

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## Insolvenzverschleppungshaftung – Aktuelle Entwicklungen –

Vortrag beim 7. Deutschen Handels- und  
Gesellschaftsrechtstag am  
15. September 2012 in Berlin

www.georg-bitter.de

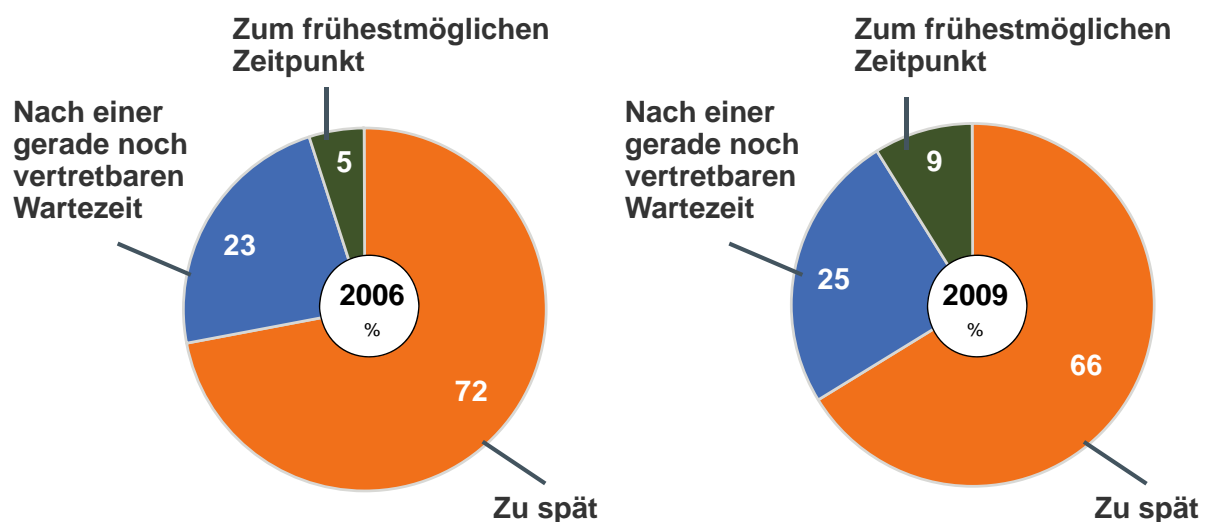
## Insolvenzverschleppungshaftung



Insolvenzen in Zeiten der Finanzkrise  
– Befragung von Insolvenzverwaltern –



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: § 43 II GmbHG

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

## 2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

### a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)

#### ➤ Überschuldung (§ 19 InsO)

⇒ befristete Wiedereinführung des „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“ bis Ende 2013

„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

⇒ mögliche Verlängerung über das Jahresende 2013 hinaus

❖ Studie von *Bitter/Hommerich/Reiss*, ZIP 2012, 1201 ff.

❖ Handelsblatt vom 28.8.2012, S. 17

## 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

❖ BGH ZIP 2012, 1174: Pflicht zur Einholung von fachkundigem Rat, wenn persönliche Kenntnisse unzureichend sind; Hinwirken auf unverzügliche Vorlage der Prüfergebnisse + Plausibilitätskontrolle

### 3. Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- Schutzgesetz: § 15a InsO (Antragspflicht; 3-Wochen-Frist)
  - Ablösung der §§ 64 I GmbHG, 130a, 177a HGB durch das MoMiG
  - Ausdehnung auf Gesellschafter bei Führungslosigkeit (§ 15a III InsO)
  - 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 Insolvenzreife (arg: § 321 BGB)
- ❖ OLG Hamburg ZIP 2007, 2318: Arbeitsverhältnis (⇔ LAG-Rspr.)
- ❖ BGH ZIP 2009, 366: nicht bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Problemfall 2: Deliktsgläubiger

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

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

- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

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

BGH ZIP 2007, 1060: keine Anrechnung / Vorteilsausgleichung

Problemfall 4: Neugläubiger = Mitglied des Verbandes

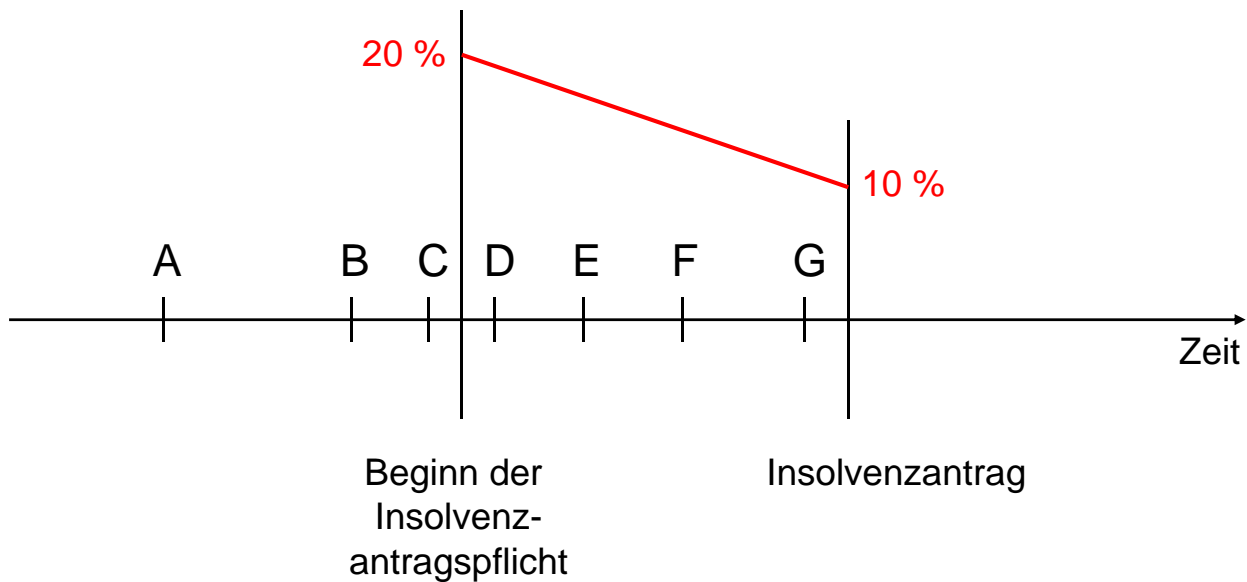
BGH ZIP 2010, 776: Haftung auch gegenüber den Mitgliedern (einer eG), wenn diese wie außenstehende Dritte mit dem Verband kontrahieren

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)

- BGHZ 138, 211: Eigene Zuständigkeit der Neugläubiger auch bei eröffnetem Insolvenzverfahren
- BGH ZIP 2011, 1007: Verjährung nach allgemeinen Regeln; keine Analogie zu §§ 64 S. 2, 43 IV GmbHG



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

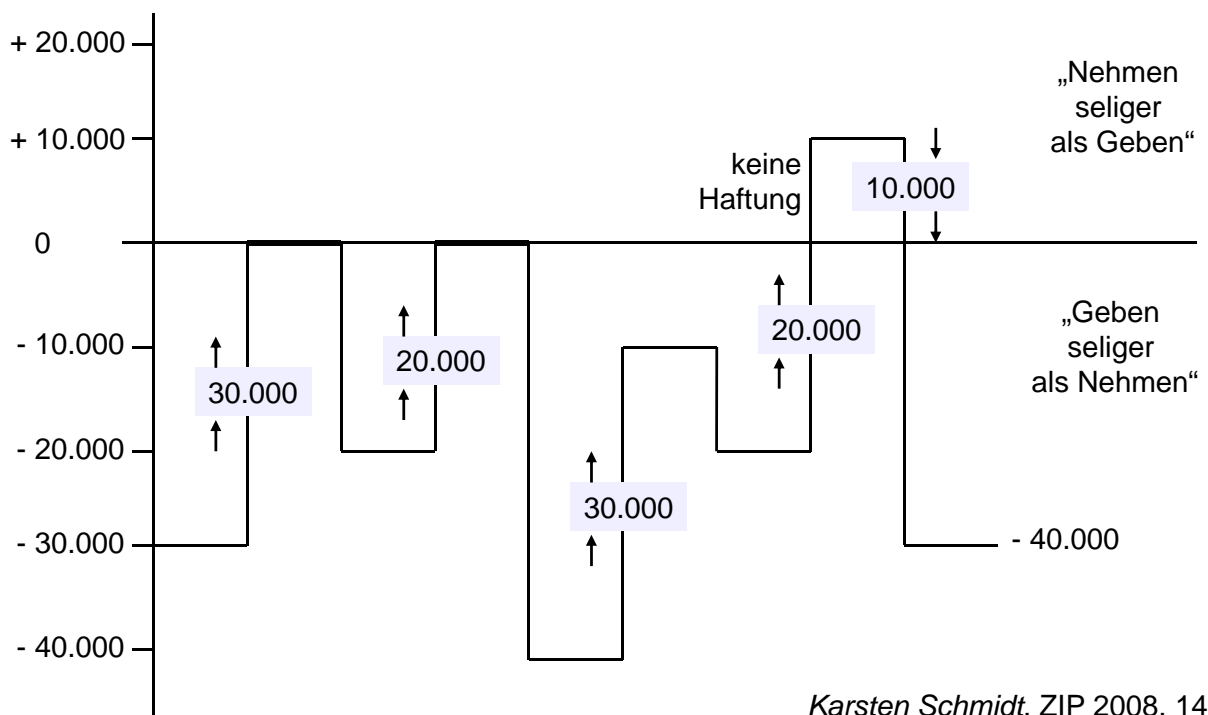
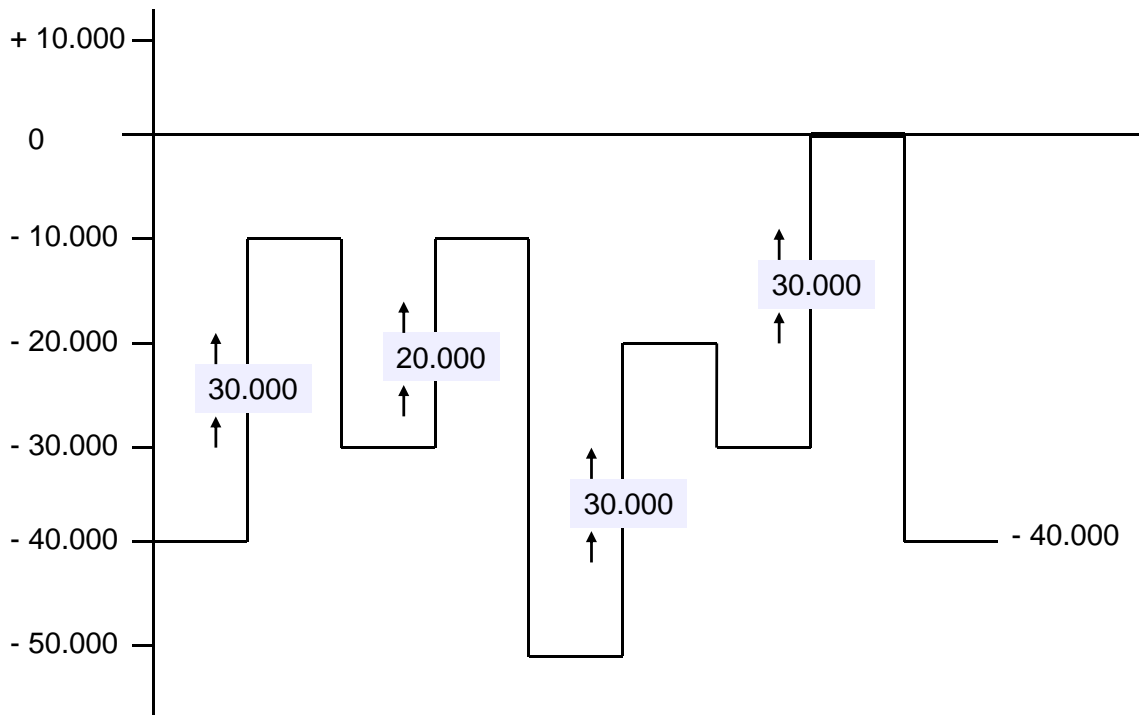
- Haftungsadressat
  - GmbH-Geschäftsführer (für AG-Vorstand: §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
  - BGH ZIP 2009, 860: auch Mitglieder eines gesetzlich verpflichtenden Aufsichtsrats wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht (vgl. § 116 AktG i.V.m. §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
    - Anlass für Überwachung, 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 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Begriff der „Zahlung“
  - bare / unbare Leistung 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“)
  - Lastschriftabbuchung vom Konto der GmbH (Grund: fehlender Widerruf)
  - Warenlieferung an einzelne Gläubiger
  - BGH ZIP 2009, 956: ggf. nicht bei Pfändung des Gesellschaftskontos

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

- Hauptproblem: Haftungsumfang ⇨ Schaubilder b.w.
  - Ersatz einzelner „Zahlungen“
    - ❖ BGH ZIP 2007, 1501 m.w.N. (siehe aber noch Folie 21)
  - Ersatz der Masseschmälerung
    - ❖ *Karsten Schmidt, Bitter, Altmeyen u.a.*
- Problem: Zahlung vom debitorischen Konto
  - ❖ BGH ZIP 2007, 1006 (Rz. 8) und BGH ZIP 2010, 470 (Rz. 10): bloßer Gläubigertausch





#### 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)
  - Problem: Leistungen, bei denen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt und dort verbleibt
    - Fall des Satzes 2 oder teleologische Korrektur des Satzes 1?
    - offen BGH ZIP 2010, 2400 (Rdn. 21)
  - OLG Brandenburg v. 14.12.2011 – 7 U 205/10 (Rz. 46 f.): Pflichtverl. bei Herausgabe von Absonderungsgut, da VerwertungsR des InsV
  - Sonderfall: Sozialversicherungsbeiträge + Steuern ⇒ Folien 19 f.

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

- Internationaler Gerichtsstand bei Wohnsitz des Geschäftsführers im Ausland (insbesondere Sitzverlegung ins Ausland)
  - OLG Karlsruhe ZIP 2010, 2123: Gerichtsstand der unerlaubten Handlung i.S.d. Art. 5 Nr. 3 EuGVVO in Deutschland
  - OLG Köln ZIP 2012, 1000: Deliktischer, insolvenzrechtlicher und vertraglicher Gerichtsstand in Deutschland
- Örtliche Zuständigkeit im Inland
  - LG Magdeburg v. 19.4.2012 – 5 O 2044/11: Unanwendbarkeit des § 32 ZPO, da § 64 GmbHG kein Deliktstatbestand ist

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

- ❖ 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)
  - Grundsatz der Massesicherung aus § 64 II GmbHG a.F. berührt Strafbarkeit aus § 266a StGB nicht, wenn Insolvenzantrag pflichtwidrig nicht gestellt
- ❖ BFH ZIP 2007, 1604
  - Anschluss an die Rspr. des 5. Strafsenats (bez. 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. Verhältnis des § 64 GmbHG zu § 266 StGB

- ❖ BGH ZIP 2008, 1229
  - Fall: Weiterleitung von Beträgen, die von anderen Konzerngesellschaften auf das Geschäftskonto der GmbH gezahlt werden, an die Gläubiger jener Gesellschaften
  - Verletzung der Pflicht aus § 64 II GmbHG a.F. auch bei Weiterleitung (str.; s.o. Folie 14 zum Haftungsumfang)
  - Aber Pflichtenkollision: Massesicherung hat keinen Vorrang vor den – durch § 266 StGB (Untreue) – geschützten Interessen der anderen Konzerngesellschaften
- ❖ 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

## 7. “Regress“ beim Steuerberater

- Fall: Der Geschäftsführer oder – nach Anspruchsabtretung – der Insolvenzverwalter verlangt Schadensersatz vom Steuerberater für die Inanspruchnahme aus § 64 GmbHG
- „Regress“ (+)
  - BGH ZIP 2012, 1353: Einbeziehung des Gesellschafters und Geschäftsführers in den Schutzbereich eines Vertrags der GmbH mit dem Steuerberater über die Prüfung der Insolvenzzreife
  - LG Wuppertal ZInsO 2011, 1997 = NZI 2011, 877: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter; Pflicht zum Hinweis auf Insolvenzzreife auch bei Auftrag zur Erstellung des Jahresabschlusses
- „Regress“ (–)
  - OLG Köln NZG 2012, 504: kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter; keine Pflicht zum Hinweis auf Insolvenzzreife bei Steuerberatermandat (Revision unter IX ZR 64/12)

## 8. Insolvenzverursachende Zahlungen (§ 64 S. 3 GmbHG)

- Verbot von Zahlungen an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen
  - neuer Satz 3 eingeführt durch das MoMiG
  - Teilregelung der sog. „Existenzvernichtung“, aber Haftung der Geschäftsführer, nicht der Gesellschafter
  - Problem: Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch Leistung auf vorhandene Verbindlichkeit möglich?

## 9. 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

## 10. Kostenfragen

- ❖ Berechnungsgrundlage für Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters
  - BGH ZIP 2010, 2107: Einbeziehung von Ansprüchen aus § 64 GmbHG mit ihrem voraussichtlichen Realisierungswert
- ❖ Streitwert
  - OLG Köln NJW-RR 2012, 615: Unterschiedliche Zahlungen, auf die der Anspruch aus § 64 GmbHG gestützt wird, betreffen nicht den gleichen Gegenstand i.S.v. § 45 I 3 GKG
- ❖ Kostendeckung nach § 207 InsO
  - OLG Köln ZIP 2012, 192: Berücksichtigung auch von umstrittenen Ansprüchen (z.B. gegen Geschäftsführer) ⇒ PKH möglich

*Bitter*, Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern  
in der Insolvenz ihrer GmbH

ZInsO 2010, 1505 - 1524 (Teil 1), 1561 - 1582 (Teil 2)

© 2012  
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)