

GESCHÄFTSFÜHRERZAHLUNGEN UPDATE ZU § 64 GMBHG

Leipziger Insolvenzrechtstag
24. Februar 2020
RiBGH Volker Sander

DAS ZAHLUNGSVERBOT

§ 64 GmbHG

¹Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. ²Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. ³Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. ⁴Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 43 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung.

Entsprechende Regelungen in § 92 Abs. 2 Satz 1, § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG; § 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG, § 130a Abs. 1, 2 HGB

INHALT

Insolvenzreife

Zahlung

Entlastung (S. 2)

Rechtsfolge Erstattung

Verjährung

INSOLVENZREIFE

Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO)

Vermutung bei Zahlungseinstellung (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO)

Überschuldung (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO)

ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT

Vermutung bei Zahlungseinstellung (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO)

InsVerw muss Indizien für ZE darlegen und beweisen (BGH, Urteil vom 26. Januar 2016 - II ZR 394/13, ZIP 2016, 1119 Rn. 14)

Ausnahme: Beweisvereitelung (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 - II ZR 119/10, ZIP 2012, 723 Rn. 16)

Gf. muss

- Indizwirkung erschüttern oder
- Vermutung der ZU durch Nachweis der Zahlungsfähigkeit (Vorlage einer Liquiditätsbilanz) widerlegen

Pauschale unter SV-Beweis gestellte Behauptung der Zahlungsfähigkeit genügt nicht (BGH, Urteil vom 26. Januar 2016 - II ZR 394/13, ZIP 2016, 1119 Rn. 30 f.)

Keine übertriebenen Anforderungen stellen:

BGH, Beschluss vom 21. Mai 2019 - II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719 Rn. 9 ff.

BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2019 - II ZR 170/18, juris Rn. 6 ff.

ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT

Nachweis durch Liquiditätsbilanz

Passiva II berücksichtigen (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 - II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 Rn. 33)

sofort abrufbarer Kredit (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 - II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 Rn. 69; vgl. aber auch: OLG Jena, Urteil vom 25. Mai 2016 – 2 U 714/15, GmbHR 2017, 1269; Kuna, GmbHR 2018, 723)

harte Patronatserklärung der Muttergesellschaft (BGH, Urteil vom 26. Januar 2016 - II ZR 394/13, ZIP 2016, 1119 Rn. 31)

schlüssige Behauptung der Fälligkeit einer Verbindlichkeit (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 - II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 Rn. 15, 19; vgl. auch BGH, Beschluss vom 21. Mai 2019 - II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719 Rn. 9 ff.)

Einwände gegen die Richtigkeit der Buchhaltung (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 - II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 Rn. 17, 21 ff.; Beschluss vom 24. September 2019 - II ZR 248/17, juris Rn. 12)

ÜBERSCHULDUNG

Rechnerische Überschuldung

Darlegungs- und Beweislast InsVerw; Ausnahme: Beweisvereitelung (BGH, Urteil vom 12. März 2007 - II ZR 315/05, ZIP 2007, 1060 Rn. 14)

IDW-Standard akzeptiert (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 - II ZR 88/16, BGHZ 217, 129 Rn. 53)

Indizwirkung der Handelsbilanz (BGH, Urteil vom 19. November 2013 - II ZR 229/11, ZIP 2014, 168 Rn. 17 f.)

Negative Fortbestehensprognose

Darlegungs- und Beweislast für positive Fortführungsprognose hat **Gf.** (BGH, Beschluss vom 24. September 2019 - II ZR 248/17, juris Rn. 21)

schlüssiges und realisierbares Unternehmenskonzept (BGH, Urteil vom 23. Januar 2018 - II ZR 246/15, ZIP 2018, 576 Rn. 23)

objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft (BGH, Urteil vom 23. Januar 2018 - II ZR 246/15, ZIP 2018, 576 Rn. 23; Urteil vom 12. Februar 2007 - II ZR 308/05, ZIP 2007, 674 Rn. 16)

tatsächliche Fortführung genügt nicht (BGH, Urteil vom 23. Januar 2018 - II ZR 246/15, ZIP 2018, 576 Rn. 23)

ZAHLUNG

Weiter Zahlungsbegriff, bezogen auf künftige Insolvenzmasse (BGH, Urteil vom 29. November 1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184 juris Rn. 9)

Veranlassung durch Gf. („mit seinem Wissen und Wollen“)

keine Zahlung bei Zwangsvollstreckung (BGH, Urteil vom 16. März 2009 – II ZR 32/08, ZIP 2009, 956 Rn. 13)

persönliche Vornahme nicht geboten (BGH, Urteil vom 1. März 1993 – II ZR 81/94, ZIP 1994, 891 Rn. 13)

Einverständnis nicht erforderlich (vgl. BGH, Beschluss vom 24. September 2019 - II ZR 248/17, juris Rn. 13, 17)

FOLGEN DES MASSEBEZOGENEN ZAHLUNGSBEGRIFFS

Keine Beschränkung auf Geldzahlungen, sondern insolvenzrechtliche Betrachtung

- nicht Gegenstände, die gem. § 47 Satz 2 InsO der Aussonderung unterliegen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Februar 1987 – VI ZR 268/85, BGHZ 100, 19, 24; Urteil vom 5. Mai 2008 - II ZR 38/07, ZIP 2008, 1229 Rn. 11)
- nicht Vermögen, an dem ein Recht auf abgesonderte Befriedigung begründet ist, §§ 49 bis 51 InsO (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 15)

Erhalt der Aktivmasse

neue Verbindlichkeiten sind keine „Zahlung“ (BGH, Urteil vom 30. März 1998 – II ZR 146/96, BGHZ 138, 211 juris Rn. 12; Urteil vom 18. November 2014 – II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 Rn. 17)

ZAHLUNGSVERKEHR

Barzahlung

Abbuchung von einem kreditorischen Konto (BGH, Urteil vom 16. März 2009 – II ZR 32/08, ZIP 2009, 956 Rn. 12)

Forderungseinzug auf ein debitorisches Konto (BGH, Urteil vom 26. März 2007 - II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006 Rn. 12)

- Prämisse: Auszahlungsanspruch bzw. Forderung gehört zur künftigen Verteilungsmasse

Nicht: Zahlung vom debitorisches Konto (BGH, Urteil vom 26. März 2007 - II ZR 310/05, ZIP 2007, 1006 Rn. 8)

- Ausnahme: Neue Verbindlichkeit ist zu Lasten der Verteilungsmasse gesichert (BGH, Urteil vom 25. Januar 2010 - II ZR 258/08, ZIP 2010, 470 Rn. 10)

SONSTIGE ZAHLUNGEN

Verrechnung/Aufrechnung (BGH, Urteil vom 28. Februar 2012 – II ZR 244/10, ZIP 2012, 867 Rn. 21)

Warenlieferung

Werthaltigmachung einer vor Insolvenzreife zur Sicherheit abgetretenen Forderung (BGH, Urteil vom 8.12.2015 – II ZR 68/14, ZIP 2016, 364 Rn. 18; 26)

Prämisse: Gegenstand der „Zahlung“ gehört zur künftigen Verteilungsmasse

SICHERUNGSESSION

Einzug sicherungshalber abgetretener Forderungen auf debitorisches Konto ist keine Zahlung

(BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 14)

Ausnahme: Forderung entsteht erst nach Eintritt der Insolvenzreife oder wird erst nach diesem Zeitpunkt werthaltig, obwohl Gf. dies verhindern kann (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 19 ff.)

Anfechtbarkeit der Sicherungszession hindert die Berücksichtigung des Absonderungsrechts nicht (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 27 f.)

AKTIVENTAUSCH

Ausgleich der Masseschmälerung durch Zufluss eines ausgleichenden Vermögenswerts, der endgültig in das Vermögen der Gesellschaft gelangt (RGZ 159, 211, 229 f.)

Verwertungseignung (BGH, Urteil vom 4. Juli 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017, 1619 Rn. 18; Beschluss vom 24. September 2019 – II ZR 248/17, juris Rn. 8)

unmittelbarer Zusammenhang (BGH, Urteil vom 18. November 2014 – II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 Rn. 9; Urteil vom 4. Juli 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017, 1619 Rn. 12 ff.)

kein Erhalt bis zur Verfahrenseröffnung (BGH, Urteil vom 18. November 2014 – II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 Rn. 11; Urteil vom 4. Juli 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017, 1619 Rn. 18)

AKTIVENTAUSCH (BEISPIELE)

Frei werdende Sicherheit/Sicherheitentausch (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 26; Urteil vom 8. Dezember 2015 – II ZR 68/14, ZIP 2016, 364 Rn. 24 f.)

Erfüllung eines Anfechtungsanspruchs (BGH, Urteil vom 18. November 2014 – II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 Rn. 9)

Nicht: Erneute Valutierung eines zurückgeführten Darlehens (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 32)

Ausgleich nur durch Sicherung der Kreditmittel oder Anschaffung eines werthaltigen Gegenstands (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 – II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 33)

AKTIVENTAUSCH (BEISPIELE)

Wertausgleichende Gegenleistung (Verwertungseignung)

- grds. Liquidationswert maßgeblich (BGH, Urteil vom 4. Juli 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017, 1619 Rn. 20)
- nicht geringwertige Verbrauchsgüter, Dienst- und Arbeitsleistungen (BGH, Urteil vom 4. Juli 2017 - II ZR 319/15, ZIP 2017, 1619 Rn. 18, 20; Beschluss vom 24. September 2019 - II ZR 248/17, juris Rn. 14)
- (zufällige) Verschlechterung oder Verarbeitung hindert Ausgleich nicht (BGH, Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 Rn. 12 f.)

DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST FÜR ZAHLUNG UND AUSGLEICH

InsVerw muss Zahlung und deren Veranlassung darlegen und beweisen (BGH, Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 32/08, ZIP 2009, 956 Rn. 14)

Gf. kann nicht mit Nichtwissen bestreiten, § 138 Abs. 4 ZPO (BGH, Beschluss vom 24. September 2019 - II ZR 248/17, juris Rn. 12)

Gf. muss darlegen und beweisen, dass eingezogene Forderung Globalzession erfasst und vor Insolvenzreife entstanden ist und werthaltig wurde (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52; Urteil vom 26. Januar 2016 - II ZR 394/13, Rn. 45)

Gf. muss Ausgleich der Masseschmälerung darlegen und beweisen (BGH, Urteil vom 18. November 2014 - II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 Rn. 10)

ENTLASTUNG

Verschulden des Geschäftsführers wird vermutet. Er kann sich durch den Nachweis entlasten, dass die Zahlung nach Insolvenzreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar war (§ 64 Satz 2 GmbHG).

fehlende Erkennbarkeit der Insolvenzreife

Unvermeidbarkeit der Zahlung?

privilegierte Zahlung

ERKENNBARKEIT DER INSOLVENZREIFE

Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft muss jederzeit möglich sein (BGH, Urteil vom 6. November 2018 - II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 Rn. 14 f.; Beschluss vom 21. Mai 2019 - II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719 Rn. 19)

laufende Beobachtungspflicht (BGH, Urteil vom 19. Juni 2012 – II ZR 243/11, ZIP 2012, 1557 Rn. 9)

Prüfungspflicht bei Anzeichen einer Krisensituation (BGH, Beschluss vom 24. September 2019 - II ZR 248/17, juris Rn. 21)

fachkundiger Rat (BGH, Urteil vom 26. Januar 2016 – II ZR 394/13, ZIP 2016, 1119 Rn. 34)

Überwachung von Mitgeschäftsführern bei Ressortverteilung (BGH, Urteil vom 6. November 2018 - II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 Rn. 14 ff.)

ERKENNBARKEIT DER INSOLVENZREIFE

Überwachung von Mitgeschäftsführern bei Ressortverteilung (BGH, Urteil vom 6. November 2018 - II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 Rn. 14 ff.)

Verschuldensvermutung erstreckt sich auf alle Geschäftsführer

Insolvenzantragspflicht selbst ist nicht delegierbar, aber die Buchführungspflicht (§ 41 GmbHG)

strenge Überwachungspflicht (Rn. 15)

wirksame Ressortverteilung (Rn. 17 ff.)

UNVERMEIDBARKEIT

subjektive Unvermeidbarkeit der Masseschmälerung ist unbeachtlich

innerliche Loslösung, faktische Amtsniederlegung (BGH, Beschluss vom 21. Mai 2019 - II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719 Rn. 19)

weisungsgebundener Arm des Beirats (BGH, Beschluss vom 24. September 2019 - II ZR 248/17, juris Rn. 17)

PRIVILEGIERTE ZAHLUNGEN

Zahlungen zur Abwendung von Nachteilen

ausnahmsweise besteht **konkrete Chance** auf Sanierung und Fortführung

Zahlungen dient der **Vermeidung noch größerer Nachteile** (BGH, Urteil vom 23. Juni 2015 - II ZR 366/13, BGHZ 206, 52 Rn. 24; Urteil vom 4. Juli 2017 - II ZR 319/15, ZIP 2017, 1619 Rn. 21; Beschluss vom 21. Mai 2019 - II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719 Rn. 18; Beschluss vom 24. September 2019 - II ZR 248/17, juris Rn. 19)

Unterlassen steht unter Straf- oder Bußgeldandrohung

(BGH, Urteil vom 14. Mai 2007 - II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 Rn. 12; Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 196/09, ZIP 2011, 422 Rn. 17; Beschluss vom 26. Juni 2018 - II ZR 172/17, ZInsO 2018, 1955 Rn. 6)

ERSATZANSPRUCHANSPRUCH DER GESELLSCHAFT

Ersatzanspruch eigener Art (BGH, Beschluss vom 21. Mai 2019 – II ZR 337/17, ZIP 2019, 1019 Rn. 16; Urteil vom 19. November 2019 - II ZR 233/18, juris Rn. 15)

unabhängig von insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbeständen (BGH, Beschluss vom 26. Juni 2018 - II ZR 172/17, ZInsO 2018, 172/17 Rn. 7)

kein Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB (BGH, Beschluss vom 21. Mai 2019 - II ZR 337/17, ZIP 2019, 1019 Rn. 16; Urteil vom 19. November 2019 - II ZR 233/18, juris Rn. 15 f.)

Verfolgungsrecht der Gläubiger außerhalb des Insolvenzverfahrens ?
(vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2019 - II ZR 233/18, juris Rn. 17 ff.)

keine Aufrechnung des Gf. (BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2019 – II ZR 425/18, ZInsO 2019, 2459)

Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft eröffnet (BGH, Beschluss vom 6. August 2019 – X ARZ 317/19, juris)

VERJÄHRUNG

Verjährungsfrist 5 Jahre, § 64 Satz 4, § 43 Abs. 4 GmbHG

Zahlung begründet selbstständigen Anspruch

Anspruchsentstehung mit Zahlung (BGH, Urteil vom 8. Mai 2018 – II ZR 314/16, ZInsO 2018, 1643 Rn. 9, 15)

Folge:

genaue Individualisierung bei Verfolgung im Mahnverfahren geboten (BGH, Urteil vom 8. Mai 2018 - II ZR 314/16, ZInsO 2018, 1643 Rn. 13)

rückwirkende Individualisierung im Klageverfahren möglich (BGH, Urteil vom 6. Mai 2014 - II ZR 217/13, ZIP 2014, 1788 Rn. 16)