

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

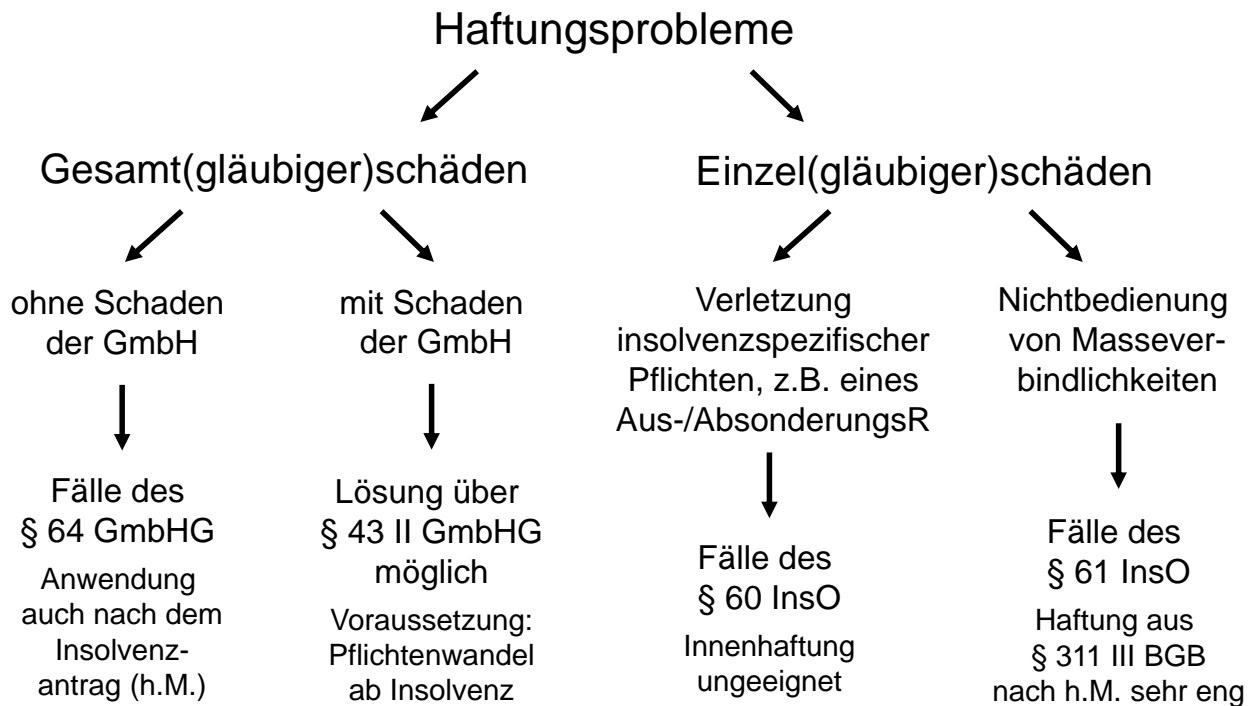
## **Haftung der Geschäftsleiter in der (vorläufigen) Eigenverwaltung**

FORUM-Seminar „Insolvenzgesellschaftsrecht“  
am 31. Januar 2020 in Frankfurt

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

## **Gliederung**

- I. Die Haftungsprobleme in der (vorläufigen) Eigenverwaltung  
im Überblick
- II. Das Urteil des BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17,  
BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 m. Anm. *Bitter*
- III. Offene Fragen nach dem Urteil des BGH



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

## 1. Gesamtschäden

- Fall 1: keine bilanziell messbare Einbuße bei der GmbH: Befriedigung einzelner Gesellschaftsgläubiger
  - ⇒ Anwendung des § 64 GmbHG auch im Eröffnungsverfahren (h.M.)
    - großzügigere Anwendung des § 64 Satz 2 GmbHG
    - Bedürfnis für eine (parallele) Anwendung des § 43 GmbHG reduziert
  - ⇒ Anwendung des § 64 GmbHG im eröffneten Verfahren sehr str.
  - ⇒ Bedürfnis für eine Anwendung des § 64 GmbHG reduziert bei analoger Anwendung der §§ 60, 61 InsO auf die Geschäftsführung in der Eigenverwaltung ⇒ Folie 8

## 1. Gesamtschäden

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

## 2. Einzelschäden/Nichtbedienung von Masseverbindlichkeiten

- Beispiele: Verletzung von Aus-/Absonderungsrechten; Bestellung von Waren und spätere Nichtzahlung aus der Insolvenzmasse (Fall aus BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 m. Anm. *Bitter*)
- Lösung in der Literatur zuvor umstritten ⇒ drei Haftungsmodelle
- **Gesellschaftsrechtliches Modell**: Schuldnergesellschaft haftet als Eigenverwalter selbst analog §§ 60, 61 InsO; Belastung der Schuldnergesellschaft = Schaden i.S.d. § 43 GmbHG
  - ⇒ Problem 1: Zahlung aus § 43 II GmbHG ist in die Masse zu erbringen ⇒ Geld kommt nicht notwendig beim Geschädigten an (Vorrang nur, wenn §§ 60, 61 InsO analog = Masseschuld + genügende Masse)
  - ⇒ Problem 2: Vorteilsanrechnung kann Schaden der GmbH entfallen lassen
  - ⇒ kritisch auch BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 (Rn. 30-36)

## 2. Einzelschäden/Nichtbedienung von Masseverbindlichkeiten

- **Vertrags- und deliktsrechtliches Modell (Jacoby):**
  - a) Haftung des Geschäftsführers aus § 280 BGB i.V.m. drittschützenden Organpflichten ⇒ Lösung der Fälle des § 60 InsO
    - ⇒ Problem: BGH-Rechtsprechung zur GmbH & Co. KG ist nicht verallgemeinerungsfähig
    - ⇒ kritisch auch BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 (Rn. 44-46)
  - b) Sachwalterhaftung aus § 311 III BGB ⇒ Lösung der Fälle des § 61 InsO
    - ⇒ Problem: BGH-Rechtsprechung zu § 311 III BGB ist in Bezug auf (Gesellschafter-)Geschäftsführer bewusst streng; Gefahr einer allgemeinen Inpflichtnahme der Geschäftsführer (auch außerhalb der Insolvenzsituation)
    - ⇒ kritisch auch BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 (Rn. 37-38)

## 2. Einzelschäden/Nichtbedienung von Masseverbindlichkeiten

- **Insolvenzrechtliches Modell:** Haftung der Organe des eigenverwaltenden Schuldners analog §§ 60, 61 InsO
  - ⇒ h.M. früher ablehnend (insbes. OLG Düsseldorf ZIP 2017, 2211 als Vorinstanz zu BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977)
  - ⇒ Analogie aber zu befürworten (BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 m. zust. Anm. *Bitter*, zuvor z.B. *Gehrlein*, ZInsO 2017, 849, 856 f.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 571 f. u.a.)
  - ⇒ allgemeine Haftung aus § 43 GmbHG bietet keine Lösung ⇒ Schutzlücke im Bereich der Einzelschäden
  - ⇒ kein Grund für eine Privilegierung der Eigenverwaltung gegenüber der regulären Insolvenzverwaltung

- I. Die Haftungsprobleme in der (vorläufigen) Eigenverwaltung im Überblick
- II. **Das Urteil des BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 m. Anm. *Bitter***
- III. Offene Fragen nach dem Urteil des BGH

### 1. **BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 – Entscheidungsgründe**

- Planwidrige Regelungslücke – Historische Analyse
  - Gesetzgeber hat bei der Verweisung des § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO auf §§ 60, 61 InsO die Unterscheidung zwischen natürlichen Personen und juristischen Personen als Schuldner nicht bedacht (Rn. 23); bei juristischen Personen ist die Geschäftsleitung der eigentliche Adressat der Eigenverwaltung (Rn. 24)
  - **!** Kommission für Insolvenzrecht hielt die Haftung der Geschäftsleiter für eine Verletzung ihrer insolvenzrechtlichen Pflichten für selbstverständlich (Rn. 50), ging aber von einer Bestellung der Geschäftsleiter zum eigenverwaltenden Insolvenzverwalter mit der unmittelbaren Folge ihrer Haftung aus (Rn. 51)

## 1. BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977 – Entscheidungsgründe

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

## 2. Literaturstimmen zu BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977

- weitgehende Zustimmung
  - ⇒ *Bitter*, ZIP 2018, 986 ff.
  - ⇒ *Hölzle*, ZIP 2018, 1669 ff. (S. 1670: „Die Entscheidung des BGH ist ... nicht nur dogmatisch richtig, sondern auch in der Sache uneingeschränkt zu begrüßen.“)
  - ⇒ *Hofmann*, ZIP 2018, 1429 (S. 1430: „im Ergebnis äußerst begrüßenswert“)
  - ⇒ *Ludwig/Rühle*, GWR 2018, 221 („ausführliche und überzeugende Begründung“)
  - ⇒ *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C.)
  - ⇒ *Nassall*, jurisPR-BGHZivilR 13/2018 Anm. 2
  - ⇒ *Swierczok/Baron von Hahn*, BB 2018, 1358
  - ⇒ *Thole*, EWIR 2018, 339, 340 (im Ergebnis)
  - ⇒ *Henne/Dittert*, DSStR 2018, 1671, 1676
  - ⇒ wohl auch *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405; *Hoos/Forster*, GmbHR 2018, 641, 642; *Weber*, NZI 2018, 553
- partielle Kritik: Regelungslücke zweifelhaft, aber im Ergebnis sachgerecht
  - ⇒ *Baumert*, LMK 2018, 407918; *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235; *Schwartz*, NZG 2018, 1013, 1014 ff.; *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 347

- I. Die Haftungsprobleme in der (vorläufigen) Eigenverwaltung  
im Überblick
- II. Das Urteil des BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, BGHZ 218,  
290 = DB 2018, 1263 = ZIP 2018, 977 m. Anm. *Bitter*
- III. Offene Fragen nach dem Urteil des BGH**

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

## 2. Übertragbarkeit auf die vorläufige Eigenverwaltung (§§ 270a, 270b InsO)?

- befürwortend: *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988; *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1670 f. („eindeutig“); *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2240 („folgerichtig“); *Swierczok/Baron von Hahn*, BB 2018, 1358; *Podewils*, jurisPR-HaGesR 10/2018 Anm. 3; *Kruth/Jakobs*, DStR 2019, 999, 1005 (Argument: Änderung des Pflichtenkreises mit Insolvenzantrag)
- befürwortend für § 60 InsO allgemein sowie für § 61 InsO bei einer Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1430 f. und *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 347 f.
- ablehnend: *Baumert*, LMK 2018, 407918 (Ziff. 3)
- zurückhaltend für § 60 InsO *Madaus*, in FS Kayser, 2019, S. 533, 546 ff.

## 3. Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- Gesamtverantwortung bleibt durch Ressortverantwortung unberührt:
  - *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2241 (begrenzte Verantwortung verträgt sich nicht mit der Zuweisung originärer Aufgaben bei der Forderungsfeststellung [§ 283 InsO], der Fortsetzung gegenseitiger Verträge [§ 279 InsO] und der Verwertung von Sicherungsgut [§ 282 InsO]. § 276a InsO zeigt die umfassende Aufgabenzuweisung zur Geschäftsführung); zust. *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 348 f.; ebenso *Kleindiek*, in FS Kayser, 2019, S. 435, 460 ff.
- Gesamtverantwortung nur bei fehlender Ressortaufteilung:
  - *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1672 f. (ultra posse nemo obligatur; Arg. m.E. zw.); *Madaus*, in FS Kayser, 2019, S. 533, 540 ff. (§ 60 InsO), 545 (§ 61 InsO); wohl auch *Schaal*, a.a.O., S. 280; HRI/Flöther, 3. Aufl. 2019, § 18 Rn. 32



### 3. Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- Haftung jedenfalls bei einer Verletzung von Überwachungs- und Organisationspflichten, wobei die Überwachungspflichten erhöht sind (BeckOK-InsO/*Ellers*, 15. Ed. vom 25.7.2019, § 270 Rn. 75.2; ähnlich *Kleindiek*, in FS Kayser, 2019, S. 435, 462 i.V.m. S. 448 ff.)
- offen *Thole*, EWiR 2018, 339, 340; *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C. III. 3.); *Weber*, NZI 2018, 553, 556

### 3. Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- bei gesellschaftsrechtlicher Haftung der Geschäftsleiter (§§ 43 GmbHG, 93 AktG) volle Verantwortung nur für das eigene Ressort; im Übrigen nur Pflicht zur Überwachung der anderen Geschäftsleiter

Voraussetzung nach bisher h.L.: schriftliche Fixierung der Ressortverteilung

**Problem:** Grenzen der Ressortverteilung bei nicht delegierbarem Kernbereich der Geschäftsführungsaufgaben (BGH DB 1994, 1351 = ZIP 1994, 891: § 15a InsO, § 64 Satz 1 GmbHG; ferner §§ 30, 31 GmbHG) oder Maßnahmen in Krisen-/Ausnahmesituationen, existenzielle Entscheidungen; bei Delegation öffentlich-rechtlicher Pflichten gesteigerte Überwachungspflichten

**Fragen:** (1) Gehören in der Eigenverwaltung (fast) alle Pflichten zum nicht delegierbaren Kernbereich, weil es um den Gläubigerschutz geht?  
(2) Ist deshalb eine Entlastung beim Verschulden nicht möglich?

### 3. Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 zu § 64 GmbHG (dazu *Fleischer*, DB 2019, 472; *Hülsmann*, GmbHR 2019, 209)
  - **persönliche Pflicht aller Geschäftsführer zur Erfüllung der Pflichten aus § 64 GmbHG a.F.**; keine Übertragung auf einzelne Geschäftsführer im Wege der Geschäftsverteilung (Rn. 14 mit Hinweis auf BGH DB 1994, 1351 = ZIP 1994, 891).
  - persönliche Verantwortung des Geschäftsführers für die Erfüllung der Insolvenzantragspflicht **schließt arbeitsteiliges Handeln bzw. Ressortverteilung nicht aus**; zulässige Verteilung der Geschäftsführungsaufgaben entbindet aber nicht von der Verantwortung für eine ordnungsgemäße Führung der Geschäfte; bei Wahrnehmung nicht übertragbarer Aufgaben wie der Einstandspflicht des Geschäftsführers für die Gesetzmäßigkeit der Unternehmensleitung gilt ein **strenger Maßstab für die besonders weitgehenden Kontroll- und Überwachungspflichten gegenüber einem Mitgeschäftsführer** (Rn. 15)

### 3. Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- BGH v. 6.11.2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 zu § 64 GmbHG
  - Ressortaufteilung durch **klare und eindeutige Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben**; alle Organmitglieder müssen die Aufgabenzuweisung mittragen; Sicherstellung der vollständigen Wahrnehmung der Geschäftsführungsaufgaben durch hierfür **fachlich und persönlich geeignete Personen**; ungeachtet der Ressortzuständigkeit eines einzelnen Geschäftsführers muss die Zuständigkeit des Gesamtorgans insbesondere für nicht delegierbare Angelegenheiten der Geschäftsführung gewahrt bleiben (Rn. 17 und 19-21)
  - **Ressortverteilung muss nicht zwingend schriftlich oder ausdrücklich** erfolgen; Aber: schriftliche Dokumentation als naheliegendes und geeignetes Mittel für eine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung; Ausdrücklichkeit reduziert die Gefahr von Missverständnissen (Rn. 17 und 22-26 mit Abgrenzung zur Rspr. des BFH)

?

### 3. Einzel- oder Gesamtverantwortung bei Ressortaufteilung?

- *Kleindiek*, in FS Kayser, 2019, S. 435, 448 ff.; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 138a (ähnlich *Buck-Heeb*, BB 2019, 584 ff.)
  - Auch bei „delegierbaren Pflichten“ kann sich der Geschäftsführer durch Ressortaufteilung oder Delegation an Dritte seiner Kontroll- und Überwachungspflichten nicht entledigen.
  - Es gibt keine „nicht delegierbaren Pflichten“; gemeint sind gesteigerte Anforderungen an die Kontroll- und Überwachungspflichten bei Zuweisung *bestimmter* Geschäftsführungsaufgaben.

### 4. Anwendbarkeit der §§ 60, 61 InsO auf den CRO als Generalbevollmächtigten/Prokuristen?

- befürwortend: *Baumert*, LMK 2018, 407918 (Ziff. 3); *Horstkotte*, ZInsO 2018, 2329 ff. (funktionell-operative statt systemische Betrachtung; Haftungslücken, wenn sich der CRO vertraglich von der Haftung freizeichnet); tendenziell auch *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 349
- ablehnend (mit ausdrücklicher Ausnahme für faktische Geschäftsführung): *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2240; HRI/*Flöther*, 3. Aufl. 2019, § 18 Rn. 34a; *Pape*, ZInsO 2019, 2033, 2034 f.; *Madaus*, in FS Kayser, 2019, S. 533, 538 ff. und 544 f.
- ablehnend (ohne Heranziehung der Grundsätze zur faktischen Geschäftsführung): *Hölzle*, ZIP 2018, 1669, 1671 f.

#### 4. Anwendbarkeit der §§ 60, 61 InsO auf den CRO als Generalbevollmächtigten/Prokuristen?

- ablehnend ferner *Weber*, NZI 2018, 553, 555 f. (Argument: Weisungsbindung gegenüber der Geschäftsleitung); *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237 (das Argument des BGH „Funktionswahrnehmung führt zur Haftung“ muss begrenzt werden)
- offen: *Thole*, EWiR 2018, 339, 340 (Relevanz faktischer Geschäftsführung); *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C. III. 3.); *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406 (Haftung des „faktischen Geschäftsführers“ nicht ausgeschlossen)

#### 5. Privilegierung des Geschäftsleiters analog § 60 Abs. 2 InsO beim Einsatz von Angestellten des Schuldners?

- befürwortend: *Schaal*, a.a.O., S. 278 f. m.w.N. auch zur Gegenansicht; *Weber*, NZI 2018, 553, 556 (Haftung der Organmitglieder nur für eigenes pflichtwidriges Tun oder Unterlassen); *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2241 (Allein die Personalverantwortung ist nicht geeignet, den Geschäftsleitern jeden Fehler der Mitarbeiter über § 278 BGB anzulasten.)
- ablehnend: *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1431 (Argumente: Einstellung jener Mitarbeiter ist dem Geschäftsleiter – anders als einem Insolvenzverwalter – zuzurechnen; bei fehlender Eignung der Mitarbeiter kann der Geschäftsleiter es unterlassen, den Weg in die Eigenverwaltung zu beschreiten); *Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2019, 345, 349 (Argument: eigene, nicht fremde Mitarbeiter; anders aber bei Bestellung eines CRO); BeckOK-InsO/*Ellers*, 15. Ed. vom 25.7.2019, § 270 Rn. 75.3

## 6. Vertraglicher Ausschluss der Haftung möglich?

- befürwortend: *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406 bei Individualvereinbarung
- verneinend: *Schaal*, a.a.O., S. 280 (Vergleich zum Insolvenzverwalter); *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2234, 2241 (Argument: gesetzliche Haftung)
- aber: CRO ohne Geschäftsführerstellung kann seine (interne) Haftung vertraglich beschränken (*Horstkotte*, ZInsO 2018, 2329, 2332)

## 7. Erfassung der Haftung durch die klassische D&O-Versicherung?

- offen: *Thole*, EWiR 2018, 339, 340; *HRI/Flöther*, 3. Aufl. 2019, § 18 Rn. 33
- ablehnend: *Cranshaw*, jurisPR-InsR 13/2018 Anm. 1 (unter C. II. „über die D&O-Versicherung bisheriger Prägung hinausgehend“; „Kosten sind der Masse aufzuerlegen“); *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237 („oftmals Klauseln ..., die eine Eintrittspflicht in diesen Fällen ausschließen“; Versicherungsmarkt wird die Frage mittelfristig regeln; Einpreisung des Risikos in die Vergütung); ablehnend wohl auch – mit der Empfehlung, bestehende D&O-Policen auf die Erfassung von Haftungsansprüchen analog §§ 60, 61 InsO zu überprüfen – *Swierczok/Baron von Hahn*, BB 2018, 1358; *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406; *Henne/Dittert*, DStR 2018, 1671, 1676; *Schaal*, a.a.O., S. 281

## 8. Fehlender Versicherungsschutz als Nachteil

### i.S.v. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO?

- dafür: HRI/Flöther, 3. Aufl. 2019, § 18 Rn. 33
- tendenziell in diese Richtung Hofmann, ZIP 2018, 1429, 1435 mit Fn. 45 (Gerichte und Gläubiger werden eine hinreichende Versicherung – wie beim Insolvenzverwalter – erwarten; Problem aber bei natürlicher Person als Eigenverwalter; dann steht kein haftender Dritter zur Verfügung); Schulte-Kaubrügger, ZIP 2019, 345, 349
- dagegen: Gehrlein, ZInsO 2018, 2234, 2241 (es genügt das Vorhalten einer üblichen Versicherung für Geschäftsführer)
- offen: Schwartz, NZG 2018, 1013, 1016 („Abschluss von Haftpflichtversicherungen ... zu empfehlen“)

## 9. Kein CIO im Organ als Nachteil i.S.v. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO?

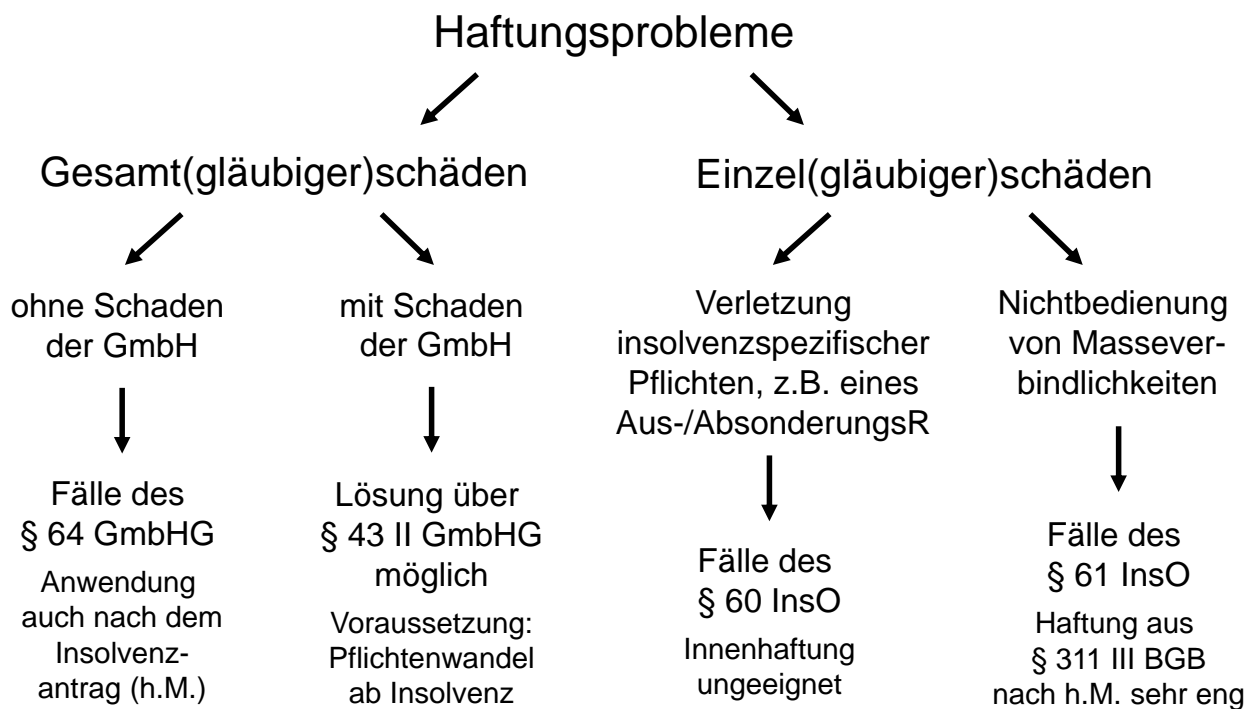
- befürwortend: Hölzle, ZIP 2018, 1669, 1674 f. (Die Durchführung der Eigenverwaltung ohne die Berufung eines dem Standard des § 56 Abs. 1 InsO entsprechenden Insolvenzrechtsexperten als CIO in das Organ [= nicht nur in die Position eines Generalbevollmächtigten/Prokuristen] ist als Nachteil i.S.v. § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO anzusehen.)
  - ⇒ In der Sache wäre damit eine Eigenverwaltung ohne „Insolvenzverwalter“ als Geschäftsführer/Vorstand unmöglich.
- sympathisierend: Horstkotte, ZInsO 2018, 2329, 2332 („beachtliche Auffassung“)
- ablehnend: Gehrlein, ZInsO 2018, 2234, 2241 (Gesetzgeber sieht die Eigenverwaltung ohne Insolvenzverwalter vor; keine Umgehung dieser Wertung)

### 10. Organhaftung analog § 61 InsO auch neben einer Sachwalterhaftung gemäß §§ 277 I 3, 61 InsO?

- ablehnend: *Schaal*, a.a.O., S. 282
  - ⇒ Fehlendes Bedürfnis für eine Gesamtschuld, da Sachwalterhaftung als zusätzliche Haftungsmasse zur Verfügung steht; Sachwalter als „wahrer Entscheidungsträger“; keine Privilegierung gegenüber der Fremdverwaltung (dort nur ein Haftungsschuldner)

### 11. Allgemeine Organhaftung (§§ 43 GmbHG, 93 AktG und §§ 64 GmbHG, 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG) neben §§ 60, 61 InsO?

- befürwortend die bisher wohl h.M., freilich ohne explizite Diskussion
- ablehnend *Schaal*, a.a.O., S. 282 f. (Haftungsgleichlauf zur Fremdverwaltung)
- im Grundsatz ablehnend *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1430 f. (§§ 64 GmbHG, 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG gelten nur für Zahlungen vor Bestellung eines vorläufigen Sachwalters; §§ 43 GmbHG, 93 AktG gelten nur bei Beeinträchtigung der Gesellschafterinteressen; Umorientierung der Organpflichten auf den Insolvenzszweck nicht mehr nötig)
- tendenziell ablehnend wohl auch *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237 f. (Bedeutung für die Verjährung, die Beweislastverteilung und die gesamtschuldnerische Haftung; Verhinderung der für den Geschäftsführer unglücklichen Position, „Diener zweier Herren“ zu sein)



### III. Offene Fragen nach dem Urteil des BGH

#### 12. Einzelfragen zur Anwendung der Organhaftung

- *Ziemons*, in FS Bergmann, 2018, S. 923, 928 ff.
- Geltung einer Insolvency Judgement Rule (IJR)?
  - Anerkennung in § 93 I 2 AktG (unternehmerische Entscheidung; auf der Grundlage angemessener Information; im guten Glauben zum Wohle der Gesellschaft ohne Eigeninteressen und sachfremde Einflüsse)
  - Geltung auch im GmbH-Recht (*Bitter/Heim*, GesR, 4. Aufl. 2018, § 4 Rn. 141)
  - Übertragbarkeit auf das Insolvenzverfahren streitig (auch beim Insolvenzverwalter); jedenfalls Ersetzung des „Gesellschaftsinteresses“ durch das Interesse der Insolvenzmasse
  - IX. Zivilsenat des BGH betont den „weiten Ermessensspielraum“ des Verwalters (BGHZ 214, 220 = ZIP 2017, 779, Rn. 15; ZIP 2013, 531, Rn. 8); aber Ermessen ist nicht anzuerkennen, wenn die Voraussetzungen der IJR nicht eingreifen



## 12. Einzelfragen zur Anwendung der Organhaftung

- Entlastung durch Zustimmung der Gläubigerorgane oder des Sachwalters?
  - keine Entlastung bei Zustimmung des **Sachwalters** (Vergleich zum Verhältnis zwischen Vorstand und zustimmendem Aufsichtsrat); vielmehr Gesamtschuld
    - ❖ Problem: Entlastung bei Unterlassen wegen fehlender Zustimmung?
  - Enthftung bei Zustimmung der **Gläubigerversammlung** als oberstem Organ zur Bildung des Gläubigerwillens; Voraussetzung: vorherige richtige und umfassende Information über alle entscheidungsrelevanten Umstände; Argument: *venire contra factum proprium* bei späterer Inanspruchnahme des Geschäftsführers
  - Enthftung bei Zustimmung des **Gläubigerausschusses**?
    - ❖ bejahend *Ziemons*, in FS Bergmann, 2018, S. 923, 932 ff.
    - ❖ zweifelnd *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 567 mit Fn. 135: jedenfalls nur im „Leitungsbereich“ (vgl. etwa § 158 InsO), nicht aber im allgemeinen Überwachungsbereich des § 69 InsO.

© 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)