

Mannheimer Insolvenztage am 22. Juli 2005

„Aktuelle Entwicklungen bei der Insolvenzverschleppungshaftung“

Sammlung von Leitsätzen, Orientierungssätzen und Urteilsauszügen

(soweit nichts anderes angegeben ist, handelt es sich um Leitsätze)

Hinweis: Eine umfangreiche Sammlung von Leitsätzen und Urteilsauszügen zu sämtlichen Fällen der Gesellschafter- und Geschäftsführerhaftung bei der GmbH ist kostenlos über meine Homepage (www.georg-bitter.de) unter dem Stichwort „Vorträge“ erhältlich (Vortrag vom 10.11.2004).

| | |
|---|---|
| I. Insolvenzreife und Insolvenzantragspflicht..... | 1 |
| II. Außenhaftung gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG | 3 |
| III. Innenhaftung aus § 64 II GmbHG | 4 |
| 1. Allgemeines | 4 |
| 2. Verhältnis zu § 266a StGB | 6 |
| 3. Literatur (Auswahl) | 7 |
| IV. Sonderfall: Haftung des Gläubigers..... | 7 |
| V. Anwendbarkeit auf EG-Auslandsgesellschaften..... | 7 |
| 1. Rechtsprechung des BGH..... | 8 |
| 2. Instanzgerichtliche Rechtsprechung | 8 |

I. Insolvenzreife und Insolvenzantragspflicht

(1) BGH, 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184 = WM 2000, 242 = NJW 2000, 668 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.01 *Bitter*

1. Für den Beginn des mit der Ersatzpflicht des Geschäftsführers bewehrten Zahlungsverbots gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG genügt die für ihn erkennbare Überschuldung (oder Zahlungsunfähigkeit) der GmbH. Die Beweislast für fehlende Erkennbarkeit trifft den Geschäftsführer.
2. ... (betr. § 64 Abs. 2 GmbHG; siehe unten S. 4)

(2) BGH, 2.10.2000 – II ZR 164/99, DStR 2001, 1537 m. Anm. *Goette*

Leitsätze von Prof. Dr. Wulf Goette:

1. § 64 Abs. 1 GmbHG verpflichtet den Geschäftsführer, ohne jede Bindung an Weisungen von Gesellschaftsgremien, im Falle der Insolvenz der Gesellschaft den vorgeschriebenen Antrag bei dem Insolvenzge-

richt einzureichen. Im Falle der Verletzung dieser Pflicht haftet er den Altgläubigern auf Ersatz des Quotenschadens, die Neugläubiger hat er so zu stellen, als hätten sie mit der insolvenzreifen Gesellschaft nicht mehr kontrahiert.

2. Die in § 64 Abs. 1 GmbHG genannte Dreiwochenfrist darf nicht in jedem Fall, sondern allenfalls dann ausgeschöpft werden, wenn begründete Aussicht dafür besteht, dass die Gesellschaft durch Sanierungsmaßnahmen gerettet werden könnte und der Geschäftsführer deren Tragfähigkeit prüfen muss. Kommen von Anfang an Sanierungsmaßnahmen nicht in Betracht, ist der Antrag sofort zu stellen.

(3) BGH, 7.3.2005 – II ZR 138/03, ZIP 2005, 807 = WM 2005, 848 = NJW-RR 2005, 766

1. Verlangt eine GmbH oder in ihrer Insolvenz der Insolvenzverwalter von einem Gesellschafter Rückzahlung einer Leistung nach den Grundsätzen des Eigenkapitalersatzes, muß die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter darlegen und beweisen, daß die Gesellschaft zu dem maßgeblichen Zeitpunkt in einer Krise i.S. des § 32a Abs. 1 GmbHG war.

2. Berufet sich die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter dazu auf eine Insolvenzureife wegen Überschuldung der Gesellschaft, reicht es nicht aus, wenn lediglich die Handelsbilanz vorgelegt wird, auch wenn sich daraus ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ergibt. Vielmehr muß entweder ein Überschuldungsstatus mit Aufdeckung etwaiger stiller Reserven und Ansatz der Wirtschaftsgüter zu Veräußerungswerten aufgestellt oder dargelegt werden, daß stille Reserven und sonstige aus der Handelsbilanz nicht ersichtliche Veräußerungswerte nicht vorhanden sind.

3. Dabei muß die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter nicht jede denkbare Möglichkeit ausschließen, sondern nur naheliegende Anhaltspunkte – beispielsweise stille Reserven bei Grundvermögen – und die von dem Gesellschafter insoweit aufgestellten Behauptungen widerlegen.

(4) BGH, 2.6.2005 – IX ZR 221/03 (noch nicht veröffentlicht)

Ein Arbeitnehmer, dessen Beschäftigungsverhältnis bei der Schuldnerin bereits vor Stellung des Insolvenzantrags beendet worden ist, kann von dem Insolvenzverwalter zur Klärung eines gegen den Geschäftsführer oder sonstige Dritte gerichteten Anspruchs grundsätzlich keine Auskunft über den Zeitpunkt der Insolvenzureife der Schuldnerin verlangen.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„Der angebliche Schadensersatzanspruch gegen die Geschäftsführerin der Schuldnerin, der durch den Auskunftsanspruch geklärt werden soll, ist nicht auf eine Befriedigung aus der Insolvenzmasse (§ 38 InsO) gerichtet. Deshalb besteht der hierauf bezogene Auskunftsanspruch nur gegen die Schuldnerin persönlich (vgl. Jaeger/Henckel, InsO § 38 Rn. 73; MünchKomm-InsO/Ehricke, § 38 Rn. 46; Häsemeyer ZZP 80 (1967), 286).“

(5) OLG Brandenburg, 21.2.2001 – 13 U 151/99, WM 2003, 2470

Bei fortbestehender Insolvenzureife infolge Überschuldung ist ein Beschluß der Generalversammlung, die Genossenschaft im Wege eines „außergerichtlichen Vergleiches“ abzuwickeln, gesetzwidrig und daher nicht geeignet, die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von der Haftung für weiterhin geleistete Zahlungen zu befreien.

(6) OLG Brandenburg, 31.3.2005 – 11 U 103/04, ZIP 2005, 1073

1. Der Gläubiger, der den Geschäftsführer einer GmbH aus einer verzögerten Insolvenzantragstellung als behaupteter Neugläubiger in Anspruch nimmt, muss darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen des § 64 GmbHG im Zeitpunkt der den Schaden auslösenden Bestellungen gegeben waren. Darlegungs- und Beweiserleichterungen kommen ihm jedenfalls dann nicht zugute, wenn im Zeitpunkt der Auftragserteilung jedes Anzeichen für eine Krise der GmbH fehlt.

2. Dies gilt auch dann, wenn es die Geschäftsführer unterlassen haben, die Bücher der Gesellschaft ordnungsgemäß zu führen. Der Verstoß gegen § 283b StGB begründet keine eigenständige Haftung des Geschäftsführers für einen Zeitraum, in dem sämtliche Anzeichen für eine Krise fehlen, und rechtfertigt auch keine vollständige Verlagerung der Darlegungslast nach den Regeln der sekundären Behauptungslast.

(7) OLG Hamburg, 29.12.2003 – 11 W 90/03, GmbHR 2004, 797

1. Es ist ein wesentliches Indiz für die Zahlungseinstellung als Voraussetzung der Vermutung der Zahlungsunfähigkeit, wenn der Schuldner nur noch Neuschulden begleicht, Altforderungen aber nicht innerhalb eines Zeitraums von etwa einem Monat bedient. Das gilt jedenfalls, wenn die Altschulden wesentlich höher sind als die neuen Verbindlichkeiten. Zudem ist ein gewichtiges Indiz für die Zahlungseinstellung, wenn der Schuldner über längere Zeit Lohnforderungen, Sozialversicherungsbeiträge, Steuerverbindlichkeiten und Kosten für Energielieferung nicht begleicht.

2. ... (betr. § 64 Abs. 2 GmbHG, s.u.)

(8) OLG Koblenz, 5.11.2004 – 5 U 875/04, ZIP 2005, 211 = AG 2005, 446

1. Auf Erstattung einer insolvenznah an eine AG geleisteten Kaufpreisanzahlung haftet der Vorstand der AG nur dann persönlich, wenn ein für die Anzahlung ursächlicher Verstoß gegen § 92 Abs. 2 AktG feststeht.

2. Die Drei-Wochen-Frist des § 92 Abs. 2 AktG beginnt erst, wenn der Vorstand von der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung Kenntnis hat (Abgrenzung zu BGH, 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184).

3. § 93 AktG und § 130 OWiG sind keine Schutzgesetze i.S. von § 823 Abs. 2 BGB.

Hinweis: Die Entscheidung des OLG Koblenz, die die Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften praktisch von jeglicher Selbstprüfungspflicht zur Krisenfrüherkennung befreit, entspricht nicht dem aktuellen Stand der Diskussion; dazu mit Recht kritisch auch *Bayer/Schmidt*, AG 2005, 644.

(9) OLG Naumburg, 20.8.2003 – 5 U 67/03, GmbHR 2004, 361 = ZInsO 2004, 512

1. Die Überschuldung eines Unternehmens ist im Geltungsbereich des § 19 Abs. 2 InsO allein anhand des Ergebnisses der Überschuldungsbilanz zu beurteilen, das – je nach Wahrscheinlichkeit der Unternehmensfortführung – unterschiedlich zu ermitteln ist.

2. Ist bereits das Ergebnis der Überschuldungsbilanz zu Fortführungswerten negativ, besteht grundsätzlich Insolvenzantragspflicht trotz positiver Fortbestehensprognose.

3. Da in der Überschuldungsbilanz die Aktivposten nur dann mit den Fortführungswerten angesetzt werden dürfen, wenn eine positive Fortbestehensprognose gestellt werden kann und die Wahrscheinlichkeit der Fortführung des Unternehmens bereits die in der Überschuldungsbilanz einzusetzenden Werte beeinflusst, hat der Geschäftsführer in der Krise zunächst der Frage der Fortführungsmöglichkeit des Unternehmens nachzugehen.

4. Eine Fortbestehensprognose setzt grundsätzlich die Aufstellung eines dokumentierten Ertrags- und Finanzplanes voraus (Baumbach/Hueck-Schulze-Osterloh, GmbHG, 17. Aufl., § 64 Rz. 11 m.w.N.). Die Prognose ist positiv, wenn sich die überwiegende Wahrscheinlichkeit ergibt, dass die Gesellschaft mittelfristig Einnahmenüberschüsse erzielen wird, aus denen die gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten gedeckt werden können.

II. Außenhaftung gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG

(1) BGH, 6.6.1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126, 181 = WM 1994, 1428 = NJW 1994, 2220

1. ... (betr. Eigenhaftung des Vertreters)

2. Die (Neu-)Gläubiger, die ihre Forderungen gegen die GmbH nach dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem Konkursantrag hätte gestellt werden müssen, haben gegen den insoweit schuldhaft pflichtwidrig handelnden

Geschäftsführer einen Anspruch auf Ausgleich des vollen – nicht durch den "Quotenschaden" begrenzten – Schadens, der ihnen dadurch entsteht, daß sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen GmbH getreten sind (insoweit Aufgabe von BGH, Urt. v. 16.12.1958 – VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100).

3. Zur Frage der Beweislast in Fällen der Haftung des Geschäftsführers wegen Verstoßes gegen die Konkursantragspflicht.

(2) BGH, 30.3.1998 – II ZR 146/96, BGHZ 138, 211 = WM 1998, 944 = NJW 1998, 2667

1. Der Verwalter im Konkurs einer GmbH ist nicht berechtigt, einen Quoten- oder sonstigen Schaden der Neugläubiger wegen schuldhaft verspäteter Stellung des Konkursantrages gegen den Geschäftsführer der GmbH geltend zu machen (Ergänzung zu BGH, Urt. v. 6.6.1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126, 181).

2. Zur Berechnung des Quotenschadens der Altgläubiger bei einem Zusammentreffen mit sonstigen Ansprüchen der GmbH gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer.

3. Bei der Ermittlung der fiktiven (und der realen) Quote der Altgläubiger darf nur die zu ihrer Befriedigung zur Verfügung stehende "freie" Masse berücksichtigt werden.

(3) BGH, 7.7.2003 – II ZR 241/02, ZIP 2003, 1713 = WM 2003, 1824

1. Auf dem Wege der Insolvenzverschleppungshaftung können die Neugläubiger einer GmbH deren die Insolvenzantragspflicht pflichtwidrig schuldhaft verletzenden Geschäftsführer auf Ausgleich des Schadens in Anspruch nehmen, der ihnen dadurch entsteht, daß sie in Rechtsbeziehungen zu der insolventen Gesellschaft getreten sind. Ob dasselbe auch für gesetzliche Schuldverhältnisse gilt, bleibt offen.

2. Es besteht keine die Vermutung des § 252 Satz 2 BGB auslösende Wahrscheinlichkeit, daß Arbeitnehmer einer insolvent gewordenen GmbH sofort eine Beschäftigung bei einem anderen Unternehmen mit der Folge aufnehmen, daß die Sozialkasse, bei der sie zuvor versichert waren, durch die verspätete Stellung des Insolvenzantrages einen Beitragsausfallschaden erleidet.

(4) OLG Celle, 5.12.2001 – 9 U 204/01, NZG 2002, 730

1. Wird eine GmbH zahlungsunfähig und haftet der GmbH-Geschäftsführer gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 S. 1 GmbHG bei Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht, dann ist auch der Schaden des Gesellschaftsgläubigers ersatzfähig, der mit der Gesellschaft infolge des unterbliebenen Insolvenzantrages bereits vor dem Antragsstellungszeitpunkt durch Vertragsschluß in Rechtsbeziehungen getreten ist, seine Leistungen jedoch erst nach dem Zeitpunkt erbringt, zu dem der Geschäftsführer den Insolvenzantrag hätte stellen müssen. Für eine Ersatzfähigkeit des Schadens ist nicht der Vertragsschluß, sondern der Zeitpunkt der Leistungserbringung des Gläubigers entscheidend.

2. Der Umfang des Schadensersatzes umfaßt auch den entgangenen Gewinn nach § 252 S. 1 BGB, sofern der Gläubiger seine betrieblichen Kapazitäten anderweitig hätte einsetzen können.

III. Innenhaftung gemäß § 64 II GmbHG

1. Allgemeines

(1) BGH, 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184 = WM 2000, 242 = NJW 2000, 668 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.01 *Bitter*

1. ... (betr. die Insolvenzantragspflicht; siehe oben S. 1)

2. Der von dem Geschäftsführer einer insolvenzreifen GmbH veranlaßte Einzug eines Kundenschecks auf ein debitorisches Bankkonto der GmbH ist grundsätzlich als eine zur Ersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG führende "Zahlung" (an die Bank) zu qualifizieren.

(2) BGH, 11.9.2000 – II ZR 370/99, NJW 2001, 304 = WM 2000, 2158 = WuB II C. § 64 GmbHG
1.01 *Bitter*

1. Zur Anwendbarkeit des § 64 Abs. 2 GmbHG bei dem vom Geschäftsführer einer konkursreifen GmbH veranlaßten Einzug eines Kundenschecks auf ein debitorisches Bankkonto der Gesellschaft (Fortführung von BGH, Urt. v. 29.11.1999, II ZR 273/98, BGHZ 143, 184).

2. Der Ersatzanspruch einer GmbH gegenüber ihrem Geschäftsführer aus § 64 Abs. 2 GmbHG ist im Fall ihrer masselosen Insolvenz der Pfändung durch einen Gesellschaftsgläubiger zugänglich.

(3) BGH, 8.1.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 = WM 2001, 317 = NJW 2001, 1280

1. + 2. ...

3. Zahlungen, die der Geschäftsführer dem Verbot des § 64 Abs. 2 GmbHG zuwider geleistet hat, sind von ihm ungekürzt zu erstatten (Abweichung von BGH, Urt. v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184). Ihm ist in dem Urteil vorzubehalten, seinen Gegenanspruch, der sich nach Rang und Höhe mit dem Betrag deckt, den der begünstigte Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte, nach Erstattung an die Masse gegen den Insolvenzverwalter zu verfolgen. Etwa bestehende Erstattungsansprüche der Masse gegen Dritte sind Zug um Zug an den Geschäftsführer abzutreten.

(4) BGH, 31.3.2003 – II ZR 150/02, WM 2003, 1017 = 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.

Auszug aus den Entscheidungsgründen:

„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 (Sen. Urt. v. 11.9.2000, WM 2000, 2158 = ZIP 2000, 1896; ebenso *Altmeyen*, in Roth/*Altmeyen*, GmbHG, 4. Aufl., § 64 Rdn. 43, 57 f. m.w.N.; *Heidenhain*, LM Nr. 18 zu § 64 GmbHG; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl., § 64 Rdn. 23 f.), weil dann der Sache nach lediglich ein Aktivtausch vorliegt.“

(5) OLG Schleswig, 10.4.2003, WM 2003, 2473 = ZIP 2003, 856

Orientierungssätze:

1. Einem GmbH-Geschäftsführer, der gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet ist, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft bzw. Feststellung ihrer Überschuldung geleistet worden sind, ist zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse ein Vorbehalt zu gewähren, der ihn berechtigt, die hypothetische Quote der durch die verbotenen Zahlungen begünstigten Gläubiger gegen die Masse geltend zu machen (Anschluss an BGH, 8. Januar 2001, II ZR 88/99, ZIP 2001, 235).

2. Es bestehen keine Bedenken, die zu § 64 Abs. 2 GmbH entwickelten Grundsätze auf einen konkurrierenden Insolvenzanfechtungsanspruch zu übertragen. Die Einräumung eines dem Rückzahlungsschuldner die Verfolgung von Gegenansprüchen ermöglichenden Vorbehalts ist ein geeignetes Mittel um (jedenfalls im Falle einer unmittelbaren Anspruchskonkurrenz mit einem Anspruch aus § 64 Abs. 2 GmbHG) die gemeinsame Zielsetzung sowohl der insolvenzrechtlichen als auch gesellschaftsrechtlichen Restitutionsansprüche sowohl zu erreichen, als aber auch nicht zu verfehlen. Denn diese besteht nicht in der Pönalisierung des normwidrigen Verhaltens eines GmbH-Geschäftsführers, sondern in der Wiederauffüllung der durch dessen Handeln geschmälernten Insolvenzmasse. Vor diesem Hintergrund sind nicht gerechtfertigte Bereicherungen der Insolvenzmasse genauso zu vermeiden wie eine Risikoverlagerung auf den Insolvenzverwalter bzw. die

Gesamtgläubigerschaft. Ebenso wie eine unverzügliche Rückführung der der Masse entzogenen bzw. vor-enthaltenen Vermögensgegenstände oder ihres Wertes zu erfolgen hat, ist daher andererseits dem Rückzahlungsschuldner die Möglichkeit einzuräumen, eine Überzahlung zu seinen Lasten zu vermeiden, sofern dies unter Vermeidung von ungerechtfertigten Risiken für die Masse möglich ist.

Hinweis: Das Urteil ist rechtskräftig geworden, nachdem der Kläger seine Revision zurückgenommen hat (vgl. BGH NJW-RR 2005, 651).

(6) Sonstige instanzgerichtliche Rechtsprechung

OLG Celle, 23.12.2003 – 9 U 176/03, ZIP 2004, 1210 (keine Erstattung von Zahlungen, die auch bei rechtzeitigem Stellung des Insolvenzantrags [noch] vom Insolvenzverwalter geleistet worden wären)

OLG Dresden, 21.9.2004 – 2 U 1441/01 (Zahlung durch fehlenden Widerspruch gegen Lastschriftinzug; Sorgfaltswidrigkeit von Zahlungen an Leasingunternehmen und Sozialversicherungsträger, weil diese nicht erforderlich sind, um einen planlosen Zusammenbruch zu verhindern)

OLG Düsseldorf, 12.3.1999 – 22 W 12/99, GmbHR 1999, 661 = NJW-RR 1999, 1411 (Einzahlungen, Einreichungen von Kundenschecks, Lastschrifteinzüge und Gutschriften auf einem debitorischen Geschäftskonto als Zahlungen im Sinne des § 64 Abs. 2 GmbHG)

OLG Hamburg, 29.12.2003 – 11 W 90/03, GmbHR 2004, 797 (keine Erstattung von Zahlungen, die in der Absicht geleistet werden, den Betrieb für die Zwecke des Insolvenzverfahrens oder auch im Interesse einer ernstlich erwarteten Sanierung aufrecht zu erhalten)

OLG Oldenburg, 20.3.2004 – 1 W 2/04, ZIP 2004, 1315 = GmbHR 2004, 1340 (Erstattung von Zahlungen, die Kunden nach Insolvenzzreife auf ein debitorisch geführtes Bankkonto der GmbH geleistet haben)

OLG Oldenburg, 10.5.2004 – 15 U 13/04, GmbHR 2004, 1014 = ZInsO 2004, 984 (gleichzeitige Inanspruchnahme des GmbH-Geschäftsführers [§ 64 II GmbHG] und des Empfängers der angefochtenen Leistung [§§ 129 ff. InsO]; keine Gesamtschuldnerschaft)

2. Verhältnis zu § 266a StGB

(1) BGH, 30.7.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307 = NJW 2003, 3787

1. Unterläßt der Verantwortliche während des Laufs der Insolvenzantragsfrist nach § 64 Abs. 1 GmbHG die Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen an die Sozialversicherung, macht er sich nicht nach § 266a Abs. 1 StGB strafbar.

2. Die Strafvorschrift des § 266a Abs. 1 StGB verlangt auch dann die vorrangige Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen, wenn die Zahlung möglicherweise im Insolvenzverfahren später angefochten werden kann (im Anschluß an BGHSt 47, 318).

(2) BGH, 18.4.2005 – II ZR 61/03, ZIP 2005, 1026 = WM 2005, 1180

1. § 266a StGB ist ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB.

2. Für die Unmöglichkeit normgemäßen Verhaltens ist im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB der Anspruchsteller darlegungs- und beweispflichtig (Bestätigung von BGHZ 133, 370, 379). An die Erfüllung der grundsätzlich bestehenden sekundären Darlegungslast des Geschäftsführers einer GmbH dürfen keine diese Verteilung der Vortragslast umkehrenden Anforderungen gestellt werden. Eine besondere Dokumentationspflicht zur Abwehr einer möglichen Haftung nach diesen Vorschriften besteht nicht. Auch die Verletzung der Insolvenzantragspflicht erhöht die sekundäre Darlegungslast des Geschäftsführers nicht.

3. Hätte der Insolvenzverwalter die Zahlungen an die Sozialkasse nach der InsO anfechten können, entfällt mangels Kausalität der Schaden (Bestätigung von BGH, Urt. v. 14. November 2000 – VI ZR 149/99, ZIP 2001, 80). § 266a StGB begründet in der Insolvenzsituation keinen Vorrang der Ansprüche der Sozialkasse (Bestätigung von BGHZ 149, 100, 106 f.; Urt. v. 10. Juli 2003 – IX ZR 89/02, ZIP 2003, 1666). Der Geschäftsführer, der in dieser Lage die Arbeitnehmeranteile noch abführt, statt das Gebot der Massesicherung

(§ 64 Abs. 2 GmbHG) zu beachten, handelt nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns im Sinne von § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG (Bestätigung von BGHZ 146, 264, 274 f.).

3. Literatur (Auswahl)

Altmeppen, Insolvenzverschleppungshaftung Stand 2001, ZIP 2001, 2201

Altmeppen/Wilhelm, Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, NJW 1999, 673

Bitter, Zur Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG für „Zahlungen“ nach Insolvenzzreife, WM 2001, 666

Bitter, Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 29.11.1999 – II ZR 273/98 – und vom 11.9.2000 – II ZR 370/99 –, WuB II C. § 64 GmbHG 1.01

Bitter, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 31.3.2003 – II ZR 150/02 –, WuB II C. § 64 GmbHG 1.03

Goette, Zur systematischen Einordnung des § 64 Abs. 2 GmbHG, ZInsO 2005, 1 (zuvor veröffentlicht in der Festschrift für Gerhard Kreft)

Haas, Der Erstattungsanspruch nach § 64 II GmbHG, NZG 2004, 737

Karsten Schmidt, Geschäftsführerhaftung gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG bei masseloser Insolvenz, GmbHR 2000, 1225

Karsten Schmidt, Verbotene Zahlungen in der Krise von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten, ZHR 168 (2004), 637

Schröder, Die Strafrechtliche Haftung wegen Nichtabführens von Sozialversicherungsbeiträgen und das Zahlungsverbot in der Krise der GmbH – Der GmbH-Geschäftsführer zwischen Mühlsteinen widerstrebenden Rechts (§ 266a Abs. 1 StGB versus § 64 Abs. 2 GmbHG), GmbHR 2005, 736

Schulze-Osterloh, Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzzreife (§ 64 Abs. 2 GmbHG; §§ 92 Abs. 3, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG), in: Festschrift Bezenberger, 2000, S. 415

IV. Sonderfall: Haftung des Gläubigers

BGH, 10.2.2005 – IX ZR 221/02, NJW 2005, 1121 = ZIP 2005, 494 = WM 2005, 564

1. – 3. ... (betr. Insolvenzanfechtung gemäß § 133 InsO)

4. Veranlaßt der Gläubiger den Schuldner, den Insolvenzantrag bewußt hinauszuzögern, um eine Anfechtung der Zwangsvollstreckungsmaßnahme nach § 131 InsO zu vermeiden, kommt eine Haftung gegenüber der Masse nach §§ 826, 823 Abs. 2 BGB in Betracht.

V. Anwendbarkeit auf EG-Auslandsgesellschaften

Hinweis 1: Die nachfolgend aufgeführten Entscheidungen betreffen zumeist ganz allgemein die Frage der Anwendbarkeit deutschen Gläubigerschutzrechts auf EG-Auslandsgesellschaften. Rechtsprechung, die sich speziell mit der Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppungshaftung auf EG-Auslandsgesellschaften beschäftigt, liegt – mit Ausnahme des unten S. 8 zuletzt angeführten Urteils des AG Bad Segeberg (Leitsatz 3) – soweit ersichtlich noch nicht vor.

Hinweis 2: Eine ausführlichere Leitsatzsammlung zur Frage der Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern von EG-Auslandsgesellschaften in der Insolvenz ist kostenlos über meine Homepage (www.georg-bitter.de) unter dem Stichwort „Vorträge“ erhältlich (Vortrag vom 14.6.2005).

Literatur: *Eidenmüller (Hrsg.)*, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004; *Hirte/Bücker (Hrsg.)*, Grenzüberschreitende Gesellschaften, Praxishandbuch für ausländische Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland, 2005; *Lutter (Hrsg.)*, Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005; zur Position des Verfassers siehe *Bitter*, Flurschäden im Gläubigerschutzrecht durch „Centros & Co.“ – Eine Zwischenbilanz, WM 2004, 2190; *ders.*, Niederlassungsfreiheit für Kapitalgesellschaften in Europa: Gläubigerschutz in Gefahr?, in: Tietze/McGuire et al., Europäisches Privatrecht – Über die Verknüpfung von nationalem und

1. Rechtsprechung des BGH

(1) BGH, 13.3.2003 – VII ZR 370/98, BGHZ 154, 185 = NJW 2003, 1461 = WM 2003, 835 (Überseering)

Eine Gesellschaft, die unter dem Schutz der im EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit steht, ist berechtigt, ihre vertraglichen Rechte in jedem Mitgliedsstaat geltend zu machen, wenn sie nach der Rechtsordnung des Staates, in dem sie gegründet worden ist und in dem sie nach einer eventuellen Verlegung ihres Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedsstaat weiterhin ihren satzungsmäßigen Sitz hat, hinsichtlich des geltend gemachten Rechts rechtsfähig ist.

(2) BGH, 5.7.2004 – II ZR 389/02, WM 2004, 1683 = NJW-RR 2004, 1618 = ZIP 2004, 1549

Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten einer in den USA nach dortigen Vorschriften gegründeten Gesellschaft (hier einer „Inc.“) mit Verwaltungssitz im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland richtet sich jedenfalls dann nach dem Gründungsrecht, wenn die Gesellschaft geschäftliche Aktivitäten auch in den USA entfaltet.

(3) BGH, 14.3.2005 – II ZR 5/03, WM 2005, 889 = ZIP 2005, 805 = NJW 2005, 1648

1. Die Haftung des Geschäftsführers für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten einer gemäß Companies Act 1985 in England gegründeten private limited company mit tatsächlichem Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland richtet sich nach dem am Ort ihrer Gründung geltenden Recht.

2. Der Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) steht entgegen, den Geschäftsführer einer solchen englischen private limited company mit Verwaltungssitz in Deutschland wegen fehlender Eintragung in einem deutschen Handelsregister der persönlichen Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG für deren rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten zu unterwerfen.

2. Instanzgerichtliche Rechtsprechung

(1) OLG Köln, 14.5.2004 – 16 W 11/04, ZIP 2005, 322

Ansprüche der Gläubiger einer Aktiengesellschaft gegen die Gründungsgesellschafter wegen eindeutiger materieller Unterkapitalisierung dieser Aktiengesellschaft sind im Gerichtsstand des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO geltend zu machen. Handlungsort ist der Sitz der Gesellschaft zum Gründungszeitpunkt.

(2) AG Bad Segeberg, 24.3.2005 – 17 C 289/04, ZIP 2005, 812 = ZInsO 2005, 558

Leitsätze der ZIP-Redaktion:

1. Ansprüche der Gläubiger einer nach englischem Recht gegründeten Limited aus existenzvernichtendem Eingriff und Unterkapitalisierung unterliegen als gesellschaftsrechtliche Ansprüche auch bei einer Geschäftstätigkeit in Deutschland grundsätzlich dem Gesellschaftsstatut. Die Anwendung deutschen Rechts ist nur ausnahmsweise zuzulassen, wenn ein konkreter Missbrauch der Niederlassungsfreiheit vorliegt.

2. Allein die Ausstattung mit geringem Gründungskapital begründet keinen Rechtsmissbrauch, wenn sie nach dem Recht des Gründungsstaats zulässig ist, ebenso wenig die Tatsache, dass eine Auslandsgesellschaft für die inländische Tätigkeit eingesetzt wird.

3. Die Haftung wegen Insolvenzverschleppung richtet sich nach dem Recht des Gründungsstaats, wenn in diesem bereits ein umfassender Gläubigerschutz gewährleistet ist.