

RA Dr. Georg Streit / RA Dr. Fabian Bürk, LL.M., München

Keine Entwarnung bei der Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall

– Entwicklung der Rechtsprechung von BGH, BFH und BAG im Jahr 2007 sowie Ausblick auf das MoMiG –

I. Einleitung

Der Geschäftsführer einer GmbH ist zahlreichen Haftungsrisiken ausgesetzt. In der finanziellen Unternehmenskrise steigern sich diese in dramatischer Weise und führen bei anschließender Insolvenz der GmbH regelmäßig zur persönlichen Inanspruchnahme, wenn keine Begleitung des Managements durch spezialisierte Berater erfolgt. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick: Er skizziert kurz die Systematik der Geschäftsführerhaftung¹ und zeigt die jüngste Entwicklung der Haftungsrisiken gemäß der Rechtsprechung von BGH, BFH und BAG auf. Schwerpunkte sind dabei die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, Lohnsteuern und Insolvenzgeld sowie die Sicherung von Wertguthaben im Rahmen von Altersteilzeitverhältnissen der Arbeitnehmer. Schließlich werden die Neuorientierung der Existenzvernichtungshaftung und die zu erwartende Erweiterung der Geschäftsführerhaftung für insolvenzverursachende Zahlungen durch das MoMiG erläutert.

II. Systematik der Geschäftsführerhaftung

1. Innenhaftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH

Die Innenhaftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH gründet sich auf § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG (Allgemeine Haftung des Geschäftsführers) und § 64 Abs. 2 GmbHG (Zahlungen nach Insolvenzreife)². Die Geschäftsführer haben gem. § 43 Abs. 1 GmbHG in Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Bei Pflichtverletzungen haften sie gem. § 43 Abs. 2 GmbHG der Gesellschaft solidarisch³. Eine Ressortaufteilung der Aufgaben unter mehreren Geschäftsführern bewirkt grundsätzlich, dass die Verantwortlichkeit auf den zuständigen Geschäftsführer konzentriert wird, während sich die Pflichten der übrigen Geschäftsführer hinsichtlich der ihnen nach der Ressortaufteilung nicht zugewiesenen Aufgaben auf eine allgemeine Pflicht zur Überwachung der zuständigen Geschäftsführer reduzieren⁴. Umstritten ist, ob eine Ressortaufteilung schriftlich im Vorhinein dokumentiert sein muss, um eine haftungsentlastende Wirkung für die übrigen Geschäftsführer zu entfalten. Der BFH hat für den Bereich des Steuerrechts entschieden, dass dies erforderlich sei⁵. Jedenfalls findet die Ressortaufteilung ihre Grenzen dort, wo es um Kernbereiche zwingender Gesamtzuständigkeit geht, was insbesondere für zentrale Fragen im Rahmen einer ernsthaften Krise der Gesellschaft der Fall ist⁶. Grundsätzlich bedarf es zur Inanspruchnahme der Geschäftsführer aufgrund § 43 Abs. 2 GmbHG eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses gem. § 46 Nr. 8 GmbHG. Dies gilt jedoch nicht bei Insolvenz oder masseloser Liquidation der Gesellschaft⁷. Weitere Fälle der Innenhaftung des Geschäftsführers der Gesellschaft neben einer Inanspruchnahme gem. § 43 GmbHG sind die nachfolgend darzustellende Haftung aufgrund § 64 Abs. 2 GmbHG für Zahlungen bei Insolvenzreife⁸ nebst ihrer Erweiterung durch das MoMiG⁹ und die ebenfalls im Folgenden darzustellende Haftung bei Existenzvernichtung, die neuerdings durch den II. Zivilsenat des BGH (nur noch) auf § 826 BGB gestützt wird¹⁰.

2. Außenhaftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten

Die Außenhaftung umfasst die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers gegenüber sämtlichen Personen mit Ausnahme der Gesellschaft selbst, also insbesondere gegenüber deren Gesellschaftern und Vertragspartnern. Dabei ist zu beachten, dass die Außenhaftung in eine Innenhaftung umschlagen kann, wenn die GmbH im Außenverhältnis den Anspruchsteller befriedigt und nun intern vom Geschäftsführer Ausgleich verlangt¹¹. Sie wird vor allem relevant, wenn neben dem Geschäftsführer *nicht* gleichzeitig auch die GmbH haftet oder wenn diese insolvent ist, sodass deren Gläubiger sich in unmittelbarem Zugriff direkt an den Geschäftsführer halten¹². Bei der Außenhaftung des Geschäftsführers kann zwischen Vertragshaftung¹³, Vertrauenshaftung¹⁴ und Deliktshaftung¹⁵ unterschieden werden.

3. Insolvenzverschleppungshaftung

Bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO oder Überschuldung gem. § 19 InsO haben die Geschäftsführer ohne

Dr. Georg Streit ist Partner und Leiter der Practice Group Restructuring bei Heuking Kühn Lüer Wojtek, München, Dr. Fabian Bürk ist Mitglied dieser Practice Group. Die Autoren widmen diesen Beitrag ihrem Namenspartner Dr. Hans-Jochem Lüer, LL.M., aus Anlass seines 70. Geburtstags am 20. 3. 2008.

- 1... Gesamtdarstellung z. B. bei *Meyke*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 5. Aufl. 2007.
- 2... Zur Änderung des § 64 Abs. 2 GmbHG durch das MoMiG und der Erweiterung auf Zahlungen, welche die Insolvenz erst herbeiführen, vgl. unten unter VII.
- 3... Grundsatz der Gesamtverantwortung, vgl. *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, 2. Aufl. 2007, S. 252.
- 4... *Jula*, a.a.O. (Fn. 3), unter Verweis auf VG Frankfurt, VersR 2005 S. 57.
- 5... BFH-Beschluss vom 4. 3. 1986 – VII S 33/85, DB 1986 S. 1555 = ZIP 1986 S. 1247 (1248).
- 6... *Jula*, a.a.O. (Fn. 3), S. 254 m. V. a. die Insolvenzantragspflicht. *Meyke*, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 143, spricht von „Kardinalpflichten“.
- 7... Kein Beschlusserfordernis bei: *actio pro socio*, BGH vom 26. 5. 1982 – V ZB 17/80, WM 1982 S. 929; BGH vom 23. 7. 1969 – II ZR 272/67, WM 1969 S. 1082, str., Klage des pfändenden Gläubigers, Klage des Insolvenzverwalters sowie masselose Liquidation, vgl. BGH vom 14. 7. 2004 – VIII ZR 224/02, DB 2004 S. 2417 = WM 2004 S. 1925; *Meyke*, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 40, 44 und 50.
- 8... Vgl. sogleich unter III. 1.
- 9... Siehe unter VII.
- 10... Dazu unter VI.
- 11... *Jula*, a.a.O. (Fn. 3), S. 251.
- 12... *Jula*, a.a.O. (Fn. 3), S. 251.
- 13... Eigene vertragliche Verpflichtung des Geschäftsführers, z. B. durch Bürgschaft.
- 14... Rechtsscheinhaftung und *cic*, vgl. § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB, zur Haftung wegen Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens in der Krise vgl. BGH-Urteil vom 1. 7. 1991 – II ZR 180/90, DB 1991 S. 1765 (1767).
- 15... In der Krise selten gem. § 823 Abs. 1 BGB; vgl. aber den „Baustofffall“ BGH-Urteil vom 5. 12. 1989 – VI ZR 335/88, BGHZ 109 S. 297 = DB 1990 S. 268, häufiger gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit Schutzgesetzverletzung, z. B. § 246 StGB (Unterschlagung), § 263 StGB (Betrug), § 266 StGB (Untreue), § 266a StGB (Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung) und § 64 Abs. 1 GmbHG.

schuldhaftes Zögern, spätestens aber innerhalb von 3 Wochen gem. § 64 Abs. 1 GmbHG die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen¹⁶.

Zahlungsunfähigkeit liegt gem. § 17 Abs. 2 InsO vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Beträgt eine Liquiditätslücke weniger als 10%, so ist nach der Rechtsprechung des BGH regelmäßig noch nicht von Zahlungsunfähigkeit auszugehen¹⁷. Die Illiquidität muss zudem von gewisser Dauer sein, um eine Insolvenzantragspflicht wegen Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO auszulösen. Der BGH zieht die Grenze bei drei Wochen. Dies sei der Zeitraum, den eine kreditwürdige Person benötige, um sich die erforderlichen Mittel zu beschaffen, weswegen innerhalb dieses Zeitraums nur eine von der Zahlungsunfähigkeit abzugrenzende bloße Zahlungsstockung vorliege¹⁸. Eine Forderung ist dann i. S. des § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung gegeben ist, aus welcher sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt¹⁹. Forderungen, hinsichtlich derer sich die Gläubiger für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben, sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen, selbst wenn keine rechtlich bindende Stundungsvereinbarung getroffen worden ist²⁰. Schließlich hat der BGH auch entschieden, dass ernsthaft streitige Verbindlichkeiten bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht (voll) anzusetzen sind²¹.

Der Insolvenzgrund der Überschuldung ist gem. § 19 Abs. 2 InsO gegeben, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung ist die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Auch bei der Prüfung des Vorliegens einer Überschuldung i. S. des § 19 Abs. 2 InsO stellt sich die Frage nach der Berücksichtigung streitiger Verbindlichkeiten²². Zu kapitaleretzenden Darlehen hat der BGH entschieden, dass eine Berücksichtigung erforderlich ist, solange kein qualifizierter Rangrücktritt vereinbart wurde²³. Insofern wird sich die Rechtslage durch das MoMiG ändern²⁴.

Soweit der wegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gem. § 17 Abs. 2 InsO bzw. § 19 Abs. 2 gebotene Insolvenzantrag schuldhaft nicht innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 64 Abs. 1 GmbHG gestellt wird und damit eine Insolvenzverschleppung vorliegt, haben die Insolvenzgläubiger der GmbH einen Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG²⁵. Nach wohl h. M. begründet bereits die fahrlässige Unkenntnis von Insolvenzgründen die Haftung²⁶. An dem haftungsbegründenden Verschulden fehlt es, wenn der Geschäftsführer bei fehlender eigener Sachkunde den Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers einholt und dieser die Insolvenzantragspflicht (unzutreffenderweise) verneint²⁷.

Hinsichtlich des Haftungsumfanges ist nach der Rechtsprechung des BGH zwischen Altgläubigern und Neugläubigern zu unterscheiden²⁸. Altgläubiger sind Gläubiger, die bereits zum Zeitpunkt, zu dem der Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen, Gläubiger der Gesellschaft waren, während Neugläubiger ihre Forderung gegen die insolvente Gesellschaft erst nach Eintritt der Insolvenzreife erworben haben²⁹. Alt- wie auch Neugläubiger können verlangen, so gestellt zu werden, wie sie stünden, wenn der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt worden wäre. Dabei haben die Altgläubiger Anspruch auf den sogenannten Quotenschaden³⁰, während die Neugläubiger ihr vollständiges negatives Interesse als Schadensersatz verlangen können. Dieser Schadensersatzanspruch ist nicht um den Wert des Anspruchs auf Zahlung der Insolvenzquote zu kürzen³¹. Auch eine Kürzung des Schadensersatzanspruchs um einen durch den Neugläubiger während der Insolvenzverschleppung noch auf Altforderungen

erhaltenen Betrag erfolgt nach der Rechtsprechung des BGH nicht³². Im Gegensatz zu den Ansprüchen der Altgläubiger auf Ersatz des Quotenschadens, der als sogenannter Gesamtschaden nach § 92 InsO durch den Insolvenzverwalter geltend zu machen ist, sind die Neugläubiger in Bezug auf ihren Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens prozessführungsbefugt³³.

- 16... Die Insolvenzantragspflicht, die sich insbesondere auch in §§ 130a, 177a HGB sowie § 92 Abs. 2 AktG und im Übrigen in weiteren Spezialgesetzen zu den einzelnen Rechtsformen findet, wird zukünftig nach Inkrafttreten des MoMiG rechtsformübergreifend in § 15a InsO geregelt sein. Vgl. dazu z. B. *Poeritzgen*, NZI 2008 S. 109 (110 f.). Es handelt sich um eine Maximalfrist, die nur bei Rettungsaussichten ausgeschöpft werden darf, vgl. BGH-Urteil vom 2. 10. 2000 – II ZR 164/99, DStR 2001 S. 1537, m. Anm. *Goette*.
 - 17... Etwas anderes soll nur gelten, wenn bereits absehbar ist, dass die 10%-Marke demnächst überschritten wird, vgl. BGH-Urteil vom 24. 5. 2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163 S. 134 = DB 2005 S. 1787 = ZInsO 2005 S. 807.
 - 18... BGH vom 24. 5. 2005, a.a.O. (Fn. 17), hierzu z. B. *Knolle/Tetzlaff*, ZInsO 2005 S. 897 ff. sowie *Kamm/Köchling*, ZInsO 2006 S. 732 ff.
 - 19... BGH Urteil vom 19. 7. 2007 – IX ZB 36/07, ZInsO 2007 S. 939 (941) unter Verweis auf die Begründung zum RegE der InsO in BT-Drucks. 12/2443 S. 114. Die Übersendung einer Rechnung ist aber ausreichend, eine Mahnung ist nicht erforderlich.
 - 20... BGH vom 19. 7. 2007, a.a.O. (Fn. 19).
 - 21... Vgl. BGH-Beschluss vom 14. 12. 2005 – IX ZB 207/04, NJW-RR 2006 S. 1061 mit Verweis auf Urteil vom 8. 4. 1992 – 10 RaR 4/91, ZIP 1992 S. 947 und vom 5. 8. 2002 – XI ZB 51/02, ZIP 2002 S. 1695.
 - 22... Vgl. *Uhlenbruck*, ZInsO 2006 S. 338 ff. sowie *Schmidt/Roth*, ZInsO 2006 S. 236 ff. Richtig dürfte sein, ernsthaft streitige Verbindlichkeiten selbst bei Vorliegen aus Sicht der Gesellschaft ungünstiger erstinstanzlicher Entscheidungen dann nicht im Überschuldungsstatus (und bei der Illiquiditätsprüfung) zu berücksichtigen, wenn ein aussichtsreiches Rechtsmittel gegeben ist.
 - 23... BGH-Urteil vom 8. 1. 2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146 S. 264 = DB 2001 S. 373 = ZInsO 2001 S. 260.
 - 24... Vgl. § 19 Abs. 2 Satz 3 InsO in der Fassung des Reg-E des MoMiG in Verbindung mit § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO in der Fassung des Reg-E MoMiG: „Forderung auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen, die in einem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 berichtet werden, sind nicht in den Verbindlichkeiten zu berücksichtigen“.
 - 25... § 64 Abs. 1 GmbHG ist Schutzgesetz gem. § 823 Abs. 2 BGB, vgl. BGH-Urteil vom 16. 12. 1958 – VI ZR 245/57, BGHZ 29 S. 100 (106) = DB 1959 S. 230; vom 9. 7. 1979 – II ZR 118/77, BGHZ 75 S. 96 (100) = DB 1979 S. 1549, 1689; vom 11. 11. 1955 – I ZR 157/53, BGHZ 19 S. 23 = DB 1956 S. 134.
 - 26... Vgl. BGH-Urteil vom 29. 11. 1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143 S. 184 = DB 2000 S. 269 = ZIP 2000 S. 184 („Erkennbare“ Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, die Beweislast hat der Geschäftsführer).
 - 27... Vgl. BGH-Urteil vom 14. 5. 2007 – II ZR 48/06, DB 2007 S. 1455 = ZInsO 2007 S. 660 = NJW 2007 S. 2118 = ZIP 2007 S. 1265 = DStR 2007 S. 1174, m. Anm. *Goette* = *EwiR* 2007 S. 459 (*Henkel/Mock*). Voraussetzung: Der Geschäftsführer informiert den eingeschalteten Berater vollständig und zutreffend.
 - 28... Vgl. BGH-Urteil vom 6. 6. 1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126 S. 181 = DB 1994 S. 1608 mit einer Neudefinition der Schutzrichtung der Insolvenzantragspflicht. Siehe auch BGH vom 2. 10. 2000, a.a.O. (Fn. 16), m. Anm. *Goette*.
 - 29... Zur Abgrenzung vgl. BGH-Urteil vom 5. 2. 2007 – II ZR 234/05, BGHZ 171 S. 46 = DB 2007 S. 790 = ZInsO 2007 S. 376: Neugläubigereigenschaft bei Inanspruchnahme einer vorher eingeräumten Kreditlinie nach Insolvenzreife.
 - 30... Differenz zwischen den tatsächlichen Ausschüttungen aus der Insolvenzmasse und den (höheren) hypothetischen Ausschüttungen bei rechtzeitiger Antragstellung, vgl. *Jula*, a.a.O. (Fn. 3), S. 323.
 - 31... Allerdings ist dieser Anspruch Zug um Zug gegen Erfüllung des Schadensersatzanspruchs des Neugläubigers gegen den Geschäftsführer an diesen abzutreten, vgl. BGH vom 5. 2. 2007, a.a.O. (Fn. 29).
 - 32... BGH-Urteil vom 12. 3. 2007 – II ZR 315/05, DB 2007 S. 1184 = ZInsO 2007 S. 543.
- (Fußnote 33 auf S. 744)

III. Geschäftsführerhaftung im Spannungsfeld zwischen Zahlungsverbot und öffentlich-rechtlichen Zahlungspflichten

1. Zahlungsverbot und Haftung des Geschäftsführers gem. § 64 Abs. 2 GmbHG

Die Haftung wegen Masseschmälerung gem. § 64 Abs. 2 GmbHG ist als eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft bzw. der Insolvenzmasse der GmbH ausgestaltet. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, der Gesellschaft Ersatz für Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung zu leisten³⁴. Eine Ausnahme gilt nur für Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind³⁵. Die Systematik des § 64 Abs. 2 GmbHG mit der Anordnung der Ersatzpflicht in Satz 1 und der Statuierung einer Ausnahme in Satz 2 zeigt, dass grundsätzlich nach Insolvenzzreife jegliche Zahlungen verboten sind und der Geschäftsführer für das Vorliegen einer Ausnahme von der Ersatzpflicht gem. § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG aufgrund Vereinbarkeit von Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes darlegungs- und beweisbelastet ist³⁶. Der Begriff der „Zahlung“ in § 64 Abs. 2 GmbHG wird durch die Rechtsprechung weit ausgelegt. Eine Ersatzpflicht des Geschäftsführers wurde daher z. B. bei Einzug von Kundenschecks auf ein debitorisches Bankkonto ebenso angenommen³⁷ wie bei Zahlungen von Schuldner der insolvenzreifen Gesellschaft auf ein debitorisches Bankkonto der GmbH³⁸. Schließlich wurde auch der unterlassene Widerspruch des Geschäftsführers gegen Lastschriften als Verstoß gegen das Zahlungsverbot angesehen³⁹. Der Geschäftsführer hat dafür zu sorgen, dass Zahlungen von Gesellschaftsschuldner nicht auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft erfolgen⁴⁰. Selbst wenn ein Dritter die von der GmbH an einen Gläubiger gezahlten Mittel mit einer entsprechenden Zweckbindung zur Verfügung gestellt hat, steht dies der Haftung des Geschäftsführers gem. § 64 Abs. 2 GmbHG nicht entgegen⁴¹.

Immerhin hat der Geschäftsführer einen Erstattungsanspruch gegenüber der Insolvenzmasse im Umfang der hypothetischen Quote des durch die verbotene Zahlung befriedigten Gläubigers, der im Urteil in Form eines von Amts wegen aufzunehmenden Vorbehalts zu berücksichtigen ist⁴². Zudem ist dem Geschäftsführer, ggf. Zug um Zug gegen Ersatzleistung an die Insolvenzmasse, ein eventueller Anfechtungsanspruch gegen den Zahlungsempfänger gem. §§ 129 InsO abzutreten⁴³. Schließlich ist zu beachten, dass die Haftung gem. § 64 GmbHG durch das MoMiG auf insolvenzverursachende Zahlungen ausgeweitet wird⁴⁴.

2. Öffentlich-rechtliche Zahlungspflichten

a) Pflicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, Strafbarkeit gem. § 266a StGB

Gem. § 266a StGB ist die Vorenthaltung von Beiträgen des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich Arbeitsförderung gegenüber der Einzugsstelle strafbar. Dies betrifft nur die Nichtzahlung von *Arbeitnehmeranteilen* zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag. Die Nichtzahlung von *Arbeitgeberanteilen* ist straflos. Da die Pflicht zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge unabhängig davon besteht, ob tatsächlich ein Arbeitsentgelt ausbezahlt wird oder nicht, greift § 266a StGB auch dann ein, wenn keine Löhne und Gehälter mehr ausgezahlt werden.

Der Tatbestand des § 266a StGB ist bereits dann erfüllt, wenn die Zahlung nicht pünktlich erfolgt⁴⁵. Wenn der Gesamtsozialversicherungsbeitrag (Arbeitnehmerbeiträge und Arbeitgeberbeiträge) nicht mehr pünktlich gezahlt werden kann, in gewissen Umfang aber Liquidität noch vorhanden ist⁴⁶, sollte daher darauf geachtet werden, dass die *Arbeitnehmerbeiträge* bezahlt werden. Tilgungsbestimmungen sind möglich. In § 4 Satz 1 der Beitragsverfahrensordnung ist geregelt, dass der Arbeitgeber hinsichtlich

der Beiträge bestimmen kann, dass vorrangig die Arbeitnehmeranteile getilgt werden sollen⁴⁷. Trifft der Arbeitgeber keine Bestimmung, werden die Schulden in der genannten Reihenfolge getilgt⁴⁸. Innerhalb der gleichen Schuldenart werden die einzelnen Schulden nach ihrer Fälligkeit, bei gleichzeitiger Fälligkeit anteilmäßig getilgt⁴⁹. Demnach ist es von großer Bedeutung, dass eine ausdrückliche Tilgungsbestimmung zugunsten der Zahlung von Arbeitnehmerbeiträgen zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag erfolgt, wenn eine vollständige Zahlung nicht mehr vorgenommen wird. In der Krisenberatung sollten Geschäftsführer ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass die Sozialversicherungsbeiträge auch bei Nichtzahlung bzw. gekürzter und verspäteter Zahlung von Löhnen und Gehältern in Bezug auf die *Arbeitnehmeranteile* ungekürzt und pünktlich zu bezahlen sind, um eine Strafbarkeit gem. § 266a StGB zu vermeiden.

Da § 266a StGB Schutzgesetz gem. § 823 Abs. 2 BGB ist, haftet der Geschäftsführer persönlich wegen Vorenthaltens der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung, wenn diese bei Fälligkeit nicht abgeführt werden. Schließlich ist wichtig, dass die in der Praxis verbreitete Duldung verspäteter Zahlungen durch die Sozialversicherungsträger nicht mit einer die Fälligkeit und damit die Tatbestandsmäßigkeit unpünktlicher Zahlungen beseitigenden Stundung gleichzusetzen ist. Entsprechendes gilt für einen Vollstreckungsaufschub. Der Geschäftsführer ist daher zur Vermeidung einer Strafbarkeit gem. § 266a StGB und einer Haftung auf Schadensersatz gehalten, die *Arbeitnehmerbeiträge* zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag pünktlich und unabhängig davon, ob noch Löhne und Gehälter gezahlt werden, an den Sozialversicherungsträger abzuführen. Dies wiederum steht im Widerspruch zu dem Verbot von Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzzreife gem. § 64 Abs. 2 GmbHG.

b) Steuerrechtliche Pflichten und Haftung gem. §§ 34, 69 AO

Eine ähnliche Problematik wie bei § 266a StGB stellt sich im Zusammenhang mit den steuerlichen Pflichten des Geschäftsführers. Gemäß § 34 AO hat dieser als gesetzlicher Vertreter der GmbH deren steuerliche Pflichten zu erfüllen und insbesondere dafür zu sorgen, dass die Steuern aus den Mitteln der GmbH ent-

33... BGH-Urteil vom 30. 3. 1998 – II ZR 146/96, BGHZ 138 S. 211 = DB 1998 S. 978; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, 2. Aufl. 2008, Rdn. 737.

34... Vgl. insgesamt zu § 64 Abs. 2 GmbHG *Bitter*, WM 2001 S. 666 ff.

35... Entsprechende Regelungen enthalten §§ 92 Abs. 3, 93 AktG sowie §§ 177a, 130a HGB.

36... Vgl. BGH-Urteil vom 5. 2. 2007 – II ZR 51/06, DB 2007 S. 1689.

37... BGH-Urteil vom 29. 11. 1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143 S. 184 = DB 2000 S. 269 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.01 (*Bitter*).

38... BGH-Urteil vom 26. 3. 2007 – II ZR 310/05, DB 2007 S. 1186 = ZInsO 2007 S. 542.

39... LG Köln, Entscheidung vom 12. 7. 1989 – 9 S 43/89, WM 1990 S. 411.

40... BGH vom 26. 3. 2007, a.a.O. (Fn. 38).

41... BGH-Beschluss vom 10. 4. 2003 – IX ZB 586/02, ZIP 2003 S. 1005 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.03 (*Bitter*).

42... BGH-Urteil vom 11. 7. 2005 – II ZR 235/03, DB 2005 S. 1897 = ZInsO 2005 S. 878 = ZIP 2005 S. 1550.

43... Vgl. OLG Oldenburg, Entscheidung vom 10. 5. 2004 – 15 U 13/04, ZInsO 2004 S. 984.

44... Vgl. hierzu sogleich unter VII.

45... Fälligkeit gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV: Zahlung in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag des Monats, in dem die Beschäftigung oder Tätigkeit, mit der das Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erzielt wird, ausgeübt worden ist.

46... Bei gänzlicher Unmöglichkeit der Zahlung greift keine Strafbarkeit ein, vgl. BGH-Urteil vom 18. 1. 2007 – IX ZR 176/05, ZInsO 2007 S. 265.

47... BVV vom 3. 5. 2006 (BGBl. I S. 1138), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 12. 6. 2007 (BGBl. I S. 1034).

48... § 4 Satz 2 BVV.

49... § 4 Satz 3 BVV.

richtet werden. Soweit Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt bzw. Steuervergütung oder Steuererstattungen ohne rechtlichen Grund gezahlt werden, haften Geschäftsführer dem Fiskus gemäß § 69 AO. Dies betrifft grundsätzlich alle Steuern. In der Praxis werden jedoch meist allein Lohnsteuer und Umsatzsteuer für die Haftung relevant. Diese Steuern fallen im laufenden Geschäftsbetrieb unabhängig von der Krise bzw. einer Insolvenzreife an und werden dann häufig nicht mehr abgeführt. Der Freistellungsanspruch des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft ist in dieser Situation wertlos. Da die Finanzämter ohne weiteres Haftungsbescheide im Fall des Vorliegens der Voraussetzungen des § 69 AO gegen den Geschäftsführer erlassen können, droht diesem bei der Nichterfüllung von Steuerschulden durch die GmbH eine rasche Vollstreckung des Fiskus in sein Privatvermögen. Die Sperrwirkung des § 93 InsO hindert das Finanzamt dabei nach der Rechtsprechung des BFH nicht am Erlass eines Haftungsbescheides gegen den Geschäftsführer gemäß §§ 34, 69 AO⁵⁰.

Eine Berufung des Geschäftsführers auf das Fehlen ausreichender Mittel zur Tilgung der Steuerverbindlichkeiten der GmbH aus deren Vermögen greift entsprechend dem Grundsatz der anteiligen Tilgung⁵¹ nur ein, wenn der Steuergläubiger mindestens in dem Umfang anteilig befriedigt wurde, wie die übrigen Gläubiger in ihrer Gesamtheit. Dabei ist hinsichtlich der Umsatzsteuer zu erwähnen, dass die Nichtzahlung von Umsatzsteuer gemäß § 26b UStG auch bußgeldrechtlich sanktioniert ist. Besonderheiten gelten auch in Bezug auf die Lohnsteuer. Hier soll der Grundsatz der anteiligen Tilgung nicht gelten. Statt dessen sollen Lohnsteuerschulden vorrangig und im gleichen Verhältnis wie die Nettolöhne zu bedienen sein⁵². Der Steuergläubiger ist mindestens in dem Umfang anteilig zu befriedigen, wie die übrigen Gläubiger im Durchschnitt und er hat dabei Zahlungen mindestens in dem Umfang anteilig zu erhalten, wie die Nettobezüge der Arbeitnehmer gezahlt werden⁵³. Stehen dem Geschäftsführer keine ausreichenden Mittel zur Verfügung, um sowohl die Nettolöhne auszuzahlen, als auch die Lohnsteuer abzuführen, so hat er nach der Rechtsprechung des BFH die Nettolöhne anteilig zu kürzen, um die Abführung der anteiligen Lohnsteuer zu ermöglichen⁵⁴. Die Lohnsteuerhaftung ist in der Praxis äußerst streng. Selbst wenn ein Geschäftsführer die Nettolöhne aus privaten Mitteln für die GmbH gezahlt hat, soll er für die Lohnsteuer in einer der Zahlung an die Arbeitnehmer anteilig entsprechenden Höhe haften⁵⁵. Schließlich ist anzumerken, dass die Gefährdung von Abzugssteuern wie der Lohnsteuer gemäß § 380 AO in Verbindung mit §§ 38, Abs. 3, 41a Abs. 1 EStG als Ordnungswidrigkeit bußgeldbewehrt ist⁵⁶.

Auch hinsichtlich der Zahlung von Lohnsteuern, die grundsätzlich jeweils zum 10. des Folgemonats fällig werden, ergibt sich damit für den Geschäftsführer bei Eintritt der Insolvenzreife die bereits oben hinsichtlich der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag und ihrer Strafbewehrung gemäß § 266a StGB aufgezeigte Problematik. Die Zahlung ist zur Vermeidung einer Haftung und einer evtl. Strafbarkeit bzw. Ordnungswidrigkeit erforderlich, kollidiert aber mit dem Zahlungsverbot gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG und der hieraus ebenfalls resultierenden Folge einer Haftung gegenüber der Gesellschaft bzw. ihrer Insolvenzmasse.

3. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verhältnis von § 64 Abs. 2 GmbHG, § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

Der II. Zivilsenat des BGH hatte eine Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG bei Abführung der Arbeitnehmer-

anteile zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag durch den Geschäftsführer bejaht, da § 266a StGB in der Insolvenz keinen Vorrang der Ansprüche der Sozialversicherungsträger begründet⁵⁷. Der 5. Strafsenat des BGH war dem entgegengetreten und hatte entschieden, dass der Grundsatz der Massesicherung gem. § 64 Abs. 2 GmbHG die Strafbarkeit nach § 266a StGB nicht berühre, wenn der Insolvenzantrag pflichtwidrig nicht gestellt werde⁵⁸. Der BFH hat sich in einer Entscheidung vom 27. 2. 2007 der Rechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH aus dem Jahr 2003⁵⁹ angeschlossen und entschieden, dass die Massesicherungspflicht gem. § 64 Abs. 2 GmbHG die Haftung des Geschäftsführers gem. § 69 AO nur in dem 3-Wochen-Zeitraum des § 64 Abs. 1 GmbHG ausschließe⁶⁰. Zudem hat der BFH jüngst entschieden, dass eine im Fall hypothetischer Zahlung der nicht abgeführten Lohnsteuer erfolgende Insolvenzanfechtung der Haftung des Geschäftsführers nach § 69 AO nicht entgegenstehe⁶¹. Diese Rechtsprechung stand ebenfalls im Widerspruch zu der Judikatur des BGH zur Berücksichtigungsfähigkeit der Anfechtbarkeit hypothetischer Zahlungen an die Sozialversicherungsträger im Rahmen der Haftung des Geschäftsführers gem. § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266a StGB⁶².

Die daher in erheblichem Umfang bestehenden Widersprüche in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Massesicherungspflicht einerseits und den Abführungspflichten in Bezug auf Lohnsteuern und Arbeitnehmeranteile zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag andererseits wurden

50... BFH-Beschluss vom 2. 11. 2001 – VII B 155/01, ZInsO 2002 S. 126 = ZIP 2002 S. 179, siehe auch vom 4. 7. 2002 – IX ZR 265/01, BGHZ 151 S. 245 = DB 2002 S. 2098 = ZInsO 2002 S. 764.

51... Vgl. BFH-Urteil vom 20. 7. 1988 – I R 104/83, BFH/NV 1989 S. 478, 4. Leitsatz: „Reichen dagegen liquide Mittel nicht zur Tilgung aller Schulden aus, so sind die Steuerschulden grundsätzlich in dem selben Verhältnis zu tilgen, wie die übrigen Schulden. In solchen Fällen kann jedoch die den Steuergläubigern gegenüber bestehende Verpflichtung verletzt werden, wenn andere Gläubiger vor Fälligkeit der einzelnen Steuerschulden vorweg befriedigt werden und damit eine verhältnismäßige Tilgung der gesamten Schulden unterbleibt.“

52... Vgl. *Jula*, a.a.O. (Fn. 3), S. 340.

53... *Bauer*, a.a.O. (Fn. 33), Rdn. 767, mit Verweis auf FG Köln, Urteil vom 12. 9. 2005 – 8 K 5677/01, ZIP 2006 S. 471 = GmbHR 2006 S. 49.

54... BFH-Beschluss vom 9. 1. 1996 – VII B 189/95, BFH/NV 1996 S. 589, 1. Leitsatz: „Bei zur vollständigen Begleichung der Löhne unzureichenden Zahlungsmitteln ist ein GmbH-Geschäftsführer verpflichtet, die Löhne in einem Umfang zu kürzen, der eine gleichmäßige Befriedigung der Arbeitnehmer hinsichtlich des Lohnes und des Finanzamtes hinsichtlich der auf die gekürzten Löhne entfallenden Lohnsteuer sicherstellt.“

55... Vgl. BFH-Urteil vom 22. 11. 2005 – VII R 21/05, BFH/NV 2006 S. 652 = DStR 2006 S. 181.

56... Maximale Bußgeldhöhe: 25.000 €.

57... BGH-Urteil vom 18. 4. 2005 – II ZR 61/03, DB 2005 S. 1321 = ZIP 2005 S. 1026 = ZInsO 2005 S. 650.

58... BGH-Urteil vom 9. 8. 2005 – 5 StR 67/05, DB 2005 S. 2516 = NJW 2005 S. 3650, vgl. bereits vom 30. 7. 2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48 S. 307 = ZInsO 2004 S. 39 = NJW 2003 S. 3787, nur während des Laufs der Antragsfrist sei die Nichtzahlung nicht strafbar; aus der Literatur siehe zum Problem z. B. *Rieger*, NZI 2004 S. 370; *Bauer*, ZInsO 2004 S. 645.

59... BGH vom 30. 7. 2003, a.a.O. (Fn. 59).

60... BFH-Urteil vom 27. 2. 2007 – VII R 67/05, DB 2007 S. 2122 = ZIP 2007 S. 1604.

61... BFH-Urteil vom 5. 6. 2007 – VII R 65/05, DB 2007 S. 2072 = ZIP 2007 S. 1856 = DStR 2007 S. 1722, vgl. bereits für den Fall der Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse Entscheidung vom 23. 4. 2007 – VII B 92/06, ZInsO 2007 S. 945 = ZIP 2007 S. 1659; siehe bereits vom 27. 2. 2007, a.a.O. (Fn. 61); zur gegebenen Anfechtbarkeit von Steuerzahlungen innerhalb der letzten drei Monate vor dem Insolvenzantrag vgl. *Kayser*, ZIP 2007 S. 49 ff.

62... Vgl. BGH-Urteil vom 14. 11. 2000 – VI ZR 149/99, DB 2001 S. 526 = ZInsO 2001 S. 225 = ZIP 2001 S. 80; ebenso vom 18. 4. 2005, a.a.O. (Fn. 58).

schließlich am 14. 5. 2007 durch den II. Zivilsenat des BGH jedenfalls teilweise gelöst⁶³. Dieser nimmt nunmehr eine Vereinbarkeit der Zahlungen von Arbeitnehmeranteilen zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag und von Lohnsteuern mit § 64 Abs. 2 GmbHG an und begründet dies mit der Einheit der Rechtsordnung. Dabei wird darauf verwiesen, dass es für den Geschäftsführer unzumutbar sei, sich durch die Beachtung des Massesicherungsgebots strafbar zu machen. Die Abführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung und von Lohnsteuer sei daher mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gem. § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG vereinbar⁶⁴. Dieses von dem II. Zivilsenat des BGH mit spürbarem Unbehagen unter Darstellung der Argumente für seine vorherige abweichende Auffassung und mit nur kurzer Begründung durch den Hinweis auf die Einheit der Rechtsordnung abgefasste Urteil ist vom Ergebnis her aus Sicht der Sanierungspraxis eindeutig zu begrüßen⁶⁵. Der Hinweis auf die Unzumutbarkeit der Beachtung des Massesicherungsgebots wegen der daraus folgenden Strafbarkeit überzeugt indes im Hinblick auf die allein bußgeldbewehrte Pflicht zur Zahlung von Lohnsteuern nicht unbedingt⁶⁶. Hier muss man zumindest ein „weites Strafrechtsverständnis“ zugrunde legen, um diesem Ansatz zu folgen⁶⁷.

4. Abführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung und Lohnsteuern während der 3-Wochen-Frist?

Aufgrund ihrer ausdrücklichen Erwähnung durch den II. Zivilsenat des BGH im ersten Leitsatz der Entscheidung vom 14. 5. 2007 bleiben unseres Erachtens keine Zweifel mehr daran, dass Lohnsteuerzahlungen im Rahmen der Haftung gem. § 64 Abs. 2 GmbHG privilegiert sind, obwohl insoweit bei Nichtzahlung keine strafrechtliche Verfolgung (auf die der II. Zivilsenat zur Begründung der Privilegierung abstellte) sondern nur eine Ordnungswidrigkeit droht. Ungeklärt ist aber, ob innerhalb des Laufs der 3-Wochen-Frist⁶⁸ das Massesicherungsgebot des § 64 Abs. 2 GmbHG hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung und Lohnsteuern beachtet werden muss. Vor dem Hintergrund der Begründung des II. Zivilsenats unter Hinweis auf die Unzumutbarkeit des Risikos einer Strafbarkeit durch Beachtung des Massesicherungsgebots muss man dies wohl annehmen⁶⁹, weil sowohl der 5. Strafsenat des BGH als auch der BFH in ihren Entscheidungen die Beachtlichkeit des Massesicherungsgebots innerhalb der 3-Wochen-Frist bisher angenommen haben und eine Strafbarkeit bzw. Haftung des Geschäftsführers hinsichtlich der Nichtabführung von Arbeitnehmeranteilen zum Sozialversicherungsbeitrag bzw. Lohnsteuern in diesem Zeitraum verneinten⁷⁰.

Es erscheint allerdings unbefriedigend, wenn der Geschäftsführer bei Zahlung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung und Lohnsteuern innerhalb der 3-Wochen-Frist gem. § 64 Abs. 2 GmbHG haften soll, während er für nach Ablauf dieses Zeitraums vorgenommene entsprechende Zahlungen nicht mehr haftet, weil ihm ohne diese Zahlungen dann gem. der Rechtsprechung des 5. Strafsenats und des BFH eine Strafbarkeit bzw. Haftung droht. Andererseits kann es auch kaum überzeugen, wenn § 64 Abs. 2 GmbHG während des Laufs der 3-Wochen-Frist nicht eingreifen soll, obwohl dem Geschäftsführer bei Beachtung der Massesicherungspflicht aufgrund der Nichtabführung von Lohnsteuern und Arbeitnehmeranteilen zum Sozialversicherungsbeitrag nach der Rechtsprechung des 5. Strafsenats und des BFH keine Nachteile drohen. Diese Problematik dadurch zu lösen, dass nunmehr schlicht die durch den 5. Strafsenat und den BFH wenigstens für die 3-Wochen-Frist anerkannte Priorität der Massesicherungspflicht beseitigt wird⁷¹, erscheint ebenfalls nicht überzeugend.

Im Ergebnis wird man allein schon wegen der Schwierigkeiten hinsichtlich der genauen Bestimmung des Beginns des Laufs der 3-Wochen-Frist dem Geschäftsführer, gerade auch vor dem Hintergrund der Unsicherheit der Entwicklung der Rechtsprechung zu diesem Punkt, raten müssen, die Zahlung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung und von Lohnsteuern vorzunehmen, auch wenn diese möglicherweise noch oder schon innerhalb der 3-Wochen-Frist erfolgt. Den entsprechenden Ratsschlag wird der Berater dadurch flankieren, dass eine Offenlegung der Problematik vor der Zahlung gegenüber deren Empfänger erfolgt. Der Geschäftsführer sollte vor der Überweisung klarstellen, dass Zahlung allein auf die Arbeitnehmeranteile erfolgt, nicht auch auf Arbeitgeberanteile. So kann ggf. nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine erfolgreiche Anfechtung durch den Insolvenzverwalter erfolgen, um die entsprechenden Beträge für die Insolvenzmasse und damit die Gläubigergemeinschaft zurückzuholen. Dadurch kann möglicherweise eine Schmälerung der Insolvenzmasse letztlich ausgeglichen und somit eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers gem. § 64 Abs. 2 GmbHG, die hinsichtlich derartiger Zahlungen zumindest während des Laufs der 3-Wochen-Frist immer noch möglich erscheint, vermieden werden⁷². Im Zusammenhang mit der Anfechtung ist allerdings zu beachten, dass § 28e SGB IV nunmehr auszugsweise folgenden Wortlaut hat: „Den Gesamtsozialversicherungsbeitrag hat der Arbeitgeber zu zahlen. Die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags gilt als aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht. [. . .]“ Mit dieser Fiktion einer Zahlung des Arbeitnehmeranteils zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag aus dem Vermögen des Arbeitnehmers soll ersichtlich einer Anfechtung durch den Insolvenzverwalter entgegengewirkt werden, um die Sozialversicherungsträger zulasten der übrigen Gläubiger und des Gebots der Gläubigergleichbehandlung zu bevorzugen⁷³.

IV. Haftung des Geschäftsführers bei fehlender Wertsicherung von Wertguthaben aus Altersteilzeit

1. Altersteilzeit im Blockmodell, Insolvenzrisiko

Altersteilzeit dient nach dem Willen des Gesetzgebers dazu, älteren Arbeitnehmern einen gleitenden Übergang vom Erwerbsleben in die Altersrente zu ermöglichen⁷⁴. Häufig wird indes das sogenannte Blockmodell praktiziert, indem die Altersteilzeit in

63... BGH vom 14. 5. 2007, a.a.O. (Fn. 27).

64... BGH vom 14. 5. 2007, a.a.O. (Fn. 27).

65... Vgl. Heeg, DStR 2007 S. 2134 (2138).

66... Vgl. Beck, ZInsO 2007 S. 1233 (1237 f.).

67... So Rönna, JZ 2008 S. 46. Gewisse Zweifel an der Reichweite der revidierten Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH hat daher Heeg, DStR 2007 S. 2134 (2138).

68... Zur Problematik bei sofortiger Antragspflicht ohne Möglichkeit der Ausschöpfung der 3-Wochen-Frist vgl. Heeg, DStR 2007 S. 2134 (2139).

69... Ebenso Beck, ZInsO 2007 S. 1233 (1238), der dies begrüßt.

70... BGH-Urteil vom 28. 5. 2002 – 5 StR 16/02, NJW 2002 S. 2480; vom 30. 7. 2003, a.a.O. (Fn. 58); vom 9. 8. 2005, a.a.O. (Fn. 58); BFH vom 27. 2. 2007, a.a.O. (Fn. 60); vom 4. 7. 2007 – VII B 268/06, BFH/NV 2007 S. 2059; vom 19. 9. 2007 – VII R 39/05, BFH/NV 2008 S. 18.

71... So Bittmann, wistra 2007 S. 406.

72... Zum Verhältnis von § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zur Insolvenzanfechtung vgl. Bauer, a.a.O. (Fn. 33), mit Verweis auf OLG Oldenburg vom 10. 5. 2004, a.a.O. (Fn. 43); Zug um Zug Verurteilung (Abtretung des Anspruchs aus § 143 InsO, siehe aber OLG Hamm, Urteil vom 25. 1. 1993 – 8 U 250/91, GmbHR 1993 S. 584 (585): vorrangige Inanspruchnahme des Zahlungsempfängers.

73... Vgl. zu Recht kritisch zu dieser „schleichenden Wiedereinführung von Insolvenzvorräten“ Bauer, ZInsO 2008 S. 119 (125); ebenso Blank, ZInsO 2008 S. 1 (4).

74... § 1 Abs. 1 AltZG.

zwei gleich lange Beschäftigungsphasen aufgeteilt wird, die Arbeitsphase und die Freistellungsphase. Während der Arbeitsphase arbeitet der Arbeitnehmer unverändert weiter, erhält aber nur eine geringere Vergütung. In der Freistellungsphase wird dann eine entsprechend höhere Vergütung gezahlt. Diese ist in der Arbeitsphase verdient, wird aber erst in der Freistellungsphase fällig⁷⁵. Im Rahmen von Altersteilzeit-Arbeitsverhältnissen im Blockmodell leistet der Arbeitnehmer also zunächst vor. Die zunächst im Verhältnis zu der geleisteten Arbeit „zu geringen Zahlungen“ werden durch ein Wertguthaben aus Altersteilzeit ausgeglichen. Dabei handelt es sich um einen Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, für den zwar eine Rückstellung zu bilden ist, der aber in der Insolvenz des Arbeitgebers ohne zusätzliche Maßnahmen nur eine einfache Insolvenzforderung begründet⁷⁶. Die Problematik des Insolvenzrisikos hat auch der Gesetzgeber insofern erkannt und geregelt⁷⁷, als dass die Vertragsparteien eines Altersteilzeitverhältnisses im Rahmen ihrer Vereinbarung nach § 7 Abs. 1a SGB IV „Vorkehrungen [treffen], die der Erfüllung der Wertguthaben einschließlich des auf sie entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers dienen“, soweit ein Anspruch auf Insolvenzgeld nicht besteht und das Wertguthaben eine gewisse Größenordnung⁷⁸ übersteigt. Diese Regelung ist dahingehend kritisiert worden, dass sie keinen ausreichenden Schutz der Arbeitnehmer in Altersteilzeit für den Fall einer Insolvenz ihres Arbeitgebers begründe⁷⁹.

Zum 1. 7. 2004 ist sodann vor dem Hintergrund dieser Kritik im Rahmen des 3. Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. 12. 2003⁸⁰ mit Wirkung ab 1. 7. 2004 § 8a AltTZG in das Altersteilzeitgesetz eingefügt worden. Seitdem ist der Arbeitgeber verpflichtet, Wertguthaben einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag mit der ersten Gutschrift in geeigneter Weise gegen das Risiko seiner Zahlungsunfähigkeit abzusichern. Der Arbeitnehmer in Altersteilzeit hat zudem einen Anspruch auf Sicherheitsleistung, soweit der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zum Nachweis der Sicherungsmaßnahmen nicht nachkommt oder seine Maßnahmen nicht geeignet erscheinen⁸¹. In der Insolvenz des Arbeitgebers sind diese Ansprüche des Arbeitnehmers allerdings häufig wirtschaftlich wertlos, werthaltig sind dann allenfalls Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer⁸².

2. Die bisherige Rechtsprechung des BAG und deren mögliche Änderung

Am 13. 12. 2005 und 21. 11. 2006 hat das BAG auf Klagen von Arbeitnehmern entschieden, dass der Geschäftsführer einer GmbH nicht persönlich nach § 823 Abs. 1 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 7d SGB IV a. F.⁸³ für Schäden haftet, die durch die Nichterfüllung von Ansprüchen aus Wertguthaben wegen Insolvenz der GmbH entstehen⁸⁴. Das Wertguthaben als schuldrechtlicher Anspruch ist demnach kein absolut geschütztes sonstiges Recht i. S. des § 823 Abs. 1 BGB, sondern eine Forderung gegenüber dem Arbeitgeber. § 7d SGB IV a. F. ist auch kein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB⁸⁴. Voraussetzung für die Schutzgesetzzeigenschaft ist, dass die betreffende Norm zweifelsfrei erkennen lässt, wer Adressat ihres Ge- oder Verbotes ist. An einer solchen klaren Zuweisung der Verantwortung an den Geschäftsführer fehlt es bei § 7d SGB IV a. F., da beide Seiten für die Insolvenzsicherung in die Pflicht genommen wurden⁸⁵.

Die beiden vom BAG entschiedenen Fälle betrafen ausschließlich Fälle gem. § 7d SGB IV a. F. § 8a AltTZG war nicht Gegenstand der Entscheidungen. Leitsatz 2 der Entscheidung vom 13. 12. 2005 lautet dahingehend, dass nicht entschieden sei, ob

das Ergebnis (keine Haftung des Geschäftsführers aufgrund der fehlenden Sicherung von Wertguthaben aus Altersteilzeit) auch für unterbliebene Insolvenzsicherungen nach Inkrafttreten des § 8a AltTZG ab dem 1. 7. 2004 gelte⁸⁶. Die Entscheidungsgründe betonen aber deutlich die seit dem 1. 7. 2004 ausdrücklich gesetzlich normierte alleinige Verpflichtung des Arbeitgebers gem. § 8a AltTZG zur Sicherung der Wertguthaben gegen seine Zahlungsunfähigkeit⁸⁷. Es ist daher gut möglich, dass in Zukunft eine Haftung des Geschäftsführers im Insolvenzfall besteht, wenn Wertguthaben der Arbeitnehmer aus Altersteilzeitverhältnissen nicht durch geeignete Maßnahmen gesichert worden sind⁸⁸. Hiergegen lässt sich zwar mit guten Gründen anführen, dass die Arbeitgeberpflicht zur Sicherung des Wertguthabens nur die GmbH und nicht den Geschäftsführer trifft⁸⁹ und dass die sozialversicherungsrechtliche Schutzrichtung des § 8a AltTZG hauptsächlich einen Beitragsausfall bei den Sozialversicherungsträgern verhindern soll⁹⁰. Geschäftsführer von Unternehmen mit Altersteilzeitvereinbarungen sind aber allemal gut beraten, die Insolvenzsicherung von Wertguthaben spätestens jetzt zu überprüfen.

V. Zahlung von Insolvenzgeld: Haftung des Geschäftsführers wegen verspäteter Insolvenzantragstellung

Die Bundesagentur für Arbeit ist nach Insolvenzeröffnung⁹¹ gemäß § 183 SGB III verpflichtet, den Arbeitnehmern für drei Monate vor dem Insolvenzereignis die Löhne und Gehälter zu bezahlen. Der VI. Zivilsenat BGH hat jüngst zur Inanspruchnahme eines Geschäftsführers gemäß § 826 BGB auf Ersatz entsprechender Zahlungen entschieden, dass allein die verspätete Stellung des Insolvenzantrags den Geschäftsführer nicht automatisch zum Schadensersatz für das von der Bundesagentur für Arbeit an die Mitarbeiter gezahlte Insolvenzgeld verpflichtet⁹². Der Geschäftsführer hatte gegen den Anspruch eingewandt, dass die Bundesagentur für Arbeit das Insolvenzgeld auch dann hätte zahlen müssen, wenn er rechtzeitig den Insolvenzantrag gestellt hätte, da die Gesellschaft auch in diesem Fall keine Mittel zur Bezahlung der Löhne und Gehälter zur Verfügung gehabt hätte. Der BGH folgte dem, da der Bundesagentur für Arbeit durch die verspätete Insolvenzantragstellung kein Schaden entstanden sei. Allein die Zahlung von Insolvenzgeld begründet in der Tat noch

75... Vgl. § 7 Abs. 1a SGB IV.

76... BAG-Entscheidung vom 23. 2. 2005 – 10 AZR 602/03, DB 2005 S. 1339 = NZI 2005 S. 408.

77... § 7d SGB IV a. F. (entspricht insoweit § 7b SGB IV).

78... Vgl. § 7b Abs. 1 Nr. 2 SGB IV.

79... Vgl. bereits *Diller*, NZA 1998 S. 792 (795); *Ahsen/Nölle*, DB 2003 S. 1384; *Ahlbrecht/Ickenroth*, BB 2002 S. 2440 (2446); a. A. *Langohr-Plato/Morisse*, BB 2002 S. 2330.

80... BGBl. I 2003 Nr. 65 S. 2848.

81... § 8a Abs. 4 AltTZG. Gem. § 8a Abs. 5 AltTZG sind abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Arbeitnehmers unwirksam.

82... *Rolfs*, NZS 2004 S. 561 (566).

83... Entspricht insoweit § 7b SGB IV.

84... Vgl. BAG-Urteil vom 13. 12. 2005 – 9 AZR 436/04, DB 2006 S. 1619 = ZIP 2006 S. 1213, Ls. 1; siehe ferner vom 21. 11. 2006 – 9 AZR 206/06, ZIP 2007 S. 692.

85... BAG vom 21. 11. 2006, a.a.O. (Fn. 84).

86... BAG vom 13. 12. 2005, a.a.O. (Fn. 84).

87... BAG vom 13. 12. 2005, a.a.O. (Fn. 84). Vgl. zur Arbeitgeberpflicht bereits *Knospe*, NZA 2006 S. 187 (190).

88... *Zwanziger*, RdA 2005 S. 226 (240); *Kothe-Heggemann*, GmbHR 2007 S. 605 (606); *Eckert*, DSfR 2007 S. 859 (862).

89... *Rolfs*, NZS 2004 S. 561 (566); *Podewin*, RdA 2005 S. 295 (300).

90... *Podewin*, RdA 2005 S. 295 (300).

91... Beziehungsweise nach einem anderen Insolvenzereignis wie z. B. der Abweisung mangels Masse.

92... BGH-Urteil vom 18. 12. 2007 – VI ZR 231/06, DB 2008 S. 460 = ZIP 2008 S. 361 ff.

keinen durch die verspätete Antragstellung ausgelösten Schaden, da die Bundesagentur für Arbeit dazu auch bei rechtzeitiger Antragstellung verpflichtet ist⁹³. Auch der Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht, das Vertrauen von Gläubigern in die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft zu stärken, spricht gegen einen Ersatzanspruch der Bundesagentur für Arbeit, da diese das Insolvenzgeld nicht wegen ihres Vertrauens in die Gesellschaft zahlt, sondern weil sie dazu gesetzlich verpflichtet ist⁹⁴.

Die besondere Bedeutung der Entscheidung liegt darin, dass der BGH den Einwand des Geschäftsführers hinsichtlich der Zahlungspflicht der Bundesagentur für Arbeit auch bei rechtzeitiger Antragstellung als Bestreiten der Schadenentstehung gewertet und letzterer insoweit die Beweislast auferlegt hat⁹⁵. Die Bundesagentur muss folglich darlegen und beweisen, dass der Gesellschaft zum hypothetischen Zeitpunkt rechtzeitiger Insolvenzantragstellung noch ausreichend Mittel zur Verfügung standen, um die Löhne und Gehälter zu bezahlen, und dass diese Mittel später wegen der verspäteten Insolvenzantragstellung nicht mehr zur Verfügung standen.

Die Entscheidung des BGH ist zu begrüßen. Sie beschränkt die Haftung von Geschäftsführern auf die Fälle, in denen aufgrund der Insolvenzverschleppung tatsächlich ein Schaden der Bundesagentur für Arbeit eingetreten ist. Das Urteil dürfte in vielen Fällen die Haftung des Geschäftsführers einschränken, da die Bundesagentur für Arbeit häufig nicht beweisen kann, dass und in welcher Höhe die Gesellschaft im Fall rechtzeitiger Insolvenzantragstellung noch Löhne und Gehälter an ihre Mitarbeiter hätte zahlen können⁹⁶. Allerdings kann aufgrund der Entscheidung des BGH keine Entwarnung gegeben werden. Dem Grunde nach hält der BGH eine Haftung des Geschäftsführers gemäß § 826 BGB sehr wohl für möglich. In der Praxis ist daher nach wie vor höchste Vorsicht geboten, wenn vor Insolvenzantragstellung Lohn und Gehaltszahlungen nicht mehr vollständig erfolgen⁹⁷.

VI. Neuorientierung der Existenzvernichtungshaftung durch die „Trihotel“-Entscheidung

Nach Aufgabe der Haftung im sogenannten qualifiziert faktischen Konzern mit ihrer Analogie zu §§ 302, 303 AktG⁹⁸ vertrat der BGH seit der Entscheidung „Bremer Vulkan“ vom 17. 9. 2001 eine Außenhaftung des Gesellschafters bei Vorliegen eines existenzvernichtenden Eingriffs⁹⁹. Er nahm dabei eine teleologische Reduktion des Haftungsprivilegs wegen existenzvernichtenden Eingriffs und eine Haftung der Gesellschafter an, die in das Vermögen der Gesellschaft eingriffen und die aufgrund der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens gebotene angemessene Rücksichtnahme auf deren Fähigkeit zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen ließen¹⁰⁰. Diese Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs sollte subsidiär gegenüber einer Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG sein¹⁰¹. Mit der „Trihotel“-Entscheidung vom 16. 7. 2007¹⁰² ist nun nach nur rund 6 Jahren wiederum eine Neuorientierung der jetzt allein auf den Deliktstatbestand des § 826 BGB gestützten Haftung bei schädigenden Eingriffen in das Vermögen einer GmbH erfolgt, die ein erhebliches Risiko für den Geschäftsführer darstellt.

Auch wenn sich die „Trihotel“-Entscheidung des BGH nicht auf das Handeln eines Geschäftsführers bezog, so ist dessen Haftung aufgrund existenzvernichtenden Eingriffs nach der deliktsrechtlich verorteten neuen Rechtsprechung des II. Zivilsenats noch greifbarer als zuvor¹⁰³. Da es letztlich auf die Vornahme schädigender Handlungen ankommt, ist eine Gesellschafterstellung nicht zwingend erforderlich¹⁰⁴. Die Voraussetzungen der Haftung entsprechen jedoch im Wesentlichen den bereits vor der „Trihotel“-Entscheidung herausgebildeten Anforderungen und auch

der Begriff „Existenzvernichtungshaftung“ wird unverändert verwendet. Es ist weiterhin eine Verursachung der Insolvenz und ein Eingriff durch den Gesellschafter in das Vermögen der Gesellschaft erforderlich¹⁰⁵. Dafür genügt nicht jedes beliebige Verhalten. Es muss vielmehr ein erheblicher und sittenwidriger, die Gläubigerbelange missachtender Vermögensentzug vorliegen¹⁰⁶. Wann ein solches sittenwidriges Verhalten vorliegt, wird die Rechtsprechung im Einzelfall herauszuarbeiten haben. Beispiele sind rücksichtslose Vermögensverschiebungen zur Ausplünderung oder Selbstbedienung, planmäßige Verschleierung von Vermögenslagen oder Tolerierung grober Organisationsmängel¹⁰⁶.

Von besonderer Bedeutung ist, dass der II. Zivilsenat des BGH die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs tendenziell einschränkt und durch die eine Haftung aufgrund dieses Rechtsinstituts im konkreten Fall verneinende „Trihotel“-Entscheidung ein zu begrüßendes Zeichen gegen dessen ausufernde Heranziehung setzt. Eine persönliche Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern gem. § 826 BGB ist bereits nach den Tatbestandsmerkmalen dieser Norm nur unter eher engen Voraussetzungen gegeben, sodass eine Erweiterung der Haftung, beispielsweise auf Fälle materieller Unterkapitalisierung sowie allgemein risikoreiche Geschäfte, wohl nicht zu erwarten ist¹⁰⁷. Eine gewisse Einschränkung der Haftung nach der neuen Doktrin gegenüber der früher durch den BGH vertretenen Durchgriffsaußenhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs ergibt sich aus dem Vorsatzerfordernis des § 826 BGB. Für den Vorsatz genügt zwar die Kenntnis der Tatsachen, insbesondere dass die Insolvenz die absehbare Folge der Eingriffshandlung ist. Dafür reicht aber nicht jede wie auch immer geartete Vorhersehbarkeit aus. Eine Haftung besteht nur, wenn aus einer ex-ante Sicht eine Insolvenz der Gesellschaft praktisch unausweichlich war¹⁰⁸. Schädigungsabsicht oder ein besonderes Bewusstsein der Sittenwidrigkeit sind darüber hinaus nicht erforderlich. Im Unterschied zur gesell-

93... BGH vom 18. 12. 2007, a.a.O. (Fn. 92).

94... BGH vom 18. 12. 2007, a.a.O. (Fn. 92).

95... Anders das OLG Koblenz, Urteil vom 26. 10. 2006 – 6 U 175/06, DB 2007 S. 219 ff. als Vorinstanz: „nicht zur Entlastung geeigneter hypothetischer Kausalverlauf“, dazu *Schmülling*, ZIP 2007 S. 1095 ff.

96... *Trendelenburg*, BB 2008 S. 520.

97... Nach der Antragstellung dürfte § 826 BGB im Zusammenhang mit späteren Insolvenzgeldzahlungen dagegen wegen der Sicherungsmaßnahmen des Insolvenzgerichts gem. § 21 InsO nicht eingreifen.

98... Vgl. BGH-Urteil vom 16. 9. 1985 – II ZR 275/84 – „Autokran“, BGHZ 95 S. 330 = DB 1985 S. 2341; vom 20. 2. 1989 – II ZR 167/88 – „Tiefbau“, BGHZ 107 S. 7 = DB 1989 S. 816; vom 23. 9. 1991 – II ZR 135/90 – „Video“, BGHZ 115 S. 187 = DB 1991 S. 2176 sowie schließlich vom 29. 3. 1993 – II ZR 265/91 – „TBB“, BGHZ 122 S. 123 = DB 1993 S. 825.

99... BGH-Urteil vom 17. 9. 2001 – II ZR 178/99 – „Bremer Vulkan“, DB 2001 S. 2338 = NJW 2001 S. 3622.

100... Vgl. BGH-Urteil vom 24. 6. 2002 – II ZR 300/00 – „KBV“, DB 2002 S. 1875 = NJW 2002 S. 3024.

101... BGH vom 24. 6. 2002, a.a.O. (Fn. 100).

102... BGH-Urteil vom 16. 7. 2007 – II ZR 3/04 – „Trihotel“, DB 2007 S. 1802 = NJW 2007 S. 2689, sowie zuletzt Beschluss vom 7. 1. 2008 – II ZR 314/05, ZIP 2008 S. 308 und Urteil vom 13. 12. 2007 – IX ZR 116/06, DB 2008 S. 520 = ZIP 2008 S. 455.

103... Ähnlich *Arends/Möller*, GmbHR 2008 S. 196 (173); *Paefgen*, DB 2007 S. 1907 (1911). Zu beachten ist allerdings, dass auch in den bisherigen Fällen zur Existenzvernichtung zumeist eine Haftung gem. § 826 BGB im Raum stand.

104... Neben Täterschaft kommt eine Teilnehmerhaftung gem. §§ 830, 840 BGB in Betracht. Die Ausplünderung einer GmbH ohne Mit-täterschaft oder zumindest Teilnahme des Geschäftsführers dürfte in der Praxis eher selten sein.

105... *Vetter*, BB 2007 S. 1965 (1966).

106... *Schanze*, NZG 2007 S. 681 (683).

107... Ähnlich *Vetter*, BB 2007 S. 1965 (1966).

108... BGH vom 16. 7. 2007, a.a.O. (Fn. 102), NJW 2007 S. 2689 (2694).

schaftsrechtlichen Durchgriffsaußenhaftung wegen Missbrauchs der Rechtsform kommt bei einer Haftung gem. § 826 BGB eine Restschuldbefreiung nicht mehr in Betracht¹⁰⁹.

Die Haftung gem. § 826 BGB steht parallel neben anderen Haftungsvorschriften¹¹⁰. Insbesondere ist der Anspruch, anders als dies durch den BGH vor „Trihotel“ noch vertreten wurde, nicht subsidiär zu den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30 ff. GmbHG, was wegen der unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen und der Parallelität der Anspruchsgrundlagen überzeugend ist. Die wichtigste Neuerung ist die Ausgestaltung der Existenzvernichtungshaftung durch „Trihotel“ als Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft. Wird das Insolvenzverfahren eröffnet, dann hat der Insolvenzverwalter ggf. die entsprechenden Ansprüche gegenüber Gesellschaftern und Geschäftsführern geltend zu machen. Wird das Insolvenzverfahren mangels Masse dagegen nicht eröffnet, so muss der Gläubiger zunächst den Anspruch der Gesellschaft gegen den Schädiger pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, um gegen diesen vorgehen zu können. Die Geltendmachung von Ansprüchen aus Existenzvernichtung wird durch die Ausgestaltung als Innenhaftung somit außerhalb von eröffneten Insolvenzverfahren etwas erschwert, aber nicht unmöglich gemacht. Das Innenhaftungskonzept erscheint zwar dogmatisch fragwürdig. Es ist nicht recht ersichtlich, warum eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung durch Ausplünderung des Vermögens einer GmbH allein dieser einen Ersatzanspruch gewähren soll. Immerhin ist das Gesellschaftsvermögen gerade in der Insolvenzsituation und der unmittelbar vorgelagerten Krise vor allem für die Gläubiger als Haftungsfonds reserviert. In der praktischen Handhabung ist der Ansatz des BGH aber auch insoweit zu begrüßen, als dass ein Wettlauf der Gesellschaftsgläubiger um das Vermögen der Schädiger vermieden wird.

VII. Ausblick auf das MoMiG: Haftung für insolvenzverursachende Zahlungen gem. § 64 Satz 3 GmbHG n. F.

1. Ausgestaltung der Neuregelung

Der Gesetzgeber des MoMiG hat sich neben der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts¹¹¹, die eine erhebliche Verringerung der Haftungsrisiken des Geschäftsführers in der Krise mit sich bringt¹¹², für eine ausdrückliche Regelung der Haftung des Geschäftsführers für existenzvernichtende Zahlungen an Gesellschafter im Rahmen der Neufassung des § 64 GmbHG entschieden. Unverändert bleibt die Pflicht der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden (§ 64 Satz 1 GmbHG n. F.). Ebenfalls unverändert bleibt, dass dies nicht für Zahlungen gilt, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes vereinbar sind (§ 64 Satz 2 GmbHG n. F.). Neu hingegen ist die Regelung gem. § 64 Satz 3 GmbHG n. F., wonach die gleiche Verpflichtung die Geschäftsführer bei Zahlungen an die Gesellschafter trifft, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. Erstmals nimmt sich der Gesetzgeber damit ausdrücklich der Problematik der Existenzvernichtung an. Er trifft bewusst keine umfassende Regelung, sondern erfasst mit der Existenzvernichtung durch Zahlungen der Geschäftsführer an Gesellschafter einen Spezialfall. Die von der Rechtsprechung bisher entschiedenen Fälle einer Existenzvernichtungshaftung betrafen hingegen eine Haftung von Gesellschaftern, auch wenn aufgrund der neuen Haftungskonzeption eine Haftung von Geschäftsführern gem. § 826 BGB in entsprechenden Fällen richtigerweise gegeben ist¹¹³. Anders als die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs gem.

§ 826 BGB normiert § 64 Satz 3 GmbHG n. F. keinen Schadensersatzanspruch, sondern einen Erstattungsanspruch eigener Art¹¹⁴. Die Neuregelung soll die bisherigen Mechanismen zum Schutz vor Vermögensverschiebungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ergänzen¹¹⁵, die bislang als lückenhaft empfunden wurden¹¹⁶. Durch die Einführung von § 64 Satz 3 GmbHG soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass bei sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit von den Geschäftsführern Vermögenswerte an die Gesellschafter abverfügt werden¹¹⁷. Diese Ergänzung ist zu begrüßen, da sie den Abzug von Vermögenswerten vorbeugt, welche die Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt¹¹⁸.

2. Vorverlagerung des Zahlungsverbots, persönliche und sachliche Reichweite

Durch die Neuregelung wird das Zahlungsverbot zeitlich nach vorne verlagert¹¹⁹. Dies führt zu dem auf den ersten Blick widersprüchlichen Ergebnis, dass Sanierungsversuche erschwert werden, während bei bereits eingetretener Insolvenz Sanierungsversuche innerhalb der dreiwöchigen Frist zur Insolvenzantragstellung ohne Haftungsrisiko zulässig sind¹²⁰. Im Ergebnis ist die Neuregelung dennoch zu begrüßen, da sie an die bewusste Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit und somit an die Vernichtung der Existenz der Gesellschaft anknüpft. Ernsthaftige und erfolgversprechende Sanierungsbemühungen werden nicht dadurch beeinträchtigt, dass die Ausplünderung und die Herbeiführung der Insolvenz der Gesellschaft zugunsten der Gesellschafter gegenüber deren Geschäftsführern haftungsrechtlich sanktioniert wird. Eine „gefährliche Lähmung“¹²¹ der Geschäftsführung im Vorfeld der Insolvenz ist bei ernsthaften Sanierungsbemühungen nicht zu befürchten. § 64 Satz 3 n. F. GmbHG führt vielmehr dazu, dass der Geschäftsführer prüfen muss, ob die Gesellschaft nach der Auszahlung noch in der Lage ist, ihre fällig werdenden Verbindlichkeiten zu erfüllen¹²². Wenn eine Zahlungsunfähigkeit überwiegend wahrscheinlich ist, muss die Auszahlung unterbleiben¹²³. Erhält die Gesellschaft Gegenleistungen für die Zahlungen, so sind diese aber zu berücksichtigen, da der Gesellschaft insoweit wirtschaftlich kein Vermögen entzogen wird¹²⁴. Dies gilt jedenfalls für liquiditätsrelevante Gegenleistungen¹²⁵, richtigerweise aber auch für nicht liquiditätsrelevante Gegenleistungen wie beispielsweise die Überlassung von Sachen. Wird die Gesellschaft zahlungsunfähig, dann haftet der Geschäftsführer gem. § 64 Satz 3 GmbHG n. F. nur bis zur Höhe

109... § 302 Nr. 1 InsO, ebenso *Arends/Möller*, GmbHR 2008 S. 169 (173).

110... *Arends/Möller*, GmbHR 2008 S. 169 (173); *Vetter*, BB 2007 S. 1965 (1968 f.).

111... Vgl. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F. in der Fassung des MoMiG.

112... Vgl. *Bauer*, a.a.O. (Fn. 33), Rdn. 800; zu den derzeit noch bestehenden Risiken in diesem Zusammenhang siehe *Meyke*, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 127 ff.

113... *Arends/Möller*, GmbHR 2008 S. 196 (173); *Paefgen*, DB 2007 S. 1907 (1911).

114... *Greulich/Bunemann*, NZG 2006 S. 681 (686); BGH, NZG 2001 S. 361 (365) für den Fall des § 64 Abs. 1 GmbHG.

115... Bundesregierung: Begr. MoMiG 2007, BR-Drucks. 354/07 S. 105, BT-Drucks. 16/6140 S. 111.

116... *Arends/Möller*, GmbHR 2008 S. 172.

117... Vgl. Bundesregierung: Begr. MoMiG 2007, BR-Drucks. 354/07 S. 106, BT-Drucks. 16/6140 S. 112.

118... *Triebel/Otte*, ZIP 2006 S. 1321 (1324).

119... *Haas*, ZInsO 2007 S. 617 (619).

120... *Poertzgen*, NZI 2007 S. 15.

121... *Poertzgen*, NZI 2007 S. 15 (16).

122... *Greulich/Bunemann*, NZG 2006 S. 681 (683); vgl. *Triebel/Otte*, ZIP 2006 S. 1321 (1324).

123... *Knof*, DSiR 2007 S. 1536 (1539).

124... Bundesregierung: Begr. MoMiG 2007, BR-Drucks. 354/07 S. 107; BT-Drucks. 16/6140 S. 112 f.

125... *Greulich/Bunemann*, NZG 2006 S. 681 (686).

der geleisteten Zahlung abzüglich der Gegenleistung, welche die Gesellschaft erhalten hat.

Trotz des vorgesehenen Wortlautes „Zahlungen“ erfasst § 64 Satz 3 GmbHG n. F., ebenso wie § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG¹²⁶, nicht nur reine Geldzahlungen, sondern auch sonstige Leistungen zulasten des Gesellschaftsvermögens¹²⁷. Die gesetzliche Erstreckung der Existenzvernichtungshaftung auf Geschäftsführer ist zu begrüßen, da sie die im Vorfeld der Insolvenz bestehende Schutzlücke bei Zahlungen, die das Stammkapital unangetastet lassen, schließt¹²⁸. Die Neuregelung beschränkt sich auf Zahlungen an Gesellschafter. Zahlungen an Dritte sind aber nach Sinn und Zweck des § 64 Satz 3 GmbHG n. F. ebenfalls erfasst, wenn diese mit dem Gesellschafter wirtschaftlich oder rechtlich eng verbunden sind¹²⁹. Im Übrigen werden Zahlungen an Dritte hingegen nicht erfasst, da ein umfassender „Insolvenz-Eingangsschutz“ vom Gesetzgeber nicht gewollt und auch nicht zweckmäßig ist.

Die Zahlung „musste zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen“ (§ 64 Satz 3 GmbHG n. F.), damit der Geschäftsführer haftet. Es muss also eine Kausalität zwischen Zahlung an die Gesellschafter und Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft bestehen. Dafür genügt nicht jeder noch so geringe Ursachenbeitrag. Es muss sich vielmehr im Moment der Zahlung klar abzeichnen, dass die Zahlung dazu führt, dass die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann¹³⁰. Die Formulierung verdeutlicht, dass der Geschäftsführer nicht haftet, wenn nach erfolgter Zahlung weitere, im Zahlungszeitpunkt nicht bekannte Umstände hinzutreten, die erst zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen¹³¹. Dennoch ist bei zentraler Konzernfinanzierung Vorsicht geboten¹³². Nimmt die GmbH an einem Cash Pooling teil, so ist dem Geschäftsführer zu raten, die Entwicklung des Cash Pools jederzeit genau zu verfolgen und Abführungen in das Cash Management zu unterbinden, wenn deren Rückführung zweifelhaft und die eigene Solvenz der GmbH kritisch ist¹³³.

Der Geschäftsführer entgeht nicht dadurch der Haftung, dass die Gesellschafter ihn zur Zahlung angewiesen haben. Er ist zwar verpflichtet, Weisungen der Gesellschafterversammlung zu befolgen. Diese Pflicht findet jedoch ihre Grenze in zwingenden Vorschriften, zu deren Übertretung auch die Gesellschafter den Geschäftsführer nicht anweisen dürfen¹³⁴. § 64 Satz 3 GmbHG n. F. ist nicht subsidiär zu einer Haftung gem. §§ 30 ff. GmbHG, sondern ergänzt diese Haftung und erfasst auch Zahlungen, die zwar das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen nicht antasten, letztlich aber dennoch die Zahlungsunfähigkeit absehbar herbeiführen¹³⁵.

VIII. Zusammenfassung

1. Die Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Rahmen der Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft und der Außenhaftung gegenüber Dritten, insbesondere deren Gläubigern, steigert sich im Vorfeld einer Insolvenz auf dramatische Weise. Die Befolgung von Weisungen der Gesellschafter und das Beschlusserfordernis gem. § 46 Nr. 8 GmbHG schützen im Insolvenzfall nicht vor einer Inanspruchnahme. Das Management sollte sich daher in Krisensituationen unbedingt durch spezialisierte Berater begleiten lassen.

2. Sowohl bei einem voreiligen, vor allem aber bei einem zu späten Insolvenzantrag haften die Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft bzw. deren Gläubigern. Bei Insolvenzverschleppung wirkt die derzeit noch in § 64 Abs. 1 GmbHG und demnächst rechtsformübergreifend in § 15a InsO n. F. (in der Fassung des MoMiG) geregelte Insolvenzantragspflicht als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger. Altgläubiger haben Anspruch auf Ersatz des Quotenschadens, Neugläubigern schuldet der Geschäftsführer das gesamte negative Interesse. Eine Reihe Fragen zu den Insolvenzgründen ist in letzter Zeit durch den BGH geklärt worden (Stichworte: „Liquiditätslücke/10-Prozent-Grenze“, „Zahlungs-

stockung“, „Erfüllungsverlangen des Gläubigers“, Behandlung streitiger Verbindlichkeiten).

3. Zwischen dem Zahlungsverbot bei Insolvenzzreife und öffentlich-rechtlichen Zahlungspflichten (Sozialversicherungsbeiträge, Lohnsteuer) besteht ein Spannungsverhältnis. Nachdem der II. Zivilsenat zunächst eine Haftung gem. § 64 Abs. 2 GmbHG auch bei Zahlung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung und Lohnsteuern nach Insolvenzzreife annahm, hat er sich mit seiner Entscheidung vom 14. 5. 2007 auf den 5. Strafsenat des BGH und den BFH zubewegt, die eine Strafbarkeit gem. § 266a StGB bzw. eine Haftung gem. §§ 34, 69 AO bei Nichtzahlung der entsprechenden Beträge annehmen. Nach wie vor sind aber wichtige Fragen ungeklärt. Dies gilt insbesondere für Zahlungen während des Laufs der Drei-Wochen-Frist zur Stellung des Insolvenzantrags.

4. Im Zweifel ist dem Geschäftsführer zu raten, Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung mit Tilgungsbestimmung und unter vorherigem Hinweis auf die Situation der Gesellschaft gegenüber dem Zahlungsempfänger abzuführen. Entsprechendes gilt für Lohnsteuern.

5. Bei fehlender Sicherung von Wertguthaben der Arbeitnehmer aus Altersteilzeit droht künftig eine Haftung des Geschäftsführers im Insolvenzfall gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit § 8 AltTZG als Schutzgesetz. Dies hat das BAG inzwischen in mehreren von obiter dicta angedeutet. Bei „Krisengesellschaften“ sollte spätestens jetzt die Insolvenzsicherung der Wertguthaben genau geprüft werden.

6. Hinsichtlich von der Bundesagentur für Arbeit gezahlter Insolvenzgelder ist nach der Rechtsprechung des BGH der Einwand des Geschäftsführers beachtlich, dass entsprechende Aufwendungen der Agentur auch ohne Insolvenzverschleppung angefallen wären. Es handelt sich nicht um eine unbeachtliche Reserveursache, sondern um eine Frage der Schadensentstehung. Die Beweislast liegt bei der Bundesagentur.

7. Die Existenzvernichtungshaftung wird nach der zu begrüßenden „Trihotel“-Entscheidung des BGH vom 16. 7. 2007 nur noch auf § 826 BGB gestützt und ist nunmehr als Innenhaftung ausgestaltet. Der Geschäftsführer kann sich bei einer Ausplünderung der Gesellschaft als Täter oder Teilnehmer haftbar machen. Ernsthafte und aussichtsreiche Sanierungsbemühungen führen dagegen nicht zur Haftung.

8. Das MoMiG bringt neben einer erheblichen Verringerung der Haftungsrisiken des Geschäftsführers im Zusammenhang mit dem Eigenkapitalersatzrecht eine Erweiterung der Haftung des Geschäftsführers durch die zeitliche Vorverlagerung des Zahlungsverbotes (derzeit § 64 Abs. 2 GmbHG) auf insolvenzverursachende Zahlungen an Gesellschafter (§ 64 Satz 3 GmbHG n. F. in der Fassung des MoMiG). Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, birgt aber einige Schwierigkeiten bei der Abgrenzung.

126... *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 64 Rdn. 79.

127... Bundesregierung: Begr. MoMiG 2007, BR-Drucks. 354/07 S. 106; *Greulich/Bunneemann*, NZG 2006 S. 681 (684); *Knof*, DSIR 2007 S. 1536 (1538).

128... *Römermann*, GmbHR 2006 S. 673 (680).

129... *Greulich/Bunneemann*, NZG 2006 S. 681 (685).

130... Bundesregierung: Begr. MoMiG 2007, BR-Drucks. 354/07 S. 106 f.; BT-Drucks. 16/6140 S. 112.

131... Bundesregierung: Begr. MoMiG 2007, BR-Drucks. 354/07 S. 107; BT-Drucks. 16/6140 S. 112.

132... Vgl. zur Konzernfinanzierung nach dem MoMiG *Burg/Westerheide*, BB 2008 S. 62.

133... *Greulich/Bunneemann*, NZG 2006 S. 681 (686).

134... § 64 Satz 3 GmbHG n. F. ist eine solche Norm, wie sich aus dem Verweis in § 64 Satz 4 GmbHG n. F. auf § 43 Abs. 3 GmbHG ergibt.

135... Bundesregierung: Begr. MoMiG 2007, BR-Drucks. 354/07 S. 105 f.; BT-Drucks. 16/6140 S. 111.