

**„Die Haftung des Geschäftsführers einer  
GmbH nach § 64 Abs. 2 GmbHG für  
Zahlungen nach Insolvenzreife der GmbH“**

**Verfasser:**

Ronny Seidenstücker

Gotheweg 1

37339 Leinefelde - Worbis

Tel. 0170/5611773

E-Mail: [R.Seidenstuecker@t-online.de](mailto:R.Seidenstuecker@t-online.de)

**Inhaltsverzeichnis****- Seite -**

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	II
Vorwort	IV
<b>1. Einleitende Thematik</b>	<b>2</b>
Wirtschaftslage/ Unternehmenssituation in Deutschland	4
Unternehmensinsolvenzen in Deutschland	4
Rechtlicher Grundgedanke	6
<b>2. Haftung des Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG</b>	<b>10</b>
2.1. Haftung	10
2.2. Voraussetzungen	11
2.2.1. Der Normadressat	13
2.2.2. Zahlungsunfähigkeit	14
2.2.3. Überschuldung	17
2.2.4. Abweisung mangels einer kostendeckenden Masse	18
2.2.5. Zahlungen	19
2.3. Zahlungen nach Insolvenzreife	19
2.3.1. haftungsverursachende Zahlungen	20
2.3.2. haftungsneutrale Zahlungen	26
2.4. Umfang des Ersatzanspruches	29
2.4.1. Quotenschaden - Altgläubiger	30
2.4.2. Individualschaden – Neugläubiger	31
2.5. Durchsetzung des Ersatzanspruches	33
2.6. Verzicht, Vergleich, Verjährung	36
<b>3. Problematik in der Praxis der Haftungsabwicklung</b>	<b>38</b>
<b>4. Zusammenfassung</b>	<b>43</b>
<b>5. Literaturverzeichnis</b>	<b>45</b>
<b>6. Anlage</b>	<b>50</b>

## Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angeführten Ort
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgericht
aM	anderer Meinung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater
bearb.	Bearbeitete
begr.	begründet
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bzw.	beziehungsweise
c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Dr.	Doktor
d. h.	das heißt
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
erw.	erweitert(e)
EWIR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FA	Fachanwalt
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
fortgef.	fortgeführt
GF	Geschäftsführer
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
HB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
i. S. d.	im Sinne der/des
InsR	Insolvenzrecht
InsO	Insolvenzordnung
i. V. m.	in Verbindung mit
IWH	Institut für Wirtschaftsforschung Halle/ Saale
KMU	Klein- und Mittelständische Unternehmen
Kom.	Kommentar/ Kommentierung
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
mdst.	mindestens

m.w.N.	mit weiteren Nennungen
neubearb.	neubearbeitete
Nr.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
Prof.	Professor
RA	Rechtsanwalt
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
S.	Seite/ Satz
sog.	sogenannte/ sogenannter
StGB	Strafgesetzbuch
u.	und
u. a.	und andere/ unter anderem
Urt.	Urteil
u. s. w.	und so weiter
u. v. m.	und vieles mehr
u. w. V.	und weitere Veröffentlichungen
v.	vom/ von
vergl.	Vergleichend
veröffentl.	veröffentlicht
WM	Wertpapiermitteilung
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
Z.	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

## Vorwort

*Diese Arbeit ist entstanden im Rahmen der Diplomprüfung zur Erlangung des Diplomgrades eines Betriebswirtes an der Fachhochschule Nordhausen.*

*Der Anspruch des Verfassers mit diesem Schriftwerk ist es, dem Leser mehr als nur eine kompakte Übersicht zur persönlichen Haftung eines Geschäftsführers in der Krise der Gesellschaft zu vermitteln. Vielmehr soll unter Verwendung zahlreicher Gerichtsentscheidungen und Beispiele konkrete Formen haftungsverursachender oder aber haftungsneutraler Zahlungen aufgezeigt werden. Hierfür galt es, neben der Verwendung einschlägiger Fachliteratur auch die jüngste Rechtsprechung auf diesem Gebiet einzuarbeiten.*

*Darüber hinaus wird diese Arbeit eine Verbindung zwischen rechtstheoretischem Anspruch und praktischer Auslegung herausstellen, so dass dem Leser eine (hoffentlich wertvolle) Orientierungshilfe bei der Entscheidungsfindung im Haftungsfall gegeben ist. In diesem Zusammenhang möchte ich mich bei Herrn Rechtsanwalt Carsten Bloß ganz herzlich für die überaus wertvollen Hinweise, Anregungen und Diskussionen, insbesondere zur Verfahrensweise im Insolvenzverfahren, bedanken. Dank gilt auch Herrn Professor Dr. T. Tegen für die interessante Themenvergabe und die Betreuung in der Diplomzeit.*

*Wer ebenfalls bereits mit der Erstellung wissenschaftlicher Arbeiten zu tun hatte, wird mir sicherlich beipflichten, dass die Unterstützung und Geduld der Familie in allen Belangen nicht hoch genug gewürdigt werden kann. Ich schulde daher sicher meinen Eltern und meiner Freundin den größten Dank, und deshalb widme ich ihnen auch diese Diplomarbeit.*

Worbis, den 19.02.2006

Ronny Seidenstücker

## 1. Einleitende Thematik

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ist mit annähernd 800.000 weiterhin die zahlenmäßig am häufigsten gewählte Rechtsform bei den Kapitalgesellschaften in Deutschland.<sup>1</sup> Insbesondere die beschränkte Haftung mit lediglich dem Gesellschaftsvermögen gilt als vorrangiges Entscheidungskriterium für diese Rechtsformwahl.

Als juristische Person, also Trägerin eigener Rechte und Pflichten, haftet die Gesellschaft mit ihren Vermögenswerten und entsprechend die Gesellschafter nur mit ihrer jeweiligen Einlage für die Verbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Somit ist eine automatische Durchgriffshaftung in das Privatvermögen der Gesellschafter zur Gläubigerbefriedigung ausgeschlossen. Um jedoch einer generellen Haftungsbeschränkung zur missbräuchlichen Verwendung derselben entgegen zu treten, hat der Gesetzgeber eine Vielzahl von Bedingungen und Verpflichtungen an die Gesellschaft und deren Vertretungsorgane gestellt, um beispielsweise im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einer GmbH eine zumindest in Teilen zu erreichende Gläubigerbefriedigung sicher zu stellen. Vorrangig sei auf das erforderliche Stammkapital einer Gesellschaft verwiesen, welches „... als Ersatz für die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden“<sup>2</sup> dienen soll.

Dem allerdings steht ein zweistelliger Prozentsatz abgelehnter Insolvenzanträge von Unternehmen entgegen, weil die Kosten des Verfahrens, also Gerichtskosten und Verwaltervergütung, nicht gedeckt sind.<sup>3</sup> In den übrigen Fällen ist aus der Durchführung des Insolvenzverfahrens letztendlich aus der Verwertung der verfügbaren Gesellschaftsmasse in aller Regel lediglich eine Quote für den Gläubiger im unteren einstelligen Prozentbereich zu erwarten.

Zudem wurde durch die Bundesregierung eine Änderung im Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung auf den Weg gebracht, wonach in § 5 Abs. 1 GmbHG das gesetzlich festgelegte Mindeststammkapital nur noch 10.000 EUR betragen soll. Damit soll im europäischen Vergleich die deutsche GmbH attraktiver

---

<sup>1</sup> Vedder (2005), S. 1

<sup>2</sup> Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 5 Rn. 2

<sup>3</sup> vergl. Sinz/ Hefermehl (2003), S. 96 f.

werden, ohne jedoch den Gläubigerschutz gänzlich aufzugeben.<sup>4</sup> Wenngleich der Gesetzesentwurf vorerst gescheitert ist, ist ein erneuter Anlauf für 2006 nicht unwahrscheinlich.<sup>5</sup> Die Entwicklung bleibt wohl abzuwarten, allerdings ist davon auszugehen, sollte die Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf 10.000 EUR beschlossen werden, dass künftig lediglich noch die Kosten des Insolvenzverfahrens gedeckt sein werden, eine Quote für die Gläubiger hingegen nicht zu erwarten sein wird.

Allerdings ist dieser Umstand nicht gleichbedeutend mit einem Totalausfall der Forderung des Gläubigers, denn der Gesetzgeber hat den Organvertretern einer GmbH zahlreiche Pflichten auferlegt, bei deren Verstoß sie sich dem Risiko der persönlichen Haftung aussetzen.<sup>6</sup> Besondere Bedeutung kommt hierbei der Pflichtverletzung des Geschäftsführers zur unverzüglichen Antragstellung auf Insolvenz bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der GmbH nach § 64 Abs. 1 GmbHG zu, da in der Praxis eine deutliche Dissonanz zwischen rechtzeitiger Insolvenzbeantragung und den zahlreichen Fällen herrscht, in denen entweder eine Antragsablehnung mangels Masse zu verzeichnen ist oder aber gerade einmal die Kosten des Verfahrens gedeckt sind, ohne dass eine nennenswerte Quote gezahlt werden kann. Hieraus dürfte sich bereits ein deutlicher Hinweis auf eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers ableiten lassen.<sup>7</sup> Darüber hinaus kann sich aber dann auch eine Haftung des Geschäftsführers ergeben. Wann und in wie weit den Geschäftsführer eine persönliche Haftung in der Krise der GmbH trifft, soll Hauptbestandteil dieser Arbeit sein (Kapitel 2). Dem voran gestellt ist ein Überblick der wirtschaftlichen Lage in Deutschland und der aktuellen Situation in den Unternehmensinsolvenzen, wodurch die Brisanz dieses Themas noch hervorgehoben wird.

In Kapitel 2 wird die unter Einbeziehung des Urteils des Bundesgerichtshofes<sup>8</sup> vom 24.05.2005 grundlegende Voraussetzung der objektiven Insolvenzreife einer GmbH ausgeführt. Diese Arbeit abschließend (Kapitel 3) sollen die Probleme in der praktischen Haftungsabwicklung diskutiert werden.

---

<sup>4</sup> ausf. hierzu Bundesministerium der Justiz, in <http://www.bmj.de/media/archive/949.pdf>;  
Zugriffsdatum: 08.06.05

<sup>5</sup> vergl. <http://www.luebeckonline.com/News.1045+M56f2201094e.0.html>;  
Zugriffsdatum: 15.01.2006

<sup>6</sup> Schiltz (2002), S. 1

<sup>7</sup> so bereits angemerkt im Urteil des BGH v. 06.06.1994, II ZR 292/91 BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 = ZIP 1994, 1103 = GmbHR 1994, 539 = WM 1994, 1428

<sup>8</sup> IX ZR 123/04 = EWIR 2005, 767 = ZIP 2005, 1426 = GmbHR 2005, 1117 = DB 2005, 1787

## 1.1. Wirtschaftslage/ Unternehmenssituation in Deutschland

Deutschland hat weiterhin mit der schon seit Jahren schwachen Konjunkturlage zu kämpfen, verstärkt durch die zurückhaltende Binnennachfrage.<sup>9</sup> Besonders Klein- und Mittelständische Unternehmen (KMU) sind von dem zurückhaltenden inländischen Konsum und der niedrigen Investitionsbereitschaft betroffen, da diese nicht wie internationale oder multinationale Unternehmen die Problematik über zahlreiche Auslandsengagements kompensieren können.<sup>10</sup>

Wenngleich für das Jahr 2006 erwartet wird, dass die Binnennachfrage auf Grund der weiterhin guten Exportaussichten stimuliert wird, sind Wirtschaftswachstum und Arbeitsmarktbelegung wohl weitgehend nicht davon betroffen. Die weiterhin hohen Kosten fossiler Brennstoffe tragen ihr übriges hierzu bei.<sup>11</sup>

Demzufolge ist also für 2006 aus Sicht der regionalen und nationalen Unternehmen eine spürbare Ertragssteigerung eher nicht zu erwarten. Ein weiteres nicht zu unterschätzendes wirtschaftliches Risiko liegt bei den Forderungsausfällen in Folge von Unternehmens- und Verbraucherinsolvenzen. So betrug der Schaden der für die Volkswirtschaft allein aus Unternehmensinsolvenzen in 2004 annähernd 40 Milliarden EUR.<sup>12</sup>

## 1.2. Unternehmensinsolvenzen in Deutschland

Die Höhe der Forderungsausfälle aus Verbraucherinsolvenzen ist (soweit bekannt) bisher nicht veröffentlicht. Es kann jedoch angenommen werden, dass, wenngleich die Anzahl der Verbraucherinsolvenzen mit 45.900<sup>13</sup> höher ist als bei den Regelinsolvenzen mit 39.213<sup>14</sup>, die Schäden aus Unternehmensinsolvenzen weitaus höher ausfallen dürften. Bedenkt man, dass in Verbraucherinsolvenzen eine anteilige Befriedigung auf die Forderungen der Gläubiger zumeist nicht stattfindet, so sind bei den sogenannten

<sup>9</sup> IWH-Pressemitteilung 36/2005 v. 14.09.2005 in: <http://www.iwh-halle.de/d/publik/Presse/36-05.pdf>; Zugriffsdatum: 01.11.2005

<sup>10</sup> Welge/ Holtbrügge (1998), S. 11

<sup>11</sup> IWH-Pressemitteilung 36/2005 v. 14.09.2005 in: <http://www.iwh-halle.de/d/publik/Presse/36-05.pdf>; Zugriffsdatum: 01.11.2005

<sup>12</sup> Creditreform (2005), S. 15 in: [http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform\\_Analysen/Insolvenzen%2c\\_Neugruendungen%2c\\_Loeschungen/index.jsp](http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen%2c_Neugruendungen%2c_Loeschungen/index.jsp); Zugriffsdatum: 01.11.2005

<sup>13</sup> aaO, S. 1

<sup>14</sup> Statistisches Bundesamt (2005) in: <http://www.destatis.de/basis/d/insol/insoltab1.php>; Zugriffsdatum: 01.11.2005



Regelinsolvenzen immerhin noch durchschnittliche Ausschüttungen aus der verwerteten Masse von drei bis fünf Prozent zu erwarten.<sup>15</sup> Das solche Gläubiger damit selbst in finanzielle „Schieflage“ oder gar in Insolvenz geraten können, insbesondere diejenigen mit geringer vorhandener Eigenkapitalquote, erscheint daher nur konsequent.<sup>16</sup> Verschärfend wirken sich zudem die ungefähr 40 % Verfahrensablehnungen<sup>17</sup> „mangels einer die Kosten des Verfahrens deckende Vermögensmasse“ aus, da hierbei eine anteilige Gläubigerbefriedigung nicht stattfindet (§ 26 Abs. 1 InsO). Gleiches gilt, wenn sich nach Verfahrenseröffnung herausstellen sollte, dass nicht einmal die Verfahrenskosten durch das vorhandene Vermögen des Schuldners/ der Schuldnerin gedeckt sind (§ 207 Abs. 1 InsO). Während natürliche Personen mit ihrem gesamten Vermögen, also Unternehmens- und Privatvermögen und darüber hinaus auch mit dem sogenannten Neuerwerb, also dem Vermögen, das nach Insolvenzeröffnung erworben wird, haften, ist dieses bei juristischen Personen auf das Gesellschaftsvermögen begrenzt. Angesichts der in Deutschland bevorzugten Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, erscheint eine genauere Betrachtung hinsichtlich der Insolvenzsituation zweckmäßig. Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes lag der Anteil der Gesellschaften mit beschränkter Haftung an den Unternehmensinsolvenzen bei immerhin 48 %.<sup>18</sup> Unter Hinzurechnung abgelehnter Insolvenzanträge ergeben sich für das Jahr 2004 annähernd 31.500 zahlungsunfähige oder überschuldete Gesellschaften mit einem geschätzten Forderungsausfall bei den Gläubigern von 22 Milliarden EUR.<sup>19</sup> Nach einer deutschlandweit durchgeführten Umfrage des Wirtschaftsdienstleisters Creditreform hat sich gezeigt, dass immerhin in 83 % der befragten Mittelständischen Betriebe in 2004 Forderungsausfälle durch Insolvenzen hinzunehmen waren.<sup>20</sup> Hinzu

---

<sup>15</sup> Creditreform (2005), S. 3 in: [http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform\\_Analysen/Insolvenzen%2c\\_Neugruendungen%2c\\_Loeschungen/index.jsp](http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen%2c_Neugruendungen%2c_Loeschungen/index.jsp); Zugriffsdatum: 01.11.2005

<sup>16</sup> analog Bose (2005), S. 3 in TA vom 01.11.2005; auch Creditreform (2005), S. 19, 38 in: [http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform\\_Analysen/Insolvenzen%2c\\_Neugruendungen%2c\\_Loeschungen/index.jsp](http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen%2c_Neugruendungen%2c_Loeschungen/index.jsp); Zugriffsdatum: 01.11.2005

<sup>17</sup> Creditreform (2005), S. 13 in: [http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform\\_Analysen/Insolvenzen%2c\\_Neugruendungen%2c\\_Loeschungen/index.jsp](http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen%2c_Neugruendungen%2c_Loeschungen/index.jsp); Zugriffsdatum: 01.11.2005

<sup>18</sup> Statistisches Bundesamt (2005) in: <http://www.destatis.de/basis/d/insol/insoltab1.php>; Zugriffsdatum: 01.11.2005

<sup>19</sup> Statistisches Bundesamt (2005) in: <http://www.destatis.de/indicators/d/ins110ad.htm>; Zugriffsdatum: 07.03.2005

<sup>20</sup> Creditreform (2005), S. 21 f. in: [http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform\\_Analysen/Insolvenzen%2c\\_Neugruendungen%2c\\_Loeschungen/index.jsp](http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen%2c_Neugruendungen%2c_Loeschungen/index.jsp); Zugriffsdatum: 01.11.2005

gesellt sich für vorrangig Klein- und Kleinstunternehmen das Problem, Zahlungsausfälle über bankengestützte Kreditfinanzierungen zu kompensieren, da dieses nach den neueren Kreditvergaberichtlinien durch „Basel II“ erheblich eingeschränkt wurden.<sup>21</sup>

Angesichts der voran bezeichneten Problematik kann es kaum verwundern, wenn von Gläubigern wiederholt (in Teilen berechtigt) Unmut hinsichtlich der „Redlichkeit“ des Insolvenzschuldners beziehungsweise der Organvertretung geäußert wird. So weist auch *Goette*<sup>22</sup> in seinen Ausführungen zutreffend darauf hin, dass die Interessen der Gläubiger besonders in der Krise der GmbH erheblich von den „egoistischen Interessen“ der Organvertreter abweichen können.<sup>23</sup> Die Nachteile für die Gläubiger in ihrer Gesamtheit werden dabei bewusst in Kauf genommen.

### 1.3. Rechtlicher Grundgedanke

Angesichts der weiterhin hohen Zahlen von GmbH – Konkursen und den daraus resultierenden wirtschaftlichen Schäden durch Zahlungsausfälle, ist für die Gläubiger zumeist eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers oder gegebenenfalls der Gesellschafter auf persönliche Haftung die einzige Möglichkeit, doch noch eine (Teil-)Befriedigung ihrer Forderungen zu erzielen.<sup>24</sup> Da sich die Geschäftsführer/ Gesellschafter jedoch in aller Regel zuerst auf die beschränkte Haftung mit lediglich dem Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG) berufen werden, ist eine persönliche Haftungsinanspruchnahme wohl erst durch Gerichtsentscheidung erreichbar. Um die Herrschaft der beschränkten Haftung bei Kapitalgesellschaften bei pflichtwidrigem Verhalten der Organvertretung zu durchdringen, hat der Gesetzgeber zum Schutz der Gläubigerschaft eine Reihe von Haftungsvorschriften, insbesondere für die Geschäftsführung, normiert. Dem Geschäftsführer kann demnach eine Haftung aus pflichtwidrigem Verhalten gegenüber der Gesellschaft, den Gesellschaftern oder auch Dritten entstehen<sup>25</sup>, so beispielsweise den Finanzbehörden oder Sozialversicherungs-

---

<sup>21</sup> Creditreform (2005), S. 21 f. in: [http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform\\_Analysen/Insolvenzen%2c\\_Neugruendungen%2c\\_Loeschungen/index.jsp](http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen%2c_Neugruendungen%2c_Loeschungen/index.jsp); Zugriffsdatum: 01.11.2005

<sup>22</sup> W. Goette, ZInsO 2005, S. 1 f.

<sup>23</sup> zu den möglichen Formen eigener Interessensverfolgung und der Ergreifung geeigneter Gegenmaßnahmen siehe Ullrich/ Seidenstücker, ZInso 2004, S. 126 ff.

<sup>24</sup> Meyke (2002), in Vorwort zur ersten Auflage

<sup>25</sup> Beck'sches HB/ Axhausen (2002), S. 269 ff. Rn. 223 - 256

trägern für nicht abgeführte Umsatzsteuern oder die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung.

Eine als Schutznorm im Sinne des § 823 II BGB anerkannte Haftungsvorschrift ist der § 64 GmbHG. Hiernach hat der Geschäftsführer einer insolventen oder überschuldeten Gesellschaft die Pflicht zur unverzüglichen Insolvenzantragstellung (§ 64 Abs. 1 GmbHG).<sup>26</sup> Eine Pflichtverletzung hieraus (die sogenannte Insolvenzverschleppung) würde wiederum einen Haftungsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer zum Ersatz von Zahlungen begründen, die dieser nach Eintritt der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit noch vorgenommen hat, sofern sie nicht „... mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar ...“ waren.<sup>27</sup>

Aus der in § 64 II GmbHG zu allgemein gehaltenen Formulierung<sup>28</sup> ergeben sich in der praktischen Umsetzung häufig insoweit Probleme, dass erst durch Gerichtsentscheid etwaige Zahlungen im Sinne von § 64 II GmbHG als haftungsverursachende oder aber haftungsneutrale Zahlungen zu qualifizieren sind. Zudem diese zum Teil höchst-richterlichen Entscheidungen in der einschlägigen Fachliteratur<sup>29</sup> bislang (noch) nicht oder unzureichend<sup>30</sup> eingearbeitet worden sind.

Damit dürfte selbst dem anscheinlich ordentlich handelnden Geschäftsführer in der Krise nicht immer gewahr sein, ob sein Handeln nicht doch eine persönliche Haftung begründet. Hinzu kommt auch noch das Problem einer möglichen Haftungskollision aus zivil- und strafrechtlichen Vorschriften.<sup>31</sup> Während der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofes kein strafwürdiges Verhalten des Geschäftsführers nach § 266a StGB für die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen lediglich für den Zeitraum zwischen Eintritt der Überschuldung/ Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft und der spätesten Antragstellung (3 Wochen) - ansonsten jedoch eine vorrangige Befriedigung der Pflichtbeiträge für geboten hält - zugesteht,<sup>32</sup> ist der II. Zivilsenat der Auffassung,<sup>33</sup> dass auch vorher entstandene Verbindlichkeiten nicht vorrangig zu

<sup>26</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 5; auch Meyke (2002), S. 91 Rn 161

<sup>27</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 26 ff.; ebenso Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 27

<sup>28</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 23 f.

<sup>29</sup> betreffend die häufig verwendeten (Standard-) Kommentare zum GmbHG, so im Überblick siehe Literaturverzeichnis

<sup>30</sup> Goette, *ZInso* 2005, S. 2

<sup>31</sup> so Schwinge (2005), in: <http://www.rechtspraktisch.de/artikel.html?id=835>; Zugriffsdatum: 28.10.2005

<sup>32</sup> BGH-Urteil v. 30.07.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307 = GmbHR 2004, 122; bestätigt in BGH-Beschluss v. 09.08.2005 – 5 StR 67/05 = GmbHR 2005, 1419, 1422 mit Kommentar Schröder/ Faust

befriedigen sind, der Geschäftsführer also unbedingt das Gebot der Masseerhaltung zu beachten hat.

Demnach muss sich dem Leser gerade die Erkenntnis aufdrängen, dass die Vornahme von Zahlungen in der Krise der GmbH für den Geschäftsführer zu einer Ersatzpflicht in voller Höhe nach § 64 II GmbHG führen wird, oder bei Zahlungsunterlassung hinsichtlich der Abführung von Pflichtbeiträgen an die Sozialkasse es zu einer strafrechtlichen Verfolgung kommen dürfte.

Was zumindest etwaige geleistete Zahlungen in der Zeit nach Eintritt der Insolvenzreife angeht, muss der Organvertreter nicht in jedem Fall von einer Ersatzpflicht ausgehen, was den weiteren Ausführungen dieser Diplomarbeit auch eindeutig zu entnehmen sein wird.

Denn aus praktischer Sicht erscheint es nicht sinnvoll, bei einer in die wirtschaftliche Krise geratene Gesellschaft die reelle Möglichkeit der Sanierung durch überzogene dogmatische Rechtsvorschriften zu nehmen, weil die Gesellschaftsvertreter aus Angst vor einer persönlichen Inanspruchnahme für anfallende Sanierungskosten es unterlassen, aussichtsreiche Sanierungsbemühungen zu unternehmen. Dabei spielt es im Ergebnis - für die dann nicht mehr überlebensfähige Gesellschaft - wohl auch keine Rolle, dass der Geschäftsführer sich möglicherweise hierbei nach § 43 II GmbHG gegenüber der GmbH haftbar gemacht hat.<sup>34</sup>

Unter Einbeziehung der jüngsten Rechtsprechung und Verwendung einschlägiger Beispiele werden sowohl haftungsverursachende als auch haftungsfreie Zahlungen nach § 64 II GmbHG eingehend erläutert. Im folgenden Abschnitt gilt es zunächst die Voraussetzungen der Haftung des Geschäftsführers für die Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife herauszuarbeiten. Ferner wird dabei auch auf die in der Krise besonderen Pflichten des Geschäftsführers eingegangen. Daran anschließend erfolgt die Untersuchung der Rechtsfolge bei pflichtwidrigem Verhalten des Organvertreters. Gleichzeitig muss eine Haftungsüberprüfung aber auch hinsichtlich des Handelns mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vorgenommen werden.

---

<sup>33</sup> BGH-Urteil v. 18.04.05 – II ZR 61/03 = DB 2005, 1321 = GmbHR 2005, 874, 877 mit Kommentar Schröder

<sup>34</sup> Lutter/ Hommelhoff/ Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 39

Die abschließenden Bemerkungen beschäftigen sich damit, inwieweit in der Praxis die Haftung des Geschäftsführers aus § 64 GmbHG tatsächlich zu einer „verbesserten Ausschüttung“ (Quote) an die Gläubiger<sup>35</sup> führt.

---

<sup>35</sup> dazu wird noch zwischen Alt- und Neugläubigern zu unterscheiden sein, siehe Kapitel 2.4.

## 2. Haftung des Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG

§ 64 I GmbH verpflichtet den Organvertreter einer Gesellschaft zur unverzüglichen Antragstellung auf Insolvenz, sobald Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft eingetreten ist. Längstens hat der Organvertreter aber eine Frist von drei Wochen ab Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zur Antragstellung, wodurch die Möglichkeit einer aussichtsreichen Unternehmenssanierung<sup>36</sup> und damit der Beseitigung des Insolvenzgrundes gegeben sein soll. Hat eine Sanierung hingegen von vornherein wenig Aussicht auf Erfolg, ist der Insolvenzantrag unverzüglich zu stellen. Grundsätzlich entbindet den Geschäftsführer auch nicht die erfolgversprechenden Sanierungsbemühungen von der Pflicht zur Insolvenzbeantragung innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 64 I GmbHG, wenn sich erst später herausstellt, dass der Insolvenzgrund doch nicht in dieser Zeit beseitigt werden kann.<sup>37</sup>

Durch die grundsätzliche Einräumung der dreiwöchigen Frist zur Abkehr einer Insolvenz, zeigt sich, dass die Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzbeantragung eher als ein Verbot zur Fortführung nicht überlebensfähiger Gesellschaften ist.<sup>38</sup> Denn damit sollen die Gläubiger vor weiterem Schaden und potentielle Gläubiger vor Erleidung von Schäden geschützt werden.<sup>39</sup> Damit ist auch das zweite Ziel bei einer unverzüglichen Insolvenzantragsstellung bezeichnet, nämlich das der Masseerhaltung der Gesellschaft. Bei Nichteinhaltung trifft den Geschäftsführer nach § 64 II GmbHG die Haftung gegenüber der Gesellschaft auf Ersatz von Zahlungen, die dieser in der Krise noch bewirkt hat, sofern er nicht haftungsbefreiend nach den Grundsätzen eines ordentlichen Geschäftsmannes gehandelt hat (§ 64 II S. 2 GmbHG).

### 2.1. Die Haftung

Der Begriff der Haftung ist in der Literatur nicht einheitlich erfasst. Vielmehr wird versucht, den Begriff anhand strenger oder weiter ausgelegter Kriterien zu definieren.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> dieses hat der GF anhand eines detaillierten Sanierungskonzeptes nachzuweisen, sofern er nicht bei Scheitern der Sanierung in einem folgenden Insolvenzverfahren nach § 64 II GmbHG in Haftung genommen werden will; vergl. Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 12

<sup>37</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 63 Rn. 78

<sup>38</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 13

<sup>39</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 12

<sup>40</sup> so in: <http://www.advo-web.net/lexikon/lexikon.php?id=H>; Zugriffsdatum: 07.11.2005; auch Creifelds (2002), S. 645; anders Merz (2002), in: <http://www.bskp.de/publikationen/merz/pdf/me06.pdf>; Zugriffsdatum: 07.11.2005

Als eine treffende Begriffsbeschreibung der Haftung könnte daher gelten, dass im erweiterten Sinn die Haftung ein verschuldensabhängiges Entstehen mit seinem Vermögen für einen hervorgerufenen Schaden bei einem anderen bedeutet.

Die Haftung aus Verschulden setzt Vorsatz oder mindestens Fahrlässigkeit voraus.<sup>41</sup>

## 2.2. Voraussetzungen

Die Gesellschaft ist zahlungsunfähig oder überschuldet und in Folge dessen erfolgt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder eine Ablehnung mangels Masse.<sup>42</sup> Hat der Geschäftsführer in der Drei-Wochen-Frist zwischen Zahlungsunfähigkeit/ Überschuldung und Insolvenzantrag oder auch noch danach masseschmälernde Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen vorgenommen, so trifft ihn die Ersatzpflicht hieraus nach § 64 II S. 1 GmbHG. Dabei bestimmt sich der Zeitpunkt von Zahlungsunfähigkeit/ Überschuldung nicht nach der tatsächlichen Kenntnisnahme des Geschäftsführers, sondern danach, wann er den Umstand hätte erkennen müssen.<sup>43</sup>

Der Geschäftsführer ist verpflichtet, die Situation (also auch die Liquidität) des Unternehmens regelmäßig zu überprüfen. Damit muss angenommen werden, dass dem Geschäftsführer bei der erforderlichen Sorgfalt<sup>44</sup> der beständigen Überprüfung nicht verborgen bleiben kann, wenn Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft eintritt. Allerdings ist es dem Geschäftsführer vorzubehalten, Gründe darzulegen, wonach ihm die Erkennbarkeit tatsächlich nicht möglich war. So wäre beispielsweise eine kurzfristige und schwere Erkrankung ein möglicher Entschuldigungsgrund.

Die Schadenersatzpflicht des Geschäftsführers begründet sich in dem Zeitraum des § 64 I GmbHG auf vorgenommene Zahlungen, die die Masse schmälern und dem Insolvenzverwalter nicht mehr zur Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung stehen.<sup>45</sup>

Ausnahmsweise ist der Organvertreter nicht ersatzpflichtig, wenn Zahlungen oder aus Rechtsgeschäften mindestens gleichwertige Mittelzuflüsse in das Gesellschafts-

---

<sup>41</sup> hM, so Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 30; Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 32; Lutter/ *Hommelhoff/ Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 44

<sup>42</sup> Hachenburg/ *Ulmer*, GmbHG, § 64 Rn. 38; Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 31

<sup>43</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 32 m.w.N.; anderer Ansicht Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 43

<sup>44</sup> Palandt/ *Heinrichs*, BGB, § 276 Rn. 15

<sup>45</sup> Hachenburg/ *Ulmer*, GmbHG, § 64 Rn. 34; Goette, ZInsO 2005, S. 3

vermögen gegenüberstehen.<sup>46</sup> Sofern der Geschäftsführer Zahlungen vornimmt, um eine aussichtsreiche Unternehmenssanierung durchzuführen oder aber wenigstens den Geschäftsbetrieb aufrecht erhält, um eine ordnungsgemäße alsbald folgende Insolvenzeröffnung zu gewährleisten,<sup>47</sup> trifft ihn ebenfalls auf Grund des § 64 II S. 2 GmbHG keine Ersatzpflicht für die aufgewendeten Zahlungen. Daraus ergibt sich, dass ein Geschäftsführer unter Umständen nicht persönlich haftet, obwohl er möglicherweise gemäß § 64 I GmbHG den Insolvenzantrag nicht rechtzeitig gestellt hat,<sup>48</sup> da Abs. 2 einen „Ersatzanspruch eigener Art der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer“<sup>49</sup> begründet. Gleichwohl kann den Geschäftsführer eine Zahlungsverpflichtung an die Masse treffen, wenngleich er rechtzeitig den Insolvenzantrag gestellt hat, hiernach aber noch pflichtwidrig Zahlungen geleistet hat.<sup>50</sup> Der Gesellschaft muss hierbei nicht notwendigerweise auch ein Schaden entstanden sein,<sup>51</sup> denn dadurch hat sich die Gesellschaft einer Verbindlichkeit entledigt und somit auch keinen Schaden erlitten.<sup>52</sup> Allerdings entsteht der übrigen Gläubigergesamtheit dahingehend ein Schaden, dass sich diese den verbleibenden Rest aus der verwertbaren Masse gleichmäßig im Verhältnis ihrer Forderungen teilen müssen, während der zuvor (teilweise) befriedigte Gläubiger sich weitaus besser stellt. Die von dem Gesetzgeber an den Geschäftsführer auferlegte Masseerhaltungspflicht in der Krise der GmbH ist daher auch nicht Schutzvorschrift für die Gesellschaft oder einzelne Gläubiger, sondern dient der noch bestmöglichen und gleichmäßigen Verteilung unter allen Gläubigern (Gläubigergesamtheit).<sup>53</sup>

---

<sup>46</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 35

<sup>47</sup> Hachenburg/ *Ulmer*, GmbHG, § 64 Rn. 42; Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 30

<sup>48</sup> wohl aber trifft ihn sodann ein Schadensersatzanspruch gegenüber der Gesellschaft nach § 43 II GmbHG; so Hachenburg/ *Ulmer*, GmbHG, § 64 Rn. 46, auch Lutter/ *Hommelhoff/ Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 39

<sup>49</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 70; Lutter/ *Hommelhoff/ Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 38; Goette, ZInsO 2005, S. 3 m.w.N.

<sup>50</sup> ergibt sich analog auch aus § 130a HGB

<sup>51</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 70 m.w.N.

<sup>52</sup> Goette, ZInsO 2005, S. 3

<sup>53</sup> BGH-Urt. v. 18.03.1974 – II ZR 2/72, NJW 1974, 1088; BGH-Urt. v. 11.09.2000 – II ZR 370/99, ZIP 2000, 1896; BGH-Urt. v. 31.03.2003 – II ZR 150/02, WM 2003, 1017



### 2.2.1. Der Normadressat

Der Geschäftsführer, als gesetzlicher Vertreter der GmbH,<sup>54</sup> ist grundsätzlich berechtigt und verpflichtet, Insolvenzantrag für die Gesellschaft zu stellen, sobald diese zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Gleiches gilt für Liquidatoren der Gesellschaft (§ 71 IV GmbHG). Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so trifft jeden einzelnen die Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrages.<sup>55</sup> Einzelne Geschäftsführer können sich hierbei auch nicht pflichtbefreiend auf eine anderslautende interne Geschäftsverteilung berufen.<sup>56</sup> Die Antragspflicht aus § 64 I GmbHG umfasst nach allgemeiner Auffassung auch die Notgeschäftsführung oder den faktischen Geschäftsführer<sup>57</sup> einer GmbH, wodurch nicht notwendigerweise eine vollständige Verdrängung des ordentlich bestellten Geschäftsführers Voraussetzung ist.<sup>58</sup> Auch den ehemaligen Geschäftsführer kann die Haftung aus Insolvenverschleppung noch treffen, wenn er es nach Amtsniederlegung versäumt hat, seinen Nachfolger auf den erforderlichen Insolvenzantrag eindringlich hinzuweisen.<sup>59</sup>

Alle vorgenannten Gesellschaftsvertreter können sich einer etwaigen Haftung aus Insolvenverschleppung nicht mit Verweis auf einen Beschluss der Gesellschafter berufen, wonach ein rechtzeitiger Insolvenzantrag noch nicht zu stellen ist oder gar zu unterbleiben hat.<sup>60</sup>

Hinsichtlich der Haftung auf Ersatz pflichtwidrig geleisteter Zahlungen sind bei mehreren Geschäftsführern diese gesamtschuldnerisch verpflichtet.

Hinsichtlich der Pflicht zur Erhaltung der Vermögensmasse, hat der Geschäftsführer Zahlungen zu unterlassen, die dem Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren dann nicht mehr zur Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung stehen. Ausgenommen hiervon sind Zahlungen, die noch mit dem Handeln eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind und damit ausnahmsweise nicht zu einem persönlichen Zahlungersatz führen, gleichwohl die Masse hierdurch verringert wurde.

---

<sup>54</sup> Creifelds (2002), S. 572

<sup>55</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 38; Lutter/ Hommelhoff/ *Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 25; Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, Vor § 64 Rn. 44, je m.w.N.

<sup>56</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 38

<sup>57</sup> BGH-Urt. v. 11.07.2005 – II ZR 235/03 = EWIR 2005, 731

<sup>58</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 40

<sup>59</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 41; Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 21

<sup>60</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 4; Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 19

### 2.2.2. Zahlungsunfähigkeit

Entsprechend dem § 16 InsO in Verbindung mit § 13 InsO muss für die Beantragung eines Insolvenzverfahrens ein Eröffnungsgrund vorliegen. Der Gesetzgeber hat hierfür drei Szenarien für berechtigt erachtet. Danach sind Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hinreichende Eröffnungsgründe.

Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) liegt vor, wenn die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Dabei ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, wenn der Schuldner jegliche Zahlungen eingestellt hat (entsprechend § 17 Satz 2 InsO). Diese Formulierung und insbesondere eine unklare Abgrenzung zur bloßen Zahlungsstockung haben in der praktischen Auslegung für die Bestimmung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit und den daraus resultierenden Pflichten der Vertretungsorgane zu einigen Problemen geführt. Ebenso war es für den Insolvenzverwalter häufig schwierig und aufwändig, den Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit eindeutig festzustellen, und demnach eine Haftung gegen den Geschäftsführer auf Ersatz pflichtwidrig geleisteter Zahlungen innerhalb der Frist aus § 64 I GmbHG geltend zu machen.

Der Bundesgerichtshof hat in einem Urteil<sup>61</sup> vom 24.05.2005 entschieden, dass eine bloße Zahlungsstockung solange anzunehmen ist, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel aus Finanzierung über Dritte zu besorgen. Dafür ist nach Auffassung des neunten Zivilsenats ein Zeitraum von maximal drei Wochen ausreichend. Die Zahlungsunfähigkeit ist demnach dann anzunehmen, wenn innerhalb der genannten Frist eine Liquiditätslücke von mehr als 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten nicht beseitigt werden kann. Hierbei sind aber auch erst künftig fällig werdende Forderungen zu berücksichtigen, da die kurzfristige Beseitigung der Unterdeckung nicht ausreichend ist. Vielmehr muss absehbar sein, dass es bei der Schuldnerin nicht erneut zu einer Unterdeckung von über 10 % kommt.

Für die Berechnung der Unterdeckung einer Gesellschaft ist wie folgt vorzugehen. Zunächst sind die fälligen Verbindlichkeiten zusammenzufassen. Gleiches gilt für die liquiden Mittel und kurzfristig einbringlichen Forderungen, zum selben Stichtag wie die Verbindlichkeiten. Setzt man nunmehr die Summe aus den verfügbaren Mitteln und

---

<sup>61</sup> IX ZR 123/04 = EWIR 2005, 767 = ZIP 2005, 1426 = GmbHR 2005, 1117 = DB 2005, 1787

kurzfristig einbringlichen Forderungen in ein Verhältnis zu der Summe aus den fälligen Gesamtverbindlichkeiten, so erhält man den Grad der Deckung. Ausgehend davon, dass bei vollständiger Deckung der Verbindlichkeiten durch verfügbare Mittel sich ein Verhältnis von eins zu eins ergibt, so ist zur Bestimmung der Unterdeckung letztendlich das errechnete Verhältnis von der Zahl 1 (= 100%) abzuziehen.

Hierzu ein vereinfachtes Beispiel:

Bei dem Autohaus „Quietsch“ GmbH ergeben sich aus der Buchhaltung in der Summe derzeit fällige Verbindlichkeiten von 586.227,31 EUR. Liquide Mittel waren aus Kontoguthaben mit insgesamt 18.269,74 EUR zu ermitteln. Hinzu kommen noch Forderungen gegen Dritte von zusammen 43.219,00 EUR.

Der Grad der Deckung ergibt sich damit aus:

$$\text{Grad der Deckung} = (18.269,74 + 43.219,00) : 586.227,31$$

$$\text{Grad der Deckung} = 0,1049$$

$$\text{Grad der Unterdeckung} = 1 - \text{Grad der Deckung}$$

$$\text{Grad der Unterdeckung} = 0,8951$$

Damit ist festgestellt, dass die „Quietsch“ GmbH mit etwa 90 % Unterdeckung zahlungsunfähig ist.

Für den jeweils zu prüfenden Einzelfall haben die Richter allerdings zugestanden, dass trotz einer Überschreitung des Schwellenwertes eine Zahlungsunfähigkeit nicht vorliegt, wenn an „mit Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ der Umstand vollständig oder nahezu vollständig beseitigt werden kann<sup>62</sup> und den Gläubigern die weitere Frist noch zumutbar ist. Die Beweislast für die alsbaldige Beseitigung der Liquiditätslücke trifft dabei den Geschäftsführer.<sup>63</sup>

Nehme man für das vorige Beispiel an, dass die liquiden Mittel und kurzfristig beibringbaren Forderungen in der Summe 532.230,00 EUR betragen, so ergäbe sich

<sup>62</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 26

<sup>63</sup> vergl. Flitsch, 2005, in: <http://www.frankfurt-main.ihk.de/cgi-bin/druck.pl?dir=/recht/themen/verfahrensrecht/insolvenzverfahren/geschaeftsfuehrerhaftung&rbrnr=22872>; Zugriffsdatum: 27.10.2005

eine Unterdeckung von 9,22 %. Hier geht der IX. Zivilsenat noch von einer Zahlungsfähigkeit aus, soweit keine weiteren besonderen Umstände hinzutreten, die eine alsbaldige Verschlechterung der Quote erwarten lassen. Solche Umstände könnten sich ergeben, wenn beispielsweise in Kürze ein Darlehen zur Rückzahlung ansteht, und aus den vorhandenen Mitteln der Gesellschaft nicht bedient werden kann, entsprechend also von einer eher schlechten Zukunftsprognose für die „Quietsch“ GmbH ausgegangen werden muss. Bei der Geschäftsführerhaftung nach § 64 GmbHG sind die besonderen Umstände von dem Anspruchsteller vorzutragen und zu beweisen.

Soweit aber keine Umstände vorliegen, die die Annahme einer baldig eintretenden Zahlungsunfähigkeit bei der GmbH stützen, ist von Zahlungsfähigkeit auszugehen, da es sich hierbei lediglich um eine vorübergehende Zahlungsstockung handelt.

Ist der Schwellenwert von 10 % allerdings überschritten, so sieht der Bundesgerichtshof hier allerdings eine Beweislastumkehr zu Ungunsten des Geschäftsführers. Dieser hat dann also konkrete Umstände zu benennen und auch zu beweisen, wonach die Liquiditätslücke in einem überschaubaren Zeitraum – dieser kann durchaus mehr als drei Wochen betragen – beseitigt wird. Kann der Geschäftsführer keine rechtfertigenden Umstände für die Fortführung der Gesellschaft vortragen, so muss von Zahlungsunfähigkeit ausgegangen werden, womit sich der Geschäftsführer wohl der Insolvenzverschleppung schuldig gemacht haben dürfte. Soweit dieser in der Fortführung des Unternehmens auch noch Zahlungen an Gläubiger bewirkt hat, ohne dass ein entsprechender Gegenwert an die Masse gegangen ist, ist das Tatbestandsmerkmal der Masseschmälerung aus § 64 II GmbHG erfüllt.

Keine Tatbestandsmerkmal hingegen ist die drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO. Die organschaftliche Vertretung einer GmbH kann frühzeitig einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellen, wenn die Schuldnerin voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, ihre Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der Fälligkeiten erfüllen zu können. Mit der Einführung der Insolvenzordnung hat der Gesetzgeber damit ein Instrumentarium geschaffen, um der Schuldnerin einen größeren „Spielraum“ für Sanierungs- und entsprechend Fortbestehensbemühungen zu geben. Daher sind auch Zahlungen, die nach Antragstellung vorgenommen wurden, nicht als Masseschmälerung im Sinne des § 64 II GmbHG zu qualifizieren. Der Geschäftsführer kann demnach auch nicht auf Ersatz für diese Zahlungen persönlich in Anspruch genommen werden.

### 2.2.3. Überschuldung

Bei juristischen Personen ist die Überschuldung ebenfalls ein berechtigter Grund für die Verfahrenseröffnung (§19 Abs. 1 InsO). Auch bei vorliegender Überschuldung einer Gesellschaft besteht trotzdem noch die Möglichkeit, in der Krise eine Unternehmensfortführung vorzunehmen, soweit zwar Überschuldung vorliegt aber eine positive Fortbestehensprognose existiert und daraus abzuleiten ist, dass in einem mittelfristig anzunehmenden Zeitraum durch steigende Ertragskraft die nachhaltige Zahlungsfähigkeit wiederhergestellt werden kann und die Überschuldung beseitigt wird.<sup>64</sup>

Überschuldung ist darin definiert, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Gesamtverbindlichkeiten nicht mehr deckt (§ 19 Abs. 1 S. 1 InsO). Das Vermögen ist allerdings in der Überschuldungsbilanz unterschiedlich aktivierbar. Bei positiver Fortbestehensprognose sind die Vermögenswerte mit dem Fortbestehenswert anzusetzen, das bedeutet mit dem Wert, der sich in der Unternehmensfortführung ertragswirksam widerspiegelt.<sup>65</sup> Ist ein Fortbestehen unwahrscheinlich so ist der marktübliche - und damit zumeist niedrigere - Liquidationswert anzunehmen.

Objektiver Tatbestand für die Haftung des Geschäftsführers auf Ersatz für Zahlungen nach Insolvenzreife der Gesellschaft ist dabei die Feststellung der Überschuldung der GmbH und deren Fortführung ohne eine positive Fortbestehensprognose. Für die Feststellung der Überschuldung kommt es indes nicht erst auf die positive Kenntnis des Geschäftsführers an,<sup>66</sup> sondern die fahrlässige Nichtkenntnis ist ausreichend. Der subjektive Tatbestand der Fahrlässigkeit ist also ausreichend nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber von der „...Pflicht des Geschäftsführers zu beständiger Selbstprüfung des Unternehmens“<sup>67</sup> ausgeht. Immerhin verbleiben für die Antragstellung auf Insolvenz dem Organvertreter nach § 64 I GmbHG bis zu drei Wochen ab Eintritt der Überschuldung, denn in der Praxis dürfte die exakte Ermittlung des Zeitpunktes nur schwer möglich sein. Hat der Geschäftsführer jedoch vor Ablauf der Drei-Wochen-Frist Kenntnis erlangt und ist die daran folgende Fortbestehensprognose negativ, so darf der Geschäftsführer die Insolvenzbeantragung nicht hinauszögern, sondern hat unbeachtlich der Frist unverzüglich Antrag zu stellen.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 63 Rn. 35, auch Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 12 m.w.N.

<sup>65</sup> eingehend hierzu: Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 63 Rn. 38 ff.

<sup>66</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 18

<sup>67</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 10

<sup>68</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 16

#### 2.2.4. Abweisung mangels einer kostendeckenden Masse

Der hohe Anteil abgelehnter Insolvenzanträge oder Verfahrenseinstellungen mangels Masse bei juristischen Personen wurde bereits eingangs der Arbeit herausgestellt.

*Karsten Schmidt* stellt in seinen Ausführungen<sup>69</sup> eindeutig dar, dass auch offensichtlich nicht ausreichend vorhandene Masse für ein Insolvenzverfahren die Organvertretung nicht von der Pflicht zur Antragstellung befreit, gleiches gilt bei Vermögenslosigkeit der Gesellschaft. Denn zu Recht verweist *Karsten Schmidt* im weiteren darauf, dass eine abschließende Feststellung dem Insolvenzgericht vorbehalten ist. Zudem ist eine bestehende, also noch nicht aus dem Handelsregister gelöschte, Gesellschaft grundsätzlich insolvenzrechtsfähig nach § 11 InsO. Sollte sich nach Ablehnung des Insolvenzantrages nämlich noch herausstellen, dass die Gesellschaft doch über nicht unerhebliche Vermögenswerte verfügt, oder solche ihr zugegangen sind, so ist der Geschäftsführer/ der Liquidator zur erneuten und unverzüglichen Insolvenzantragstellung verpflichtet.

Soweit lediglich geringe Vermögenswerte der Gesellschaft noch zu verwerten sind, geschieht diese durch einen eingesetzten Liquidator.<sup>70</sup> Mithin besteht die Gesellschaft fort, jedoch mit dem Zusatz „in Liquidation“ (i.L.). Der Liquidator muss allerdings bei der Masseverteilung nicht wie der Insolvenzverwalter das Gebot der Gläubigergleichbehandlung aus insolvenzrechtlicher Sicht beachten.<sup>71</sup> Ist die Restverteilung des Gesellschaftsvermögens vollzogen, so ergibt sich folgerichtig die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft. Somit erfolgt auf Grundlage der §§ 60 I S. 5 i.V.m. S. 7 GmbHG nach § 141a FFG die Löschung aus dem Handelsregister.<sup>72</sup>

In aller Regel hat der Geschäftsführer schon gegen § 64 GmbHG verstoßen, wenn weder ein Insolvenz- noch ein Liquidationsverfahren über das Vermögen der Gesellschaft durchgeführt wurde.<sup>73</sup> Allerdings ist die Gesellschaft nicht mehr in der Lage den Geschäftsführer für nach Insolvenzreife vorgenommene Zahlungen durch Gerichtsentscheid in Haftung zu nehmen, da keine ausreichenden Mittel für die Kosten des Verfahrens bei der Gesellschaft vorhanden sind.

<sup>69</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 15

<sup>70</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 68

<sup>71</sup> Rowedder/ *Rasner*, GmbHG, § 60 Rn. 24

<sup>72</sup> Beck'sches HB/ *Erle/ Eberhard* (2002), S. 1260 f. Rn. 16

<sup>73</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 15

### 2.2.5. Zahlungen

Der Begriff der „Zahlung“ kann allgemein als die Erfüllung, in der Regel in Geld, einer Leistung aus einem bestehenden Schuldverhältnis verstanden werden.<sup>74</sup>

In Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung<sup>75</sup> sind Zahlungen im Sinne des § 64 II GmbHG weiter auszulegen und nicht nur auf Geldleistungen anzuwenden.

Vielmehr erfasst die Haftungsnorm auch Warenlieferungen, Dienstleistungen und Übertragungen von Rechten, soweit daraus die Masse geschmälert wird,<sup>76</sup> ihr also nicht mindestens eine gleichwertige Gegenleistung zufließt.<sup>77</sup>

Der Geschäftsführer einer Gesellschaft haftet nach § 64 II GmbHG aber nur für solche Zahlungen, die dieser nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung bewirkt hat und damit der Gesellschaft ein Masseschaden entstanden ist. Damit beginnt der Zeitpunkt für ersatzpflichtige Zahlungen nicht erst mit der Insolvenzantragstellung, sondern bereits ab dem Eintritt der objektiven Insolvenzreife bei der Gesellschaft. Daraus ergibt sich auch, dass sich ein Geschäftsführer trotz rechtzeitiger Insolvenzantragstellung einer Ersatzpflicht für Zahlungen ausgesetzt hat, die er noch zwischen Eintritt der Insolvenzreife und der Antragstellung auf Insolvenz vorgenommen hat. Allerdings hat der Klageführer die Beweislast für die vor der Zahlung bereits bestehende Insolvenzreife, und damit für eine Masseschmälerung, zu tragen. Soweit die objektiven Voraussetzungen einer Pflichtverletzung jedoch fest stehen, muss sich der Geschäftsführer hinsichtlich des Verschuldens exkulpieren.<sup>78</sup> Ausnahmsweise kommt eine Ersatzpflicht des Organvertreters dann nicht in Betracht, wenn er die Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vorgenommen hat (§64 II S. 2 GmbHG).

### 2.3. Zahlungen nach Insolvenzreife

Nachdem die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die Haftung des Geschäftsführers nach § 64 GmbHG herausgearbeitet wurden, sollen im folgenden

<sup>74</sup> vergl. Creifelds (2002), S 429 f. zum Begriff der „Erfüllung“

<sup>75</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 27; Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 23; Hachenburg/ *Ulmer*, GmbHG, § 64 Rn. 39; wohl auch Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 71; teilweise anders: Bitter, WM 2001, 666 ff.

<sup>76</sup> Lutter/ Hommelhoff/ *Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 59

<sup>77</sup> vergl. Meyke (2002), S. 136

<sup>78</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 50

anhand mehrerer Gerichtsentscheidungen konkrete Beispiele für haftungsverursachende aber auch haftungsneutrale Zahlungen aufgezeigt werden, die ein Geschäftsführer noch nach Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft vorgenommen hatte.

Denn in der Praxis dürfte sich dem Auskunftsbegehrenden – selbst nach Durchsicht der einschlägigen Literatur – wohl kaum erschöpfend offenbaren, welche Zahlungen zu welchem Zeitpunkt nun eine Ersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 64 II GmbHG auslösen oder aber haftungsausschließende Wirkung nach § 64 Absatz 2 S. 2 GmbHG haben.

### 2.3.1. haftungsverursachende Zahlungen

Der zweite Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hatte bereits im November 1999<sup>79</sup> in einem Fall entschieden – in einem weiteren Urteil vom 11.09.2000<sup>80</sup> bestätigt -, dass ein vom Geschäftsführer eingezahlter Kundenscheck auf ein debitorisch geführtes Bankkonto der GmbH grundsätzlich zur Ersatzpflicht nach § 64 II S. 1 GmbHG führt. Demnach ist der Geschäftsführer zur Zahlung an die Masse in Höhe des auf dem eingereichten Scheck gezeichneten Betrages verpflichtet. Der entscheidende Senat rügte das Verhalten des Organvertreters dahingehend, dass dieser die Scheckeinreichung auf ein auf Guthabenbasis geführtes Konto bei einer anderen Bank hätte vornehmen müssen. Damit hätte das Geld im späteren Insolvenzverfahren zur gleichverteilten (teilweisen) Gläubigerbefriedigung zur Verfügung gestanden. So jedoch verringerte sich der Saldo des Bankkontos ausschließlich zu Gunsten der Bank, also lediglich bei einem Gläubiger. Damit war also eine masseschmälernde Leistung des Geschäftsführers gegeben. Als unzulässige Argumentation erkannte das Gericht zudem die Ausführungen der Vorinstanz (OLG Celle), die eine Haftung des Geschäftsführers noch verneinte, wonach die Möglichkeit der weiteren Verfügung über den Betrag aus dem erweiterten Kreditlimit bestünde. Sofern die Gesellschaft tatsächlich über den Scheckbetrag sodann weiter verfügen kann und eventuell weitere Zahlungen hieraus vornimmt, die selbst mit § 64 II S. 2 GmbHG nicht vereinbar sind, liegt hier keine erneute Haftungsverpflichtung des Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG vor. Allerdings fehlt schlussendlich der Betrag in der Vermögensmasse und nach Ansicht des Senats kommt es letztendlich bei

---

<sup>79</sup> Urteil v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668 = ZIP 2000, 184

<sup>80</sup> II ZR 370/99 = NJW 2001, 304 = ZIP 2000, 1896 = WM 2000, 2158 = GmbHR 2000, 1149



Anwendung der Schutznorm aus § 64 II GmbHG in Verbindung mit § 823 II BGB nur darauf an.

Selbige - wie vor beschriebene - Rechtsfolge ergibt sich für den Organvertreter der Gesellschaft, wenn er von einem Schuldner der Gesellschaft einen Barbetrag erhält und diesen zur Schuldtilgung gegenüber einzelnen Gesellschaftsgläubigern verwendet.<sup>81</sup>

Ein weiteres Beispiel verdeutlicht, warum ein Geschäftsführer häufig in der Krise der GmbH noch eine bevorzugte (teilweise) Befriedigung von Kreditinstituten vornimmt.<sup>82</sup> Der geschäftsführende Gesellschafter hatte für einen Kredit der Gesellschaft eine persönliche Mithaftung übernommen. Kurz vor der Insolvenzantragstellung - die Gesellschaft war bereits länger völlig überschuldet - wurde der Erlös aus dem Verkauf des kompletten Warenlagers noch der kreditgebenden Bank übereignet, wofür der Geschäftsführer seitens der Bank aus seiner Mithaftung entlassen wurde. Auch in diesem Fall wurde letztendlich der damalige Geschäftsführer durch das Oberlandesgericht Oldenburg zur Zahlung an die Masse in Höhe des Verkaufserlöses des Warenlagers verurteilt.

In den Geschäftsbeziehungen mit Kreditinstituten ist es durchaus üblich, der Bank einen eingeräumten Kredit mit einer Globalzession zu besichern.<sup>83</sup> Mit einer solchen Zession sichert sich die Bank für den Fall des Zahlungsausfalles bei dem Kreditnehmer ab, indem hiernach alle Forderungen der Gesellschaft aus Rechtsgeschäften mit Dritten auf die Bank übergehen.

Soweit der Geschäftsführer nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung noch Zahlungen aus dieser Kreditlinie vornimmt, um Verbindlichkeiten zu erfüllen und anschließend im Insolvenzverfahren über die Gesellschaft oder bei Ablehnung mangels Masse die Globalzession zum Tragen kommt, haftet der Geschäftsführer persönlich für die Zahlungen aus der dafür in Anspruch genommenen Kreditlinie. Dazu führte das Oberlandesgericht Celle<sup>84</sup> in seiner Begründung aus, dass durch die Globalzession verwertbare Masse nur noch der Bank zusteht und nicht mehr zur Gleichverteilung an die gesamten Gläubiger. Ohne eine solche Globalzession wäre eine Haftung aus § 64 II

---

<sup>81</sup> Bitter, WM 2001, S. 666

<sup>82</sup> Meyke (2002), S. 141 Rn. 259; OLG Oldenburg, NZG 2001, 37

<sup>83</sup> vergl. Zantow (2004), S. 108

<sup>84</sup> OLG Celle, GmbHR 1997, 901

GmbHG hingegen zu verneinen, da hier lediglich eine Umschuldung (Passivtausch) erfolgen würde.<sup>85</sup>

Wiederum bejaht wurde die Haftung eines Geschäftsführers für Kontenbelastungen der Gesellschaft durch Lastschrifteinzug von Gläubigern.<sup>86</sup> Um einer Haftung zu entgehen, hätte der Geschäftsführer ein solches Lastschriftabkommen sofort widerrufen können, sogar müssen.<sup>87</sup> Dieses ist anhand eines einfachen Beispiels nachvollziehbar.

Die Gesellschaft „Bau Tief GmbH“ bezieht per Abonnement diverse Fachzeitschriften, deren Bezahlung mittels Lastschrifteinzug vereinbart war. Nun fallen einige Abbuchungen (Jahresbeitrag) in den kritischen Zeitraum des § 64 I GmbHG. Wenn der Geschäftsführer hier nicht unmittelbar reagiert, das bedeutet eine Lastschriftrückgabe verfügt und die Einzugsermächtigung widerruft, hat er für den entstandenen Schaden gegenüber der Masse persönlich einzustehen.

In einem vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf<sup>88</sup> verhandelten Fall hat der Geschäftsführer kurz vor Eintritt der Insolvenzzureife noch Waren bestellt und auch erhalten. Diese waren durch den Lieferanten mit Eigentumsvorbehalt belegt. Der Gesellschaft wurde ein Zahlungsziel von 30 Tagen zur Begleichung der Rechnung eingeräumt. Der Geschäftsführer zahlte an den Lieferanten noch vor Ablauf der Zahlungsfrist aus liquiden Mitteln der Gesellschaft, obgleich die Gesellschaft inzwischen insolvenzzureif war. Das Oberlandesgericht Düsseldorf verurteilte den Geschäftsführer daher zur Ersatzzahlung an die Masse in Höhe des Rechnungsbetrages, da die Zahlung mit der Geschäftsbesorgung eines ordentlichen Geschäftsmannes nicht vereinbar war. Der Geschäftsführer hatte durch die vorfristige Rechnungsbegleichung eine Gläubigerbefriedigung vorgenommen, die zu diesem Zeitpunkt nicht hätte vorgenommen werden müssen. Dabei konnte außer Acht bleiben, dass der Gesellschaft bei dem Rechtsgeschäft ein Gegenwert zugeflossen war.

Ausnahmsweise kommt eine Haftung des Geschäftsführers nicht in Betracht, wenn er Zahlungen geleistet hat, die den sofortigen Zusammenbruch des Geschäftsbetriebes

---

<sup>85</sup> Meyke (2002), S. 142 Rn. 261 m.w.N.

<sup>86</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 71

<sup>87</sup> Bitter, WM 2001, 667 m.w.N.

<sup>88</sup> OLG Düsseldorf, NZG 1999, 1064; Meyke (2002), S. 142 Rn. 262

verhindern würden, oder er Sanierungsbemühungen mit realistischer Erfolgsaussicht<sup>89</sup> unternimmt.<sup>90</sup> Die Beweislast für die Richtigkeit und Vollständigkeit von Bilanz und Prognose trägt dabei der Geschäftsführer.<sup>91</sup>

Das Oberlandesgericht Dresden<sup>92</sup> hatte in einer Berufung (rechtskräftig) zu entscheiden, ob die Mitgeschäftsführerin einer Transportgesellschaft eine Haftung aus § 64 II GmbHG für beglichene Leasing- und Kraftstoffrechnungen sowie Sozialversicherungsbeiträge und Forderungen des Finanzamtes innerhalb der Drei-Wochen-Frist trifft, die nach Vortrag der Beklagten zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes unumgänglich waren. Dabei berief sich die Beklagte auf die positive Fortbestehensprognose<sup>93</sup> nach dem Sanierungskonzept eines Unternehmensberaters.

Das Oberlandesgericht wertete indes das vorliegende „Sanierungskonzept“ als völlig unzureichend und konnte diesem auch keine positive Fortbestehensprognose entnehmen. Dieses hätte nach Ansicht der Richter auch der Beklagten nach näherer Prüfung klar sein müssen, denn das „Sanierungskonzept“ beschränkte sich lediglich auf eine Schwachstellenanalyse und kaum substantiierte Vorschläge zur Verbesserung der Ertragslage. Vielmehr müsse ein solches Konzept ausführliche Maßnahmen zur nachhaltigen Verbesserung der Ertragslage beinhalten.<sup>94</sup>

Somit war im vorliegenden Fall nicht von einer Fortführung des Unternehmens auszugehen. Demnach unterlagen nur noch solche Zahlungen einer Haftungsbefreiung, die den planlosen Zusammenbruch des Unternehmens verhindert hätten. Dieses wurde hinsichtlich der beglichene Tankrechnungen bejaht. Zu Recht bemängelt *Lindemann*<sup>95</sup> allerdings die fehlende Differenzierung des Oberlandesgerichtes hinsichtlich der verschiedenen Tankrechnungen. Wurden alle Rechnungen bezahlt oder nur die jüngst rückständigen, oder gar Pauschalbeträge? Waren die jüngsten Kraftstofflieferungen an die Bedingung der vorherigen Begleichung der offenen Positionen geknüpft oder eher unbeding? Letztendlich ist die Entscheidung des Oberlandesgerichtes aber höchst zweifelhaft, wenn man bedenkt, dass es sich bei dem Bezug von Kraftstoffen um ein Alltagsgeschäft handelt. Es erscheint hier nicht unverhältnismäßig, wenn die Beklagte beziehungsweise deren Mitarbeiter den benötigten Kraftstoff an irgendeiner der

---

<sup>89</sup> zu positiver Fortführungsprognose vergl. Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 11 ff.; Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 18 ff.

<sup>90</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 73

<sup>91</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 12

<sup>92</sup> Urteil v. 21.09.2004 – 2 U 1441/04 = GmbHR 2005, 173 mit Kom. Lindemann

<sup>93</sup> aaO, S. 176 m.w.N.

<sup>94</sup> vergl. Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 12

<sup>95</sup> Urteil v. 21.09.2004 – 2 U 1441/04 = GmbHR 2005, 173, S. 176

zahlreichen Tankstellen gegen Barzahlung bezogen hätte. So gesehen wäre die Begleichung der Rechnungen des Kraftstofflieferanten eine pflichtwidrige Zahlung an einen Gläubiger gewesen und damit die Geschäftsführerin ersatzpflichtig.

Nach Ansicht des Verfassers würde eine Ersatzpflicht der Organvertreterin lediglich dann ausscheiden, wenn es sich bei dem Lieferanten um einen Monopolisten handeln würde, also der Bezug der Ware ausschließlich über diesen möglich wäre.

Lediglich die Kraftstofflieferungen unter der Bedingung der vorherigen Begleichung der „Altverbindlichkeiten“ würde dann die bezahlten Tankrechnungen mit § 64 II S. 2 GmbHG vereinbar erscheinen lassen.

Im Übrigen sah das Berufungsgericht in den Zahlungen an das Leasingunternehmen, den Sozialversicherungsträger und das Finanzamt eine Erstattungspflicht der Beklagten als gegeben. Die Leasinggesellschaft hätte die Fahrzeuge selbst bei Ausbleiben der Leasingrate nicht sofort herausverlangen können, sondern hierfür zunächst den Rechtsweg beschreiten müssen. Damit war eine unmittelbare Gefahr des sofortigen Zusammenbruchs des Geschäftsbetriebes bei der Schuldnerin nicht zu befürchten. Gleichfalls sah das Oberlandesgericht keine Voraussetzungen gegeben, eine privilegierte Gläubigerbefriedigung von Sozialversicherungsträger und Finanzamt haftungsfrei zu stellen.<sup>96</sup>

Noch weiter haftungsverschärfend hat der II. Zivilsenat in einem Urteil<sup>97</sup> vom 31.03.2003 entschieden und dazu den Leitsatz formuliert: „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.“ Namentlich bestand zwischen der „K-Beteiligungs GmbH“ (Insolvenzschuldnerin) und der Tochtergesellschaft „Bau KW GmbH“ eine umsatz- und gewerbesteuerliche Organschaft, das heißt die aus der Tätigkeit der Tochtergesellschaft entstehende Gewerbe- und Umsatzsteuerschuld war von der „K-Beteiligungs GmbH“ zu begleichen. Hierfür wurde jeweils kurz vor

---

<sup>96</sup> BGH-Urt. v. 08.01.01 – II ZR 88/99 = GmbHR 2001, 190 mit Kom. Felleisen;  
BGH-Urt. v. 10.07.03 – II ZR 89/02 bestätigt durch BGH-Urt. v. 18.04.05 – II ZR 61/03 =  
GmbHR 2005, 874 mit Kom. Schröder = DB 2005, 1321; anders BGH-Beschluß v. 09.08.05  
– 5 StR 67/05 = GmbHR 2005, 1419 mit Kom. Schröder/ Faust

<sup>97</sup> BGH-Urt. v. 31.03.03 – II ZR 150/02 = GmbHR 2003, 664 = NJW 2003, 2316

Fälligkeitstermin die entsprechende Steuerschuld von der Tochter- an die Muttergesellschaft überwiesen. Nach Gutschrift erfolgte mittels Scheckübergabe die Zahlung an den Gläubiger. In dieser Weise wurden in 1999 bis zum Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der „K-Beteiligungs GmbH“ noch 433.308,40 DM an das Finanzamt abgeführt. Der Insolvenzverwalter der inzwischen in Insolvenz befindlichen Muttergesellschaft verfolgte mit der Klage die Rückzahlung des (zunächst Teil-) Betrages von 330.000 DM von den Geschäftsführern.

Während die erste Instanz der Klage stattgab, wurde in der Berufung die Klage abgewiesen. Der II. Zivilsenat hob allerdings das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an die Berufungsinstanz zurück.

Der Senat bemängelte insbesondere die fehlende Prüfung der Überschuldung der Insolvenzschuldnerin im Zeitraum der betreffenden Zahlungen. Zudem wurde nicht hinreichend der Normzweck des § 64 II GmbHG zur Masseerhaltung gewürdigt, denn die Gutschrift hätte im Vermögen der „K-Beteiligungs GmbH“ verbleiben müssen und hätte nicht für eine bevorzugte Gläubigerbefriedigung, hier das Finanzamt, verwendet werden dürfen.<sup>98</sup> In Auslegung des § 64 II GmbHG hatte der Bundesgerichtshof die Umstände der Einzahlungen auf das Konto der Insolvenzschuldnerin nicht zu prüfen, und entsprechend losgelöst lediglich den Masseabfluss durch Zahlungen an das Finanzamt als gegebenenfalls pflichtwidrig zu betrachten.<sup>99</sup>

Soweit die vorangestellten Fälle bisher die persönliche Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen an einzelne Gläubiger umfasst, deren Forderungen bereits vor Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft begründet waren, ist damit das Thema der pflichtwidrigen und damit haftungsverursachenden Handlungen noch nicht erschöpft. Weiterhin „...gilt die Schadensersatzpflicht der Geschäftsführer für alle Geschäfte, die nach Eintritt der Insolvenzreife vorgenommen werden und die die Insolvenzmasse mindern oder die bei Neugeschäften Gläubigern, etwa Warenlieferanten, dadurch Schaden zufügen, dass die gelieferten Waren oder erbrachten Dienstleistungen von der Gesellschaft nicht mehr bezahlt werden können, die Forderungen damit zu Insolvenzforderungen werden.“<sup>100</sup> In dem Grundsatzurteil<sup>101</sup> des Bundesgerichtshofes vom

---

<sup>98</sup> Glozbach (2004), S. 34 ff.; kritisch betrachtet Schmidt, K. in ZHR 2004, S. 648 f.

<sup>99</sup> aaO, S. 36

<sup>100</sup> Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 64 Rn. 28 m.w.N.

<sup>101</sup> BGH-Urt. – II ZR 292/91 BGHZ 126, 181, bestätigt in BGH-Urt. v. 07.07.2003 – II ZR 241/02 = WM 2003, 1824

06.06.1994 wird dabei den sogenannten Neugläubigern ein Anspruch auf den vollen entstandenen Schaden (negatives Interesse) gegen den Geschäftsführer direkt zugebilligt. Damit gilt nicht die Quotenregelung wie bei den Altgläubigern, sondern der Anspruch der Neugläubiger geht darüber hinaus. Der zweite Senat hat seine Entscheidung unter anderem damit begründet, dass solche Gläubiger besonders zu schützen seien, wenn sie in Rechtsbeziehung zu einer bereits insolventen Gesellschaft treten, da sie wohl bei vollumfänglicher Kenntnis der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der GmbH mit dieser nicht kontrahiert hätten. Die Haftung des Geschäftsführers der Schuldnerin trifft diesen vollumfänglich und persönlich, da er eine zahlungsunfähige und/ oder überschuldete Gesellschaft pflichtwidrig fortgeführt hat und damit dem Neugläubiger ein Vertrauensschaden aus § 823 II BGB, § 64 GmbHG entstanden ist.<sup>102</sup>

Während bei Altgläubigern nur der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren die Ansprüche gegen den Geschäftsführer auf Ersatz des Quotenschadens geltend machen kann (§ 92 InsO), ist der Individualschaden der jeweiligen Neugläubiger von diesen selbst gegen den Geschäftsführer einzufordern.<sup>103</sup> Der Individualschaden bezeichnet hierbei das negative Interesse des Gläubigers,<sup>104</sup> entstanden aus der Rechtsbeziehung mit der Schuldnerin. Zu beachten ist allerdings, dass ein Schaden nur dann vorliegt, sofern der Gläubiger nicht nach § 47 InsO ein Recht auf Aussonderung hat. Denn eine Rückgewährung von beispielsweise unter Eigentumsvorbehalt gelieferter Ware ist keine nach § 64 II GmbHG zu qualifizierende Zahlung.<sup>105</sup>

### 2.3.2. haftungsneutrale Zahlungen

Als haftungsneutrale Zahlungen des Geschäftsführers der GmbH sind solche anzusehen, die durchaus die vorhandene Vermögensmasse der insolvenzreifen Gesellschaft schmälern können, jedoch keine Ersatzpflicht durch den Geschäftsführer mit sich führen. In § 64 II S. 2 GmbHG heißt es sinngemäß, dass den Geschäftsführer keine Haftung auf Zahlungsersatz trifft, wenn seine Handlungen nach Eintritt der Insolvenzreife mit den Grundsätzen eines ordentlich handelnden Geschäftsmannes vereinbar sind.

---

<sup>102</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 39

<sup>103</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 88; Lutter/ Hommelhoff/ *Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 52 ff.

<sup>104</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 39; die Berechnung des negativen Interesses wird im folgenden Kapitel 2.4. näher erläutert

<sup>105</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 29

An diese sinngemäße Ausführung *Ulmers*<sup>106</sup> angelehnt, hat es *Karsten Schmid*<sup>107</sup> wie folgt vergleichend bezeichnet: „Als Faustregel sollte gelten: Zahlungen, die auch ein vorläufiger Insolvenzverwalter nach § 22 InsO vornehmen dürfte, sind erlaubt ... .“ Vornehmlich sind das Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes dienen, um die Durchführung des Insolvenzverfahrens zu gewährleisten oder um eine aussichtsreiche Unternehmenssanierung nicht zu gefährden.<sup>108</sup> Zudem sind Zahlungen des Geschäftsführers haftungsfrei, wenn dadurch ein größerer Schaden von der Gesellschaft abgewendet wird.<sup>109</sup> Dieses sei an einem einfachen Beispiel verdeutlicht.

Der Geschäftsführer der A-GmbH hat begründeten Verdacht, dass einige Gläubiger der Gesellschaft Informationen darüber erlangt haben, dass die A-GmbH nunmehr Insolvenzantrag stellen muss. Da nicht unerhebliche bewegliche Vermögensmasse auf dem Firmengelände relativ ungesichert lagert, muss er befürchten, dass diese Gegenstände durch Gläubiger entwendet werden könnten. Da diese zudem für die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes noch unumgänglich sind, entscheidet sich der Geschäftsführer für die kurzfristige Beauftragung einer Wachschutzfirma zur nächtlichen Betriebssicherung.

Sofern die Beauftragung des Wachschutzes mit Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters erlischt und die Kosten der Inanspruchnahme des Wachschutzunternehmens aus den liquiden Mitteln der A-GmbH beglichen werden können, dürfte wohl nach § 64 II S. 2 GmbHG der Geschäftsführer sich keiner Haftung für das Rechtsgeschäft ausgesetzt haben. Denn hierdurch hat er sowohl notwendige Maßnahmen der Massensicherung als auch der Verhinderung des unkontrollierten Zusammenbruchs des Geschäftsbetriebes ergriffen.

Gleiches gilt für Zahlungen zum Zweck der möglichen Unternehmensveräußerung, welches wiederum die Aufrechterhaltung von Leistungs- und Zahlungsverkehr bedingt.<sup>110</sup> Namentlich handelt es sich also um die Bedienung von Verbindlichkeiten aus *laufenden* Löhnen und Gehältern, den daraus resultierenden Sozialabgaben, weiterhin Telefonrechnungen und weitere Kommunikationskosten, Mietzahlungen und

---

<sup>106</sup> Hachenburg/ *Ulmer*, GmbHG, § 64 Rn. 42

<sup>107</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 27

<sup>108</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 30; Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 73; Lutter/ Hommelhoff/ *Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 61

<sup>109</sup> Hachenburg/ *Ulmer*, GmbHG, § 64 Rn. 42

<sup>110</sup> Lutter/ Hommelhoff/ *Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 61

ähnliches,<sup>111</sup> die also zudem einen sofortigen Zusammenbruch des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft verhindern.

Ferner keine Haftung für den Geschäftsführer besteht bei Verträgen, aus denen der Gesellschaft ein mindestens gleichwertiger Gegenwert für ihre Leistung zufließt, darüber hinaus für die Gesellschaft vorteilhafte Geschäfte ohnehin nicht zu beanstanden sind.<sup>112</sup> Allerdings hat sich der Geschäftsführer bei der Vornahme solcher Rechtsgeschäfte nicht mehr am Gesellschaftszweck sondern am Gesamtgläubigerinteresse zu orientieren.<sup>113</sup>

Bedient die Gesellschaft eine Forderung eines Gesellschaftsgläubigers, dessen Anspruch als insolvenzgesichert gilt, so trifft den Organvertreter keine Haftung für die Zahlung, soweit der geleistete Betrag die Höhe des Wertes des Sicherungsgutes nicht übersteigt und das Eigentum an der betreffenden Sache auch tatsächlich der Gesellschaft zufällt.<sup>114</sup> Zur Veranschaulichung sei wie folgt beispielhaft ausgeführt:

Ein Unternehmen hat an die „Rost-GmbH“ (spätere Insolvenzschuldnerin) Stahlträger im Wert von 65.000 € unter verlängertem und erweitertem Eigentumsvorbehalt geliefert. Als Zahlungsziel wurde 60 Tage vereinbart. Trotz Mahnung des Lieferanten steht die Forderung gegen die „Rost-GmbH“ nach 120 Tagen immer noch zur Zahlung offen. Nach einer letzten Mahnung des Lieferanten, unter Ankündigung gerichtlicher Schritte, zahlt die „Rost-GmbH“ nach 128 Tagen 65.000 € an den Gläubiger. Einige Tage danach stellt der Geschäftsführer der „Rost-GmbH“ Insolvenzantrag wegen Zahlungsunfähigkeit. Ein vom Insolvenzgericht in Auftrag gegebenes Gutachten hatte allerdings ausgeführt, dass die Gesellschaft spätestens einen Monat vor Begleichung der Rechnung bereits zahlungsunfähig war.

Wenngleich durch die Forderungsbegleichung eine Masseverkürzung um 65.000 € im späteren Insolvenzverfahren vorliegt, so handelt es sich jedoch nicht um eine pflichtwidrige Zahlung des Geschäftsführers im Sinne von § 64 II GmbHG. Durch den verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt des Lieferanten an der Ware wäre

---

<sup>111</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 30; Hachenburg/ *Ulmer*, GmbHG, § 64 Rn. 42; Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 73; Lutter/ Hommelhoff/ *Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 61

<sup>112</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 73

<sup>113</sup> Lutter/ Hommelhoff/ *Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 61; Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 30

<sup>114</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 73



dieser im Insolvenzverfahren als aussonderungsberechtigter Gläubiger gemäß § 47 InsO zu behandeln.

Da die „Rost-GmbH“ allerdings die Stahlträger in einem Bauvorhaben verwendet hat, würde die Ware zur Rückgewährung an den Gläubiger im Wege der Aussonderung nicht mehr zur Verfügung stehen. Jedoch hat der Lieferant einen Anspruch in Geld aus etwaigen Zahlungen des Auftraggebers (der „Rost-GmbH“ für das Bauvorhaben) an die „Rost-GmbH“. Sofern der Geschäftsführer die Zahlung an den Lieferanten vor Insolvenz nicht geleistet hätte, hätte dem Lieferanten eine Forderungsbegleichung aus der Insolvenzmasse im Wege der Ersatzaussonderung (§ 48 S. 2 InsO) zugestanden. Letztendlich handelt es sich somit doch nicht um eine Masseschmälerung durch die bewirkte Zahlung des Geschäftsführers vor der Insolvenzbeantragung, da der Gesellschaft trotz Mittelabfluss (Forderungsbegleichung in Geld) bilanziell wieder Werte zukamen (Warenwert gleicher Höhe), entsprechend der Gesellschaft ein Schaden nicht entstanden ist.

Gleiches gilt für die gesamte Gläubigerschaft, denn die Berechnung der Quote zur (Alt-)Gläubigerbefriedigung hat bereinigt um die ab- und aussonderungsberechtigten Forderungen zu erfolgen.<sup>115</sup>

#### **2.4. Umfang des Ersatzanspruches**

Der Geschäftsführer haftet nach § 64 II GmbHG persönlich für pflichtwidrig<sup>116</sup> geleistete Zahlungen in der Höhe, die aus dem Gesellschaftsvermögen aufgewendet wurden. Ferner besteht auch eine Ersatzpflicht für Schäden der Gläubiger, mit denen die Gesellschaft nach Insolvenzzureife noch in Geschäftsbeziehung getreten und woraus diesen eine Forderung gegen die Gesellschaft entstanden ist.

Der II. Zivilsenat hat in dem Grundsatzurteil<sup>117</sup> vom 06.06.1994 ausgeführt:

„Die (Neu-) Gläubiger, die ihre Forderungen gegen die GmbH nach dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem Konkursantrag hätte gestellt werden müssen, haben gegen den insoweit schuldhaft pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer einen Anspruch auf Ausgleich des vollen – nicht durch den „Quotenschaden“ begrenzten – Schadens, der

<sup>115</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 85

<sup>116</sup> bei schuldhaftem Verstoß gegen die unverzügliche Insolvenzantragstellung gemäß § 64 I GmbHG

<sup>117</sup> BGH-Urt. II ZR 292/91, BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 = ZIP 1994, 1103 = GmbHR 1994, 539 = WM 1994, 1428

ihnen dadurch entsteht, dass sie in Rechtsbeziehung zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen GmbH getreten sind (insoweit Aufgabe BGH, 16. Dezember 1957, VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100).“ Den Altgläubigern steht hingegen weiterhin nur die Quote aus der zu verteilenden Gesellschaftsmasse zu. Dementsprechend trifft den Geschäftsführer hierbei die Ersatzpflicht in Höhe der Differenz aus Ist-Quote und Soll-Quote bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung.<sup>118</sup>

#### 2.4.1. Quotenschaden - Altgläubiger

Als Altgläubiger bezeichnet man diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderung bereits vor der Insolvenzreife der Schuldnerin erworben haben. Der Ersatzanspruch gegen den Geschäftsführer kann daher nur auf den Quotenschaden begrenzt sein, das bedeutet die Differenz aus erzielter Quote und errechneter Soll-Quote zum Zeitpunkt der Insolvenzreife der Gesellschaft. Die Soll-Quote ergibt sich aus der Ist-Quote unter Hinzurechnung der Masseschmälerungen in Form der masseschmälernden Zahlungen,<sup>119</sup> durch die Belastung mit Neuverbindlichkeiten nach Insolvenzreife bis zur Verfahrenseröffnung und sonstige Schäden aus der Insolvenzverschleppung.<sup>120</sup> Die Belastung aus Neuverbindlichkeiten bezieht sich auf die gestiegene Anzahl der Gläubiger, durch die sogenannten Neugläubiger, und deren Anspruch auf gleichfalls quotale Befriedigung aus der zu verteilenden Vermögensmasse der Gesellschaft. Das bedeutet letztendlich, dass die Masse soweit aufzufüllen ist, damit alle Gläubiger auf die errechnete Soll-Quote befriedigt werden können.<sup>121</sup> Die sonstigen Schäden aus der Insolvenzverschleppung ergeben sich zumeist aus den notwendigen außergerichtlichen Kosten der Forderungsdurchsetzung gegen den Geschäftsführer.<sup>122</sup> Da der Bundesgerichtshof in einem Urteil<sup>123</sup> vom 30.03.1998 herausgestellt hat, dass der Insolvenzverwalter nicht berechtigt sei, einen Quotenschaden oder darüber hinausgehenden Schaden für Neugläubiger gegen den pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer geltend zu machen, haben somit Neugläubiger nicht wie die Altgläubiger im Insolvenzverfahren einen

---

<sup>118</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 42 m.w.N.; Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 38

<sup>119</sup> siehe hierzu Kapitel 2.3.1.

<sup>120</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 33; Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 84 m.w.N.

<sup>121</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 33

<sup>122</sup> aaO

<sup>123</sup> BGH-Urt. II ZR 146/96, BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 = ZIP 1998, 776 = WM 1998, 944 = DB 1998, 978

Anspruch auf die Soll-Quote. Insoweit gilt es die Berechnung der Soll-Quote wie folgt zu korrigieren. Diese ergibt sich nunmehr aus der Ist-Quote bei tatsächlicher Insolvenzverfahrenseröffnung addiert um die ersatzpflichtigen Zahlungen aus § 64 II GmbHG und die sonstigen Kosten (Schäden) aus der Insolvenzverschleppung. Die Neugläubiger der Schuldnerin mit ihren Forderungen sind damit grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.

Die Durchsetzung der Ansprüche der Altgläubiger gegen den Geschäftsführer auf Zahlung an die Masse aus § 64 II GmbHG obliegt im Insolvenzverfahren ausschließlich dem Insolvenzverwalter (§ 92 InsO).<sup>124</sup> Dieser wird allerdings erst aufgrund seiner Tätigkeit wohl erst zu einem späten Zeitpunkt des Insolvenzverfahrens in der Lage sein, die Höhe der schuldhaft pflichtwidrig durch den Geschäftsführer vorgenommenen Zahlungen beziffern zu können, da hierfür nur die festgestellten und zum Forderungseinzug reifen Ansprüche berücksichtigt werden können, das heißt noch gerichtsanhängige Forderungen müssen bis zur endgültigen Gerichtsentscheidung außerhalb der Berechnung der Soll-Quote bleiben.

Überdies ist der exakte Zeitpunkt<sup>125</sup> der Insolvenzreife einer Gesellschaft kaum bestimmbar und somit auch nicht die „fiktive“ Quote, die bei rechtzeitiger Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masse vorhanden gewesen wäre.<sup>126</sup> Daher ist es ersatzweise möglich, eine Schätzung der Soll-Quote gemäß § 287 ZPO vorzunehmen.<sup>127</sup>

#### 2.4.2. Individualschaden - Neugläubiger

Als Neugläubiger gelten solche Gläubiger, die ihre Forderung erst nach dem Eintritt der Insolvenzreife gegen die Schuldnerin erlangt haben.<sup>128</sup> Nach früherer Rechtsprechung<sup>129</sup> erhielten auch diese Gläubiger im Insolvenzverfahren lediglich die Quote, die auch den Altgläubigern zustand. Mit dem Grundsatzurteil des II. Zivilsenats vom 06.06.1994 [BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220] erfolgte die Abkehr von diesem Standpunkt insoweit, dass dem Neugläubiger der volle Schaden (negatives Interesse)

<sup>124</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 88 m.w.N.

<sup>125</sup> selbst ein Gutachten dürfte eine taggenaue Bestimmung der Insolvenzreife nicht aufzeigen können, sondern nur einen Termin benennen, zu dem die Gesellschaft spätestens Insolvenzreife erlangte

<sup>126</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 42; Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 33  
<sup>127</sup> aaO

<sup>128</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 43

<sup>129</sup> BGH-Urt. v. 16.12.1957, VI ZR 245/57, BGHZ 29, 100

aus der Eingehung einer rechtsgeschäftlichen Beziehung mit einer insolvenzreifen GmbH zu ersetzen ist. Zur Begründung führte der erkennende Senat unter anderem aus, dass die Forderung des jeweiligen Neugläubigers nicht entstanden wäre, bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung des Geschäftsführers nach § 64 I GmbHG. Daher sind diese Gläubiger über das Maß der Altgläubiger hinaus zu schützen und haben einen Anspruch auf Ausgleich ihres negativen Interesses.

Das negative Interesse ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der Forderung aus Rechnungslegung des Gläubigers. Von der Rechnungssumme sind Mehrwertsteuer und Gewinnaufschlag abzuziehen. Es verbleiben somit die Herstellungs- oder Anschaffungskosten zuzüglich der Lieferkosten.<sup>130</sup> Der entgangene Gewinn ist allerdings nach § 252 BGB doch hinzurechenbar, wenn die betrieblichen Kapazitäten hätten anderweitig verwendet werden können, als sie zur Leistungserbringung aus dem Geschäft mit der insolvenzreifen Gesellschaft tatsächlich beansprucht wurden.<sup>131</sup> Allerdings hat der Anspruchsteller hierfür die erforderlichen Umstände und Beweise vorzutragen.<sup>132</sup> Ferner sind die Kosten der Rechtsverfolgung dem Gläubiger vom in Anspruch genommenen Geschäftsführer zu ersetzen.

Eine Verringerung der Forderung könnte sich nach den Umständen ergeben, wenn dem Gläubiger bei Vertragsschluss Informationen vorlagen, die eine Gefährdung seiner Forderung erkennen lassen mussten. Hat er diese Hinweise ignoriert oder nicht hinreichend auf Richtigkeit geprüft, wäre ein Mitverschulden<sup>133</sup> aus § 254 BGB dem Neugläubiger anzurechnen.<sup>134</sup>

Bis zu dem BGH-Urteil vom 30.03.1998 [BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 ] war die Forderung zudem um die erzielte Insolvenzquote zu bereinigen,<sup>135</sup> da bis dahin dem Neugläubiger auch diese zugestanden wurde. Die Geltendmachung des über die Insolvenzquote hinausgehenden Schaden des Neugläubigers oblag ausschließlich diesem selbst, da es sich um einen Individualschaden unterschiedlicher Höhe eines jeden Gläubigers handelte.<sup>136</sup> Denn der Insolvenzverwalter kann wohl kaum über ausreichende Informationen der einzelnen Neugläubiger verfügen, die eine objektive Prüfung der geltend gemachten Forderungshöhen zuließe, so beispielsweise die

<sup>130</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 46; Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 86

<sup>131</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 86 m.w.N.

<sup>132</sup> Palandt/ *Heinrichs*, BGB, § 252 Rn. 5

<sup>133</sup> Palandt/ *Heinrichs*, BGB, § 254 Rn. 16

<sup>134</sup> Lutter/ Hommelhoff/ *Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 49

<sup>135</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 86 m.w.N.

<sup>136</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 49

Positionen der Lieferkosten und insbesondere des Gewinnaufschlages. Somit ist es aus insolvenzpraktischer Sicht gar nicht darstellbar, wenn der Insolvenzverwalter auch das negative Interesse der Neugläubiger von dem Geschäftsführer einzuziehen hätte.

Wenn also die Neugläubiger ihr negatives Interesse, reduziert um die erzielte Insolvenzquote, in Anlehnung an das BGH-Urteil vom 06.06.1994 [BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220] gegen den Geschäftsführer geltend zu machen haben, so ist zu beachten, dass die einzufordernde (einzuklagende) Forderung erst festgestellt ist, wenn die Insolvenzquote durch den Insolvenzverwalter ausgereicht wurde. Also steht erst kurz vor Verfahrensbeendigung der ausstehende Schaden des Neugläubigers tatsächlich fest, hingegen bei einer Verfahrensablehnung mangels Masse die Anspruchshöhe sogleich beziffert werden kann.<sup>137</sup>

In Erkennung der rechtspraktischen Probleme aus dem BGH-Urteil vom 06.06.1994 [BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220] hat der gleiche Senat in dem bereits genannten Urteil vom 30.03.1998 [BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 ] klargestellt, dass der Insolvenzverwalter hinsichtlich eines etwaigen Quotenschadens der Neugläubiger nicht klageberechtigt ist. Die Neugläubiger haben ihr negatives Interesse von dem pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer selbst einzufordern. Hierzu steht ihnen auch während des Insolvenzverfahrens über die Gesellschaft und des gleichzeitig vom Insolvenzverwalter geltend zu machenden Schaden aus Masseschmälerung gegen den Geschäftsführer, die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung zur Verfügung. Die Verjährung dieser Ansprüche beträgt nach § 64 II S. 3 GmbHG in Verbindung mit § 43 Abs. 4 GmbHG fünf Jahre und beginnt mit der Vornahme der unzulässigen pflichtwidrigen Zahlung des Geschäftsführers.<sup>138</sup>

## 2.5. Durchsetzung des Ersatzanspruches

Der Ersatzanspruch gegen den Geschäftsführer aus § 64 II GmbHG folgt aus dem Schutzzweck des § 823 II BGB in Verbindung mit § 64 I GmbHG, ist jedoch nicht von diesem - wie bereits erwähnt - bedingt.<sup>139</sup> Der Schutzzweck bezieht sich auf die größtmögliche Masseerhaltung und Massesicherung zur späteren gleichverteilten (Quoten-)

<sup>137</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 88 m.w.N.

<sup>138</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 79; Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 36; Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 53, jeweils m.w.N.

<sup>139</sup> Lutter/ Hommelhoff/ *Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 38

Befriedigung der Gläubigergesamtheit.<sup>140</sup> Dieses zeigt sich schon allein darin, dass die Haftung des Geschäftsführers auf masseverkürzende Zahlungen abzielt, ohne dass der Gesellschaft überhaupt ein Schaden entstanden sein muss.<sup>141</sup>

Die Geltendmachung von Ersatzleistungen aus pflichtwidrig geleisteten Zahlungen im Drei-Wochen-Zeitraum des § 64 I GmbHG vor Insolvenzbearbeitung oder auch nach Antragstellung bis Verfahrenseröffnung - sofern kein Verfügungsverbot nach § 21 Abs. 2 S. 2 InsO angeordnet war - darf demnach auch nur dem Insolvenzverwalter obliegen.<sup>142</sup> Dem Insolvenzverwalter ist damit ein vereinfachtes Instrument an die Hand gegeben, wonach dieser sogleich Ersatz für pflichtwidrig vorgenommene Zahlungen in der Krise von dem Geschäftsführer in voller Höhe verlangen kann, ohne zunächst eine (womöglich aussichtslose) Anfechtungsklage nach §§ 129 ff. InsO gegen den Geldempfänger führen zu müssen.<sup>143</sup>

Anders hingegen ist *Schmidt-Leithoff*<sup>144</sup> der Auffassung, dass der Geschäftsführer die Leistung so lange verweigern kann, wie der Insolvenzverwalter die Rechtshandlung noch gegenüber dem Zahlungsempfänger mit einer Anfechtungsklage verfolgen kann. Dem kann schon aus rechtspraktischen Überlegungen nicht gefolgt werden, denn damit hätte der Insolvenzverwalter unter Umständen eine „...Vielzahl von Prozessen gegen verschiedene Anfechtungsgegner...“<sup>145</sup> zu führen. Soweit Prozesse dann nicht zum Erfolg führen, wäre die Masse mit den entstandenen Kosten belastet, soweit diese nicht von dem Anfechtungsgegner zu erlangen sind, und im Ergebnis wäre die Quote für die Gläubiger erneut gemindert.

Damit hat der Geschäftsführer die nach § 64 II GmbHG pflichtwidrig geleisteten Zahlungen *ungekürzt*<sup>146</sup> an die Masse zu erstatten. Im Gegenzug sind die Ansprüche der Masse an den Geschäftsführer abzutreten, so dass dieser mit gleichem Rang und der

---

<sup>140</sup> Goette, ZInsO 2005, S. 3

<sup>141</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 70 m.w.N.

<sup>142</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 26 m.w.N.

<sup>143</sup> BGH-Urt. v. 18.12.1995 – II ZR 277/99, BGHZ 131, 325 = GmbHR 96, 211 = WM 96, 397 = ZIP 96, 420 = NJW 96, 850 = DB 96, 671; auch Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 35a; Lutter/ Hommelhoff/ *Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 64; Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 76, je m.w.N.

<sup>144</sup> Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 35; gleicher Meinung Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 35; ebenso LG Erfurt in einem Beschluss v. 24.01.2000 - 5 O 1765/99 (nicht veröffentlicht)

<sup>145</sup> BGHZ 131, 325, mit Verweis auf Schmidt, K. in Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 35

<sup>146</sup> BGH-Urt. v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1896 = ZIP 2001, 235; auch Schmidt, K. in ZHR 2004, S. 645 f.

Höhe nach mit dem Betrag in die Gläubigerstellung des Verwalters eintritt.<sup>147</sup>

Bestehende Erstattungsansprüche der Masse gegen Dritte sind also Zug um Zug an den Geschäftsführer abzutreten.<sup>148</sup>

Es ist also festzuhalten, dass dem Insolvenzverwalter bei der Entscheidung zwischen Haftungsinanspruchnahme des Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG oder einer Anfechtungsklage gegen den befriedigten Gläubiger sehr wohl ein Spielraum zur Verfügung steht,<sup>149</sup> selbst wenn dieser zu Lasten des Geschäftsführers geht, denn der Insolvenzverwalter dürfte im Vorfeld der Entscheidung die nötigen Informationen zu Prozessrisiko und Erfolgsaussichten der anschließenden Forderungsbeitreibung am besten bewerten können.

Für den Fall der Einstellung des Insolvenzverfahrens mangels einer kostendeckenden Masse besteht für den Insolvenzverwalter keine Verpflichtung mehr zur Einziehung von Vermögenswerten zur Masse, da sein Amt mit der Einstellung endet. Daraus könnte gefolgert werden, dass damit keine Verfolgung möglicher Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer mehr stattfindet, weiterhin keinerlei Masse für eine wenigstens geringe Befriedigung der Gläubigeransprüche vorhanden ist. Insoweit wäre dann auch ein etwaiges pflichtwidriges Verhalten des (ehemaligen) Geschäftsführers ohne Folgen.

Allerdings hat in Erkennung dieser Umstände der zweite Zivilsenat in einem Urteil<sup>150</sup> vom 11.09.2000 entschieden, dass im Fall der masselosen Insolvenz die Pfändung eines Gesellschaftsgläubigers in den Ersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber ihrem Geschäftsführer aus § 64 II GmbHG statthaft ist. In dem vorliegenden Fall wurde der Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über die GmbH mangels Masse abgelehnt. Zur Abwicklung der Gesellschaft und deren restlichen Vermögens wurde ein Liquidator bestellt. Zu diesem Zeitpunkt war festgestellt, dass die GmbH aber noch Ansprüche gegen ihren ehemaligen Geschäftsführer aus pflichtwidrig geleisteten Zahlungen nach § 64 II GmbHG hatte, diese allerdings aus Kostengründen nicht

---

<sup>147</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 35; Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 35; Lutter/ Hommelhoff/ *Kleindiek*, GmbHG, § 64 Rn. 65

<sup>148</sup> BGHZ 146, 264; Scholz/ *Schmidt*; GmbHG, § 64 Rn. 35a

<sup>149</sup> BGHZ 146, 264; aM Scholz/ *Schmidt*; GmbHG, § 64 Rn. 35

<sup>150</sup> BGH-Urt. II ZR 370/99 = GmbHR 2000, 1149 = ZIP 2000, 1896 = WM 2000, 2158 = NJW 2001, 304

verfolgen konnte. Damit wäre der ehemalige Geschäftsführer faktisch von seiner Haftungspflicht frei zu Lasten der Gläubiger.

Der entscheidende Senat sah diese Folge als nicht hinnehmbar und eröffnete daher dem Gesellschaftsgläubiger den Weg zur direkten Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Geschäftsführers bis zur Höhe des Betrages, den die Gesellschaft von dem Geschäftsführer aus Ersatzzahlungen verlangen könnte.<sup>151</sup>

## 2.6. Verzicht, Vergleich und Verjährung

Vereinbarungen zwischen Gesellschaft (Gesellschaftern) und Geschäftsführer auf Verzicht, Vergleich oder Ausschluss von zu ersetzenden Leistungen des Geschäftsführers an die Masse aus § 64 II GmbHG sind grundsätzlich unwirksam (§ 64 II S. 3 i.V.m. § 43 Abs. 3 und 4 GmbHG).<sup>152</sup> Zutreffend verweist *Karsten Schmidt*<sup>153</sup> darauf, dass es sich schließlich „...um Schadenersatz für die Gläubiger, nicht für die Gesellschaft“ handelt.

Der Insolvenzverwalter indes ist befugt, Vergleiche mit dem Geschäftsführer vorzunehmen oder gar den Verzicht auf die Forderung zu erklären.<sup>154</sup> Allerdings bedarf es hierfür der hinreichenden Tatsachenklärung. Rechtfertigende Umstände für einen Verzicht dürften aber in der Praxis eher zu verneinen sein, angesichts eines weitreichenden Vergleichs- und Verhandlungsspielraumes<sup>155</sup> für den Insolvenzverwalter. Vergleich oder Verzicht sind allerdings nur wirksam, wenn sie dem Zweck des Insolvenzverfahrens - Wiederauffüllung der Masse zur gleichen Verteilung an die Gläubiger - nicht zuwiderlaufen.<sup>156</sup>

Die Möglichkeit des Vergleichs mit dem Geschäftsführer ist insbesondere dahingehend zu begrüßen, wenn ein solcher geschlossen wird, um im Vorfeld ein Verbraucherinsolvenzverfahren des (ehemaligen) Geschäftsführers abzuwenden,<sup>157</sup> weil sich ansonsten ein unter Umständen höherer Zahlungsausfall als bei einem Vergleich für die Masse ergeben würde. Gleiches gilt für die Zeitersparnis und daraus resultierende

<sup>151</sup> Lutter/ Hommelhoff/ Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 61

<sup>152</sup> Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG, §64 Rn. 36 m.w.N.

<sup>153</sup> Scholz/ Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 51

<sup>154</sup> Hachenburg/ Ulmer, GmbHG, § 64 Rn. 44; Lutter/ Hommelhoff/ Kleindiek, GmbHG, § 64 Rn. 66; Baumbach/ Hueck/ Schulze-Osterloh, GmbHG, § 64 Rn. 78

<sup>155</sup> vergl. Baumbach/ Hueck/ Schulze-Osterloh, GmbHG, § 64 Rn. 78

<sup>156</sup> Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 64 Rn. 36; Baumbach/ Hueck/ Schulze-Osterloh, GmbHG, § 64 Rn. 78; je m.w.N.

<sup>157</sup> Scholz/ Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 52



Kostenersparnis in dem Insolvenzverfahren der Gesellschaft. Zudem ist der Insolvenzverwalter nicht gezwungen, eine allinstanzliche Klagedurchsetzung zu führen,<sup>158</sup> wenn bereits im Vorfeld erhebliche Zweifel an der späteren Zahlungsrealisierung bei dem haftenden Geschäftsführer bestehen.

Im Übrigen berühren Vergleichsvereinbarungen mit dem in Haftung genommenen Geschäftsführer nicht die Möglichkeit des Insolvenzverwalters auf Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO,<sup>159</sup> lediglich die Höhe der Ansprüche müssen saldiert werden.

Entsprechend § 64 II S. 3 i.V.m. § 43 IV GmbHG verjähren die Ansprüche gegen den Geschäftsführer auf Ersatz von Zahlungen, die dieser schuldhaft pflichtwidrig nach § 64 II GmbHG noch nach Eintritt der Insolvenzureife vorgenommen hat, nach fünf Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt mit der Vornahme der unzulässigen Zahlung.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 51

<sup>159</sup> dieses ergibt sich aus dem Gestaltungsrecht des Insolvenzverwalters in der Vorgehensweise zur Inanspruchnahme des GF oder einer Anfechtungsklage nach InsO

<sup>160</sup> Hachenburg/ *Ulmer*, GmbHG, § 64 Rn. 45; Rowedder/ *Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 64 Rn. 36; Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 53; Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 79

### 3. Problematik in der Praxis der Haftungsabwicklung

Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 30.03.1998 [BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 ] wäre praktisch eine Aufteilung der Gläubiger in Gruppen, nämlich in die der Altgläubiger und die der Neugläubiger, von dem Insolvenzverwalter vorzunehmen. Damit erscheint die Grundlage der Gläubigergesamtheit und deren einheitlicher konsolidierter Schadensabwicklung im Insolvenzverfahren durchbrochen.

Der Differenzierung in den Ansprüchen der einzelnen Gläubiger ist insoweit zu folgen, dass die Neugläubiger über die Quote aus dem Insolvenzverfahren hinaus Ansprüche aus ihrem negativen Interesse, aus eingegangener Vertragsbeziehung im Vertrauen auf die Solvenz der GmbH zu diesem Zeitpunkt, gegen den Geschäftsführer geltend machen können. Diesen Schaden hat jeder Neugläubiger richtigerweise selbst einzuklagen, denn der Insolvenzverwalter hat nicht die hinreichenden Informationen, jeden Individualschaden einer Prüfung auf Richtigkeit der Höhe der Forderung zu unterziehen. Der hohe Zeitaufwand hierfür wäre nicht vertretbar. Zudem hätte der Insolvenzverwalter über Einzelklagen den jeweiligen Schaden des Neugläubigers geltend zu machen, das wiederum ein nicht zu kalkulierendes Kostenrisiko für die Masse bedeuten würde. Darüber hinaus müsste der Insolvenzverwalter Sondermassen zugunsten des einzelnen geschädigten Gläubigers bilden,<sup>161</sup> was praktisch zu einer Vielzahl von Anderkonten und Einzelbuchhaltungen führen würde.

Dieses muss jedoch abgelehnt werden, denn alle Insolvenzgläubiger haben einen inhaltsgleichen Anspruch auf Ersatz des Quotenschadens, der im Insolvenzverfahren nur durch den Insolvenzverwalter (§ 92 InsO) geltend gemacht werden kann.<sup>162</sup>

Die Geltendmachung des darüber hinaus gehenden Schadens der Neugläubiger bleibt davon unberührt.

Der § 64 GmbHG ist einerseits als besonderer Schutz der Gläubiger (insbesondere der Neugläubiger) durch weitestgehende Verpflichtung des Geschäftsführers zur Erhaltung des verbliebenen Gesellschaftsvermögens gedacht, außerdem als geeignetes Mittel der Sanktionierung in der Krise für den pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer.

Es erscheint daher für die Praxis durchaus von Vorteil, wenn Alt- und Neugläubiger an

---

<sup>161</sup> Scholz/ Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 42

<sup>162</sup> aaO

dem Ersatz des Quotenschadens partizipieren.<sup>163</sup>

Damit wäre auch der Insolvenzverwalter nicht in jedem Fall gezwungen, ein Gutachten zum genauen Zeitpunkt der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu erstellen, da dieser eine Unterteilung zwischen Neu- und Altgläubigern nicht vorzunehmen hätte (damit einhergehend auch der Wegfall einer möglichen Bildung der Sondermasse). Will ein Neugläubiger seinen darüber hinaus entstandenen Individualschaden von dem Geschäftsführer ersetzt haben, so hat er im Prozess die Beweislast dafür, dass die Gesellschaft bei Vertragseingehung bereits insolvent war, der Geschäftsführer mindestens fahrlässig gehandelt hat und damit dem Gläubiger ein Schaden entstanden ist.<sup>164</sup>

Nach dem Urteil des BGH vom 30.03.1998 [BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 ] wäre aber der Insolvenzverwalter grundsätzlich zur Einholung eines Gutachtens angehalten, damit er die lediglich aus dem Quotenschaden von dem Geschäftsführer zu ersetzenden Zahlungen definieren kann und nicht eventuell noch Neugläubiger in die Schadensberechnung einbezieht. Die Erstellung eines Gutachtens wäre selbst dann erforderlich, wenn der Geschäftsführer die Höhe der beanspruchten Ersatzzahlungen an die Masse bereits außergerichtlich, also ohne vorherige Feststellung in einem Haftungsprozess, anerkennt. Bei der hier vertretenen Auffassung ist eine Gutachtenerstellung lediglich bei Anordnung durch das Insolvenzgericht oder bei Notwendigkeit der Beweisführung im Rechtsstreit um die Haftung des Geschäftsführers erforderlich.

Eine weitere Problematik praktischer Haftungsdurchsetzung gegen den Geschäftsführer besteht darin, dass der Insolvenzverwalter während des Verfahrens den Quotenschaden gegen den Geschäftsführer geltend zu machen hat,<sup>165</sup> gleichfalls aber die Neugläubiger ihren Anspruch auf das negative Interesse durchsetzen können, somit sich eine Konkurrenz in der Forderungsbeitreibung zwischen Insolvenzverwalter und Neugläubiger ergibt.<sup>166</sup> Dieser „Haftungswettlauf“<sup>167</sup> könnte letztendlich bis zur Antragstellung auf Insolvenz über das Vermögen des (ehemaligen) Geschäftsführers der bereits in Insolvenz befindlichen GmbH betrieben werden.

---

<sup>163</sup> so auch im Ergebnis vertreten von Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 45; Schmidt, K. (2002), S. 1086, 1092; wengleich Schmidt, K. über c.i.c. argumentiert

<sup>164</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 25, 26, 50

<sup>165</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rn. 88 m.w.N.

<sup>166</sup> Scholz/ *Schmidt*, GmbHG, § 64 Rn. 43

<sup>167</sup> Schmidt, K. (2002), S. 1093

Soweit der Geschäftsführer positive Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft hatte und den Insolvenzantrag trotzdem hinausgezögert hat, bedingter Vorsatz ist hierbei bereits ausreichend,<sup>168</sup> ist dieses nach § 84 Abs. 1 S. 2 GmbHG strafbewehrt. In einem Insolvenzverfahren des Geschäftsführers müsste allerdings bis zum Schlusstermin eine rechtskräftige Verurteilung erfolgt sein,<sup>169</sup> damit nach § 302 InsO die Forderung der Gesellschaft auf Ersatz des Quotenschadens oder die Forderungen der Neugläubiger auf Schadenersatz aus ihrem negativen Interesse von der späteren Restschuldbefreiung des Geschäftsführers ausgenommen ist.<sup>170</sup> Voraussetzung ist die Anmeldung der Forderung im Insolvenzverfahren (§ 174 InsO) unter Hinweis auf die den Schaden begründende deliktische Handlung des Schuldners.<sup>171</sup> Damit hätten die sogenannten Deliktsgläubiger auch die Möglichkeit nach Abschluss des Insolvenzverfahrens des (ehemaligen) Geschäftsführers in etwaiges Vermögen des selbigen zu vollstrecken, da der in Anspruch genommene von diesen Verbindlichkeiten nicht im Restschuldbefreiungsverfahren befreit wird.

Liegt eine Insolvenzverschleppung nicht vor, hat aber der Geschäftsführer nach Eintritt der Überschuldung, drohender oder vorhandener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, noch Werte beiseite geschafft, die der späteren Insolvenzmasse zugehörig gewesen wären, so stellt auch dieses eine strafbare Handlung gemäß § 283 Abs. 1 Z. 1 StGB dar. Dabei genügt die fahrlässige Unkenntnis<sup>172</sup> des Geschäftsführers über die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft und hinsichtlich der betreffenden Handlung bedingter Vorsatz.<sup>173</sup>

Da in solchen Fällen ebenfalls eine Masseschmälerung vorliegt, wird der Insolvenzverwalter den Geschäftsführer auf Zahlungsersatz an die Masse nach § 64 II GmbHG in Anspruch nehmen. Sollte zwischenzeitlich ein Verbraucherverfahren über das Vermögen des (ehemaligen) Geschäftsführers eröffnet sein, so wäre dann ebenfalls – wie zuvor schon ausgeführt – die Forderung in das Verfahren unter Hinweis auf die deliktische Handlung des Schuldners anzumelden.

Ein solches Vorgehen ist in der Praxis der Verfahrensabwicklung allerdings eher abzulehnen, denn durch die Anmeldung der aus § 64 II GmbHG resultierenden

---

<sup>168</sup> Baumbach/ Hueck/ *Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 84 Rn. 28

<sup>169</sup> Uhlenbruck/ *Vallender*, InsO, § 290 Rn. 18 ff.

<sup>170</sup> Uhlenbruck/ *Vallender*, InsO, § 302 Rn. 2 ff.

<sup>171</sup> hierzu anschaulich Wimmer/ *Henning*, HB FA InsO, S. 1421 – 1423; auch o. V. (2002) in: [http://www.inso-rechtspfleger.de/inhalt/02\\_aufsaeetze/unerl.htm](http://www.inso-rechtspfleger.de/inhalt/02_aufsaeetze/unerl.htm); Zugriffsdatum: 06.02.2006

<sup>172</sup> Tröndle/ Fischer, StGB, § 283 Rn. 34, 35

<sup>173</sup> Tröndle/ Fischer, StGB, § 283 Rn. 32

Forderungen in das Insolvenzverfahren über das Vermögen des (ehemaligen) Geschäftsführers ist das Insolvenzverfahren über die Gesellschaft mindestens so lange fortzuführen, bis das Verbraucherverfahren des (ehemaligen) Geschäftsführers beendet ist. Denn auch eine noch so geringe Quote ist dann zur Masse einzuholen und sodann unter den Gesellschaftsgläubigern erneut quotaal auszuschütten. Eine darüber hinaus bestehende Erfolgchance zur Forderungsbeitreibung mittels Pfändungsmaßnahmen nach Abschluss des Verbraucherverfahrens dürfte eher gegen null tendieren, da ein plötzlicher Vermögenszuwachs während und nach der Wohlverhaltensperiode bei dem Schuldner nicht wahrscheinlich ist.

Zudem wird es der Verwalter in dem Verfahren über die Gesellschaft wohl kaum rechtfertigen können, allein auf der Basis einer Vermutung<sup>174</sup> das Verfahren damit zu Lasten der Masse kostenpflichtig fortzuführen. Aufwand und Nutzen stehen hierbei in keiner wirtschaftlichen Relation zueinander. Darum wird der Insolvenzverwalter der GmbH zumeist die Forderung nicht in das Privatinsolvenzverfahren des Geschäftsführers anmelden.

Wenn er dies dennoch tut und er schließt sein Verfahren über die Gesellschaft vor Beendigung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des (ehemaligen) Geschäftsführers ab, weil er bestätigt bekam, dass eine Quote nicht erzielt wird, besteht, sollte wider Erwarten dennoch eine Quote gezahlt werden, die Möglichkeit der Nachtragsverteilung im bereits beendeten Insolvenzverfahren des Unternehmens (§ 203 InsO). Dieses ist allerdings äußerst selten.

Für den Neugläubiger gestaltet sich die Lage allerdings ein wenig anders. Dieser sollte eine Forderungsanmeldung in das Verfahren über das Vermögen des ehemaligen Geschäftsführers vornehmen, insbesondere wenn bereits eine rechtskräftige strafrechtliche Verurteilung des Schuldners erfolgte. Mit der rechtskräftigen Feststellung der Forderung des Gläubigers verbleiben diesem danach immerhin 30 Jahre (§ 197 Abs. 1 Z. 3, 5 BGB) für etwaige Vollstreckungs- und Pfändungsmaßnahmen zur Forderungsbefriedigung. Hierfür sei beispielhaft auf die Möglichkeit der Pfändung bei Vermögenszuwachs des Schuldners durch einen Erbfall hingewiesen (§ 852 I ZPO). Doch sollte der jeweilige Neugläubiger vor der Anmeldung seiner Forderung zur Tabelle in dem Privatinsolvenzverfahren des (ehemaligen) Geschäftsführers Aufwand

---

<sup>174</sup> Die Vermutung ist dahingehend, dass bei dem Schuldner irgendwann nicht unerhebliche Vermögenszuwächse erwartet werden.

und Nutzen gegeneinander abwägen. Denn dem Schuldner obliegt nach Forderungsanmeldung die Möglichkeit, entweder diese gegen sich gelten zu lassen oder aber ihr zu widersprechen. Der Widerspruch kann sich dabei gegen die Forderungshöhe selbst oder nur gegen die Erklärung des Gläubigers, dass es sich um eine „vorsätzlich begangene“ Tat handelt, richten.<sup>175</sup> Dann müsste aber der Neugläubiger entsprechend eine Feststellungsklage zum Eintrag in die Insolvenztabelle anstrengen, um sein Ziel der Forderungsfeststellung als Deliktsgläubiger zu erreichen.

Es gilt also sorgfältig das Prozesskostenrisiko im Verhältnis zur Forderungshöhe abzuwägen, bevor der Klageweg beschritten wird.

---

<sup>175</sup> o. V. (2002) in: [http://www.inso-rechtspfleger.de/inhalt/02\\_aufsaeetze/unerl.htm](http://www.inso-rechtspfleger.de/inhalt/02_aufsaeetze/unerl.htm);  
Zugriffdatum: 06.02.2006

#### 4. Zusammenfassung

Der Geschäftsführer einer Gesellschaft hat nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung unverzüglich, spätestens jedoch nach Ablauf von drei Wochen, gemäß § 64 I GmbHG Insolvenzantrag für die Gesellschaft zu stellen.

Unterlässt dieser die Antragstellung schuldhaft, hierbei genügt bereits die fahrlässige Unkenntnis des Eintritts von Zahlungsunfähigkeit/ Überschuldung, so hat er sich der Insolvenzverschleppung schuldig gemacht. Da § 64 I GmbHG als Schutznorm im Sinne des § 823 II BGB anerkannt ist, resultiert hieraus das Recht der Gesellschaft auf Ersatz des aus der Insolvenzverschleppung entstandenen Schadens. Der Anspruch ist gegen den Geschäftsführer persönlich oder wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind, gegen diese gesamtschuldnerisch gerichtet.

Soweit aber nach Insolvenzreife noch einzelne Gläubiger Befriedigung ihrer Forderung erlangen, wäre die Gesellschaft damit von einer Pflicht frei geworden und ihr somit auch kein Schaden entstanden.

Daher ist in § 64 II GmbHG die Haftung des Geschäftsführers verschärfend ausgestaltet und man spricht hierbei von dem Ersatz von Zahlungen, die noch nach Eintritt der Insolvenzreife von dem Geschäftsführer geleistet wurden. Hierbei kommt es nicht zwingend auf eine vorhergehende Insolvenzverschleppung an. Zweck des § 64 II GmbHG ist vielmehr die Pflicht des Geschäftsführers zur Erhaltung und Sicherung der Gesellschaftsmasse zur späteren gleichmäßigen und ranggerechten Verteilung an die Gesellschaftsgläubiger. Damit nachvollziehbar ist die Aussage des II. Zivilsenates des Bundesgerichtshofes, der in § 64 II GmbHG einen „Ersatzanspruch eigener Art“<sup>176</sup> formuliert.

Der Ersatzanspruch erstreckt sich dabei nicht nur auf Zahlungen, also ausschließlich Weggabe in Geld, sondern weitergehend auch auf Dienstleistungen oder die Eingehung weiterer Verbindlichkeiten. Dem entgegen stehen solche Handlungen des Geschäftsführers, welche ausnahmsweise nach § 64 II S. 2 GmbHG nicht zu einer Ersatzpflicht führen, wenn sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Damit verbleibt dem Organvertreter in der Krise der Gesellschaft insoweit ein Handlungsspielraum erhalten, der es ihm ermöglicht, aussichtsreiche Bemühungen der Unternehmenssanierung vorzunehmen oder aber zumindest die Gesellschaft mit ihrem verbliebenem Vermögen bestmöglich in das Insolvenzverfahren zu „überführen“.

---

<sup>176</sup> BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220; vergl. Goette, ZInsO 2005, S. 3

Die Sanktionierungen aus § 64 GmbHG verfolgen in der Krise der GmbH den Zweck, dass die Geschäftsführerentscheidungen eben nicht mehr aus Gesellschaftssicht zu treffen sind, sondern sich am Interesse der Gläubigergesamtheit zu orientieren haben. Das Begehren aller Gläubiger liegt dabei zweifellos in der größtmöglichen Schadensbegrenzung, also dem Erreichen des geringsten Forderungsausfalls. Während für die Altgläubiger einer Gesellschaft auch weiterhin die Quotenregelung im Insolvenzverfahren gilt, hat der Bundesgerichtshof mit den Urteilen vom 06.06.1994 [BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220] und vom 30.03.1998 [BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667] wesentliche Änderungen in den Ansprüchen der Neugläubiger bewirkt, denen nunmehr auch ein Ausgleich ihrer Forderung (negatives Interesse) über die Insolvenzquote hinaus zusteht. Allerdings sind die Neugläubiger im Insolvenzverfahren über die Schuldnerin nunmehr von der quotalen Befriedigung aus dem von dem Insolvenzverwalter zur Masse eingezogenen Quotenschaden ausgenommen. Diese Wandlung [aus BGHZ 138, 211] ist aus praktischen Verfahrensgründen jedoch entschieden abzulehnen. Letztendlich widerspricht dieses Urteil dem wirtschaftlichen Ziel der ökonomischen und effizienten Verfahrensabwicklung und führt im Ergebnis eher zu einer verringerten der zur Ausschüttung an die Gläubiger zur Verfügung stehenden Masse.

Hinsichtlich der Haftung eines Geschäftsführers kann abschließend festgehalten werden, dass dieser in der Krise der GmbH in der Tat einem hohen Haftungsrisiko ausgesetzt ist. Allerdings erscheint dieses Risiko aus § 64 II GmbHG vertretbar. Soweit der Geschäftsführer rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt hat und auch in Folge dessen die Pflicht der Massesicherung und Masseerhaltung befolgt hat, dürfte ihn wohl keine Ersatzpflicht von Zahlungen nach § 64 II GmbHG treffen.

Überdies ist es dem Geschäftsführer bei einer Haftungsklage jeweils einzuräumen, hinreichende Tatsachen vorzubringen, die eine Haftung ausnahmsweise (§ 64 II S. 2 GmbHG) ausschließt.