

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG

– Aktuelle Entwicklungen –

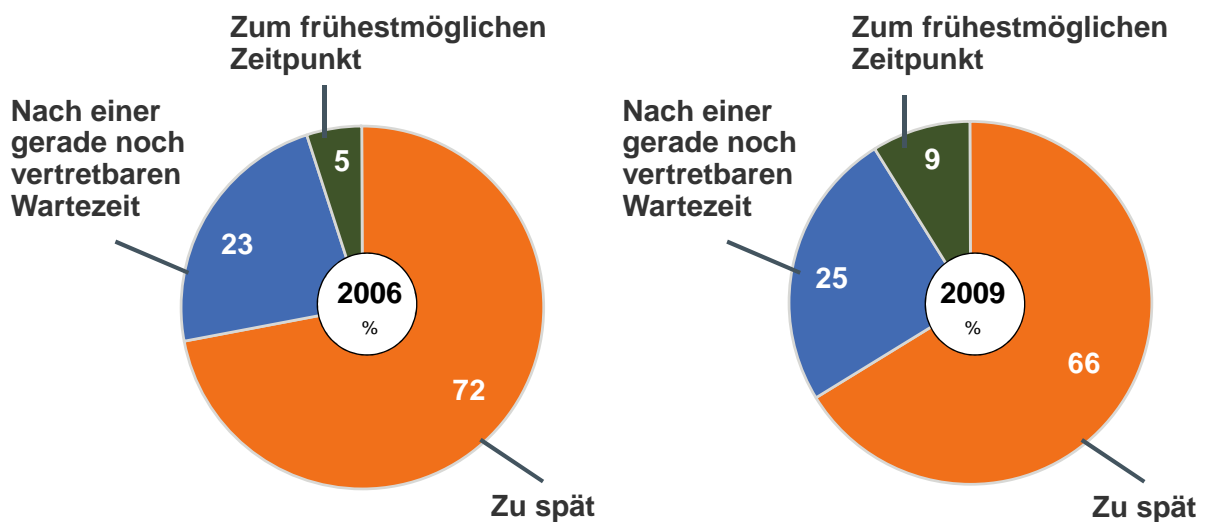
VID-Workshop „Gesellschaftsrecht und Insolvenz“

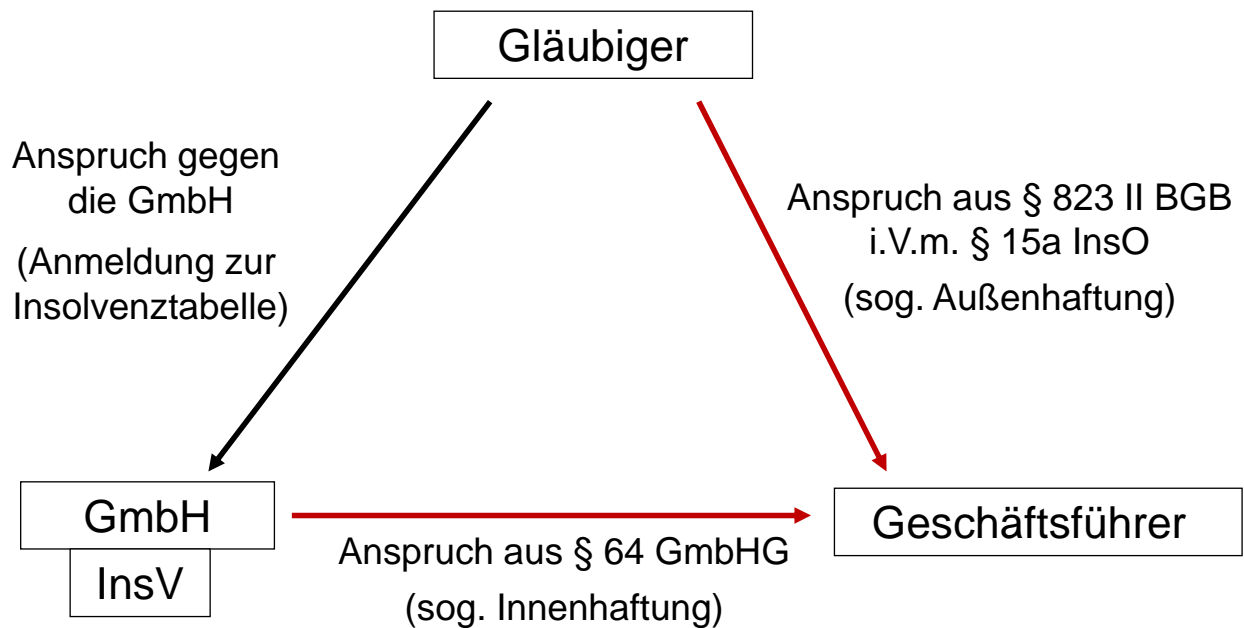
am 3. Juni in München

www.georg-bitter.de

Insolvenzverschleppungshaftung

Zeitpunkt der Antragstellung (im Vergleich 2006 – 2009)





1. Differenzierung nach Außen- und Innenhaftung

- Außenhaftung: § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
 - Innenhaftung: § 64 GmbHG
- ⇔ Innenhaftung bei zu frühem Antrag: § 43 II GmbHG
- ❖ OLG München ZIP 2013, 1121: Antrag nach § 18 InsO ohne Zust. der Ges.ter

2. Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung
- Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)
 - ❖ BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
 - Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
 - Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)
- Überschuldung (§ 19 InsO)
 - ⇒ Neudefinition mit Inkrafttreten der InsO in § 19 II InsO:
„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“
 - ⇒ BGHZ 171, 46 (Rn. 19): keine Fortgeltung des sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“
 - ⇒ indizielle Bedeutung der handelsrechtlichen Bilanz für die Überschuldungsbilanz (BGH ZIP 2011, 1007, Rn. 33 m.w.N.)

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)
- Überschuldung (§ 19 InsO)
 - ⇒ zunächst befristete Wiedereinführung des „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“ in der Finanzmarktkrise
„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. ...“
 - ❖ OLG Schleswig ZIP 2010, 516: keine Geltung für Altfälle
 - ⇒ Ende 2012: dauerhafte Entfristung auf der Basis der Studie von *Bitter/Hommerich*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012 (Kurzfassung bei *Bitter/Hommerich/Reiss*, ZIP 2012, 1201 ff.)

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)
- Überschuldung (§ 19 InsO)
 - ⇒ Inhalt der Fortführungsprognose: subjektiver Fortführungswille + objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft
 - ⇒ Prognose muss „zumindest vertretbar“ darzustellen sein (BAG ZIP 2014, 1976, 1979, Rn. 29 – „Karstadt“)
 - ⇒ Prognosezeitraum: laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr
 - Grund: Prognoseunsicherheit bei noch weitergehendem Blick
 - Aber: Berücksichtigung auch weiter in der Zukunft liegender Ereignisse, wenn die Prognoseunsicherheit fehlt
 - Beispiel: PIK-Finanzierung: Heute steht schon fest, dass ein großer Betrag in 3 oder 4 Jahren fällig wird und dann nicht refinanziert werden kann.

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)
- Überschuldung (§ 19 InsO)
 - ⇒ Problem: Positive Fortführungsprognose trotz fehlender Ertragsfähigkeit (*Bitter/Kresser*, ZIP 2012, 1733 ff.)
 - AG Hamburg ZIP 2012, 1776: Ertragsfähigkeit für positive Prognose erforderlich; aber Sonderfall: Rentnergesellschaft mit absehbarer Aufzehrung der Vermögenssubstanz
 - Ertragsfähigkeit m.E. nicht generell zu fordern
 - ❖ Beispiel: werthaltiger Verlustausgleichsanspruch
 - ❖ Beispiel: subventionierter Betrieb in öffentlicher Hand
 - ❖ Beispiel: Start-up-Unternehmen in der Anfangsphase
 - Sicherung der *Liquidität* ist letztlich entscheidend

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)

➤ (bilanzielle) Überschuldung (§ 19 InsO)

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

- Rn. 19: Für die Nichtberücksichtigung einer Forderung im Überschuldungsstatus gemäß § 19 II 2 InsO ist neben dem Rangrücktritt für das eröffnete Verfahren eine vorinsolvenzliche Zahlungssperre erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“).
- Rn. 32: verfügender Schuldänderungsvertrag ⇨ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzreife
- Rn. 35: keine freie Aufhebbarkeit des Rangrücktritts, da Vertrag zugunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
- *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 905 f.: § 266 StGB als Folge?

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

b) Subjektiv: fahrlässige Unkenntnis der Insolvenzgründe (h.M.)

- ❖ BGH ZIP 2012, 1557: einfache Fahrlässigkeit reicht; Verschulden wird vermutet; Aufstellung eines Vermögensstatus bei Anzeichen einer Krise; Geschäftsführer muss für eine Organisation sorgen, die ihm die Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der GmbH jederzeit ermöglicht; bwA reicht nicht, da keine Rückstellungen
- ❖ BGH NJW 2007, 2118: Rateinholung bei qualifiziertem Berufsträger
⇨ Entlastung des Geschäftsführers
 - dem folgend BAG ZIP 2014, 1976, 1979 (Rn. 28) – „Karstadt“

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

- b) Subjektiv: fahrlässige Unkenntnis der Insolvenzgründe (h.M.)
- ❖ BGH ZIP 2012, 1174: Pflicht zur Einholung von fachkundigem Rat, wenn persönliche Kenntnisse unzureichend sind; Hinwirken auf unverzügliche Vorlage der Prüfergebnisse + Plausibilitätskontrolle
 - ❖ zusammenfassend BGH v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, Rn. 32 ff.

3. Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- Schutzgesetz: § 15a InsO (Antragspflicht; 3-Wochen-Frist)
 - Ausdehnung auf Gesellschafter bei Führungslosigkeit (§ 15a III InsO)
 - ❖ LG München ZIP 2013, 1739: ggf. auch Gesellschafter-Gesellschafter
 - Geltung auch für Scheinauslandsgesellschaften (Limited)
- BGHZ 126, 181: Neudefinition der Schutzrichtung
 - Quotenschaden für die Altgläubiger (Zuständigkeit: § 92 InsO)
 - voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger
 - ❖ BGH ZIP 2009, 1220 (Rz. 16): kein Ersatz für den Gewinnanteil eines Vergütungsanspruchs des Neugläubigers; ggf. aber Ersatz des Gewinns aus einem sonst anderweitig getätigten Geschäft
 - ❖ BGH ZIP 2012, 1456 (Rz. 7, 13 ff.): nur negatives Interesse

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

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

- ❖ BGHZ 171, 46: Erhöhung der Inanspruchnahme einer Kreditlinie
- ❖ OLG Oldenburg GWR 2010, 170: Erbringung ungesicherter Leistungen nach Insolvenzzreife (arg: § 321 BGB)
- ❖ OLG Hamburg ZIP 2007, 2318: Arbeitsverhältnis (⇔ LAG-Rspr.)
- ❖ BGH ZIP 2009, 366: nicht bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

Problemfall 2: Deliktsgläubiger

kritisch BGHZ 164, 50 für einen Extremfall: betrügerische Doppelabtretungen in Millionenhöhe

Problemfall 3: Neugläubiger erhält während des Zeitraums der Insolvenzverschleppung noch Zahlungen auf Altforderungen

BGH ZIP 2007, 1060: keine Anrechnung / Vorteilsausgleichung

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

Problemfall 4: Neugläubiger = Mitglied des Verbandes

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

Problemfall 5: Mangelhafte Werkleistung durch insolvente GmbH

BGH ZIP 2012, 1455: kein Ersatz des positiven Interesses, aber Vertrauensschaden; auch Schäden des Neugläubigers, die durch fehlerhafte Bauleistungen verursacht werden und wegen fehlender Mittel durch die GmbH nicht mehr beseitigt werden können

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

Problemfall 6: Anspruch aus Mietvertrag (Dauerschuldverhältnis)

- BGH ZIP 2014, 23

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

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

Argument: Vertragsübernahme ist kein Vertrag mit der Insolvenzsuldnerin

Kritik: Vertrauensschaden auch bei Vertrag mit Drittem möglich

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

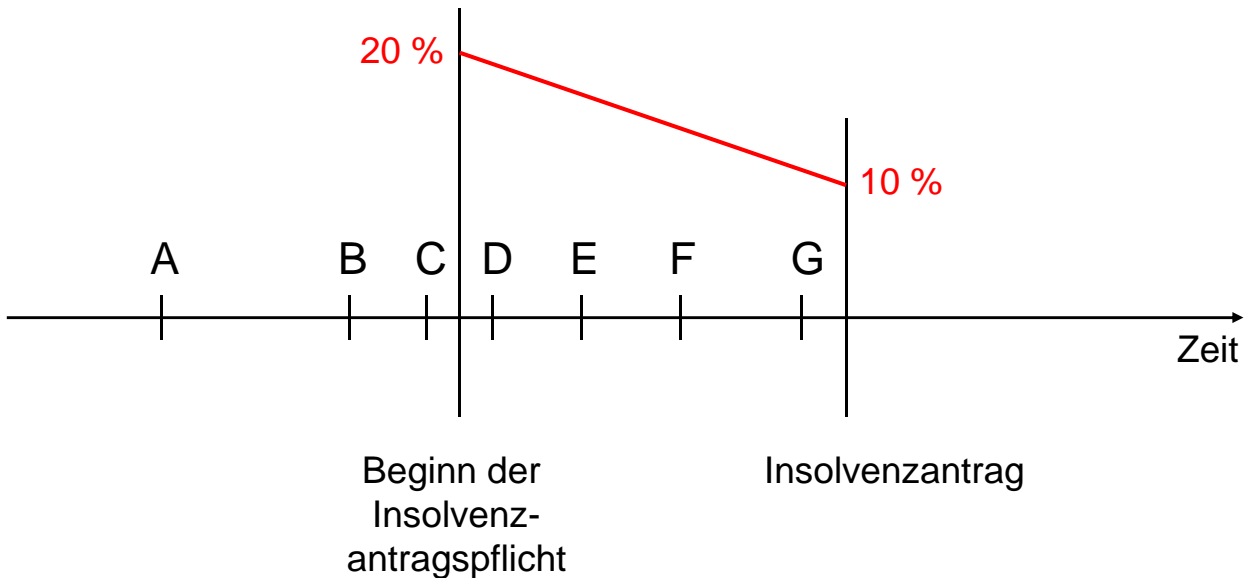
- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

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

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

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- BGHZ 138, 211: Eigene Zuständigkeit der Neugläubiger auch bei eröffnetem Insolvenzverfahren
- BGH ZIP 2011, 1007: Verjährung nach allgemeinen Regeln; keine Analogie zu §§ 64 Satz 4, 43 IV GmbHG



4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Haftungsadressat
 - GmbH-Geschäftsführer (für AG-Vorstand: §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
 - 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)
 - BGH ZIP 2010, 1080: keine analoge Anwendung beim Verein

4. Innenhaftung (§ 64 Satz 1 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Haftungsadressat
 - Problem: Geschäftsführer einer Auslandsgesellschaft
 - BGH v. 2.12.2014 – II ZR 119/14, ZIP 2015, 68 (**EuGH-Vorlage**)
 - 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 EulnsVO (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)
 - EuGH v. 4.12.2014 – RS C-295/13, ZIP 2015, 196: Klage am COMI nach Art. 3 I EulnsVO, wenn sie vom Insolvenzverwalter erhoben wird

4. Innenhaftung (§ 64 Satz 1 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Haftungsadressat
 - Problem: Geschäftsführer einer Auslandsgesellschaft (Fortsetzung)
 - EuGH v. 10.12.2015 – RS C-594/14, ZIP 2015, 2468 – Kohlhaas
 - insolvenzrechtliche Qualifikation des § 64 GmbHG nach Art. 4 I EulnsVO
 - Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften ist kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, weil nicht an die deutschen Mindestkapitalvorschriften angeknüpft, sondern nur für Zahlungen nach Insolvenzureife 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)
 - BGH v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, ZIP 2016, 821 = WM 2016, 786

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

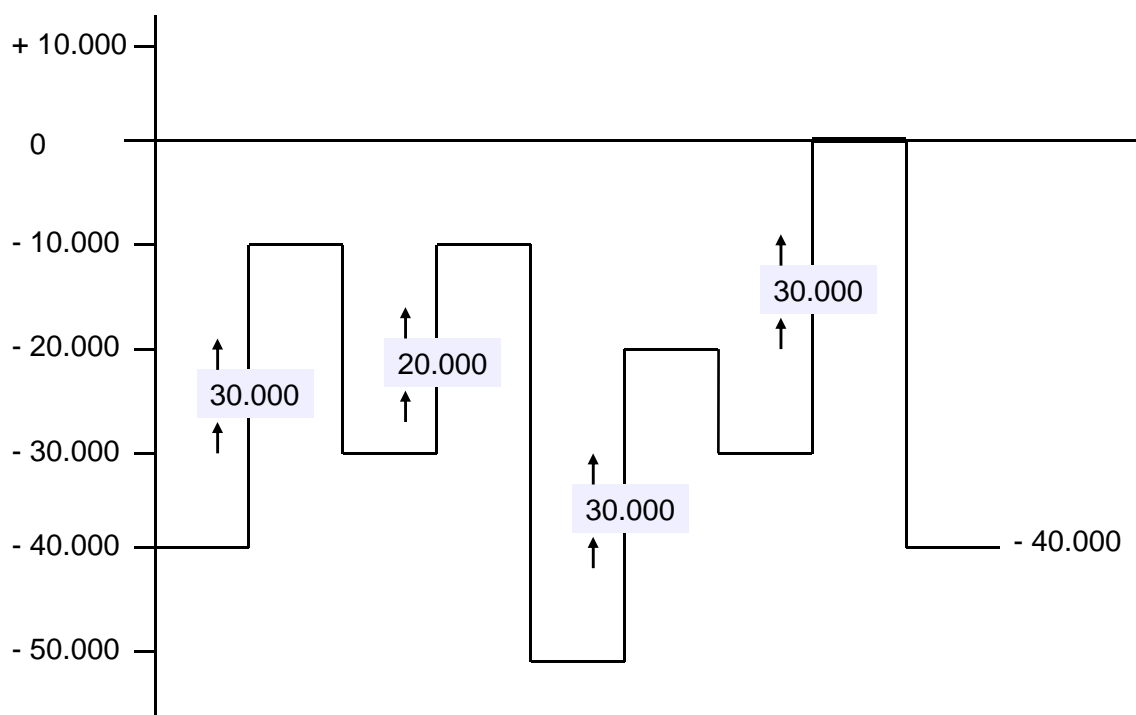
- Begriff der „Zahlung“
 - bare Leistung an einzelne Gläubiger
 - unbare Leistung vom *kreditorischen* Konto an einzelne Gläubiger
 - Warenlieferung an einzelne Gläubiger
 - BGHZ 143, 184: Einzug von Kundenschecks auf ein *debitorisches* Bankkonto
 - BGH ZIP 2007, 1006: Zahlungen von Gesellschaftsschuldern auf ein *debitorisches* Bankkonto der GmbH (Grund: fehlende „Umleitung“; vgl. auch BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480, Rn.16)
 - ❖ Ausnahme: Sicherheit der Bank für die Kreditlinie ⇨ Folien 33-35

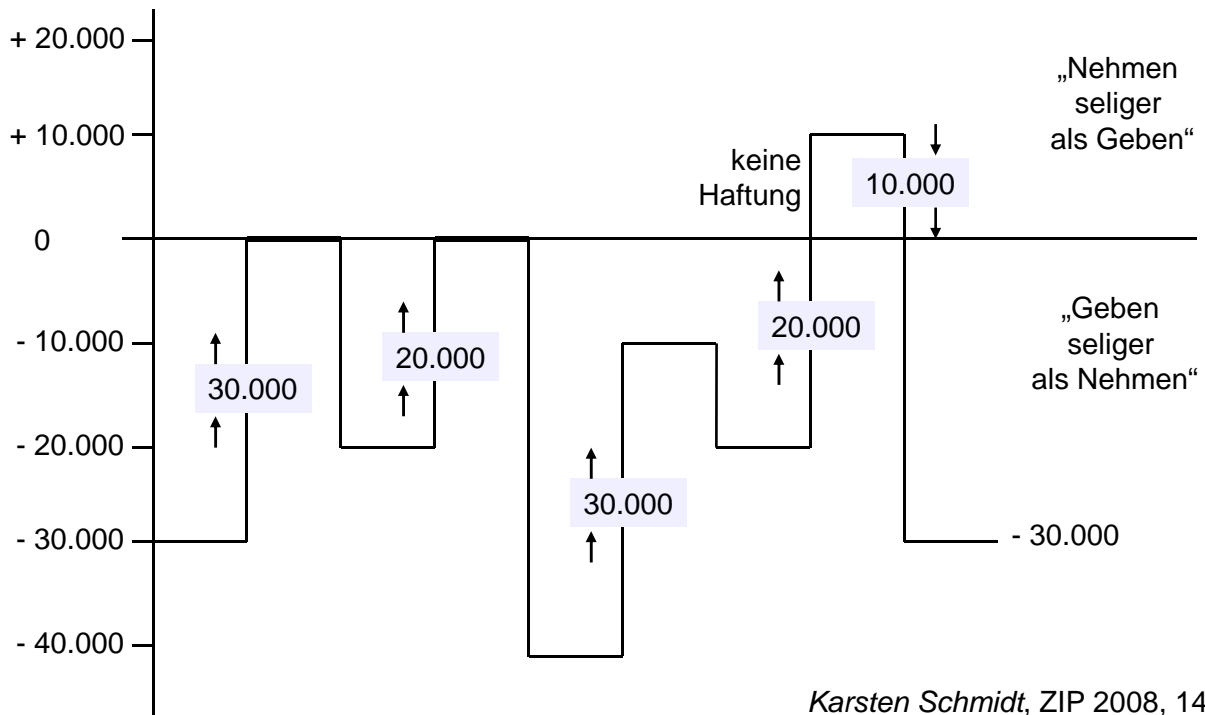
4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Begriff der „Zahlung“
 - Lastschriftabbuchung vom *kreditorischen* Konto der GmbH (Grund: fehlender Widerruf)
 - OLG München ZIP 2013, 778: Verrechnung wegen „Cross-Pledge“
 - BGH ZIP 2009, 956: ggf. nicht bei Pfändung des Gesellschaftskontos (vgl. auch OLG München ZIP 2011, 277)

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Hauptproblem: Haftungsumfang ⇒ Schaubilder b.w.
 - Rechtsprechung und h.M.: grundsätzlich Ersatz einzelner „Zahlungen“
 - ❖ BGH ZIP 2007, 1501; *Habersack/Foerster*, ZHR 2016, 153 ff. m.w.N.
 - Literatur z.T.: Ersatz der Masseschmälerung
 - ❖ *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.
 - Neu: BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 26): keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang ⇒ Folien 28 ff.
- Problem: Zahlung vom debitorischen Konto
 - ❖ BGH ZIP 2007, 1006 (Rn. 8); ZIP 2010, 470 (Rn. 10); BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 32): bloßer Gläubigertausch

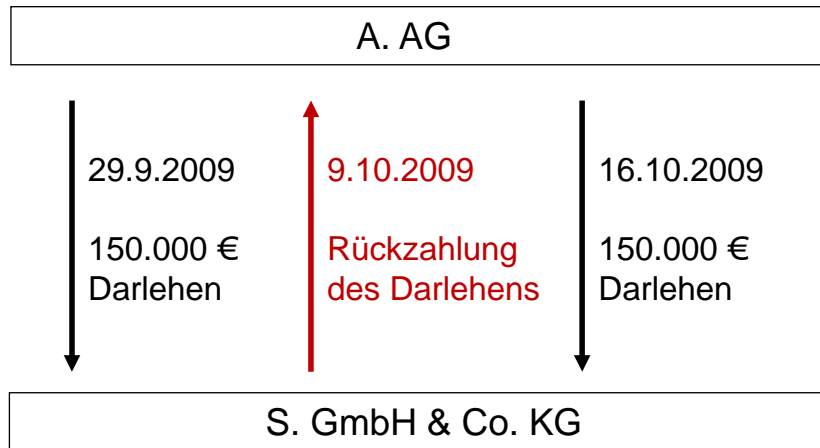




4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Aktiventausch (str., ob Satz 2 oder Reduktion von Satz 1)
 - BGH NJW 2003, 2316, 2317 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.03 (*Bitter*):
„Allenfalls dann, wenn mit den von dem Geschäftsführer bewirkten Zahlungen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist und dort verblieben ist, kann erwogen werden, eine Masseverkürzung und damit einen Erstattungsanspruch gegen das Organmitglied zu verneinen [...]“
 - BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71
 - keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang (vgl. auch BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 26] für die Leistung auf ein Absonderungsrecht ⇒ Folie 33)
 - 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

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Aktiventausch
 - Anwendung der zu § 142 InsO anerkannten Grundsätze str.
 - Problem 1: Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 GmbHG ist das zweifelhaft
 - Problem 2: Das Bargeschäft gilt nur bei *gleichwertiger* Gegenleistung, während bei § 64 GmbHG auch eine partielle Gegenleistung angerechnet werden muss (BGHZ 203, 218, Leitsatz 1: „soweit“)
 - Problem 3: Anrechnung auch einer vom Geschäftspartner mehr als 30 Tage später erbrachten Gegenleistung bei § 64 GmbHG
 - Ergebnis: Übertragbarkeit problematisch (*Altmeppen*, ZIP 2015, 949 ff.; a.A. *Habersack/Foerster*, ZHR 2016, 153, 177, 180 ff.); richtig ist eher eine (partielle) Orientierung an den Grundsätzen zu § 129 InsO (vgl. dazu den Vortrag von *Bitter* beim VID-Kongress am 3.11.2016)

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Aktiventausch
 - 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 (m.E. zweifelhaft)
 - BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (Folie 29) betrifft offenbar nur Zahlungshin- und -rückflüsse auf und von **kreditorischen** Konten
 - Rn. 33: Kompensation aber 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
 - Frage 1: Reicht die Separierung für eine (logische) Sekunde?
 - Frage 2: Folgen für die Direktlieferung von Waren?

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Aktiventausch
 - 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.]; zust. *Cadmus*, KTS 2015, 143 ff. mit zweifelhafter Abgrenzung zu den Fällen der Mittelverwendung für werthaltige Gegenstände ⇒ Folie 31)

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- 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 v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, Rn. 38 ff.

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Umkehr der Haftungsrelevanz für debitorische Konten bei bestehender Sicherheit der Bank für die Kreditlinie
 - Rückausnahme für Sicherungsabtretung, wenn Forderung nach Insolvenzureife entsteht/werthaltig gemacht wird (BGHZ 206, 52 [Rn. 21 ff.]; BGH v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, 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 v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, Rn. 45);
a.A. *Habersack/Foerster*, ZHR 2016, 153, 168 f.

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Umkehr der Haftungsrelevanz für debitorische Konten bei bestehender Sicherheit der Bank für die Kreditlinie
 - 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])
 - Fazit: Modell des BGH ist äußerst komplex und für die Praxis nicht mehr handhabbar; vgl. *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Durchleitungsfälle
 - 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.“
 - 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.“

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Durchleitungsfälle
 - Parallele zur Kollision § 64 GmbHG ⇔ § 266a StGB (Folien 39 f.), aber strafrechtliche Subsumtion des BGH bei § 266 StGB zweifelhaft
 - 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

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Vereinbarkeit der Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (Satz 2)
 - BGH ZIP 2008, 72: bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung)
 - ❖ m.E. zweifelhaft für den Zeitraum vor Antragstellung (⇒ Folie 42)
 - 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
 - Sonderfall: Sozialversicherungsbeiträge + Steuern ⇒ Folien 39 f.

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

- ❖ BGH NJW 2005, 2546 (II. Zivilsenat)
 - § 266a StGB (dazu Folie 60) 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)
 - Grundsatz der Massesicherung aus § 64 II GmbHG a.F. berührt 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)

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

- ❖ BGH NJW 2007, 2118 (II. Zivilsenat – Änderung der Rspr.)
 - Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bei Insolvenzreife entspricht der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ⇒ keine Ersatzpflicht aus § 64 II GmbHG a.F.
- ❖ 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 (arg.: anders als bei Arbeitnehmerbeiträgen besteht keine Strafbarkeit des Geschäftsführers)
- ❖ BGH ZIP 2011, 422 (II. Zivilsenat)
 - Privilegierung bei Zahlung rückständiger Umsatz- und Lohnsteuer

6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren (sehr str.)

- Streitstand: Scholz/*Karsten Schmidt*, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, § 64 Rn. 25
- These 1: § 64 Satz 1 GmbHG als Tatbestand der Insolvenzverschleppung
 - ⇒ keine Anwendung mehr nach Insolvenzantrag
- These 2: Gebot der Massesicherung steht neben der Antragspflicht
 - ⇒ Anwendung auch nach dem Insolvenzantrag möglich (wohl h.M.)
- Argumente:
 - ⇒ Wortlaut des § 64 Satz 1 GmbHG enthält keine Begrenzung
 - ⇒ Pflicht zur Massesicherung auch im Eröffnungsverfahren sinnvoll
 - ⇒ Aber: keine Anwendung bei starkem vorläufigem Verwalter (selten)
 - ⇒ Unternehmensfortführung im Eröffnungsverfahren wird nicht unmöglich gemacht wegen § 64 Satz 2 GmbHG ⇒ b.w.

6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Lösung über § 64 Satz 2 GmbHG
 - BGH ZIP 2008, 72 (s.o. Folie 38): bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung)
 - ⇒ für das Eröffnungsverfahren richtige und insoweit auszuweitende, sonst jedoch zweifelhafte Rechtsprechung
 - keine Vermutung für sorgfaltsgemäßes Verhalten bei Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, vielmehr Gesamtschuld denkbar
 - ab Insolvenzantrag Parallele zur Haftung aus § 43 GmbHG

6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Sonderfrage: Zahlungen i.S.v. § 266a StGB + Steuerzahlungen
- Bei Anwendbarkeit des § 64 GmbHG im Eröffnungsverfahren (wohl h.M.) kann sich nach Antragstellung tatsächlich jene Pflichtenkollision ergeben, die für die Zeit vor Antragstellung nur herbeigeredet ist !!!
- bisher m.E. kein Strafurteil des BGH zur Nichtabführung gemäß § 266a StGB nach dem Insolvenzantrag
- Fragen:
 - Vorrang der Massesicherungspflicht nach dem Insolvenzantrag?
 - Insolvenzzweckwidrigkeit von Zahlungen an Finanzämter und Sozialkassen im Eröffnungsverfahren, weil sie nicht der Betriebsfortführung im Interesse aller Gläubiger dienen?

6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Übertragbarkeit von BGHSt 48, 307 = NJW 2003, 3787 zur fehlenden Strafbarkeit in der 3-Wochen-Frist (heute: § 15a InsO)?
 - (–) z.B. *Thole*, DB 2015, 662, 666 (Hinweis u.a. auf BFH ZIP 2009, 122; aber Erfüllungsverbot aufgrund gesetzlicher Wertungen des Eröffnungsverfahrens)
 - (+) z.B. *Kahlert*, ZIP 2012, 2089, 2090
- Sinn des § 64 GmbHG: Erhaltung der verteilungsfähigen Vermögensmasse im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger und Verhinderung bevorzugter Befriedigung einzelner Gläubiger
- Einheitlichkeit der Rechtsordnung
- Erst-recht-Schluss, weil Sanierung im geordneten Verfahren erstrebt

6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Alternative Lösungsansätze
 - 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?

6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Alternative Lösungsansätze
 - 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
 - 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.

6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Exkurs: Insolvenzanfechtung bei vorläufiger Eigenverwaltung
 - h.M.: Sozialversicherungsbeiträge + Steuern sind anfechtbar (vgl. z.B. LG Hamburg NZI 2015, 226; LG Köln ZIP 2014, 1849 und OLG Köln ZIP 2014, 2523; OLG Dresden ZIP 2014, 1294 = NZI 2014, 703)
 - Antrag auf Eigenverwaltung ist kein Insolvenzantrag eigener Art, der die Anfechtung ausschliesse
 - keine Anwendung von § 142 InsO
 - keine analoge Anwendung des § 55 IV InsO bei in vorläufiger Eigenverwaltung gezahlten Steuern
 - keine (doppelt) analoge Anwendung des § 55 IV InsO auf Sozialversicherungsbeiträge

6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Exkurs: Insolvenzanfechtung bei vorläufiger Eigenverwaltung
 - a.A.: eigenverwaltender Schuldner begründet Masseverbindlichkeiten
 - ⇔ h.M.: eigenverwaltender Schuldner begründet nur dann Masseverbindlichkeiten, wenn er dazu ermächtigt wird (OLG Köln ZIP 2014, 2523)
 - Die Ermächtigung ist auch bei § 270a InsO zulässig, str. (Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 159).
 - a.A.: bei Steuern § 55 IV InsO analog; arg.: vorläufiger Eigenverwalter ist auch ein „vorläufiger Insolvenzverwalter“ (LG Erfurt ZIP 2015, 2181)
 - Aber: Wortlaut und Entstehungsgeschichte stehen entgegen (Kahlert, EWiR 2015, 709, 710; Sterzinger, NZI 2016, 32, 33 f.)
 - a.A.: § 142 InsO bei Arbeitnehmeranteilen (LG Dresden NZI 2014, 654)

6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Exkurs: Insolvenzanfechtung bei vorläufiger Eigenverwaltung
 - Handlungsempfehlung: Wenn überhaupt die Zahlung geleistet wird, sollte der Gläubiger vor der Zahlung über den gestellten Insolvenzantrag informiert und ein Vorbehalt der späteren Anfechtung erklärt werden, um die Anfechtbarkeit erfolgter Zahlungen sicherzustellen.
 - Aber: Gefahr einer Strafbarkeit nach § 283c StGB bei Zahlungen auf Insolvenzforderungen (Gravenbrucher Kreis, ZIP 2015, 2159, 2164; *Kahlert*, EWiR 2015, 709, 710; *Frind*, ZInsO 2015, 22, 26)
 - Der Einfluss der geplanten Reform des Anfechtungsrechts auf die hiesige Debatte bleibt abzuwarten.

6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Thesen
 - a) Eine allgemeine teleologische Reduktion des § 64 GmbHG im Eröffnungsverfahren ist nicht veranlasst. Bei starker vorläufiger Insolvenzverwaltung entfällt die Haftung jedoch wegen des Fortfalls der Geschäftsführungsbefugnis.
 - b) Zahlungen, die – in Fällen schwacher vorläufiger Insolvenzverwaltung, vorläufiger Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren – zur Betriebsfortführung im Interesse der Gläubiger erforderlich sind, fallen unter § 64 Satz 2 GmbHG. Diese Ausnahme vom Zahlungsverbot greift nach dem Insolvenzantrag weiter als vorher; der Pflichtenmaßstab entspricht sodann dem des § 43 GmbHG nach Eintritt der materiellen Insolvenz.

6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

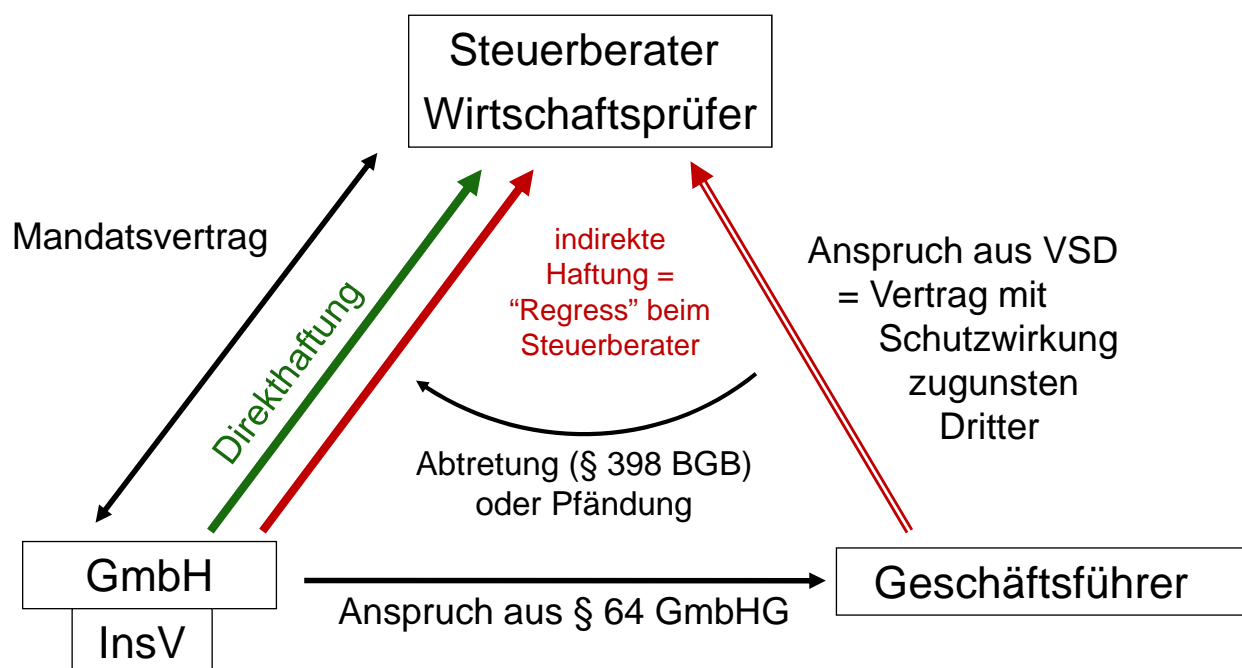
- Thesen
 - c) Das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG setzt sich im Eröffnungsverfahren gegen § 266a StGB und § 69 AO durch, weil es in der insolvenzrechtlichen Wertung durch die Regeln zum Eröffnungsverfahren und die (fast) zwingende Anfechtbarkeit eventuell geleisteter Zahlungen gestützt wird.

7. Insolvenzverursachende Zahlungen (§ 64 Satz 3 GmbHG)

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

8. Haftung aus § 826 BGB für gezahltes Insolvenzgeld

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



1. „Haftungsregress“ beim Steuerberater und Wirtschaftsprüfer

Fall: Der Geschäftsführer oder – nach Anspruchsabtretung bzw. Pfändung – der Insolvenzverwalter verlangt Schadensersatz vom Steuerberater für die Inanspruchnahme aus § 64 GmbHG

▪ Anspruch bejaht

- BGH v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 = ZIP 2012, 1353 = DB 2012, 1559

Leitsatz: Der Gesellschafter und der Geschäftsführer können in den Schutzbereich eines zwischen einer GmbH und einem Steuerberater geschlossenen Vertrages einbezogen sein, welcher die Prüfung einer möglichen Insolvenzreife der GmbH zum Gegenstand hat.

▪ Anspruch verneint

- BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, ZIP 2013, 829 = DB 2013, 928

Leitsatz 1: Das steuerberatende Dauermandat von einer GmbH begründet bei üblichem Zuschnitt keine Pflicht, die Mandantin bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz auf die Pflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, eine Überprüfung in Auftrag zu geben oder selbst vorzunehmen, ob Insolvenzreife besteht.

Leitsatz 2: Eine entsprechende drittschützende Pflicht trifft den steuerlichen Berater auch gegenüber dem Geschäftsführer der Gesellschaft nicht.

- ebenso die Vorinstanz: OLG Köln NZG 2012, 504
- a.A. z.B. LG Wuppertal ZInsO 2011, 1997 = NZI 2011, 877: Pflicht zum Hinweis auf Insolvenzreife auch bei Auftrag zur Erstellung des Jahresabschlusses

2. Direkthaftung gegenüber der GmbH

Fall: Die GmbH nimmt den Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer direkt wegen des fehlenden Hinweises auf die Insolvenzreife in Anspruch.

- Anspruch bejaht
 - BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, ZIP 2013, 1332 = DB 2013, 1542
Sachverhalt: Erstellung des Jahresabschlusses einer GmbH mit dem Hinweis auf eine „Überschuldung rein bilanzieller Natur“
Leitsatz 1: Erklärt der vertraglich lediglich mit der Erstellung der Steuerbilanz betraute Steuerberater, dass eine insolvenzrechtliche Überschuldung nicht vorliege, haftet er der Gesellschaft wegen der Folgen der dadurch bedingten verspäteten Insolvenzantragstellung.

Leitsatz 2: Der durch eine verspätete Insolvenzantragstellung verursachte Schaden der Gesellschaft bemisst sich nach der Differenz zwischen ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags.

Leitsatz 3: Wird der Insolvenzantrag einer GmbH infolge einer fehlerhaften Abschlussprüfung verspätet gestellt, trifft die Gesellschaft mit Rücksicht auf ihre Selbstprüfungspflicht in der Regel ein Mitverschulden an dem dadurch bedingten Insolvenzverschleppungsschaden.

- Anspruch verneint

- OLG Saarbrücken DB 2013, 2324 = DStR 2013, 2240

Sachverhalt: grobe Bilanzfälschung durch den Geschäftsführer;
Wirtschaftsprüfer erteilt uneingeschränkten Bestätigungsvermerk

Leitsatz 1: Eine Haftung des Abschlussprüfers wegen Missachtung der ihm aus § 323 Abs. 1 S. 1 HGB obliegenden Pflichten tritt hinter eine der zu prüfenden Gesellschaft zuzurechnende vorsätzliche Bilanzfälschung des Geschäftsführers vollständig zurück, solange der Pflichtverstoß des Abschlussprüfers die Grenze zur groben Fahrlässigkeit nicht erreicht.

Leitsatz 2: Es stellt keinen groben Fehler im vorgenannten Sinne dar, wenn der Abschlussprüfer von der Routine der vorangegangenen Jahre nicht abweicht und er die Funktionsweise des Warenwirtschaftssystems sowie dessen konkreten Einsatz nicht durch unmittelbaren Einblick in den virtuellen Datenbestand überprüft.

- Tatbestand: Nichtabführen von Beiträgen des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung
- Zahlungsunfähigkeit schließt Möglichkeit normgemäßen Verhaltens aus
 - ⇒ Aber: bei Anzeichen für Liquiditätsprobleme sind Sicherungsvorkehrungen erforderlich, z.B. Rücklagenbildung, notfalls durch Kürzung der Nettolöhne (BGHSt 47, 318; BGH ZIP 2006, 2127)
- Zuständigkeitsdelegation bei mehrgliedriger Geschäftsführung
 - ⇒ Überwachungspflicht bleibt, insbes. in finanzieller Krisensituation (BGHZ 133, 370; BGH ZIP 2008, 1275, Rn. 10 f.)
- Spätere Anfechtbarkeit im Insolvenzverfahren lässt Strafbarkeit nicht entfallen (BGHSt 48, 307, Leitsatz 2), wohl aber den Schaden (BGH NJW 2005, 2546, Leitsatz 3)

© 2016

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