

Workshop II:

Geschäftsführerzahlungen – Update zu § 64 GmbHG

RiBGH Volker Sander, Karlsruhe

Rechtsanwalt Thomas Mulansky, Dresden

Leipzig, 23.03.2020

Rechtsnatur und Teilnahme



- BGH, Hinweisbeschluss vom 11.02.2008 - II ZR 291/06
§ 64 II GmbHG statuiert einen „Ersatzanspruch eigener Art“ gegen den Geschäftsführer ... und ist kein einer Teilnahme Dritter (§ 830 BGB) zugänglicher Deliktstatbestand.
- nur Haftung des bestellten oder
- **faktischen Geschäftsführers**; BGH, Urteil vom 11.07.2005 - II ZR 235/03
Für die Stellung und Verantwortlichkeit einer Person als faktischer Geschäftsführer einer GmbH ist es erforderlich, dass der Betreffende nach dem Gesamterscheinungsbild seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft - über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus - durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat.

- **faktischer Geschäftsführer** – Voraussetzungen:
 - mit Wissen und Wollen der Gesellschafter
(a.A. OLG Köln, Urt. V. 15.12.2011 – 18 U 188/11)
 - Einfluss auf Geschäftsführung
 - Auftreten mit Außenwirkung
- Gesamtbild entscheidend
- völlige Verdrängung des bestellten Geschäftsführers zwar nicht erforderlich;
aber erheblicher Einfluss des faktischen Geschäftsführers auf
Geschäftsführung notwendig

- § 64 S. 1 GmbHG ist kein (eigener) deliktischer Anspruch – sondern „Ersattanspruch“ eigener Art
 - deswegen keine Teilnahme nach § 830 BGB
 - deswegen keine (Mit-)Haftung der Berater etc. für verbotswidrige Zahlungen; ggf. Haftung der Berater etc. für fehlerhafte Beratung zu Antragspflicht aus Vertrag/ Delikt
 - anders bei § 15a Abs. 1 S. 1 InsO – hier Teilnahme möglich; allerdings anderer Haftungsumfang - Vermögensverringerung
 - kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (BGH, Urt. vom 19.11.2019 - II ZR 233/18)
 - ausschließlich Anspruch der Gesellschaft auf Ersatz bestimmter Zahlungen



MULANSKY + KOLLEGEN

Rechtsanwälte

Zahlung



- **weites** Verständnis:
 - nicht nur reine Geldleistungen
 - auch sonstige vergleichbare Leistungen zu Lasten des Gesellschaftsvermögens, durch die Liquidität entzogen wird
 - aktives Tun des Organs nicht notwendig – nur Möglichkeit des Verhinderns
- Einzelfälle
 - Barzahlungen
 - Aufrechnung – BGH, Urt. v. 28.02.2012 – II ZR 244/10, Rn. 21, am Rande zu §§ 93 Abs. 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 AktG:

Zahlung ist jede masseschmälernde Leistung... Darunter fällt daher auch die Vereinbarung einer Verrechnung, die zur Befriedigung eines Gläubigers und damit zu einer Leistung zu Lasten des Gesellschaftsvermögens führt.

-
- Auszahlungen von einem **kreditorischen Konto**
 - Regelfall – Überweisung vom Haben-Konto
 - auch Lastschriften oder Scheckeinlösung
 - nicht bei Zahlung nach Pfändung – dann nicht durch Organ veranlasst (BGH, Urteil vom 25.01.2011 - II ZR 196/09 , Rn. 28)
 - Zahlung zur Abwendung der Pfändung

- Einzahlungen auf ein **debitorisches Konto**
 - entspricht Zahlung an Bank
 - allerdings keine Haftung bei vor Insolvenzreife begründeter/ werthaltig gemachter Sicherheit (BGH, Urt. v. 23.06.2015 – II ZR 366/13) – nach Insolvenzreife ist Begründung der werthaltigen Sicherheit Pflichtverstoß
 - Haftungsbegrenzung durch Forderungseinzug auf ein auf Guthabenbasis geführtes Konto bei anderer Bank
 - bei zur Sicherheit abgetretenen Forderungen nicht notwendig
 - sogar Weiterleitung an Zessionarin möglich (BGH, Urt. v. 23.06.2015 – II ZR 366/13, Rn. 18)
 - keine Begrenzung auf Kreditlimit oder Saldenrückführung

-
- Auszahlungen von einem **debitorischen Konto**
 - grundsätzlich keine Masseminderung – nur Gläubigertausch (z.B. Lieferant gegen Bank)
 - allerdings Masseminderung wenn
 - neue Forderung der Bank aus Kontokorrentkredit durch werthaltige Sicherheit gedeckt (BGH, Urt. v. 25.01.2011 - II ZR 196/09, Rn. 26)
 - dann auch Haftung für zuvor erfolgte Auszahlung

- keine Zahlung
 - Begründung von Verbindlichkeiten
BGH, Urt. v. 18.11.2014 - II ZR 231/13, Rn. 17:
Die Begründung von Verbindlichkeiten schmälert die zur Verteilung zur Verfügung stehende Masse nicht.
 - unterbliebene Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses
(aA. OLG Hamm, Urt. v. 15.10.1979 - 8 U 149/78)

Verringerung der Aktivmasse



- Normzweck:
 - Verhinderung von Masseverkürzungen (durch Zahlung) vor Verfahrenseröffnung nach Eintritt der materiellen Insolvenz
- deswegen keine Haftung wenn keine Masseverkürzung
BGH, Urt. v. 18.11.2014 - II ZR 231/13
 1. *Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr ausgeglichen wird.*
 2. *Der als Ausgleich erhaltene Gegenstand muss nicht noch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorhanden sein. Maßgeblich für die Bewertung ist der Zeitpunkt, in dem die Masseverkürzung durch einen Massezufluss ausgeglichen wird.*

BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15 (zu private company limited by shares)

- 1. Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Zahlung durch eine Gegenleistung ausgeglichen wird. Die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO aF sind insoweit nicht entsprechend anwendbar.*
- 2. Die in die Masse gelangende Gegenleistung muss für eine Verwertung durch die Gläubiger geeignet sein. Das sind Arbeits- oder Dienstleistungen in der Regel nicht.*

-
- Fall 1 – Ausgleich Masseverkürzung bejaht bei
 - Neuausreichung des zuvor zurück gezahlten Darlehens (im Rahmen eines gewährten Limits)
 - Fall 2 – Ausgleich Masseverkürzung verneint bei
 - Bezug von Energie, Wasser und Kaffeeautomatenservice sowie Dienstleistungen der Telekommunikation, des Internets und des Kabelfernsehens
 - Arbeitsleistungen
 - diese Leistungen sind nicht durch Gläubiger verwertbar

- keine Masseverkürzung bei reinem Aktiventausch:
 - Massezufluss als Ausgleich der Masseschmälerung
 - unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Masseschmälerung und Ausgleich
 - nicht § 142 Abs. 2 S. 2 InsO analog, da nach § 64 S. 1 GmbH nicht Schutz des Geschäftspartners
 - Maßgeblich Liquidationswert zum Zeitpunkt des Leistungsaustauschs
 - Ausgleich muss (durch Gläubiger/ Verwalter) verwertbar sein
 - keine Belassung bis Eröffnung erforderlich (ggf. neuer Anspruch bei Verfügung über Ausgleich)

- Unterschied zu Einzahlung auf debitorisches Konto und anschließender Verfügung (über den eingezahlten Betrag)?

z.B. Verfügung durch

- Zahlung an Kreditor oder durch
- Zahlung auf kreditorisches Konto/ in Kasse

BGH, Urt. v. 23.06.2015 – II ZR 366/13, Rn. 32:

Die Möglichkeit, auf Grund der Einzahlungen auf dem Konto einen zuvor ausgeschöpften Kreditrahmen in Anspruch zu nehmen, bewirkt noch keinen Zufluss von Vermögensmitteln... Wird die Kreditlinie später dadurch in Anspruch genommen, dass an Gläubiger der Gesellschaft Zahlungen geleistet werden, liegt ein Gläubigertausch, aber kein Massezufluss vor

-
- Zahlung an Kreditor allerdings keine Masseschmälerung
 - wenn hierdurch unmittelbar werthaltiger Gegenstand für Masse erworben wird (BGH, Urt. v. 23.06.2015 – II ZR 366/13, Rn. 33)
 - dann keine Haftung für Einzahlung auf kreditorisches Konto
 - Masseverkürzung kann ebenfalls durch Insolvenzanfechtung ausgeglichen werden
 - Beweislast für Ausgleich der Masseverkürzung vollumfänglich bei Geschäftsführer



MULANSKY + KOLLEGEN

Rechtsanwälte

Privilegierte Zahlungen



- § 64 S. 2 GmbHG

Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind.

- systematische Einordnung
 - bei diesen Zahlungen kein Verschulden oder
 - Zahlungen sind objektiv gerechtfertigt und damit nicht pflichtwidrig oder
 - Auflösung bestehender Pflichtenkollision

- Steuerzahlungen

BGH, Urteil vom 25. 1. 2011 - II ZR 196/09, Rn. 12

Wenn der Geschäftsführer einer GmbH – auch nach Eintritt der Insolvenzreife – fällige Umsatzsteuer und Umsatzsteuervorauszahlungen, ebenso wie einbehaltene Lohnsteuer, nicht an das Finanzamt abführt, begeht er eine mit einer Geldbuße bedrohte Ordnungswidrigkeit nach § 26b UStG oder § 380 AO i. V. mit § 41a I 1 Nr. 2, § 38 III 1 EStG und setzt sich außerdem der persönlichen Haftung gem. §§ 69, 34 I AO aus... Die dadurch bewirkte Pflichtenkollision hat den Senat bewogen, die Zahlung von Umsatz- oder Lohnsteuer als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar anzusehen

- Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung

BGH, Urteil vom 25. 1. 2011 - II ZR 196/09, Rn. 17

Nach der neueren Rechtsprechung des Senats handelt ein Geschäftsführer einer GmbH grundsätzlich mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns i. S. des § 64 S. 2 GmbHG und haftet deshalb nicht nach § 64 S. 1 GmbHG, wenn er nach Eintritt der Insolvenzreife fällige Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung an die zuständige Einzugsstelle zahlt

Das gilt auch für die Frage, ob von der Privilegierung nur die laufenden, erst nach Eintritt der Insolvenzreife fällig werdenden Arbeitnehmerbeiträge oder auch die Beitragsrückstände erfasst werden.

- zeitlich uneingeschränkte Privilegierung

BGH, Urteil vom 25.01.2011 - II ZR 196/09, Rn. 29

Gegebenenfalls wird festzustellen sein, ob die Schuldnerin zum Zeitpunkt der Zahlung am 25. 10.2005 insolvenzreif war. Ob die Zahlung den Zeitraum der Insolvenzantragsfrist betraf, ist dagegen unerheblich. Während der Insolvenzantragsfrist besteht zwar ein Rechtfertigungsgrund für den Geschäftsführer, der die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nicht abführt. Dadurch wird aber nach Ablauf der Insolvenzantragsfrist der Interessenkonflikt für den Geschäftsführer nicht ausgeschlossen. Denn der Rechtfertigungsgrund entfällt rückwirkend, wenn der Geschäftsführer den Insolvenzantrag nicht fristgerecht stellt

(siehe auch: BGH, Urt. V. 29.09.2008 - II ZR 162/07, Rn. 10)

- grundsätzlich kein Sanierungsprivileg
BGH, Beschl. v. 21.05.2019 – II ZR 337/17
 1. *Nach Insolvenzreife ist eine Fortführung des Betriebs grundsätzlich als Reflex des § 64 GmbHG ausgeschlossen.*
 2. *Ein sog. Sanierungsprivileg greift daher nur in ganz engen Fällen zur Vermeidung noch größerer Nachteile bei Bestehen einer konkreten Chance auf Sanierung und Fortführung im Insolvenzverfahren.*(so auch: BGH, Beschl. v. 24.09.2019 – II ZR 248/17, Rn. 19)

- anders bei § 133 InsO

BGH, Urteil vom 14.6.2018 – IX ZR 22/15, Rn. 9

kein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs ist, auch wenn dieser letztlich fehlgeschlagen ist; in diesem Fall ist die Rechtshandlung von einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger tritt in den Hintergrund

-
- weitere (fragliche) Einzelfälle
 - Zahlungen zur Aufrechterhaltung des laufenden Geschäftsbetriebes (Strom, Wasser etc.)
 - Zahlungen an Rechtsberater wegen Antragstellung - § 15a Abs. 4 InsO
 - bestimmungsgemäße Verwendung von Geldern verbundener Unternehmen
(so: BGH, Urteil vom 05.05.2008 - II ZR 38/07, da ansonsten § 266 StGB)

Weitere Einzelfragen



- **Gerichtsstand** gem. § 29 Abs. 1 ZPO am Sitz der Gesellschaft, da Anspruch auf organschaftlichem Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer beruht (BGH, Beschl. 06.08.2019 – X ARZ 317/19)
- **Verjährung** beachten, §§ 64 S. 4, 43 Abs. 4 GmbHG – fünf Jahre ab Zahlung
- nur **Vorbehalturteil** wegen Quote auf erstattete Zahlungen und **Zug-um-Zug** gegen Abtretung korrespondierender Anfechtungsansprüche (BGH, Urt. v. 08.01.2001 - II ZR 88/99)
- **bei Nichtverfolgung von Anfechtungsansprüchen kein Schadensersatzanspruch** des Geschäftsführers gegen den Insolvenzverwalter; allenfalls Ansprüche der Masse gegen Verwalter wenn Haftungsansprüche mangels finanzieller Leistungsfähigkeit des Organs nicht durchsetzbar (BGH, Beschl. v. 14.04.2016 – IX ZR 161/15, Rn. 15)

- § 9b Abs. 1 GmbHG gilt wohl nicht für Insolvenzverwalter
¹Ein Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche nach § 9a oder ein Vergleich der Gesellschaft über diese Ansprüche ist unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist. ²Dies gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird.
(§§ 64 S.4, 43 Abs. 3 S. 2, 9b Abs. 1 GmbHG)

- D&O-Versicherung
 - sollte Haftung aus § 64 S. 1 GmbHG ausdrücklich umfassen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.07.2018 – I-4 U 93/16 - rechtskräftig)
 - keine (insolvenzspezifische) Pflicht des Insolvenzverwalters zur Aufrechterhaltung des Versicherungsschutzes ggü. Geschäftsführer (BGH, Beschl. v. 14.04.2016 – IX ZR 161/15); allenfalls aus Anstellungsvertrag und ggf. Hinweispflicht bei Beendigung Versicherung
 - aber Haftung ggü. Masse?

-
- Eigenverwaltung
 - keine Zuständigkeit des Sachwalters für Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Geschäftsführer – jedenfalls nicht nach §§ 280, 92, 93 InsO
 - wohl keine Haftung des eigenverwaltenden Geschäftsführers nach § 64 S. 1 GmbHG da reine Binnenhaftung
(vgl. BGH, Urteil vom 26.4.2018 – IX ZR 238/17, Rn. 30)



MULANSKY + KOLLEGEN

Rechtsanwälte

Entlastung



- nicht durch „Unfähigkeit“

BGH, Beschl. v. 24.09.2019 – II ZR 248/17, Rn. 17

*Davon abgesehen kann sich ein Geschäftsführer auch nicht teilweise mit der Behauptung entlasten, „tatsächlich Arbeitnehmer der Schuldnerin und bloß verlängerter, weisungsgebundener Arm des Beirats gewesen zu sein“. Soweit der Beklagte damit geltend machen will, dadurch an der Einhaltung des Zahlungsverbots nach § 64 S. 1 GmbHG gehindert gewesen zu sein, hätte er sein **Geschäftsführeramt niederlegen** müssen... Soweit der Beklagte damit ein anderes Gesellschaftsorgan für die Verletzung des Zahlungsverbots mitverantwortlich machen will, ändert dies nichts daran, dass ihm die Erfüllung der sich aus § 64 GmbHG ergebenden **Pflichten persönlich** oblag... Gemäß § 64 S. 4 iVm § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG kann ihn selbst nicht entlasten, wenn er mit den Zahlungen den Gesellschafterwillen ausgeführt hätte.*

- keine Erkennbarkeit der Insolvenzreife

BGH, Beschl. v. 24.09.2019 – II ZR 248/17, Rn. 20

*Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten. Bei Anzeichen einer Krise hat er sich durch **Aufstellung eines Vermögensstatus** einen Überblick über den Vermögensstand zu verschaffen. Stellt sich dabei eine rechnerische Überschuldung heraus, dann muss er prüfen, ob sich für das Unternehmen eine **positive Fortbestehensprognose** stellt... Verweist er dazu, wie hier, auf **externen Sachverstand**, kann ihn eine Fortführungsempfehlung nur entschuldigen, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person hat beraten lassen... Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gebietet es zudem, das Prüfergebnis einer **Plausibilitätskontrolle** zu unterziehen*

Mulansky + Kollegen Rechtsanwälte GmbH

Lortzingstraße 35 · 01307 Dresden · **Telefon** 0351 447259-0 · **Fax** 0351 447259-11 · kanzlei@mulansky.de

www.mulansky.de



MULANSKY + KOLLEGEN

Rechtsanwälte