürlichen Personen und juristischen Personen als Schuldner nicht bedacht (Rn. 23)
 - bei juristischen Personen ist die Geschäftsleitung der eigentlich Adressat der Eigenverwaltung (Rn. 24).
 - Kommission für Insolvenzrecht hielt die Haftung der Geschäftsleiter für eine Verletzung ihrer insolvenzrechtlichen Pflichten für selbstverständlich (Rn. 50), ging aber von einer Bestellung der Geschäftsleiter zum eigenverwaltenden Insolvenzverwalter mit der unmittelbaren Folge ihrer Haftung aus (Rn. 51)

2. Einzelschäden/Nichtbedienung von Masseverbindlichkeiten

- **Insolvenzrechtliches Modell:** Haftung der Organe des eigenverwaltenden Schuldners analog §§ 60, 61 InsO
 - ⇒ Historische Analyse in BGH ZIP 2018, 977 (Rn. 48 ff.)
 - Die Globalverweisung des § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO auf §§ 60, 61 InsO zeigt, dass eine Haftung für die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten nicht von einer ausdrücklichen Ernennung zum Insolvenzverwalter abhängt. ⇒ Der fehlende förmliche Beststellungsakt ist ohne Gewicht (Rn. 51)
 - ⇒ Die Stellung der Geschäftsleiter in der Eigenverwaltung entspricht weitgehend dem Amt des Insolvenzverwalters (Rn. 19 + 52)
 - Wahrnehmung insolvenzrechtlicher Rechte + Pflichten: Verfügungsbefugnis; Abwicklung gegenseitiger Verträge, § 279 InsO; Verwertungsrecht, § 282 InsO; Widerspruch gegen Forderungsfeststellung, § 283 InsO (Rn. 28 + 53)

3. Stimmen in der Literatur zu BGH ZIP 2018, 977

- weitgehende Zustimmung
 - ⇒ *Bitter*, ZIP 2018, 986 ff.
 - ⇒ *Hölzle*, ZIP 2018, 1669 ff. (S. 1670: „Die Entscheidung des BGH ist ... nicht nur dogmatisch richtig, sondern auch in der Sache uneingeschränkt zu begrüßen.“)
 - ⇒ *Hofmann*, ZIP 2018, 1429 (S. 1430: „im Ergebnis äußerst begrüßenswert“)
 - ⇒ *Ludwig/Rühle*, GWR 2018, 221 („ausführliche und überzeugende Begründung“)
 - ⇒ *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C.)
 - ⇒ *Nassall*, jurisPR-BGHZivilR 13/2018 Anm. 2
 - ⇒ *Swierczok/Baron von Hahn*, BB 2018, 1358
 - ⇒ *Thole*, EWIR 2018, 339, 340 (im Ergebnis)
 - ⇒ wohl auch *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405; *Hoos/Forster*, GmbHR 2018, 641, 642; *Weber*, NZI 2018, 553
- partielle Kritik: Regelungslücke zweifelhaft, aber im Ergebnis sachgerecht
 - ⇒ *Baumert*, LMK 2018, 407918; *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235

4. Offene Fragen nach BGH ZIP 2018, 977

- Übertragbarkeit auf das *vorläufige* Eigenverwaltungsverfahren (§§ 270a, 270b InsO)?
 - ⇒ befürwortend: *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988; *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1670 f. („eindeutig“); *Swierczok/Baron von Hahn*, BB 2018, 1358; *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1430 f. (aber Anwendung von § 61 InsO nur bei Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten)
 - ⇒ ablehnend: *Baumert*, LMK 2018, 407918 (Ziff. 3)

4. Offene Fragen nach BGH ZIP 2018, 977

- Übertragbarkeit auf die „Geschäftsleiter“ (Vertretungsorgane) aller insolvenzfähigen Verbände einschließlich e.V., Stiftung, Auslandsgesellschaften?
 - ⇒ befürwortend: *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C. III.)

4. Offene Fragen nach BGH ZIP 2018, 977

- Übertragbarkeit auf den CRO als Generalbevollmächtigten/Prokuristen?
 - ⇒ befürwortend: *Baumert*, LMK 2018, 407918 (Ziff. 3)
 - ⇒ ablehnend: *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988 (Ausnahme: faktische Geschäftsführung); *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1671 f. (auch keine Heranziehung der Grundsätze zur faktischen Geschäftsführung); *Weber*, NZI 2018, 553, 555 f. (Argument: Weisungsbindung gegenüber der Geschäftsleitung); *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237 (das Argument des BGH „Funktionswahrnehmung führt zur Haftung“ muss begrenzt werden)
 - ⇒ offen: *Thole*, EWiR 2018, 339, 340 (Relevanz faktischer Geschäftsführung); *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C. III. 3.); *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406 (Haftung des „faktischen Geschäftsführers“ nicht ausgeschlossen)

4. Offene Fragen nach BGH ZIP 2018, 977

- Privilegierung des Geschäftsleiters analog § 60 Abs. 2 InsO beim Einsatz von Angestellten des Schuldners ?
 - ⇒ befürwortend: *Weber*, NZI 2018, 553, 556 (Haftung der Organmitglieder nur für eigenes pflichtwidriges Tun oder Unterlassen)
 - ⇒ ablehnend: *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1431 (Argumente: Einstellung jener Mitarbeiter ist dem Geschäftsleiter – anders als einem Insolvenzverwalter – zuzurechnen; bei fehlender Eignung der Mitarbeiter kann der Geschäftsleiter es unterlassen, den Weg in die Eigenverwaltung zu beschreiten)

4. Offene Fragen nach BGH ZIP 2018, 977

- Anwendbarkeit der allgemeinen Organhaftung (§§ 43 GmbHG, 93 AktG und §§ 64 GmbHG, 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG) neben §§ 60, 61 InsO?
 - ⇒ befürwortend die bisher wohl h.M., freilich ohne explizite Diskussion
 - ⇒ im Grundsatz ablehnend *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1430 f. (§§ 64 GmbHG, 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG gelten nur für Zahlungen vor Bestellung eines vorläufigen Sachwalters; §§ 43 GmbHG, 93 AktG gelten nur bei Beeinträchtigung der Gesellschafterinteressen; Umorientierung der Organpflichten auf den Insolvenzszweck nicht mehr nötig)
 - ⇒ tendenziell ablehnend wohl auch *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237 f. (Bedeutung für die Verjährung, die Beweislastverteilung und die gesamtschuldnerische Haftung; Verhinderung der für den Geschäftsführer unglücklichen Position, „Diener zweier Herren“ zu sein)

4. Offene Fragen nach BGH ZIP 2018, 977

- Haftung bei Ressortaufteilung – Einzel- oder Gesamtverantwortung?
 - ⇒ Gesamtverantwortung nur bei fehlender Ressortaufteilung:
 - *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1672 f. (ultra posse nemo obligatur; Begründung m.E. zw.)
 - ⇒ offen *Thole*, EWiR 2018, 339, 340; *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C. III. 3.); *Weber*, NZI 2018, 553, 556

4. Offene Fragen nach BGH ZIP 2018, 977

- Vertraglicher Ausschluss der Haftung möglich?
 - ⇒ befürwortend: *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406 bei Individualvereinbarung

4. Offene Fragen nach BGH ZIP 2018, 977

- Erfassung der Haftung durch die klassische D&O-Versicherung?
 - ⇒ offen *Thole*, EWiR 2018, 339, 340
 - ⇒ 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); wohl auch *Swierczok/Baron von Hahn*, BB 2018, 1358 („D&O-Versicherungen auf etwaige Haftungsansprüche nach den §§ 60, 61 InsO analog sorgfältig zu prüfen“); *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406 („anzuempfehlen, die D&O-Police darauf zu überprüfen, ob sie eine Haftung ... analog §§ 60, 61 InsO umfassen.“)

4. Offene Fragen nach BGH ZIP 2018, 977

- Fehlender Versicherungsschutz als Nachteil i.S.v. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO?
 - ⇒ tendenziell in diese Richtung *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1435 mit Fn. 45 (Gerichte und Gläubiger werden eine hinreichende Versicherung – wie beim Insolvenzverwalter – erwarten; Problem aber bei natürlicher Person als Eigenverwalter; dann steht kein haftender Dritter zur Verfügung)

4. Offene Fragen nach BGH ZIP 2018, 977

- Durchführung der Eigenverwaltung ohne die Berufung eines dem Standard des § 56 Abs. 1 InsO entsprechenden Insolvenzrechtsexperten als CIO in das Organ (= nicht nur in die Position eines Generalhandlungsbevollmächtigten/Prokuristen) als Nachteil i.S.v. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO?
 - ⇒ befürwortend: *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1674 f.
 - ⇒ In der Sache wäre damit eine Eigenverwaltung ohne „Insolvenzverwalter“ als Geschäftsführer/Vorstand unmöglich.

© 2018
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



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.
www.zis.uni-mannheim.de