

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

**Die Haftung der Geschäftsführer in der  
Insolvenz – Innenhaftung, Außenhaftung,  
Modifikationen durch das COVInsAG**

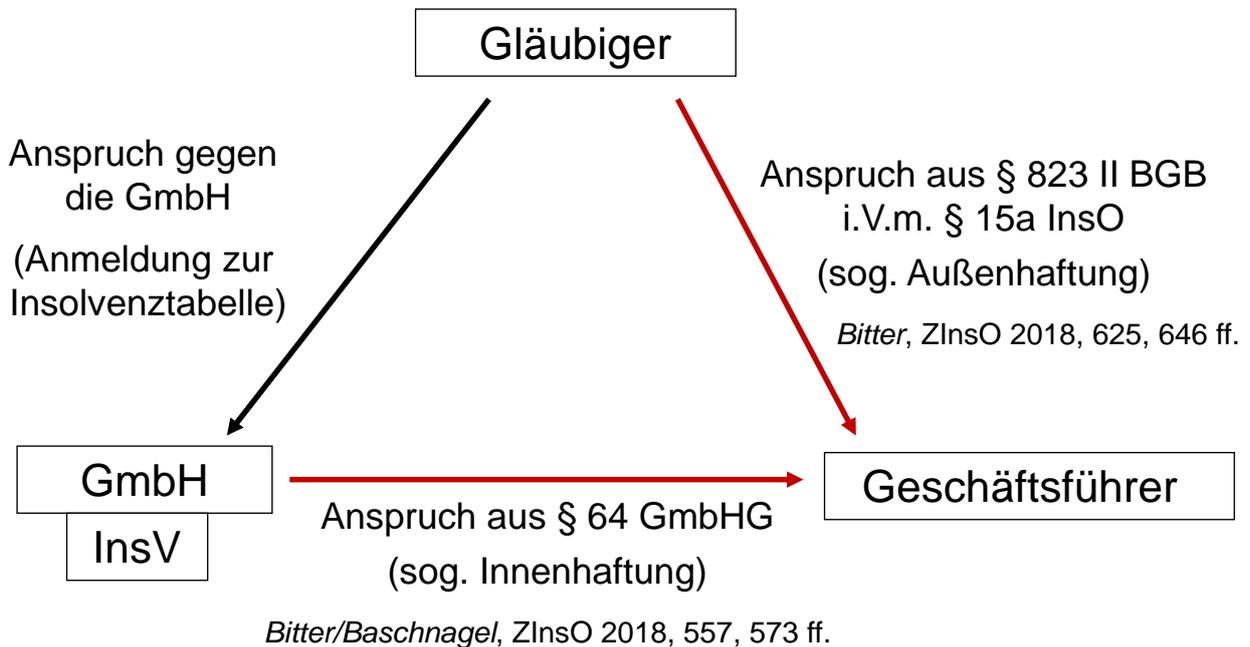
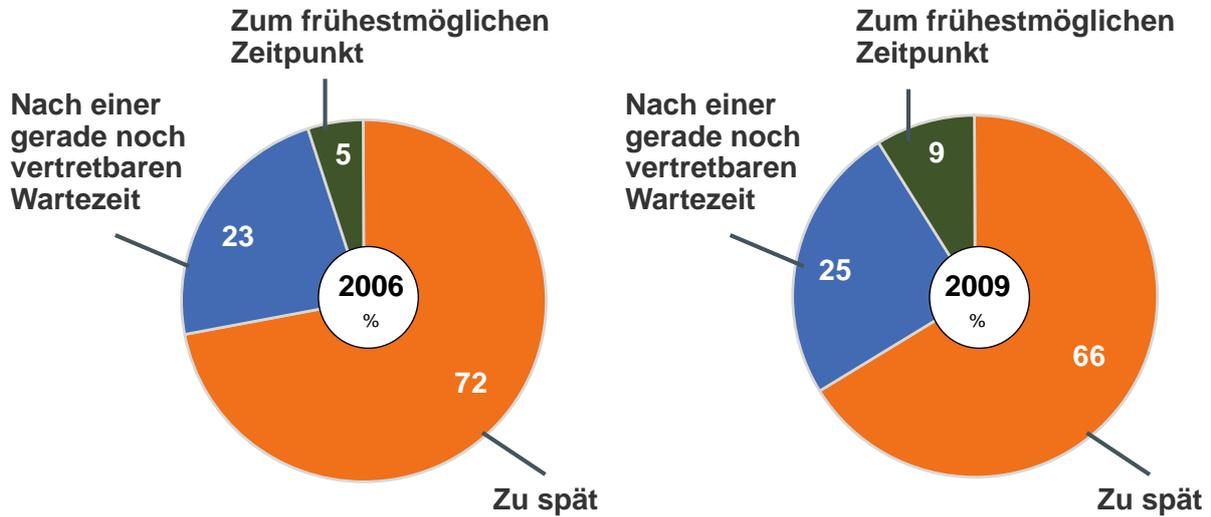
DIT Online – Webinar am 26. Mai 2020  
Deutscher Anwaltverein – Arbeitsgemeinschaft  
Insolvenzrecht & Sanierung

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

## Gliederung

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife  
(§ 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit zu § 64 Satz 1 und 2 GmbHG
- VI. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch § 1 COVInsAG
- VII. Anpassung der Massesicherungspflicht durch  
§ 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG

## Zeitpunkt der Antragstellung



## 1. Differenzierung nach Außen- und Innenhaftung

- Außenhaftung: § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- Innenhaftung: § 64 GmbHG (für AG: §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
- ⇔ Innenhaftung bei zu frühem Antrag: § 43 II GmbHG
  - ❖ OLG München ZIP 2013, 1121: Antrag nach § 18 InsO ohne Zustimmung der Gesellschafter

## 2. Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung
  - ⇒ Folien 6-15
- b) Subjektiv: fahrlässige Unkenntnis der Insolvenzgründe (h.M.)
  - ⇒ Folie 16

## 3. Exkurs: Zahlungsunfähigkeit

- BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
  - ⇒ Leitsätze: b.w.
- Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
- Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität
- Literatur:
  - ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 578 f.
  - ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 6 ff.

## BGHZ 163, 134 – Leitsätze

1. Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.
2. Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, daß die Lücke demnächst mehr als 10% erreichen wird.
3. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10% oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.

## 3. Exkurs: Zahlungsunfähigkeit

### BGHZ 217, 129 = ZIP 2018, 283 – Leitsätze

1. Einen vom Insolvenzverwalter zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO aufgestellten Liquiditätsstatus, der auf den Angaben aus der Buchhaltung des Schuldners beruht, kann der Geschäftsführer nicht mit der pauschalen Behauptung bestreiten, die Buchhaltung sei nicht ordnungsgemäß geführt worden. Er hat vielmehr im Einzelnen vorzutragen und ggf. zu beweisen, welche der in den Liquiditätsstatus eingestellten Verbindlichkeiten trotz entsprechender Verbuchung zu den angegebenen Zeitpunkten nicht fällig und eingefordert gewesen sein sollen.
2. Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO anhand einer Liquiditätsbilanz **sind auch die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) einzubeziehen.**

## 4. Exkurs: Überschuldung

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579 ff.
- ⇒ Details bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 38 ff.

### a) 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.)

## 4. Exkurs: Überschuldung

### b) Wiedereinführung des (bereits zu Zeiten der KO geltenden) sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“:

„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. ...“

- ⇒ zunächst befristet in der Finanzkrise
- ⇒ 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.)
- ❖ OLG Schleswig ZIP 2010, 516: keine Geltung für Altfälle

## 4. Exkurs: Überschuldung

### c) Fortführungsprognose

- ⇒ **Inhalt der Fortführungsprognose nach h.M.:** subjektiver Fortführungswille + objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft  
(a.A. Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 54 ff.)
- ⇒ 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.

## 4. Exkurs: Überschuldung

### c) Fortführungsprognose

- ⇒ 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

## 4. Exkurs: Überschuldung

### d) Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

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**
- Details: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 92 ff.; ausführlich *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428 ff., dort auch zur Übertragbarkeit auf Patronatserklärungen

## 4. Exkurs: Überschuldung

### e) Erforderlichkeit eines „qualifizierten Rangrücktritts“ auch bei gewillkürtem Eigenkapital?

- dafür *Bitter*, ZIP 2019, 146, 153 f. (**atypisch stille Beteiligung**); Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 Rn. 105 f. (**Hybridkapital**), Rn. 257 (**Einlagen bei der GmbH & Co. KG**)
- Trennung zwischen der Finanzierungsfunktion im Interesse der Gesellschafter(gesamtheit) und der Haftungsfunktion im Gläubigerinteresse
- allgemeine Unterscheidung zwischen regulärem (= im Handelsregister publiziertem) und sonstigem (Eigen-)Kapital; eine gesetzliche Bindung im Gläubigerinteresse über die Regeln der Kapitalherabsetzung gibt es nur bei regulärem Eigenkapital; im Übrigen ist sie vertraglich nachzubilden

## 4. Exkurs: Überschuldung

### f) Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren?

#### ➤ Literatur (Auswahl):

*Poelzig*, WM 2014, 917 ff.; *Bitter*, ZIP 2015, 345 ff.; *Gehrlein*, WM 2017, 1385 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2020, Anh. § 64 Rn. 477 ff. m.w.N.

#### ➤ Rechtsprechung (kleine Auswahl)

BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679  
(Nachrangdarlehen; eingeschränkte Inhaltskontrolle – § 307 III BGB;  
Intransparenz einer vorinsolvenzlichen Sperre)

BGH v. 1.10.2019 – VI ZR 156/18, ZIP 2019, 2345 = WM 2019, 2304 m. Anm.  
*Bitter*, WuB 2020, 35 (Vermögensanlage mit Nachrangklausel; Intransparenz  
einer vorinsolvenzlichen Sperre)

⇒ Details beim Vortrag v. 31.1.2020 ([www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de) ⇒ „Lehrstuhlinhaber“)

## 5. 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“
- ❖ BGH ZIP 2012, 1174: Pflicht zur Einholung von fachkundigem Rat, wenn persönliche Kenntnisse unzureichend sind; Hinwirken auf unverzügliche Vorlage der Prüfergebnisse + Plausibilitätskontrolle
- ❖ zusammenfassend BGH ZIP 2016, 1119 = WM 2016, 974 (Rn. 32 ff.)

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO**
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit zu § 64 Satz 1 und 2 GmbHG
- VI. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch § 1 COVInsAG
- VII. Anpassung der Massesicherungspflicht durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG

## II. Insolvenzverschleppung – Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO

### 1. 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)

### 2. Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern

- BGHZ 126, 181: Neudefinition der Schutzrichtung
- Quotenschaden für die Altgläubiger (Zuständigkeit: § 92 InsO)
- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger
  - ❖ BGH ZIP 2009, 1220 (Rn. 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 (Rn. 7, 13 ff.): nur negatives Interesse

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

Literatur: Bitter, ZInsO 2018, 625, 649 ff.

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)

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

Problemfall 2: Dauerschuldverhältnisse (Beispiel Arbeitsvertrag)

- ❖ OLG Hamburg ZIP 2007, 2318: Arbeitnehmer = Altgläubiger (m.N. zur gegenteiligen Rechtsprechung mehrerer Landesarbeitsgerichte)
- ❖ Richtig: Neugläubiger, soweit der Arbeitnehmer nachweisen kann, dass ihn ein Ausfall bei rechtzeitiger Antragstellung nicht getroffen hätte, er dann etwa zu einem anderen Arbeitgeber gewechselt wäre
- ❖ BGH ZIP 2009, 366: nicht bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, da keine Vorleistungen im Vertrauen auf die Solvenz erbracht wurden

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

#### Problemfall 2: Dauerschuldverhältnisse (Beispiel Mietvertrag)

- ❖ BGH ZIP 2014, 23

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

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

Argument: Vertragsübernahme ist kein Vertrag mit der Insolvenzschuldnerin

Kritik: Vertrauensschaden auch bei Vertrag mit Drittem möglich

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

#### Problemfall 3: Deliktsgläubiger

- ❖ kritisch BGHZ 164, 50 für einen Extremfall: betrügerische Doppelabtretungen in Millionenhöhe; Argument: Schutzzweck des § 15a InsO dient nicht dazu, Dritte vor Betrug zu schützen
- ❖ Richtig: Einbeziehung auch von Deliktsgläubigern, wenn der Schaden bei rechtzeitiger Antragstellung vermieden worden wäre, weil die GmbH nicht mehr am Markt agiert hätte

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

Problemfall 4: Mangelhafte Werkleistung durch insolvente GmbH

- ❖ BGH ZIP 2012, 1455 (Dämmplatten): 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
- ❖ BGH ZIP 2015, 267 (WK1-Tür): keine Haftung, wenn die mangelhafte Leistung der insolvenzreifen GmbH die Schädigung des Vermögens des Vertragspartners der GmbH durch deliktisches Handeln eines Dritten begünstigt hat (hier: Ermöglichung eines Einbruchdiebstahls durch den Einbau einer Tür mit zu niedriger Sicherheitsstufe); m.E. zweifelhaft

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

Problemfall 5: Neugläubiger erhält während des Zeitraums der Insolvenzverschleppung noch Zahlungen auf Altforderungen

- ❖ BGH ZIP 2007, 1060: keine Anrechnung / Vorteilsausgleichung

Problemfall 6: Neugläubiger = Mitglied des Verbandes

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

### 3. Problemfälle der Abgrenzung

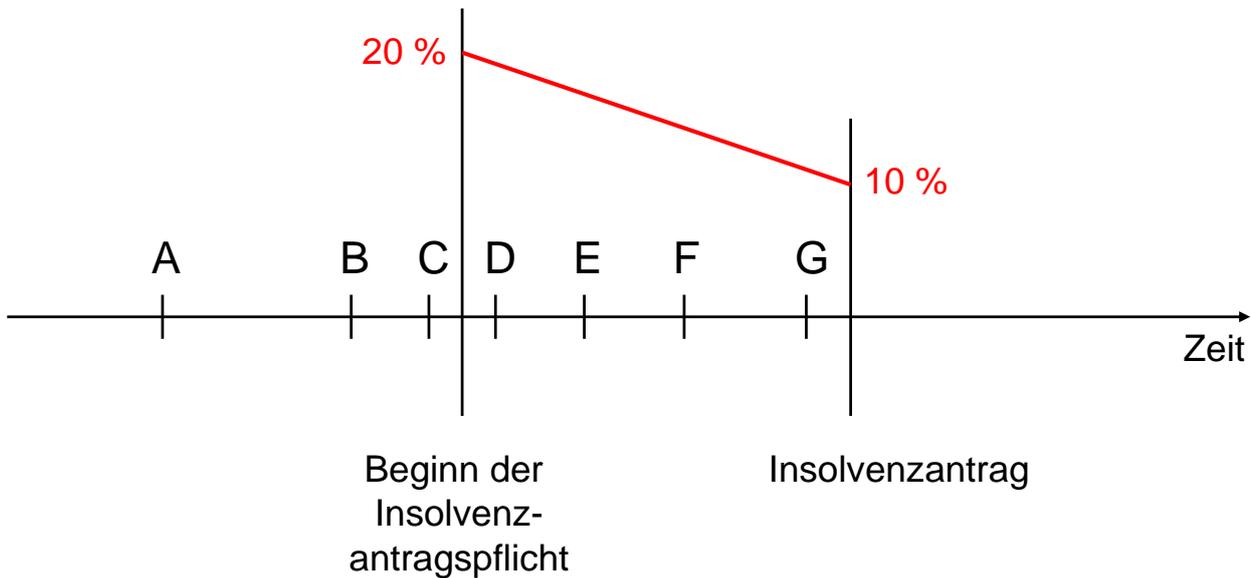
Problemfall 7: Zusage einer Abfindung und Übertritt in Transfergesellschaft aufgrund eines Sanierungsplans

- ❖ 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

### 4. Sonstige Einzelfragen

- BGHZ 138, 211: Eigene Zuständigkeit der Neugläubiger auch bei eröffnetem Insolvenzverfahren ⇒ Grafik auf Folie 27
- BGH ZIP 2011, 1007: Verjährung nach allgemeinen Regeln; keine Analogie zu §§ 64 Satz 4, 43 IV GmbHG

## II. Insolvenzverschleppung – Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO



## Gliederung

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)**
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit zu § 64 Satz 1 und 2 GmbHG
- VI. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch § 1 COVInsAG
- VII. Anpassung der Massesicherungspflicht durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG

### 1. Anwendungsbereich

Literatur: Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 573 ff.

#### a) Erfasste Gesellschaftsformen

- § 64 GmbHG gilt für die GmbH und die UG (haftungsbeschränkt)
- für die AG gelten §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG
- für die eG gelten §§ 34 III Nr. 4, 99 GenG
- für die oHG und KG ohne natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter gelten §§ 130a I 1, 177a HGB
- BGH ZIP 2010, 1080: keine analoge Anwendung beim Verein

### 1. Anwendungsbereich

#### b) Zeitlicher Anwendungsbereich

- BGH ZIP 2009, 860 (LS 1): Anwendung **ab Eintritt der Insolvenzreife**, nicht erst nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist des § 15a I 1 InsO
- Anwendbarkeit nach dem Insolvenzantrag streitig, abhängig vom Schutzzweck des § 64 Satz 1 GmbHG
  - h.M.: Schutzfunktion = Erhaltung der verteilungsfähigen Masse ⇒ **Anwendung grundsätzlich auch nach dem Antrag**
    - ⇔ keine Anwendung bei starker vorläufiger Insolvenzverwaltung
  - Druckfunktion in Bezug auf die Antragstellung = Verhinderung der Insolvenzverschleppung ⇒ Unanwendbarkeit nach dem Antrag

### 1. Anwendungsbereich

#### b) Zeitlicher Anwendungsbereich

- Argumente für eine Anwendung des § 64 Satz 1 GmbHG nach Antragstellung
  - Wortlaut des § 64 Satz 1 GmbHG enthält keine Begrenzung
  - Pflicht zur Massesicherung auch im Eröffnungsverfahren sinnvoll
  - Unternehmensfortführung im Eröffnungsverfahren wird nicht unmöglich gemacht wegen § 64 Satz 2 GmbHG ⇒ Folie 62
- Anwendbarkeit **im eröffneten (Eigenverwaltungs-)Verfahren sehr str.**
  - h.M.: keine Anwendung, da Insolvenzmasse mit Verfahrenseröffnung konstituiert und Verfahren am Gläubigerinteresse ausgerichtet
  - Problem: Bei Eigenverwaltung fortbestehende Verfügungsbefugnis des Schuldners; keine Sicherheit für die Ausrichtung am Gläubigerinteresse

### 1. Anwendungsbereich

#### c) Internationaler Anwendungsbereich

- EuGH v. 4.12.2014 – RS C-295/13, ZIP 2015, 196: Klage am COMI nach Art. 3 I EuInsVO, wenn sie vom Insolvenzverwalter erhoben wird
- BGH v. 2.12.2014 – II ZR 119/14, ZIP 2015, 68 (**EuGH-Vorlage**): Erfassung auch von EU-Auslandsgesellschaften (insbes. Ltd.)
  - nach deutschem Verständnis ist § 64 GmbHG eine insolvenzrechtliche Norm (Rn. 8 ff.)
  - nach deutschem Verständnis Anwendbarkeit auf die Ltd. (Rn. 11)
  - insolvenzrechtliche Qualifikation auch nach Art. 4 I EuInsVO (Rn. 18 f.)
  - **Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften** ist kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, da nur ein Fehlverhalten geregelt wird, nicht die Verlegung des Verwaltungssitzes (Rn. 20 f.; a.A. *Mock*, NZI 2015, 85)

### 1. Anwendungsbereich

#### c) Internationaler Anwendungsbereich

- EuGH v. 10.12.2015 – RS C-594/14, ZIP 2015, 2468 – Kornhaas
  - **insolvenzrechtliche Qualifikation** des § 64 GmbHG nach Art. 4 I EulnsVO
  - Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften ist **kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit**, weil nicht an die deutschen Mindestkapitalvorschriften angeknüpft, sondern nur für Zahlungen nach Insolvenzreife gehaftet wird (Rn. 27). § 64 GmbHG regelt damit nicht den Marktzutritt, sondern nur die Ausübung der Tätigkeit (Rn. 28)
- ebenso schon *Bitter*, WM 2004, 2190; *Bitter*, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 299 (Download unter [www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de))
- BGH v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, ZIP 2016, 821 = WM 2016, 786

### 2. Haftungsadressat

- GmbH-**Geschäftsführer** (und entsprechende Organe der anderen erfassten Gesellschaftsformen ⇒ Folie 29)
- BGH ZIP 2009, 860: auch **Mitglieder eines gesetzlich verpflichtenden Aufsichtsrats** wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht (vgl. § 116 AktG i.V.m. §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
  - ⇒ Anlass für Überwachung, wenn Arbeitnehmer vorhanden sind: Verbot der Zahlung von Löhnen + Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung
- BGHZ 187, 60 – „Doberlug“: i.d.R. **keine Haftung der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats** (arg: § 52 GmbHG verweist nicht auf § 93 III AktG; Schaden i.S.v. § 93 II AktG fehlt regelmäßig)

### 3. Begriff der „Zahlung“

#### a) Vermögensabfluss aus dem Aktivvermögen

- bare Leistung an einzelne Gläubiger
- unbare Leistung vom *kreditorischen* Konto an einzelne Gläubiger
  - ❖ auch bei Lastschriftabbuchung (Grund: fehlender Widerruf)
- Warenlieferung oder sonstige (Dienst-)Leistung an einzelne Gläubiger
  - ⇕ ⇕ ⇕
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (Rn. 12): keine Haftung für nicht vom Organ veranlasste Masseschmälerung, insbes. bei zufälligem Untergang
- BGH ZIP 2009, 956: ggf. nicht bei Pfändung des Gesellschaftskontos (vgl. auch OLG München ZIP 2011, 277)

### 3. Begriff der „Zahlung“

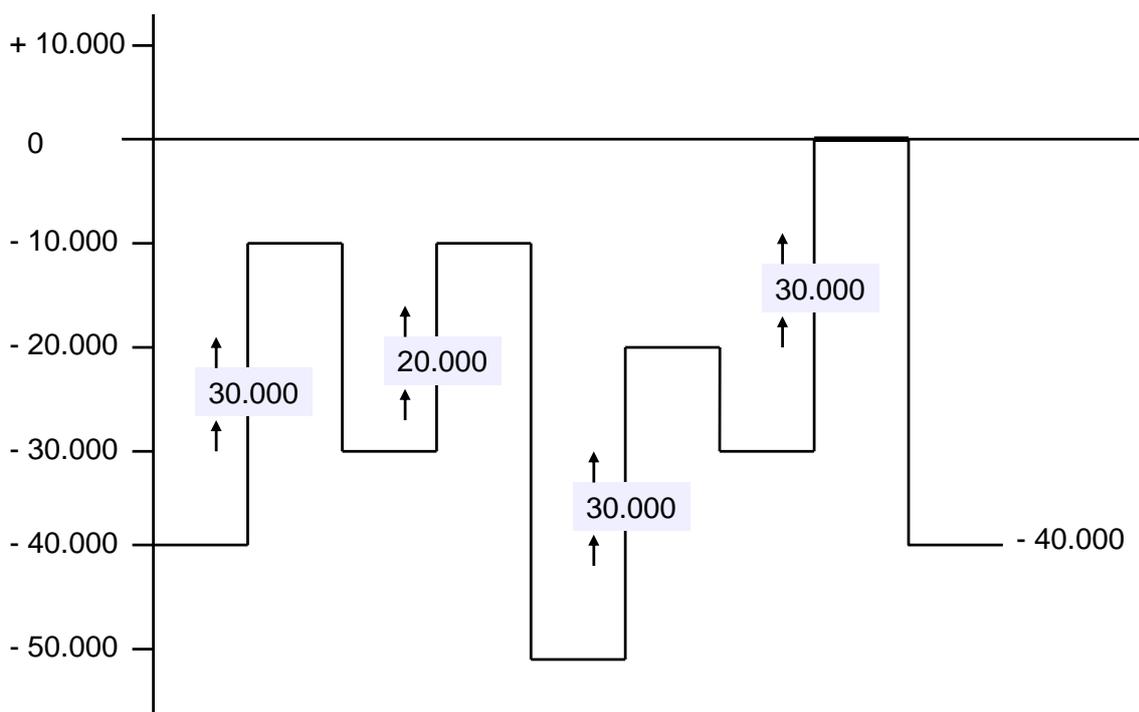
#### b) Kontoeingang beim debitorischen Konto als „Zahlung“

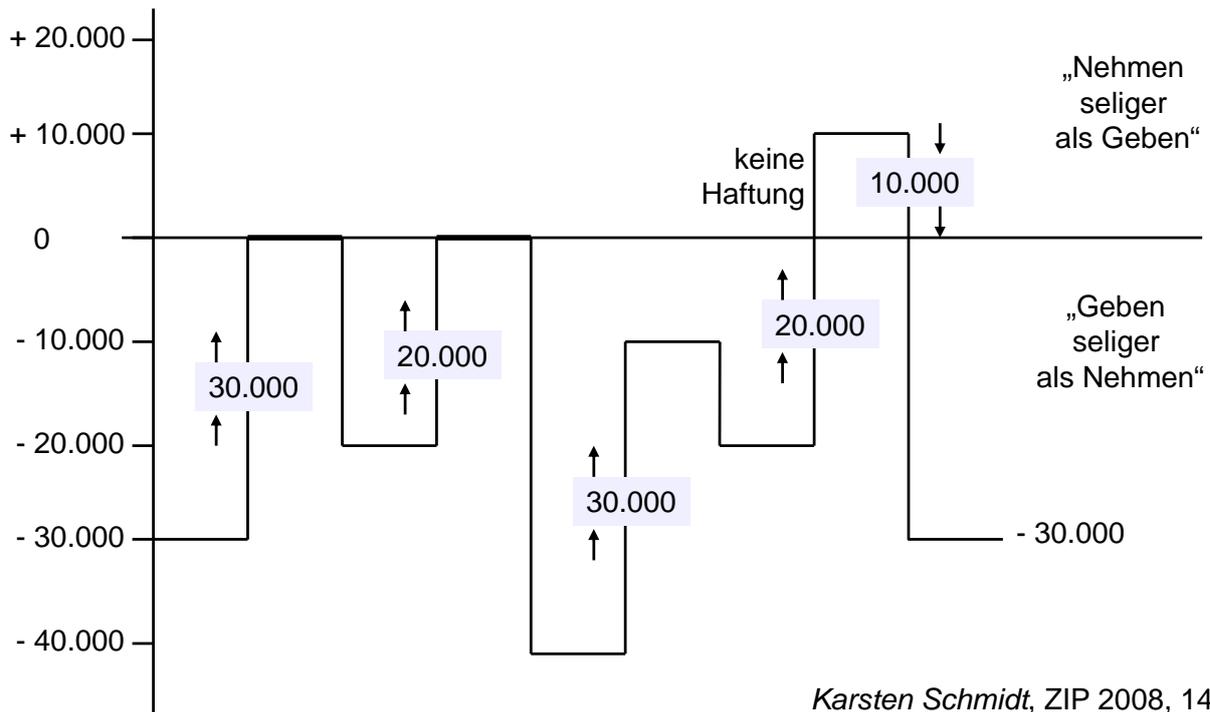
- BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184: Einzug von Kundenschecks auf ein *debitorisches* Bankkonto
  - ❖ **Zahlung an die Bank durch Rückführung der Kreditlinie**
- BGH ZIP 2007, 1006: Zahlungen von Gesellschaftsschuldern auf ein *debitorisches* Bankkonto der GmbH (Grund der Haftung: fehlende „Umleitung“ der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

### 3. Begriff der „Zahlung“

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

- BGH ZIP 2007, 1006 (Rn. 8); ZIP 2010, 470 (Rn. 10); BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 32): **bloßer Gläubigertausch** ⇒ Die Forderung der Bank aus dem Kontokorrentkredit tritt an die Stelle der Forderung des befriedigten Gläubigers
- Kritik: fehlende Trennung des Deckungs- und Valutaverhältnisses (und dies auch nur beim Zahlungsausgang vom debitorischen Konto)
  - ❖ richtig: Leistung der Bank an den Insolvenzschuldner (= potentielle Masse) + Abfluss von dort an den befriedigten Gläubiger
  - ❖ zur Insolvenzanfechtung: *Bitter*, in FS G. Fischer, 2008, S. 15, 29 ff.; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 484, 518 f.





### 3. Begriff der „Zahlung“

#### d) Merksätze (nach *Karsten Schmidt*, ZIP 2008, 1401 ff.)

- debitorisches Konto: „Geben ist seliger denn nehmen.“
- kreditorisches Konto: „Nehmen ist seliger denn geben.“
- Achtung: System von Ausnahmen + Rückausnahmen
  - ⇒ Folien 41 f.
  - ⇒ Das Modell des BGH ist äußerst komplex und für die Praxis kaum mehr handhabbar.
  - ⇒ *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7 f.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 583; *Casper*, ZIP 2016, 793, 799 ff.; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 482, 525 ff.

#### 3. Begriff der „Zahlung“

##### e) Ausnahme = Umkehr der Haftungsrelevanz für debitorische Konten bei bestehender **Sicherheit der Bank** für die Kreditlinie

- Die Auszahlung ist kein Gläubigertausch, soweit die zuvor freie Sicherheit (wieder) haftet (BGH ZIP 2011, 422 [Rn. 26]).
- Der Eingang ist keine Masseschmälerung, weil die Leistung auf ein Absonderungsrecht der Bank erfolgt und somit im Umfang des Eingangs die Sicherheit frei wird (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 25 f.]).
  - Anfechtbarkeit der Sicherheit ist unerheblich (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 27 ff.])
- zusammenfassend BGH WM 2016, 974 = DB 2016, 1245 (Rn. 38 ff.)
- **Verjährungsproblem** bei Umstellung der Klage von Ein- zu Ausgängen (OLG Köln v. 16.3.2017 – 18 U 226/13, juris-Rn. 463 ff.).

- Rückausnahme für Sicherungsabtretung, wenn Forderung nach Insolvenzreife entsteht/werthaltig gemacht wird (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 21 ff.]; BGH WM 2016, 974 = DB 2016, 1245 [Rn. 42 ff.])
  - Frage: Gilt das auch beim Werthaltigmachen mit Geldern der Bank?
  - Beweislast für werthaltige Sicherheit bei Geschäftsführer (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 34]; BGH WM 2016, 974 [Rn. 45]; a.A. *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 168 f.)
- Rückausnahme von der Rückausnahme (= Wiederherstellung der Ausnahmesituation) für den Fall, dass die sicherungszedierte Forderung durch die Lieferung von Ware entsteht oder werthaltig gemacht wird, die zuvor im Sicherungseigentum der Bank stand (BGH ZIP 2016, 364 m. Anm. *Altmeyden*)
  - aber ggf. Zahlung beim Erwerb der sicherungsübereigneten Ware (BGH ZIP 2016, 364 [Rn. 26])

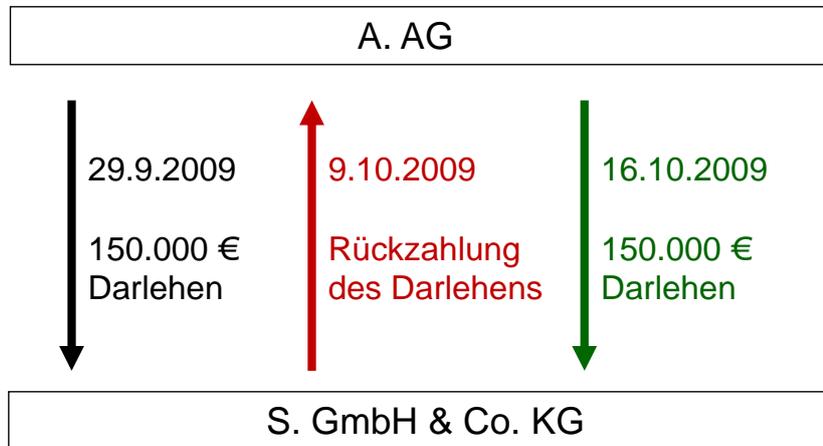
#### 4. Hauptproblem: Haftungsumfang

- Rechtsprechung und h.M.: grundsätzlich Ersatz einzelner „Zahlungen“  
(**Einzelbetrachtung**)
  - ❖ BGH ZIP 2007, 1501; BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 11);  
*Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153 ff. m.w.N.
- Literatur z.T.: Ersatz der Masseschmälerung (**Gesamtbetrachtung**)
  - ❖ *Karsten Schmidt*, NZG 2015, 129 ff.; *Bitter*, WM 2001, 666 ff. und Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.; *Altmeyen*, ZIP 2015, 949 ff. u.a.
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 26):  
**keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang**

#### 5. Aktiventausch – Grundzüge

- BGH NJW 2003, 2316, 2317 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.03 (*Bitter*):  
„Allenfalls dann, wenn mit den von dem Geschäftsführer bewirkten Zahlungen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist und dort verblieben ist, kann erwogen werden, eine Masseverkürzung und damit einen Erstattungsanspruch gegen das Organmitglied zu verneinen [...].“
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71
  - keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang (vgl. auch BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 26] für die Leistung auf ein Absonderungsrecht)
  - **Der als Ausgleich erhaltene Gegenstand muss nicht noch bei Insolvenzeröffnung vorhanden sein.**

BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Kompensation nicht schon durch erneute Abrufmöglichkeit ab 9.10.2009, sondern erst mit erneuter Darlehensgewährung am 16.10.2009

#### 5. Aktivtausch – Grundzüge

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 10 f.)

Auch in Fällen des Aktivtauschs liegt „zunächst eine zur Ersatzpflicht führende Zahlung vor. **Durch den Ausgleich entfällt vielmehr der aufgrund der Zahlung bestehende Anspruch gegen den Geschäftsführer.**“ (Rn. 10)

⇒ teleologische Begrenzung der Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG

„Da der die Erstattungspflicht auslösende Vorgang in der Schmälerung der Masse durch die einzelne Zahlung besteht, ist nicht jeder beliebige weitere Massezufluss als Ausgleich dieser Masseschmälerung zu berücksichtigen. Vielmehr **ist ein unmittelbarer wirtschaftlicher, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang mit der Zahlung erforderlich**, damit der Massezufluss der an und für sich erstattungspflichtigen Masseschmälerung zugeordnet werden kann.“ (Rn. 11)

#### 6. Aktivtausch ↔ Bargeschäft

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 12 ff.)

„Die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO a.F. sind insoweit aber nicht entsprechend anwendbar.“ (Rn. 12)

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

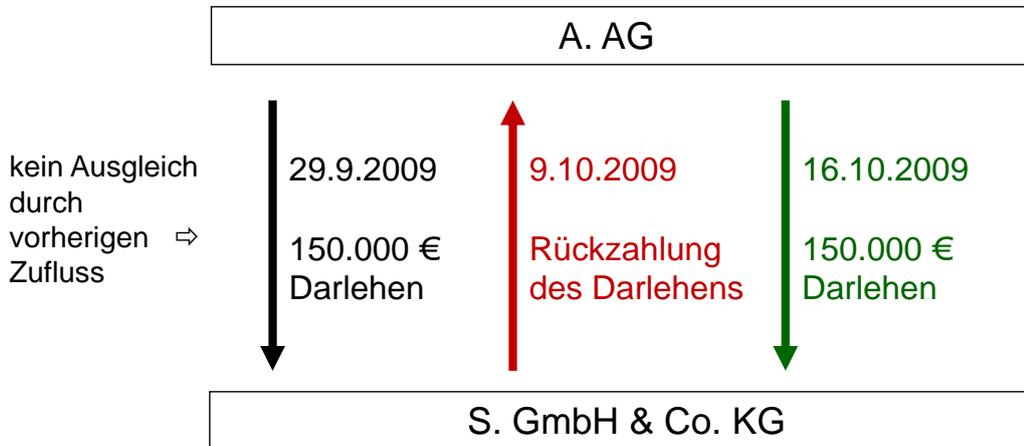
„Anders als § 142 InsO soll der Wegfall der Erstattungspflicht bei einer ausgleichenden Gegenleistung nach einer Zahlung im Sinne des § 64 Satz 1 GmbHG [...] nicht eine weitere Teilnahme der Schuldnerin am Geschäftsverkehr ermöglichen. Ab Insolvenzreife darf der Geschäftsführer – abgesehen von der Ausnahme nach § 64 Satz 2 GmbHG – keine Zahlungen mehr leisten, sondern hat Insolvenzantrag zu stellen.“ (Rn. 15)

#### 6. 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 46).
  - 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.)

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

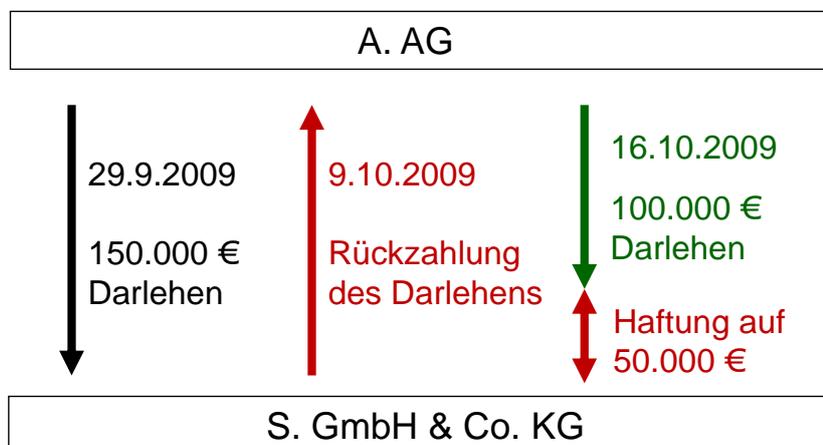
BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 Satz 1 GmbHG ist das sehr zweifelhaft.

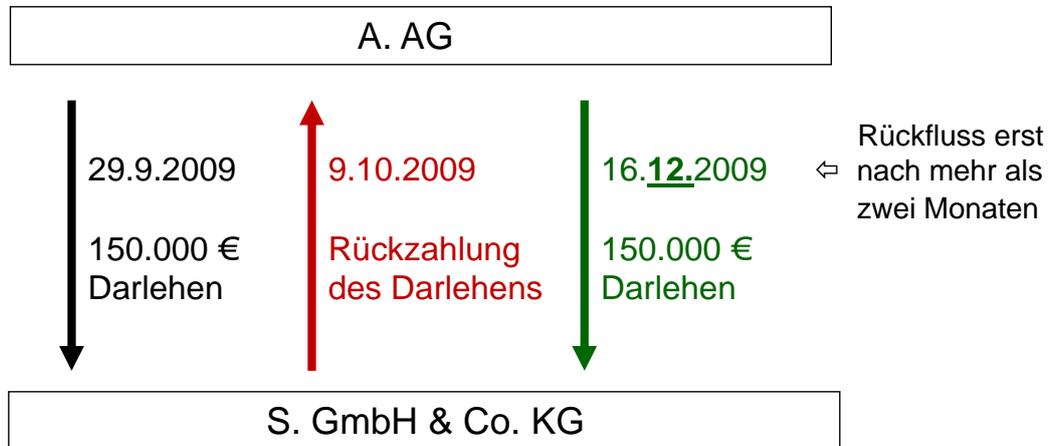
### III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)

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.

Abwandlung 2 zu BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Bei § 64 Satz 1 GmbHG kann auch eine vom Geschäftspartner mehr als 30 Tage später erbrachte Gegenleistung angerechnet werden.

#### 7. Aktivtausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 18 ff.)

Gegenleistung muss im relevanten Zeitpunkt (Zugang zur Masse) durch die Gläubiger verwertbar sein. (Rn. 18)

Bei der Wertbemessung sind Liquidationswerte anzusetzen. (Rn. 19)

Eine reine Dienst- oder Arbeitsleistung genügt als Gegenleistung regelmäßig nicht, weil sie die Aktivmasse nicht erhöht. (Rn. 18)

Auch geringwertige Verbrauchsgüter (wie beispielsweise Kaffee) sind für die Gläubiger regelmäßig nicht verwertbar und damit als Gegenleistung ungeeignet. (Rn. 20)

#### 7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- fehlende Überzeugungskraft der engen Grenzen des Aktiventauschs:
  - Errichtung eines Hauses: Kompensation nur im Umfang des gelieferten Baumaterials, nicht auch im Wert der Pläne von Architekten und Baustatikern oder der Arbeitsleistung der Handwerker?
  - Anbieter von Fachseminaren: keine Kompensation bei Dienstleistung der Referenten oder der Lieferung des Essens durch den Caterer, obwohl das Seminar mit Gewinn abgeschlossen wird?
  - Beratungsleistungen: generell keine Kompensation für Rechtsberatung, die Erstellung von Jahresabschlüssen, Sanierungsgutachten etc.?
- eigene Ansicht: Einzelbetrachtung führt (auch hier) in die Irre (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 586 f.)

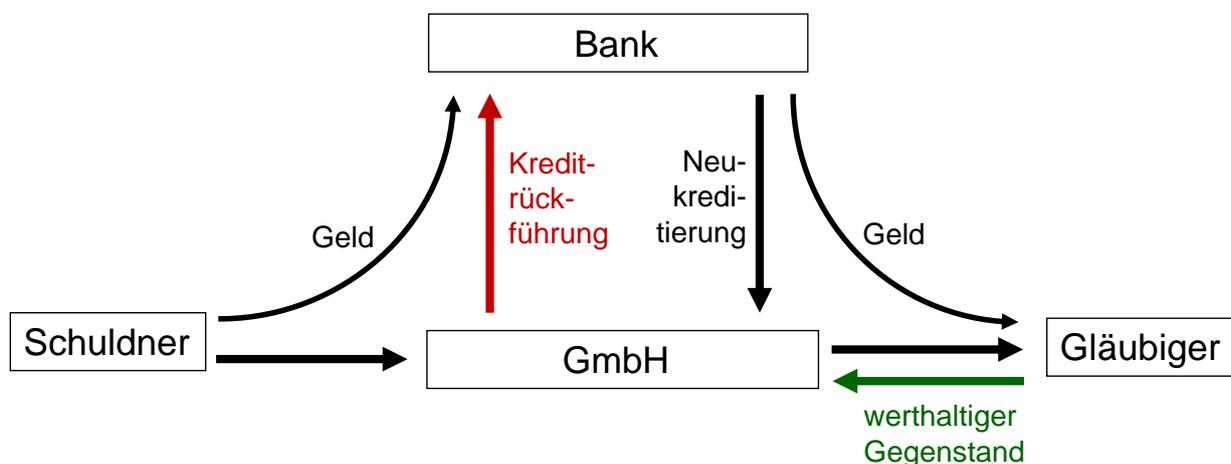
#### 7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- Frage auf Basis der BGH-Rechtsprechung: Beweis zulässig, dass durch die Dienst- oder Arbeitsleistung ein Produkt hergestellt wurde, dessen Wert den Preis für die Dienst- oder Arbeitsleistung übersteigt?
  - **Problem**: oft kein direkter Zusammenhang zwischen einer Dienst- oder Arbeitsleistung und einem konkreten „Produkt“
  - *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1142: Beweis dürfte selten gelingen
- **Zusatzproblem**: Reihenfolge der Leistungen ⇒ Vertragspartner leistet oft vor ⇒ frühere Leistung kann keinen noch gar nicht entstandenen Anspruch der GmbH entfallen lassen (so aber das Konzept des BGH oben Folie 46)
- **Frage**: Lösung über § 64 Satz 2 GmbHG?
  - m.E. beim Aktiventausch keine Anwendung von Satz 2 neben der vom BGH angenommenen (teleologischen) Einschränkung von Satz 1

#### 8. Kein Aktiventausch in Durchleitungsfällen

- BGH NJW 2003, 2316 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.03 (*Bitter*)  
 „Der Geschäftsführer einer GmbH verletzt seine Pflicht, das Gesellschaftsvermögen zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller künftigen Insolvenzgläubiger zusammenzuhalten, auch dann, wenn er bei Insolvenzreife der Gesellschaft Mittel von einem Dritten zu dem Zweck erhält, eine bestimmte Schuld zu tilgen, und kurze Zeit später dementsprechend die Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger bewirkt.“
- Ergebnis richtig für einzelne Durchleitung: Masse wird zunächst vergrößert und später durch den Abfluss zulasten der Gläubigergesamtheit reduziert
- aber Überkompensation bei fortgesetzter Durchleitung von Beträgen: bei rechtzeitigem Insolvenzantrag wäre es zu den späteren Zuflüssen auch nicht mehr gekommen (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 587)
- zur Ausnahme des § 64 Satz 2 GmbHG ⇒ Folien 70 f.

#### 9. Aktiventausch bei Leistung vom debitorischen Konto



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

#### 9. Aktiventausch 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 45) nicht im Verhältnis zur Bank?
  - Rn. 33: Kompensation bei (1) Separierung der erneut in Anspruch genommenen Mittel oder (2) Verwendung der Mittel für die Zahlung an einen (Neu-)Gläubiger, wenn im Gegenzug ein werthaltiger Gegenstand in die Masse gelangt

#### 9. Aktiventausch bei Leistung vom debitorischen Konto

- Kritik an BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480:
  - ❖ allgemein wird nur das Verhältnis zum Vertragspartner betrachtet, bei der Bank hingegen zusätzlich auch auf die anschließende Mittelverwendung geschaut. ⇒ willkürliche Ungleichbehandlung
  - ❖ fehlende Trennung zwischen Deckungs- und Valutaverhältnis (s.o.)
  - ❖ fehlende Praktikabilität der Einzelzuordnung
- Folgefragen:
  - ❖ Reicht die Separierung für eine (logische) Sekunde?
  - ❖ Folgen für die Direktlieferung von Waren (sog. Geheißerwerb)?  
Kompensation nur bei zwischenzeitlicher „Greifbarkeit“ bei der GmbH?

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

- bei (haftungsbewährter) Zahlung vom **kreditorischen** Konto kein Haftungsausschluss durch (ggf. inzwischen verfristete) Anfechtungsmöglichkeit (BGHZ 131, 325 = ZIP 1996, 420), aber Kompensation durch die tatsächlich erfolgreiche Anfechtung (BGH ZIP 2014, 1523 [Rn. 14])
- Kompensation des (haftungsbewährten) *Eingangs* auf einem **debitorischen** Konto durch Anfechtung gegen die Bank (BGHZ 206, 52 [Rn. 30])
- bei – nach dem Eingang – erfolgender Auszahlung vom **debitorischen** Konto keine Kompensation durch spätere Anfechtung der Zahlung (BGH ZIP 2014, 1523 [Rn. 14 ff.])
  - ❖ Kritik: Widerspruch zu den Fällen der Mittelverwendung für werthaltige Gegenstände ⇒ Folien 56 f. (a.A. *Cadmus*, KTS 2015, 143 ff.)

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife  
(§ 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)**
- V. Zwischenfazit zu § 64 Satz 1 und 2 GmbHG
- VI. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch § 1 COVInsAG
- VII. Anpassung der Massesicherungspflicht durch  
§ 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG

## 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 Betriebs-einstellung 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 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;  
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 Insolvenzreife, nicht Betriebsfortführung
  - ❖ unnötiges „Zurückrudern“ des BGH schafft Probleme im Zeitraum nach dem Insolvenzantrag, in dem es die Pflichtenkollision tatsächlich gibt
  - ❖ BFHE 259, 423 = 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 63) betrifft nur den Zeitraum vor dem (unterlassenen) Insolvenzantrag
  - ❖ Erst-recht-Schluss aus BGHSt 48, 307 (fehlende Strafbarkeit in der 3-Wochen-Frist des heutigen § 15a I InsO): nach der Antragstellung wird eine Sanierung im *geordneten* Verfahren erstrebt und nicht nur ein letzter eigener Sanierungsversuch
    - ⇒ *Kahlert*, ZIP 2012, 2089, 2090; *Bork*, KTS 2017, 189, 202 f.
    - ⇒ Problem: Erst-recht-Schluss überzeugt nur bei Unanwendbarkeit des § 64 Satz 2 GmbHG = Geltung des § 64 Satz 1 GmbHG

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

➤ Eigene Ansicht (Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 589 f. und 591 f.):

❖ Zusammenfassende Thesen:

- Das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG gilt vor dem Insolvenzantrag uneingeschränkt neben § 266a StGB und § 69 AO. Die Pflichtenkollision hat der Geschäftsführer durch Stellung des Insolvenzantrags selbst aufzulösen.
- Das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG setzt sich auch im Eröffnungsverfahren gegen § 266a StGB und § 69 AO durch, weil es in der insolvenzrechtlichen Wertung durch die Regeln zum Eröffnungsverfahren und die (fast) zwingende Anfechtbarkeit eventuell geleisteter Zahlungen gestützt wird.

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

➤ Alternative Lösungsansätze (vgl. Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 592 f.)

- Anfechtungslösung: erst zahlen, dann später die Zahlung anfechten (vgl. den Fall des OLG Dresden NZI 2014, 703 m. Anm. *Schmittmann*)
  - ❖ *Frind*, ZInsO 2015, 22, 26: Nähe zur Untreue wegen Unsicherheit späterer Rückgewähr (Vertrauenseinwand + Insolvenz des Gegners)
  - ❖ *Thole*, DB 2015, 662, 668: Welchen Sinn macht die Annahme einer straf-/haftungsbewehrten Zahlungspflicht bei regelmäßiger Anfechtbarkeit?
  - ❖ Problem: Insolvenzanfechtung bei vorläufiger Eigenverwaltung (vgl. dazu BGHZ 210, 372 = ZIP 2016, 1295: keine Anfechtung bei Anordnung der Begründung von Masseverbindlichkeiten gemäß § 270b Abs. 3 InsO)

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

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

## 3. Pflichtenkollision in Durchleitungsfällen?

- BGH NJW 2008, 2504 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.09 (*Bitter*)

Die Haftung ist nach Satz 2 ausgeschlossen, „wenn der Geschäftsführer bei den Auszahlungen angesichts des Zusammentreffens der Massesicherungspflicht mit der – durch § 266 StGB strafbewehrten – Pflicht zur weisungsgemäßen Verwendung der **fremden Gelder** mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehandelt hat.“
- bestätigt in BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 18)

Einziehung von Beträgen, die aufgrund einer Sicherungszession der Bank zustehen (**Fremdgelder**), auf einem nicht bei jener Bank geführten Konto und anschließende Weiterleitung an die Bank
- OLG München ZIP 2008, 2169 (bestätigt durch BGH BB 2010, 1609)

mehrfache Haftung, wenn derselbe Geldbetrag durch mehrere Gesellschaften gelaufen ist und eine Treuepflicht i.S.v. § 266 StGB fehlt, weil **keine Weiterleitung von Fremdgeldern** vorliegt

### 3. Pflichtenkollision in Durchleitungsfällen?

- Eigene Ansicht (Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 590 f.):
  - ❖ strafrechtliche Subsumtion des BGH bei § 266 StGB zweifelhaft
  - ❖ eine selbstverursachte Pflichtenkollision entlastet jedenfalls im Zeitraum vor dem Insolvenzantrag generell nicht

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit zu § 64 Satz 1 und 2 GmbHG**
- VI. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch § 1 COVInsAG
- VII. Anpassung der Massesicherungspflicht durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG

## V. Zwischenfazit zu § 64 Satz 1 und 2 GmbHG

1. Die aktuelle BGH-Rechtsprechung zu § 64 GmbHG ist durch eine doppelte Konzeptionslosigkeit geprägt:
  - a) Die Fokussierung auf einzelne Vermögensabflüsse führt nicht nur in Bezug auf die Feststellung der haftungsbegründenden „Zahlung“, sondern auch bei der haftungsausschließenden „Kompensation“ in die Irre, weil eine einheitliche – im Zustand der 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.

## V. Zwischenfazit zu § 64 Satz 1 und 2 GmbHG

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.

## Literaturhinweis zu § 64 GmbHG

*Bitter*, Zur Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG für  
„Zahlungen nach Insolvenzreife“, WM 2001, 666 - 672

*Bitter*, § 64 GmbHG – Neustart durch den Gesetzgeber erforderlich!, in  
Festheft Knauth, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 - 11

*Bitter/Baschnagel*, Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der  
Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1, ZInsO 2018, 557 - 597

demnächst: Kommentierung des § 64 GmbHG im Scholz, GmbHG –  
Großkommentar, Band III, 12. Aufl. 2020

## Hinweis zu den Folien 1 bis 75:

Der Inhalt der Folien und viele weitere Fragen der Haftung von Geschäftsführern  
und Gesellschaftern in der Insolvenz sind ausführlich erläutert in einem zweiteiligen  
Aufsatz von *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557 ff. und *Bitter*, ZInsO 2018, 625 ff.

Zur Vertiefung sei ferner hingewiesen auf die Kommentierung von Scholz/*Bitter*,  
GmbHG, Band 3, 12. Aufl. 2020, Vor § 64 (Insolvenzgründe – online bereits  
verfügbar, z.B. über juris), § 64 (Innenhaftung aus § 64 GmbHG und Außenhaftung  
aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO, erscheint demnächst online und print)

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit zu § 64 Satz 1 und 2 GmbHG
- VI. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch § 1 COVInsAG**
- VII. Anpassung der Massesicherungspflicht durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG

### 1. Rechtliche Grundlagen

#### a) Insolvenzantragspflicht der Geschäftsleiter (§ 15a InsO)

- Voraussetzung: Eintritt der Insolvenzreife infolge Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO)

#### b) Verbot der Insolvenzverschleppung ab Insolvenzreife

- maßgeblich ist der objektive Eintritt der Insolvenzreife (streitig); die fehlende Erkennbarkeit ist nur eine Frage des gesondert zu prüfenden Verschuldens
- Antrag unverzüglich, spätestens innerhalb von drei Wochen
- keine Fristverlängerung selbst unter außergewöhnlichen Umständen wie der Corona-Krise

### Wortlaut des § 1 COVInsAG – Aussetzung der Antragspflicht

<sup>1</sup>Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a der Insolvenzordnung und nach § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist bis zum 30. September 2020 ausgesetzt. <sup>2</sup>Dies gilt nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. <sup>3</sup>War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig, wird vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. <sup>4</sup>Ist der Schuldner eine natürliche Person, so ist § 290 Absatz 1 Nummer 4 der Insolvenzordnung mit der Maßgabe anzuwenden, dass auf die Verzögerung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Zeitraum zwischen dem 1. März 2020 und dem 30. September 2020 keine Versagung der Restschuldbefreiung gestützt werden kann. <sup>5</sup>Die Sätze 2 und 3 gelten entsprechend.

### 2. Entstehung des COVInsAG

- Vorbild: Sonderrecht aus Anlass mehrerer Naturkatastrophen (insbesondere Hochwasser)
- Aber: weitergehende Regel durch gesetzliche Vermutung(en)
  - Fassung des Gesetzes deutlich weitergehend als die Ankündigung des BMJV per Presseerklärung vom 16.3.2020
  - Kritik an dem ursprünglichen engen Konzept u.a. von *Bitter + Madaus*
    - ⇒ <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2020/03/17>
    - ⇒ <https://stephanmadaus.de/2020/03/17>

### 3. Drei-Stufen-Konzept des § 1 COVInsAG

- Grundsatz: Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (Satz 1)
- Ausnahmen (Satz 2):
  - ⇒ Insolvenzreife beruht nicht auf der COVID-19-Pandemie oder
  - ⇒ fehlende Aussichten zur Beseitigung vorhandener Zahlungsunfähigkeit
  - ⇒ Beweislast bei dem, der die Aussetzung der Antragspflicht bestreitet
    - Gläubiger von Ansprüchen aus Insolvenzverschleppungshaftung (§ 823 Abs. 2 BGB, § 15a InsO)
    - Insolvenzverwalter bei Ansprüchen aus § 64 Satz 1 GmbHG
- Erhöhung der Anforderungen an den Gegenbeweis (Satz 3)
  - ⇒ Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig

### 4. Bedeutung der Überschuldung

- Problem: Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit Ende 2019
  - ⇒ Frage: Greift die Vermutung des Satzes 3 ein, dass die Insolvenzreife auf der Pandemie beruht?
- *Römermann*, NJW 2020, 1108, 1109: Überschuldung schlicht irrelevant / Distanzierung des Gesetzgebers von seinem Eröffnungsgrund setzt sich mit dem COVInsAG fort
- *Bitter*, ZIP 2020, 685, 688 f.: Gegenbeweis des Satzes 2 ist geführt, wenn die Insolvenzreife (auch eine Überschuldung) Ende 2019 bestand (a.A. zur Überschuldung *Knauth/Krafczyk*, WM 2020, 677, 678), i.d.R. auch bei einer Insolvenzreife im Januar/Februar 2020
  - ⇒ Ausnahme: Auswirkungen der in Asien bereits früher beginnenden Pandemie auf ein deutsches Unternehmen bereits im Januar/Februar 2020

## 5. Aussichten zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

- = es müssen konkrete Aussichten bestehen, die zeitlich fixierbar sind
- Begriff der Aussichten erfordert im Grundsatz konkrete Tatsachen: öffentliche Unterstützung, Aufhebung betriebsbehindernder Anordnungen, erfolgversprechende Produktionsumstellung
- aber auch hier Beachtung von Satz 3: weitgehende Vermutung
  - ⇒ „höchste Anforderungen“ an den Gegenbeweis nach Satz 2
- zeitliche Dimension streitig: Behebung der Zahlungsunfähigkeit
  - ⇒ in Anlehnung an § 3 COVInsAG binnen drei Monaten (*Gehrlein*) oder
  - ⇒ bis 30.9.2020 bzw. bei Verlängerung bis 31.3. 2021 (*Thole + Römermann*)

## 5. Aussichten zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

- Problem: Abhängigkeit der Aussichten von zivilrechtlichen Vorfragen
  - ⇒ Zahlungen an Arbeitnehmer: Betriebsrisiko bei Betriebsschließung?  
(vgl. *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112, 1116)
  - ⇒ Zahlungen an Vermieter: Mangel des Mietobjekts bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Verbot des Geschäftsbetriebs?  
(vgl. *Krepold*, WM 2020, 726; *Weller/Thomale*, BB 2020, 962 ff.;  
*Warmuth*, COVuR 2020, 16; *Weidt/Schiewek*, NJOZ 2020, 481)
  - ⇒ Zahlungspflichten, die der sog. Corona-Einrede aus Art. 240 § 1 EGBGB unterliegen
  - ⇒ Anspruch auf Versicherungsleistungen aus einer Betriebsunterbrechungsversicherung (vgl. *Brand*, NJW-aktuell 16/2020, S. 14)

- I. Insolvenzverschleppung – Grundlagen
- II. Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- III. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG)
- IV. Sorgfaltsausnahme (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- V. Zwischenfazit zu § 64 Satz 1 und 2 GmbHG
- VI. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht durch § 1 COVInsAG
- VII. Anpassung der Massesicherungspflicht durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG**

### **Wortlaut des § 2 COVInsAG – Folgen der Aussetzung**

(1) Soweit nach § 1 die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt ist, 1. gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 64 Satz 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, des § 92 Absatz 2 Satz 2 des Aktiengesetzes, des § 130a Absatz 1 Satz 2, auch in Verbindung mit § 177a Satz 1, des Handelsgesetzbuchs und des § 99 Satz 2 des Genossenschaftsgesetzes vereinbar;

### 1. Gesetzliche Grundlagen der Haftung aus § 64 GmbHG

- a) Insolvenzreife der Gesellschaft
- b) Veranlassung von Zahlungen durch Geschäftsleiter zu Lasten der Gesellschaft (§ 64 Satz 1 GmbHG)
- c) Verschulden des Geschäftsleiters
  - Erkennbarkeit der Insolvenzreife
  - Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht gewahrt (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- d) Rechtsfolge: Ersatzpflicht der Geschäftsleiter für nach Eintritt der materiellen Insolvenz bewirkte Zahlungen

⇒ Details oben Folien 29 ff.

### 2. Anwendung des § 64 Satz 2 GmbHG bei Zahlungen nach Aussetzung der Antragspflicht

#### a) Grundsatz

- § 64 GmbHG greift trotz Aussetzung der Antragspflicht ein.

#### b) Privilegierung der Geschäftsleiter (§ 64 Satz 2 GmbHG)

- die Fortführung des Unternehmens soll nach Aussetzung der Antragspflicht ermöglicht werden
- Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang entsprechen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 64 Satz 2 GmbHG)
- Zahlungen zur Aufrechterhaltung, aber auch zur Neuausrichtung des Geschäftsbetriebs sind privilegiert (Hotel vermietet an Studenten, statt Kleidung werden Atemschutzmasken produziert)

### c) Maßstab der Privilegierung

- Die für Fälle der *Insolvenzverschleppung* entwickelte sehr restriktive BGH-Rechtsprechung zu § 64 Satz 2 GmbHG (⇒ Folie 61 und *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 588 f.) ist nicht anwendbar.
- Hier: *fehlende* Insolvenzantragspflicht trotz Insolvenzreife ⇒ Parallele zum Drei-Wochen-Zeitraum des § 15a I InsO + Eröffnungsverfahren ⇒ großzügigere Anwendung des § 64 Satz 2 GmbHG
- erlaubt sind alle Zahlungen, die zur Aufrechterhaltung des schuldnerischen Betriebs erforderlich sind, um über die Unternehmensfortführung die zur Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung stehende Insolvenzmasse bestmöglich zu erhalten
- **Ausrichtung vorrangig am Gläubigerinteresse**, nicht am (isolierten) Gesellschafterinteresse (*Bitter*, ZIP 2020, 685, 690 f.)

### d) Binnenhaftung nach § 43 GmbHG

- Problem der Binnenhaftung für strategische Entscheidungen einer Betriebsumstellung
- *Business Judgement Rule* begründet Haftungsfreistellung für vertretbare Maßnahmen
- Pflichtenmaßstab ist am Interesse der Gläubiger (und Gesellschafter) am Unternehmenserhalt auszurichten; eine Weisung der Gesellschafter wirkt nicht mehr entlastend (vgl. *Bitter*, ZIP 2020, 685, 691: *shift of duties*)
- Gleichlauf des Pflichtenmaßstabs mit § 64 Satz 1 und 2 GmbHG
- *Bitter*, ZIP 2020, 685, 691

## Wortlaut des § 2 COVInsAG – Folgen der Aussetzung

(1) Soweit nach § 1 die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ausgesetzt ist,

...

2. gilt die bis zum 30. September 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits sowie die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung von Sicherheiten zur Absicherung solcher Kredite als nicht gläubigerbenachteiligend; dies gilt auch für die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen und Zahlungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nicht aber deren Besicherung; § 39 Absatz 1 Nummer 5 und § 44a der Insolvenzordnung finden insoweit in Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners, die bis zum 30. September 2023 beantragt wurden, keine Anwendung;

3. sind Kreditgewährungen und Besicherungen im Aussetzungszeitraum nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung anzusehen;

## Literatur (Auswahl)

- *Bitter*, Corona und die Folgen nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG), ZIP 2020, 685
- *Bornemann*, Insolvenzzrechtliche Aspekte des Maßnahmenpakets zur Stabilisierung der Wirtschaft, jurisPR-InsR 9/2020 Anm. 1
- *Gehrlein*, Rechtliche Stabilisierung von Unternehmen durch Anpassung insolvenzrechtlicher Vorschriften in Zeiten der Corona-Pandemie, DB 2020, 713
- *Hölzle/Schulenberg*, Das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG – Kommentar, ZIP 2020, 633
- *Mock*, Gesellschafterdarlehen in Zeiten von Corona, NZG 2020, 505
- *Mock*, Schrankenlose Rückgewähr von Corona-Gesellschafterdarlehen bei Insolvenzreife?, NZI 2020, 405
- *Morgen/Schinkel*, Überbrückungskredite in Zeiten der COVID-19-Pandemie, ZIP 2020, 660
- *Römermann*, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVInsAG und ihre Folgen, NJW 2020, 1108
- *Thole*, Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz und ihre weiteren Folgen, ZIP 2020, 650

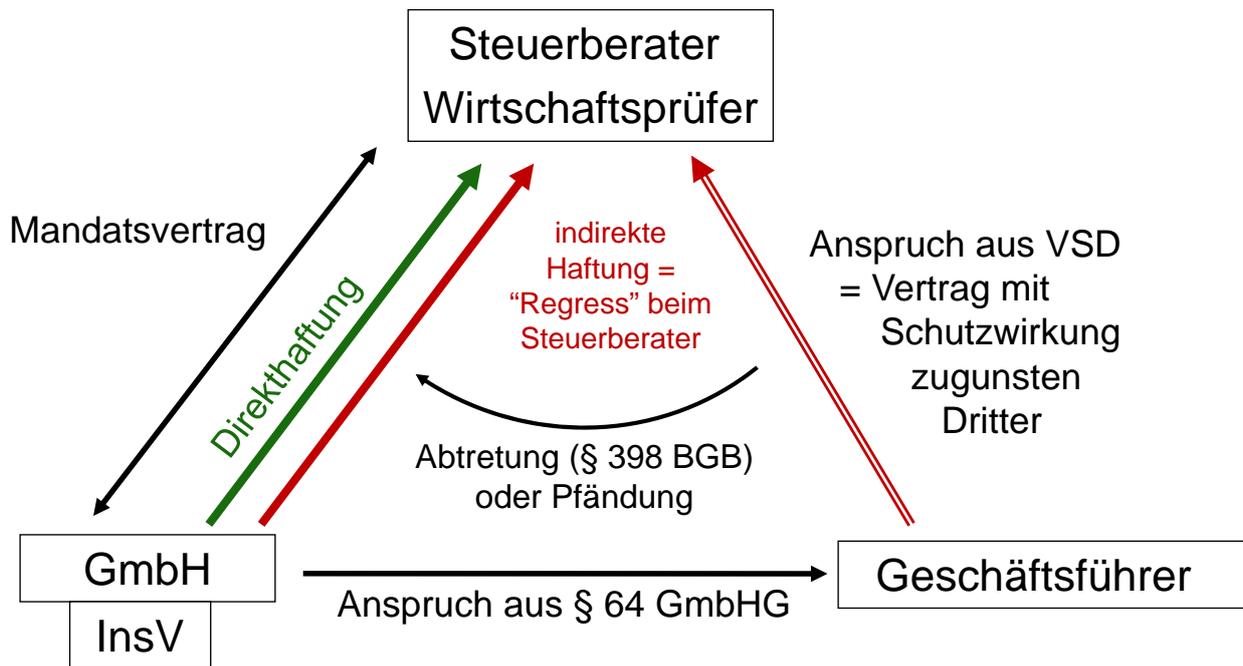
© 2020  
Prof. Dr. Georg Bitter  
Universität Mannheim  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht  
Schloss, Westflügel W 241/242  
68131 Mannheim  
[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V.  
[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)

# Anhang

## Haftungsgefahren für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer



Literatur: *Thole*, Die Vertragshaftung des Steuerberaters für Insolvenzschäden, ZfPW 2015, 31 ff.;  
*Schmidt*, Beraterhaftung für Insolvenzverschleppungsschäden, 2017

## 1. „Haftungsregress“ beim Steuerberater und Wirtschaftsprüfer

- Anspruch bejaht
  - ❖ BGH v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 = ZIP 2012, 1353 = DB 2012, 1559 (Auftrag zur Prüfung der Insolvenzreife)
- Anspruch verneint
  - ❖ BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, ZIP 2013, 829 = DB 2013, 928 (steuerberatendes Dauermandat); partiell aufgegeben durch BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, BGHZ 213, 274 = ZIP 2017, 427 (s.u. Ziff. 2.); dazu *Baumert*, ZInsO 2017, 486

## 2. Direkthaftung gegenüber der GmbH

- Anspruch bejaht
  - ❖ BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, ZIP 2013, 1332 = DB 2013, 1542  
(Hinweis auf „Überschuldung rein bilanzieller Natur“)
  - ❖ BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, BGHZ 213, 274 = ZIP 2017, 427  
(fehlerhafte Aufstellung des Jahresabschlusses auf der Basis von Fortführungswerten angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft)