

Gesellschaftsrecht

Bitter / Heim

7. Auflage 2024
ISBN 978-3-8006-7396-4
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

angeschlossen,⁷³⁰ sodann aber entschieden, die Geschäftsführerhaftung außerhalb des § 43 III 1 GmbHG der **Disposition der Gesellschafter** zu überlassen.⁷³¹ Dementsprechend kommt eine Haftung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers aus § 43 II GmbHG nur in Betracht, wenn er gegen eine Pflicht verstößt, die durch eine Weisung der Gesellschafterversammlung bzw. das Einverständnis aller Gesellschafter⁷³² nicht außer Kraft gesetzt werden kann.⁷³³

Beispiel: Die fußballbegeisterten Gesellschafter der Bau-GmbH weisen den Geschäftsführer an, für den heimischen Fußballclub kostenlos ein Vereinsheim zu bauen. Für den dadurch bei der GmbH eintretenden Vermögensverlust haftet der Geschäftsführer bei Befolgung der Weisung selbst dann nicht aus § 43 GmbHG, wenn der Ausgleich des eingetretenen Vermögensverlustes zur Befriedigung der GmbH-Gläubiger erforderlich wäre, weil im Zeitpunkt der Weisung bereits eine Unterdeckung der Verbindlichkeiten der Bau-GmbH besteht.⁷³⁴ Die Gesellschafterweisung entlastet den Geschäftsführer, weil § 43 III GmbHG nicht eingreift. Die Vermögensverschiebung erfolgte nicht zugunsten der Gesellschafter und fällt damit grundsätzlich nicht unter § 30 GmbHG.⁷³⁵ Anderes würde natürlich gelten, wenn die Bau-GmbH kostenlose Bauleistungen für die Gesellschafter erbracht hätte. Für eine Existenzvernichtung durch die Gesellschafterweisung⁷³⁶ liegen keine Anhaltspunkte vor.

145

Diese bislang in der Rechtsprechung des BGH gesicherten Grundsätze werden allerdings in jüngerer Zeit zunehmend in Frage gestellt,⁷³⁷ und es hat sich mit der Verabschiedung des **SanInsFoG** zum 1.1.2021⁷³⁸ eine äußerst kontroverse Debatte zu der Frage entwickelt, ob die Geschäftsleiter ab Eintritt der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (§§ 17 ff. InsO) über § 43 III GmbHG hinaus ganz allgemein die Gläubigerinteressen anstelle oder neben den Gesellschafterinteressen zu berücksichtigen haben (sog. *shift of duties*).⁷³⁹ Hintergrund dieser die Gesellschafts- und Insolvenzrechtler spaltenden, hier nicht im Detail darstellbaren Diskussion ist die fehlende Übernahme einer dahingehenden Regelung im Regie-

145a

⁷³⁰ BGH NJW 2000, 576.

⁷³¹ BGH NJW 2002, 3777. Über die Fälle des § 43 III 1 GmbHG hinaus wirkt eine Gesellschafterweisung nach ständiger Rechtsprechung des BGH allerdings auch dann nicht haftungsbefreiend, wenn es um eine Haftung des Geschäftsführers wegen der Beteiligung an einer Existenzvernichtung durch die Gesellschafter geht; vgl. etwa BGHZ 197, 304 = ZIP 2013, 1712 (Rn. 33) m. w. N. Zur Existenzvernichtungshaftung der Gesellschafter → Rn. 251.

⁷³² Hierzu → Rn. 143.

⁷³³ Vgl. BGH ZIP 2009, 2335; näher *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 561 ff., insbes. 564 ff.

⁷³⁴ Zur denkbaren Haftung aus § 15b InsO siehe aber sogleich → Rn. 150 ff.

⁷³⁵ Anderes würde gelten, wenn mit der (Direkt-)Leistung der GmbH an den Fußballclub nur ein Leistungsdreieck von der GmbH an die Gesellschafter und von diesen an den Fußballclub abgekürzt werden soll (vgl. dazu *Scholz/Verse*, GmbHG, § 30 Rn. 37 m. w. N.). Eine Leistung (Spende) der GmbH an den Fußballclub ist jedoch nicht immer wirtschaftlich als Leistung (Spende) der Gesellschafter anzusehen.

⁷³⁶ Hierzu → Rn. 144 in der dortigen Fn.

⁷³⁷ Dazu *Scholz/Bitter*, GmbHG, § 15b InsO Rn. 50 und ausführlich § 15a InsO Rn. 266 f., 285 ff.

⁷³⁸ Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts, BGBl. I 2020, 3256.

⁷³⁹ Dafür *Scholz/Bitter*, GmbHG, § 15a InsO Rn. 285 ff. mit umfassenden Nachw. zum Streitstand; *Schluck-Amend*, ZRI 2023, 586, 591 ff. m. w. N. in Fn. 69 ff.; *Bitter*, ZIP 2021, 321 f.; ähnlich *Beal/Dressler*, NZI 2021, 67 ff.; *Gehrlein*, BB 2021, 66, 67; dagegen z. B. *Scholz*, ZIP 2021, 219 ff. (aber mögliches Defizit in der Umsetzung der Richtlinie); *Guntermann*, WM 2021, 214 ff.; *Jungmann*, ZRI 2021, 209 ff. (aber rechtspolitisch befürwortend); *Kuntz*, ZIP 2021, 597 ff.; *Korch*, GmbHR 2021, 793 ff. (aber Gläubigerinteressen berücksichtigt in richtlinienkonformer Auslegung).

rungsentwurf des SanInsFoG⁷⁴⁰ in das spätere Gesetz. Während die einen darin eine Entscheidung des Gesetzgebers gegen einen solchen **Pflichtenumschwung in der (materiellen) Insolvenz** sehen, verweisen andere auf die bei der Streichung gegebene Begründung: Das Bedürfnis nach Gläubigerschutz werde durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen aufgefangen.⁷⁴¹ Mit Recht wird insoweit betont, man solle diese Aufforderung des Gesetzgebers ernst nehmen, die Wahrung der Gläubigerinteressen zukünftig bei § 43 GmbHG und § 93 AktG zu berücksichtigen.⁷⁴² Wie jene Idee zu konkretisieren ist, ob und wie sie von der Rechtsprechung aufgegriffen wird, ist derzeit aber noch nicht absehbar.⁷⁴³ Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich daher auf die bislang gesicherten Erkenntnisse zur Pflichtenstellung der Geschäftsleiter in der Insolvenz.

bbb) Besondere Pflichtenstellung in der Insolvenz

- 146 Wird die Gesellschaft insolvent, ist sie also zahlungsunfähig i. S. v. § 17 InsO oder überschuldet i. S. v. § 19 InsO,⁷⁴⁴ greifen **besondere Pflichten der Geschäftsführer im Interesse der Gesellschaftsgläubiger** ein, deren Verletzung einerseits zu einer Außenhaftung gegenüber den Gläubigern führen kann, andererseits zu einer Innenhaftung gegenüber der GmbH.⁷⁴⁵

(1) Außenhaftung bei Insolvenzverschleppung (§ 823 II BGB i. V. m. § 15a InsO)

- 147 Die Geschäftsführer einer GmbH müssen – wie auch alle anderen Unternehmensleiter einer juristischen Person (z. B. der Vorstand einer AG) – gemäß § 15a I 1 und 2 InsO bei Insolvenzreife unverzüglich, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit i. S. v. § 17 InsO bzw. sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung i. S. v. § 19 InsO⁷⁴⁶ einen **Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens** beim zuständigen Amtsgericht stellen.⁷⁴⁷ Versäumen sie diese Pflicht, was in der Praxis sehr häufig vorkommt,⁷⁴⁸ unterliegen sie der sogenannten Insolvenzverschleppungshaftung:
- 148 Durch die Insolvenzverschleppung geschädigte Gläubiger haben gegenüber dem Geschäftsführer der GmbH Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 II BGB i. V. m. § 15a I 1 InsO, soweit ihr Verlust in der Insolvenz der GmbH bei rechtzeitiger Antragstellung nicht eingetreten wäre.⁷⁴⁹ Danach ist solchen Gläubigern, die erst

⁷⁴⁰ Vgl. die §§ 2, 3 StaRUG im RegE SanInsFoG, BT-Drs. 19/24181, S. 14 mit Begr. S. 105 ff.

⁷⁴¹ Begr. Rechtsausschuss, BT-Drs. 19/25353, S. 6.

⁷⁴² Gehrlein, BB 2021, 66, 67; zust. Bitter, ZIP 2021, 321, 322; ähnlich schon Bitter, GmbHR 2021, R16, R17.

⁷⁴³ Überblick bei Scholz/Bitter, GmbHG, § 15a InsO Rn. 285 ff.; ausführlich – als Richter im zuständigen II. Zivilsenat des BGH – Sander, ZHR 188 (2024), 8 ff.

⁷⁴⁴ Ausführlich zu den Insolvenztatbeständen Scholz/Bitter, GmbHG, §§ 17 ff. InsO; kürzer Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 578 ff.

⁷⁴⁵ BGH ZIP 2020, 318 (Rn. 15); ausführlich Scholz/Bitter, GmbHG, §§ 15a, 15b InsO; vor dem SanInsFoG Bitter, ZInsO 2018, 625, 646 ff. (Außenhaftung); Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 573 ff. (Innenhaftung).

⁷⁴⁶ Ausführlich zu den Insolvenztatbeständen Scholz/Bitter, GmbHG, §§ 17 ff. InsO; kürzer Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 578 ff.

⁷⁴⁷ Details bei Scholz/Bitter, GmbHG, § 15a InsO (insbes. Rn. 24 ff.; 47 ff., 53 ff.).

⁷⁴⁸ Vgl. dazu die Umfrage unter Insolvenzverwaltern bei Bitter/Röder, ZInsO 2009, 1283, 1286 f.

⁷⁴⁹ Zur Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 II BGB i. V. m. § 15a InsO (früher: § 64 I GmbHG) vgl. BGHZ 126, 181, 192 ff. = NJW 1994, 2220, 2222 ff. (Aufgabe der Beschränkung auf den so genannten Quotenschaden für die Neugläubiger); nachfolgend bestäti-

nach Beginn der Insolvenzantragspflicht in geschäftlichen Kontakt zur Gesellschaft getreten sind oder die erst nach diesem Zeitpunkt eine Vorleistung an die Gesellschaft erbracht haben (sog. **Neugläubiger**) der ganze Schaden zu ersetzen (**negatives Interesse**), weil sie bei rechtzeitiger Antragstellung den Vertrag nicht mehr geschlossen bzw. ihre Vorleistung nicht mehr erbracht hätten (vgl. § 321 BGB).⁷⁵⁰ Hatte der betreffende Gläubiger seine Vermögensdisposition hingegen zu jenem Zeitpunkt, zu dem der Geschäftsführer den Insolvenzantrag hätte stellen müssen, bereits getroffen (sog. **Altgläubiger**), wird ihm nur derjenige Schaden ersetzt, der sich daraus ergibt, dass seine im späteren Insolvenzverfahren realisierte Quote aufgrund der Insolvenzverschleppung niedriger ausfällt, als sie in einem rechtzeitig eingeleiteten Insolvenzverfahren ausgefallen wäre.⁷⁵¹ Im eröffneten Insolvenzverfahren wird dieser sog. **Quotenschaden** für alle Altgläubiger gemäß § 92 S. 1 InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht. Ihn zu beziffern dürfte dem Verwalter – bzw. bei nicht eröffnetem Insolvenzverfahren dem Gläubiger – allerdings regelmäßig nicht gelingen, weil dafür ein hypothetisch früher durchgeführtes Insolvenzverfahren durchgerechnet und für dieses die (dann höhere) Insolvenzquote berechnet werden müsste.⁷⁵² Der Anspruch der Altgläubiger ist deshalb ein eher theoretischer, während der auf den vollen Vertrauensschaden gerichtete Anspruch des Neugläubigers von großer praktischer Bedeutung ist, vorausgesetzt bei dem Geschäftsführer ist genügend Haftungsmasse vorhanden. Die in Einzelfällen **schwierige Abgrenzung zwischen Alt- und Neugläubigern** ist daher in der Gerichtspraxis die haftungsrechtlich entscheidende Frage, welche demgemäß schon häufig Gegenstand der BGH-Rechtsprechung war.⁷⁵³

Beispiele: (1) Die Bau-GmbH ist seit zwei Monaten insolvent. Der Geschäftsführer G unterlässt den Insolvenzantrag, weil er noch auf neue Aufträge hofft. Gläubiger X schließt nun einen Kaufvertrag mit der GmbH und liefert dieser Baumaterialien. In dem später doch eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH fällt er mit dem Kaufpreisanspruch i. H. v. 10.000 EUR aus. Für diesen Vertrauensschaden kann er G gemäß § 823 II BGB i. V. m. § 15a I 1 InsO unmittelbar persönlich in Anspruch nehmen, weil er bei rechtzeitiger Antragstellung die Lieferung unterlassen hätte. Er muss sich von seinem Kaufpreisanspruch nur den Gewinnanteil abziehen lassen, weil er bei unterlassenem Abschluss des Kaufvertrags den Gewinn auch nicht realisiert hätte (negatives Interesse).⁷⁵⁴ (2) Ganz anders läge der Fall, wenn X die Baumaterialien bereits vor dem Zeitpunkt geliefert hätte, zu dem G Insolvenzantrag stellen musste. Da ein rechtzeitiger Antrag den durch die Lieferung entstandenen Schaden des G in diesem Fall auch nicht (ganz) vermieden hätte, könnte X (bzw. der Insolvenzverwalter gemäß § 92 S. 1 InsO für ihn) allenfalls in der Höhe Schadensersatz verlangen, in der sich seine Insolvenzquote durch die Insolvenzverschleppung vermindert hat. Da X (bzw. der Insolvenzverwalter) aber nicht wird beweisen können, welche Quote in einem – ja nur theoretisch durchgeführten – früheren Insolvenzverfahren hätte realisiert werden können, wird X faktisch ohne Ersatz bleiben.⁷⁵⁵ (3) Hatte X den Vertrag über die Lieferung der Baumaterialien bereits vor Eintritt der Insolvenzantragspflicht geschlossen, die Lieferung aber erst danach erbracht, erscheint fraglich, ob er Alt- oder Neugläubiger ist. Obwohl X beim Beginn der Antragspflicht bereits vertraglich gebunden und damit sein Zahlungsanspruch begründet war und dies auch durch einen rechtzeitigen Insolvenzantrag nicht mehr hätte verhindert werden können, ist er als Neugläubiger einzuordnen. Hätte G nämlich den

gend BGHZ 138, 211, 214 = NJW 1998, 2667; Details bei Scholz/Bitter, GmbHG, § 15a InsO Rn. 86 ff.; Bitter, ZInsO 2018, 625, 647 ff.

⁷⁵⁰ Scholz/Bitter, GmbHG, § 15a InsO Rn. 106 ff.

⁷⁵¹ Scholz/Bitter, GmbHG, § 15a InsO Rn. 100 ff.

⁷⁵² Scholz/Bitter, GmbHG, § 15a InsO Rn. 102 f.

⁷⁵³ Nähere Darstellung der problematischen Grenzfälle anhand der Rechtsprechung bei Scholz/Bitter, GmbHG, § 15a InsO Rn. 112 ff.; Bitter, ZInsO 2018, 625, 649 ff.

⁷⁵⁴ BGH ZIP 2009, 1220 (Rn. 16); BGH ZIP 2012, 1456 (Rn. 7, 13 ff.); Scholz/Bitter, GmbHG, § 15a InsO Rn. 106 f.

⁷⁵⁵ Näher Scholz/Bitter, GmbHG, § 15a InsO Rn. 100 ff.; Bitter, ZInsO 2018, 625, 647 ff.

Insolvenzantrag rechtzeitig und damit noch vor der Lieferung des X als dessen vermögensrelevante Disposition gestellt, hätte X die Lieferung trotz Vorleistungspflicht gemäß § 321 BGB verweigern und so seinen Schaden vermeiden können.⁷⁵⁶ G hat deshalb den X vermögensmäßig wie in der Fallvariante (1) zu stellen.

(2) *Innenhaftung bei Verletzung des Massesicherungsgebots (§ 15b I, IV InsO)*

- 150 Noch bedeutsamer als die vorgenannte Außenhaftung gegenüber den Gläubigern ist in der Praxis die Haftung bei Insolvenzreife im Innenverhältnis zur GmbH. Sie ergibt sich seit dem 1.1.2021 aus der Vorschrift des § 15b InsO, die an den Ende 2020 abgeschafften § 64 GmbHG anknüpft, aber auch manche Neuregelung beinhaltet.⁷⁵⁷
- 150a Nach § 15b I 1, IV 1 InsO haften die Geschäftsführer der GmbH im Grundsatz persönlich auf **Erstattung aller nach dem Zeitpunkt der Insolvenzreife geleisteten Zahlungen**. Die Vorschrift will – wie der frühere § 64 S. 1 GmbHG – zum einen Druck auf den Geschäftsführer ausüben, seiner Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO (→ Rn. 147) nachzukommen. Nach h. M. enthält die Norm jedoch ein darüber hinausgehendes **Gebot der Massesicherung**, welches sicherstellen soll, dass ab Insolvenzreife die noch vorhandene Masse zur Verteilung an alle Gläubiger zusammengehalten wird.⁷⁵⁸ Dieses Gebot bleibt auch noch nach Erfüllung der Insolvenzantragspflicht anwendbar, insbesondere im sog. Insolvenzeröffnungsverfahren, das mit dem Insolvenzantrag beginnt und bis zur Entscheidung des Gerichts über die Insolvenzeröffnung andauert (in der Praxis oft mehrere Monate).⁷⁵⁹
- 150b Kommt es zu Verstößen gegen dieses Massesicherungsgebot, war der Haftungsumfang in Rechtsprechung und Literatur bereits zum früheren § 64 S. 1 GmbHG umstritten und jene Debatte setzt sich nun in Bezug auf die neue Rechtsfolgenanordnung in § 15b IV 1 und 2 InsO fort: Während der BGH früher im Grundsatz nur auf die jeweiligen **Vermögensabflüsse** – seien sie Zahlungen im engeren Sinne oder Warenlieferungen – schaute und damit insbesondere auch in solchen Fällen zu einer Haftung gelangte, in denen ein Betrag oder Gegenstand durch die GmbH nur „hindurchgelaufen“ ist (**Einzelbetrachtung**);⁷⁶⁰ wollte ein in der Literatur entwickeltes Gegenkonzept alle Zu- und Abflüsse berücksichtigen und den Geschäftsführer infolgedessen nur auf den insgesamt während der Insolvenzreife eintretenden Verlust bzw. Schaden haften lassen (**Gesamtbetrachtung**).⁷⁶¹ Diesen Grundlagenstreit zum

⁷⁵⁶ OLGR Celle 2002, 158 = NZG 2002, 730, 732 (juris-Rn. 61); OLG Oldenburg, GWR 2010, 170 = BeckRS 2010, 02819 (red. Leitsatz und Ziff. II 1a der Gründe, insbes. juris-Rn. 81 ff.); Scholz/Bitter, GmbHG, § 15a InsO Rn. 113 ff.; Bitter, ZInsO 2018, 625, 649.

⁷⁵⁷ Details bei Bitter, ZIP 2021, 321, 324 ff.; Bitter, GmbHR 2022, 57 ff.; Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO.

⁷⁵⁸ Näher zum (partiell umstrittenen) Sinn und Zweck des früheren § 64 GmbHG und heutigen § 15b InsO Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO Rn. 20 ff. Bitter, GmbHR 2022, 57, Rn. 49 ff.

⁷⁵⁹ Näher zum zeitlichen Anwendungsbereich Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO Rn. 64 ff.; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 574 ff.

⁷⁶⁰ Grundlegend BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668 und BGH NJW 2001, 304 = WM 2000, 2158 (mit krit. Besprechung von Bitter, WM 2001, 666 ff. sowie Bitter, WuB II C. § 64 GmbHG 1.01); BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280 (Leitsatz 3) und erneut mit deutlicher Schärfe BGH NJW 2003, 2316 (mit krit. Anm. Bitter, WuB II C. § 64 GmbHG 1.03); einschränkend BGH WM 2008, 1227 (mit Anm. Bitter, WuB II C. § 64 GmbHG 1.09); dazu Bitter, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 9 f.; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 581 ff.; Bitter, GmbHR 2022, 57 (Rn. 49) m. w. N.; Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO Rn. 141.

⁷⁶¹ Bitter, WM 2001, 666; K. Schmidt, GmbHR 2000, 1225; Altmeyden, ZIP 2001, 2201, 2206 ff.; zuvor auch schon Altmeyden/Wilhelm, NJW 1999, 673, 678 f.; zusammenfassend Bitter, ZInsO 2010, 1505, 1514 ff.; in jüngerer Zeit wieder K. Schmidt, NZG 2015, 129;

früheren § 64 S. 1 GmbHG wollte der Gesetzgeber im heutigen § 15b InsO nicht entscheiden und hat stattdessen **beide Konzepte miteinander verbunden**.⁷⁶² Sie wurden zu einem Konzept verwoben, in dem nun im Ergebnis der allen Gläubigern gemeinschaftlich entstandene Schaden haftungsrelevant ist (vgl. § 15b IV 2 InsO: „Schaden der Gläubigerschaft“), der jedoch in Höhe der verbotswidrig geleisteten Einzelzahlungen widerleglich vermutet wird (§ 15b IV 1 InsO).⁷⁶³ Die sich daraus ergebenden Konsequenzen werden derzeit kontrovers diskutiert: Während sich einige stärker auf den mit der früheren Einzelbetrachtung übereinstimmenden ersten Satz des § 15b IV InsO stützen und deshalb meinen, es bleibe im Wesentlichen alles beim alten, wollen die anderen im Sinne der im zweiten Satz aufgegriffenen Gesamtbetrachtung dem Geschäftsführer eine realistische Chance eröffnen, den von ihm geforderten Gegenbeweis zu führen, dass der den Gläubigern durch die Geschäftsführung im Zustand der Insolvenzreife entstandene Schaden geringer ist als die einzelnen (addierten) Vermögensabflüsse.⁷⁶⁴

Insoweit ist bedeutsam, dass sich beide Haftungskonzepte in mancher Hinsicht **151** schon vor der Schaffung des neuen § 15b InsO im Ergebnis angenähert hatten, seit der BGH die Ersatzpflicht des Geschäftsführers (nachträglich) entfallen lässt, soweit die durch die „Zahlung“ verursachte Schmälerung der Masse in *unmittelbarem* Zusammenhang mit dem Mittelabfluss durch eine Gegenleistung ausgeglichen wird (sog. **Aktiventausch**).⁷⁶⁵ Jene Gegenleistung muss die für die Gläubiger verwertbare Aktivmasse erhöht haben, was nach der bisherigen Rechtsprechung etwa bei Arbeits- oder Dienstleistungen sowie bei Zahlungen für Telefon, Kabelfernsehen oder die Energieversorgung regelmäßig nicht der Fall sein soll.⁷⁶⁶ Welche Kriterien für die vom BGH verlangte **Unmittelbarkeit** gelten sollten, war noch nicht vollständig geklärt.⁷⁶⁷ Der BGH hatte lediglich entschieden, dass die für die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) geltenden Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO a.F. mangels vergleichbarer Interessenslage nicht entsprechend anwendbar sind; insbesondere sei kein zeitlicher, sondern nur ein „unmittelbarer wirtschaftlicher“ Zusammenhang bzw. eine (unmittelbare) wirtschaftliche Zuordnung erforderlich.⁷⁶⁸ Außerdem hatte der BGH den Aktiventausch von der Reihenfolge der Leistungen abhängig gemacht:

Altmeyen, ZIP 2015, 949; *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 581 ff.

⁷⁶² So Begr. RegE zu § 15b Abs. 4, BT-Drs. 19/24181, S. 195.

⁷⁶³ Begr. RegE zu § 15b Abs. 4, BT-Drs. 19/24181, S. 195 mit Hinweis auf RG v. 30.11.1938 – II 39/18, RGZ 159, 211, 229 f.; dazu *Bitter*, ZIP 2021, 321, 328 f.; ausführlich *Scholz/Bitter*, GmbHG, § 15b InsO Rn. 145 ff., 312 ff.

⁷⁶⁴ Dazu eingehend *Scholz/Bitter*, GmbHG, § 15b InsO Rn. 317 ff.; *Bitter*, GmbHR 2022, 57 (Rn. 47 ff.); zuvor *Bitter*, ZIP 2021, 321, 328 ff.

⁷⁶⁵ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; zum Aktiventausch auch BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 26); dazu *K. Schmidt*, NZG 2015, 129; siehe ferner BGH ZIP 2017, 1619; nähere Darstellung bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 584 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, § 15b InsO Rn. 189 ff.

⁷⁶⁶ Dazu und zum Wertansatz BGH ZIP 2017, 1619 (Leitsätze 2 und 3 sowie Rn. 18 ff.): Liquidationswerte, wenn die Gesellschaft insolvenzreif ist und eine Fortführung nicht gesichert erscheint. Zu betriebsnotwendigen, einen Zusammenbruch des Unternehmens verhindernden Zahlungen → Rn. 151d.

⁷⁶⁷ Dazu *Altmeyen*, ZIP 2015, 949; *Haneke*, NZI 2015, 499; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 585 f.

⁷⁶⁸ BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 11 ff.); zust. *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 585 f. und *Scholz/Bitter*, GmbHG, § 15b InsO Rn. 202 ff. mit dem Vorschlag, die zur (fehlenden) Gläubigerbenachteiligung i. S. v. § 129 InsO entwickelten Grundsätze (dazu *Bitter*, KTS 2016, 455 ff.) fruchtbar zu machen.

Nur eine der „Zahlung“ nachfolgende Leistung des Zahlungsempfängers könne kompensierend wirken.⁷⁶⁹

- 151a Ob und in welchem Umfang diese **Grundsätze der Rechtsprechung im neuen Recht auszuweiten sind**, um der Hinwendung des Gesetzgebers zur Gesamtbetrachtung in § 15b IV 2 InsO Rechnung zu tragen, wird derzeit heiß diskutiert. Richtigerweise sollte sich die bislang zu sehr auf die einzelnen Vermögensabflüsse schauende Rechtsprechung in Zukunft öffnen und beherzter eine Kompensation der Masseschmälerung anerkennen. Dies gilt insbesondere in Bezug auf Arbeits- und Dienstleistungen, die keineswegs wertlos für die Masse sein müssen, ferner im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen, in denen der Vertragspartner der GmbH jeweils *neue* Leistungen erbringt, nachdem die *alte* Leistung bezahlt wurde; zudem sollte der Entlastungsbeweis des Geschäftsführers nach § 15b IV 2 InsO bereits dann als geführt angesehen werden, wenn er darlegen und beweisen kann, dass die konkrete Zahlung Teil eines während der Insolvenzreife durchgeführten, jedoch mit Gewinn abgeschlossenen Geschäftsvorgangs/Gesamtprojekts ist (sehr str.).⁷⁷⁰
- 151b Die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung steht auch insoweit in Rede, als sie zusätzlich zwischen Leistungen vom kreditorischen und debitorischen Konto⁷⁷¹ sowie danach unterscheidet, ob für den Kontokorrentkredit Sicherheiten der GmbH zugunsten der Bank bestehen oder nicht.⁷⁷² Die Details sind diesbezüglich äußerst kompliziert und für die Praxis schwer handhabbar.⁷⁷³ Die deshalb hier in den Vorauflagen unterbreitete Anregung zu einer kompletten gesetzlichen Neukonzeption⁷⁷⁴ ist im nun in Kraft getretenen § 15b InsO zwar im Grundsatz aufgegriffen worden. Die Norm verhält sich jedoch nicht zur Sonderfrage der Zu- und Abflüsse vom debitorischen Konto.⁷⁷⁵
- 151c **Beispiele:** (1) Die GmbH ist insolvent. Gleichwohl erfüllt der Geschäftsführer G noch den seit längerer Zeit bestehenden Kaufpreisanspruch des Gläubigers X i. H. v. 10.000 EUR durch Zahlung an X (in bar oder durch Zahlung vom kreditorischen Konto). G ist der GmbH gemäß § 15b I 1, IV 1 InsO grundsätzlich zur Erstattung der 10.000 EUR verpflichtet (vgl. aber noch den dritten Beispielsfall). Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens macht diesen Anspruch der Insolvenzverwalter für die GmbH geltend. (2) G zahlt zwar den Kaufpreis an X. Dieser liefert aber im Gegenzug ein Auto im gleichen Wert. Bei einer der „Zahlung“ zeitlich nachfolgenden Lieferung lag schon nach der bisherigen Rechtsprechung ein Aktivtausch vor und G haftete nicht aus § 64 S. 1 GmbHG. Seit 1.1.2021 folgt dies nun direkt aus § 15b IV 2 InsO. (3) G erfüllt – wie im ersten Beispielsfall – einen seit längerer Zeit bestehenden Kaufpreisanspruch des G, jedoch

⁷⁶⁹ BGHZ 227, 221 = ZIP 2020, 2453 (Rn. 41 ff.) mit krit. Bespr. *Altmeyden*, ZIP 2021, 1 ff.; zuvor wie der BGH schon *Scholz/Bitter*, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 147 m. w. N.; zum neuen Recht *Bitter*, ZIP 2021, 321, 330; dagegen erneut *Altmeyden*, ZIP 2021, 2413, 2417 in Fn. 33; zwischen Einzel- und Gesamtkompensation differenzierend nun *Bitter*, ZIP 2024, 153, 161 f.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, § 15b InsO Rn. 202 ff., 342, 350.

⁷⁷⁰ Eingehend *Bitter*, GmbHR 2022, 57 (Rn. 52 ff.) in Verteidigung der zuvor bei *Bitter*, ZIP 2021, 321, 328 ff. entwickelten Thesen; ferner *Scholz/Bitter*, GmbHG, § 15b InsO Rn. 347 ff.

⁷⁷¹ BGH ZIP 2007, 1006 (Leitsatz 2 und Rn. 8); BGH ZIP 2010, 470 (Leitsatz 2 und Rn. 10): bloßer Gläubigertausch bei Zahlung vom debitorischen Konto; dazu nachdrücklich kritisch *K. Schmidt*, ZIP 2008, 1401 m. w. N. (sehr lesenswert!).

⁷⁷² BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480; BGH WM 2016, 275.

⁷⁷³ Näher *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 581 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, § 15b InsO Rn. 175 ff.; jüngere Analyse auch bei *Lieder/Wagner*, ZGR 2021, 495, 500 ff., zum neuen Recht S. 522 ff.

⁷⁷⁴ Siehe *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.

⁷⁷⁵ Vgl. deshalb die Aufforderung an den BGH bei *Bitter*, GmbHR 2022, 57 (Rn. 73 f.) und *Scholz/Bitter*, GmbHG, § 15b InsO Rn. 175, sein überkomplexes Modell selbst zu korrigieren.

liefert dieser im Gegenzug zu der Zahlung der *alten* Rechnung *neue* Ware an die GmbH. Ob in diesem Fall die vom BGH bisher geforderte Unmittelbarkeit anerkannt worden wäre, erscheint offen. Jedenfalls im neuen Recht ist aber nach der hier vertretenen Ansicht der Gegenbeweis eines geringeren Schadens gemäß § 15b IV 2 InsO als geführt anzusehen.⁷⁷⁶ (4) Im ersten Beispielfall stellt die Muttergesellschaft der GmbH die 10.000 EUR zur Verfügung, damit diese den X befriedigen kann. In diesem Fall haftete G gemäß dem früheren § 64 S. 1 GmbHG, weil nach Ansicht des BGH nur der Abfluss der 10.000 EUR zählte, während der Zufluss unberücksichtigt blieb. Ob es dabei unter dem neuen § 15b InsO bleiben wird, erscheint offen. Jedenfalls in solchen Fällen, in denen der Zufluss von Seiten der Mutter mit dem Abfluss der 10.000 EUR zeitlich (annähernd) zusammenfällt oder ihm sogar nachfolgt, lässt sich gut argumentieren, der Gläubigerschaft sei insgesamt kein Schaden entstanden (§ 15b IV 2 InsO). (5) Im ersten Beispielfall erfolgt die Zahlung vom debitorischen Konto der GmbH. Dann haftet G nach der bisherigen Rechtsprechung zu § 64 S. 1 GmbHG nicht, weil nur der bisherige Gläubiger X durch die Bank als neue Gläubigerin ersetzt wurde. Ob der BGH an dieser zweifelhaften, da nicht zwischen Deckungs- und Valutaverhältnis trennenden Rechtsprechung⁷⁷⁷ für § 15b InsO festhält, bleibt abzuwarten. (6) Besteht zugunsten der Bank eine Grundschuld auf dem Geschäftsgrundstück der GmbH, die im Wert über den Kontokorrentkredit hinausgeht, haftet G nach den Grundsätzen der bisherigen Rechtsprechung zu § 64 S. 1 GmbHG. Ein masseneutraler Gläubigertausch liege dann nicht vor, vorausgesetzt die Forderung des X war ungesichert. Durch die höhere Inanspruchnahme des Kontokorrentkredits wird nämlich die Grundschuld im größeren Umfang verhaftet und daher die Masse geschmälert.

Die Erstattungspflicht setzt schuldhaftes Handeln, also mindestens Fahrlässigkeit auf Seiten des Geschäftsführers voraus.⁷⁷⁸ Sie ist ausgeschlossen, wenn die konkrete Zahlung auch nach Insolvenzreife noch mit der **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns** vereinbar, sie insbesondere erforderlich war, um den Geschäftsbetrieb bis zur Übergabe an den Insolvenzverwalter aufrechtzuerhalten.⁷⁷⁹ Diese schon früher in § 64 S. 2 GmbHG enthaltene, nunmehr in § 15b I 2 InsO kodifizierte Sorgfaltsausnahme wird jetzt in § 15b II, III und VIII InsO dahingehend präzisiert, dass der pflichtwidrig die Insolvenz verschleppende Geschäftsführer (→ Rn. 147) regelmäßig nicht mehr davon profitiert, während der pflichtgemäß handelnde Geschäftsführer weitgehend haftungsfrei die Geschäfte trotz Insolvenzreife fortführen kann, soweit dies der Werterhaltung im *Gläubigerinteresse* dient; dies betrifft insbesondere die Unternehmensführung im Insolvenzöffnungsverfahren.⁷⁸⁰

Nach der Rechtsprechung des BGH und EuGH konnte schon die Regelung des § 64 GmbHG über den auf die GmbH bezogenen Wortlaut hinaus auch auf in Deutschland tätige **EU-Auslandsgesellschaften** angewendet werden, die – wie die GmbH – eine Haftungsbeschränkung kennen; ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit der Art. 49 und 54 AEUV liegt darin nicht.⁷⁸¹ Eine im EU-Ausland gegründete Gesellschaft hat danach zwar Anspruch darauf, in den anderen Mitgliedstaaten

⁷⁷⁶ Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO Rn. 213.

⁷⁷⁷ Kritik bei Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO Rn. 177.

⁷⁷⁸ Details bei Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO Rn. 298 ff.; nach BGH ZIP 2020, 1239 (Rn. 16 f.) scheidet eine Anwendung der Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs aus.

⁷⁷⁹ Siehe zum früheren § 64 S. 2 GmbHG BGH ZIP 2008, 72, 73 = WM 2008, 27 (Rn. 6) mit Anm. Bitter/Linardatos, WuB II C. § 64 GmbHG 2.08; Bitter, ZInsO 2010, 1505, 1517; Bitter, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7; enger BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480, 1482 (Rn. 24); BGH ZIP 2020, 1239 (Rn. 18 f.); dazu Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 588 f.; Scholz/Bitter, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 167 ff.

⁷⁸⁰ Details bei Bitter, ZIP 2021, 321, 324 ff.; Bitter, GmbHR 2022, 57 (Rn. 6 ff.); Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO Rn. 228 ff.

⁷⁸¹ BGH ZIP 2015, 68; EuGH ZIP 2015, 2468; zum Gerichtsstand EuGH ZIP 2015, 196; siehe zum internationalen Anwendungsbereich auch Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 576 f.

als wirksam bestehende Gesellschaft anerkannt zu werden (→ § 1 Rn. 2), nicht aber darauf, allein ihrem Heimatrecht unterworfen zu werden. Nur Marktzutritts-schranken sind durch die Niederlassungsfreiheit verboten, nicht hingegen die Anwendung von auf die *Tätigkeit* im Inland bezogenen (Haftungs-)Regeln, die für alle juristischen Personen gelten oder die auf konkrete Gefährdungslagen – etwa die Insolvenz der Gesellschaft – reagieren.⁷⁸² Für den neuen § 15b InsO gelten diese Grundsätze erst recht, zumal er von vorneherein für alle haftungsbeschränkten Gesellschaften gilt.⁷⁸³

- 151f Für die frühere Regelung in § 64 Satz 1 GmbHG hat der BGH in Übereinstimmung mit der h.M. entschieden, dass sie **kein Schutzgesetz i. S. v. § 823 II BGB** ist; der Geschäftsführer kann deshalb (allein) wegen Verletzung des Massesicherungsgebots nicht unmittelbar von den Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen werden.⁷⁸⁴ Für die neue Vorschrift des § 15b InsO kann insoweit nichts anderes gelten.⁷⁸⁵

ccc) Insolvenzverursachungshaftung (gegenüber der Gesellschaft)

- 152 Durch das MoMiG wurde eine weitergehende Erstattungspflicht des Geschäftsführers speziell für Zahlungen an Gesellschafter vor Eintritt der Insolvenzreife im damaligen § 64 S. 3 GmbHG eingeführt, der nun ohne Änderungen in § 15b V InsO übernommen wurde: Die Geschäftsführer haften der Gesellschaft danach auch für **Zahlungen an Gesellschafter, durch die eine Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt wird**.⁷⁸⁶ Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist im Rahmen von § 15b V InsO *nicht* anders zu verstehen als bei § 17 InsO, d.h. Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn die liquiden Mittel nicht nur unerheblich (10%-Grenze) hinter den fälligen Verbindlichkeiten einschließlich fälliger Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern zurückbleiben.⁷⁸⁷ Die Vorschrift erfasst, wie aus dem Wortlaut ersichtlich, keine Zahlungen, die bei bereits bestehender Zahlungsunfähigkeit geleistet werden.⁷⁸⁸ Damit verbleibt nur ein **sehr enger Anwendungsbereich** der Norm, weil die Zahlung auf eine fällige Verbindlichkeit gegenüber einem Gesellschafter nicht erfasst wird.⁷⁸⁹ Ist nämlich die Gesellschaft unter Berücksichtigung der fälligen Schuld gegenüber dem Gesellschafter *nicht* zahlungsunfähig, tritt auch durch die Erfüllung der Schuld keine Zahlungsunfähigkeit ein, weil der Reduzierung der liquiden Mittel der Gesellschaft eine entsprechende Verkürzung der fälligen Verbindlichkeiten gegenübersteht und sich folglich keine Unterdeckung ergeben kann. Ist die Gesellschaft hingegen unter Berücksichtigung der Schuld gegenüber dem Gesellschafter ohnehin schon zahlungsunfähig, ist die Vorschrift nach dem oben Gesagten ebenfalls nicht einschlägig, sondern § 15b I, IV InsO (→ Rn. 150 ff.). Als Anwendungsfälle des

⁷⁸² Bitter, WM 2004, 2190; Bitter, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 299 (Download unter www.georg-bitter.de); ebenso nun EuGH ZIP 2015, 2468, 2469 f. (Rn. 22 ff., insbes. Rn. 28); dazu Schall, ZIP 2016, 289; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 576 f.

⁷⁸³ Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO Rn. 82 ff.

⁷⁸⁴ BGH ZIP 2020, 318 (Leitsatz 1 und Rn. 14 ff.); vgl. aber zur Verletzung des § 15a InsO oben Rn. 147 ff.

⁷⁸⁵ Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO Rn. 353.

⁷⁸⁶ Dazu Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO Rn. 394 ff.; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 595 ff.

⁷⁸⁷ Zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit siehe BGHZ 163, 134 = NJW 2005, 3062 = ZIP 2005, 1426; ausführlich Scholz/Bitter, GmbHG, § 17 InsO.

⁷⁸⁸ BGHZ 195, 42 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 7, 11) zu § 64 S. 3 GmbHG a.F.

⁷⁸⁹ Vgl. ausführlich Altmeyden, GmbHG, Anh. § 60 Rn. 260 ff. und insbes. Rn. 269 ff.; ferner Scholz/Bitter, GmbHG, § 15b InsO Rn. 406 ff.