

E n t s c h e i d u n g s a n m e r k u n g

Pflichtenkollision des GmbH-Geschäftsführers bei Zahlungen nach Insolvenzreife?

Der Geschäftsführer einer GmbH verletzt seine Massesicherungspflicht aus § 64 Abs. 2 Satz 1 GmbHG auch dann, wenn er mit Geldern, die von anderen Konzerngesellschaften auf das Geschäftskonto der GmbH gezahlt worden sind, Schulden dieser Gesellschaften begleicht; seine Haftung ist aber nach § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ausgeschlossen, weil er bei den Auszahlungen angesichts des Zusammentreffens der Massesicherungspflicht mit der – durch § 266 StGB strafbewehrten – Pflicht zur weisungsgemäßen Verwendung der fremden Gelder mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehandelt hat. (Amtlicher Leitsatz)

GmbHG § 64 II a.F. (= § 64 n.F.)

BGH, Urt. v. 5.5.2008 – II ZR 38/07 (OLG Dresden)¹

I. Rechtsgebiet und Problemstellung

1. Einleitung

Das Urteil betrifft Kerngebiete des GmbH-Rechts und tangiert ferner aus dem Treuhandrecht die Frage der Insolvenzfestigkeit von Treuhandkonten. Im Stadium der Insolvenzreife vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer GmbH hat der Geschäftsführer einer GmbH die Pflicht, keine Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen mehr vorzunehmen, welche die spätere Masse verkürzen würden. Verstößt er gegen diese Pflicht, haftet er der Gesellschaft gegenüber nach § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. (= § 64 S. 1 GmbHG n.F.) auf Ersatz der Zahlungen. Mit diesem Ersatz soll das Gesellschaftsvermögen auf den Stand vor den Zahlungen zurückgeführt werden, damit ab Insolvenzeröffnung die Insolvenzmasse für die Befriedigung der Insolvenzgläubiger ungeschmälert zur Verfügung steht. Problematisch sind vor allem Zahlungen, denen eine u. U. sogar strafrechtlich sanktionierte Verpflichtung der GmbH zugrunde liegt, sowie Zahlungen von Beträgen, welche die GmbH erst kurz zuvor zum Beispiel von einer anderen Konzerngesellschaft erhalten hatte. Um den letzteren Fall ging es hier.

2. Sachverhalt

Im Streitfall klagte der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer GmbH für Baubetreuung und Projektentwicklung gegen deren Geschäftsführer mit der Begründung, dass der Geschäftsführer nach Eintritt der Überschuldung der GmbH Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen veranlasst und dadurch seine Massesicherungspflicht verletzt habe. Zuvor waren auf dem Geschäftskonto der GmbH, die Teil eines Konzerns ist, von ihrer Muttergesell-

schaft und von verschiedenen Schwestergesellschaften Zahlungen eingegangen, welche die GmbH an Gläubiger der Mutter- bzw. der jeweiligen Schwestergesellschaft überweisen sollte. Um dieser Pflicht der GmbH nachzukommen, zahlte der Geschäftsführer einen bestimmten Betrag vom Geschäftskonto der GmbH an bestimmte Gläubiger der Konzerngesellschaften. Diese Auszahlung und auch bereits die Einzahlung auf das Geschäftskonto der GmbH geschahen allerdings zu einem Zeitpunkt, in dem die GmbH bereits überschuldet war. Kurze Zeit stellte der Geschäftsführer den Insolvenzantrag für die GmbH.

II. Kernaussagen des Urteils

1. Anwendbarkeit von § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.

Nach Auffassung des BGH besteht im Ergebnis keine Haftung des Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 S. 1 GmbHG a.F. (= § 64 S. 1 GmbHG n.F.). Im Einklang mit früheren Entscheidungen widerspricht der BGH allerdings der Auffassung, eine Masseverkürzung sei schon deshalb zu verneinen, weil vor der vom Geschäftsführer veranlassten Auszahlung Beträge in gleicher Höhe von den anderen Konzerngesellschaften auf das Geschäftskonto der GmbH eingezahlt wurden und mit der Auszahlung Verbindlichkeiten dieser Konzerngesellschaften und nicht der in Schieflage befindlichen GmbH beglichen wurden.² § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. sei insoweit nicht teleologisch zu reduzieren. Vielmehr fielen auch solche Beträge auf dem Geschäftskonto der GmbH in deren spätere Insolvenzmasse und dürften konsequenterweise in dem Stadium, in dem ein Insolvenzgrund besteht, aber ein Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet wurde, nicht vom Geschäftsführer ausgezahlt werden. Die Gegenauffassung würde dazu führen, dass der Geschäftsführer beliebig über die Zahlung entscheiden könnte und allein hiervon der Umfang der den Insolvenzgläubigern zur Verfügung stehenden Masse abhinge.

2. Kein masseneutrales Treuhandkonto

Das Ein- und Auszahlen auf das Geschäftskonto der GmbH ist nach Auffassung des BGH nicht schon deshalb masseneutral, weil die GmbH den anderen Konzerngesellschaften gegenüber treuhänderisch zum vorübergehenden Halten der Gelder und zur Begleichung von Schulden der jeweiligen Konzerngesellschaft aus diesen Geldern verpflichtet war. Sogar wenn sich auf dem Geschäftskonto keinerlei eigene Gelder der GmbH befänden, fehle es an einem Treuhandkonto und mithin an einem Aussonderungsrecht der anderen Konzerngesellschaften als Treugeber hinsichtlich der Gelder auf dem Geschäftskonto.

3. Kein Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht

Dennoch sei der Geschäftsführer im entschiedenen Fall nicht zum Ersatz verpflichtet, weil die von ihm vorgenommenen (Aus-)Zahlungen nach festgestellter Überschuldung mit der

¹ BGH NJW 2008, 2504. Das Urteil kann auch auf www.bundesgerichtshof.de oder auf www.juris.de abgerufen werden (beide abrufbar am 19.11.2008).

² Diese Auffassung wird z. B. vertreten von *Schulze-Osterloh*, in: *Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG*, 18. Aufl. 2006, § 64 Rn. 79.

Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nach § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG a.F. (= § 64 S. 2 GmbHG n.F.) vereinbar gewesen seien. Wie in den zuvor entschiedenen Fällen zur Abführung der fälligen Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung oder zur Begleichung der Steuerpflicht der GmbH unterliege der Geschäftsführer neben der Massesicherungspflicht zugleich einer Pflicht zur Zahlung. Denn der Geschäftsführer sei „kraft des Treueverhältnisses“³ zu den anderen Konzerngesellschaften verpflichtet gewesen, mit den von diesen erhaltenen Geldern die Schulden dieser Gesellschaften bei deren Gläubigern zu begleichen. Diese „Pflicht, fremde, nämlich die Vermögensinteressen der anderen Gesellschaften wahrzunehmen“⁴ hätte der Geschäftsführer verletzt, wenn er seiner Massesicherungspflicht nachgekommen wäre und die Gelder nicht weitergeleitet hätte. In dieser Situation komme der Massesicherungspflicht kein Vorrang zu.

III. Würdigung

1. Keine Innenhaftung bei besonderen Pflichtenkollisionen

Das Urteil markiert eine bemerkenswerte Einschränkung der Vorschrift des § 64 Abs. 2 GmbHG a.F., die nach Inkrafttreten des MoMiG unverändert in § 64 GmbHG übernommen wurde und keinen Schadensersatzanspruch gewährt, sondern dem Geschäftsführer eine Innenhaftung *sui generis* gegenüber der insolventen GmbH für Masseverkürzungen im Vorstadium der Insolvenz auferlegt.⁵ In Abkehr von früheren Entscheidungen hält der BGH seit 2007 den Einwand des Geschäftsführers nunmehr für beachtlich, die Pflicht zur Massesicherung kollidiere mit den Pflichten zur Abführung von Sozialabgaben und von Steuern, für deren Verletzung der Geschäftsführer gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB, 266a StGB und nach §§ 69, 34 AO haften müsste.⁶ Konsequenterweise erlaubt der BGH in diesen Fällen den Entlastungsbeweis gemäß § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG a.F. (= § 64 S. 2 GmbHG n.F.), so dass nicht mehr auf der einen Seite gesellschaftsrechtlich dem Geschäftsführer ein Verhalten abverlangt wird, das auf der anderen Seite sozialversicherungsrechtlich oder steuerrechtlich zu missbilligen ist und eine Haftung und sogar Bestrafung des Geschäftsführers nach sich ziehen würde.

2. Kollision mit bloßen vertraglichen Pflichten der GmbH?

Gilt dies aber auch dann, wenn die Pflicht zur Massesicherung mit einer zivilrechtlichen Pflicht der GmbH gegenüber ihrer Muttergesellschaft und ihren Schwestergesellschaften kollidiert? Immerhin handelt es sich hier nicht um eine persönliche Pflicht des Geschäftsführers gegenüber einem Hoheitsträger wie den Sozialversicherungsbehörden oder dem Fiskus. Hiervon zu unterscheiden ist die Erfüllung von Zah-

lungspflichten der GmbH gegenüber ihren Geschäftspartnern und übrigen Gläubigern. Deren Ansprüche im Vorfeld der Gesellschaftsinsolvenz zu bedienen, ist nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar. Ansonsten würden manche Insolvenzgläubiger gegenüber den übrigen vorgezogen. Dies verstieße gegen den Sinn und Zweck des § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. (= § 64 GmbHG), dass das Gesellschaftsvermögen möglichst ungeschmälert für die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Verfügung stehen soll.

3. Lösung über ein verdeckt gebildetes Treuhandvermögen

Worin aber unterscheidet sich in dem entschiedenen Fall die Pflicht der GmbH gegenüber den anderen Konzerngesellschaften von ihren Pflichten gegenüber den übrigen Gläubigern, so dass eine den Entlastungsbeweis begründende Pflichtenkollision des Geschäftsführers anzuerkennen ist? Indem der BGH maßgeblich auf eine Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen auf der Grundlage eines Treueverhältnisses abstellt,⁷ macht er deutlich, dass er damit eine Treuhandpflicht meint. In der Tat darf sich ein Geschäftsführer im Rahmen von § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG a.F. (= § 64 S. 2 GmbHG) anerkanntermaßen darauf berufen, dass eine Auszahlung von Treuhandvermögen nach Eintritt der Insolvenzfähigkeit die Masse deshalb nicht vermindert, weil das Treuhandvermögen gerade nicht in die Masse fällt, sondern vom jeweiligen Treugeber ausgesondert werden darf.⁸ Ein Treuhandsondervermögen kann an den Beträgen auf einem Konto auch dann gebildet werden, wenn es nicht offen, sondern nur verdeckt als Treuhandkonto geführt wird.⁹ Dies liegt im konkreten Fall zumindest nahe, wenn sich die Überweisungen bzw. Abtretungen von den anderen Konzerngesellschaften auf das Konto der GmbH nachvollziehen lassen und auf dem Konto in dem fraglichen Zeitraum keine Eigengelder der GmbH gebucht waren.¹⁰ Das vom BGH im entschiedenen Fall gefundene Ergebnis kann nicht mit einer Pflichtenkollision begründet werden, weil einerseits die Massesicherungspflicht den Geschäftsführer und andererseits die Treuhänderpflicht die GmbH trifft. Vielmehr würde es sich um den Fall einer fehlenden Masseschmälerung handeln, wenn an den Geldbeträgen nachweislich Treuhandvermögen begründet worden ist. Dies hätte von der letzten Tatsacheninstanz festgestellt werden müssen.

Privatdozent Dr. Stefan J. Geibel, Tübingen/Konstanz

³ BGH NJW 2008, 2504 (2505 Rn. 14).

⁴ BGH 2008, 2504 (2505 Rn.14).

⁵ Vgl. z. B. BGH NJW 1974, 1088 (1089); NJW 2001, 1280 (1283) = BGHZ 146, 264.

⁶ Vgl. BGH, NJW 2007 (2118 ff.) m. Anm. *Altmeyden*; BGH, Urt. v. 29.9.2008 – II ZR 162/07 (abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de); anders noch BGH NJW 2001, 1280 (1282 f.) = BGHZ 146, 264.

⁷ BGH NJW 2008, 2504 (2505 Rn.14).

⁸ Vgl. nur *Schulze-Osterloh* (Fn. 2), § 64 Rn. 81.

⁹ Vgl. ausführlich *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, 2008, S. 239 ff., 242 ff; anders freilich die bisherige Rspr., siehe *Geibel*, aaO., S. 10 ff.

¹⁰ Letzteres ließ der BGH unrichtigerweise offen; vgl. BGH NJW 2008, 2504 (2505 Rn.11). Wie hier im Ergebnis z.B. *Canaris*, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. 1988, Rn. 280; *Hadding/Häuser*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 37 Rn. 2; siehe näher *Geibel* (Fn. 9), S. 244.