

Westfälische Hochschule

Fachbereich Wirtschaftsrecht, Recklinghausen

Masterarbeit

PFLICHTENKOLLISIONEN DES GMBH- GESCHÄFTSFÜHRERS IN DER KRISE

eingereicht von

Olga Sautner

201122820

Wesselstr. 13, 48431 Rheine

im Studiengang 'Wirtschaftsrecht'

zur Erlangung des akademischen Grades

Master of Laws (LL.M.)

Erstkorrektor: Prof. Ph.D. jur Achim Albrecht

Zweitkorrektor: Davud Karahan, LL.M.

Abgabetermin: 05.08.2013

Eidesstattliche Erklärung

Hiermit erkläre ich an Eides Statt, dass ich die vorliegende Masterarbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe, alle Ausführungen, die anderen Schriften wörtlich oder sinngemäß entnommen wurden, kenntlich gemacht sind und die Arbeit in gleicher oder ähnlicher Fassung noch nicht Bestandteil einer Studien- oder Prüfungsleistung war.

Rheine, 05.08.2013

Olga Sautner

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	V
A. Einführung.....	1
B. Pflichten des GmbH-Geschäftsführers und deren Kollisionspotentiale.....	2
I. Sanierungspflicht vs. Insolvenzantragspflicht.....	2
1. Exkurs: Unternehmensfortführung und Krisenfrüherkennung.....	2
a) Pflicht zur Unternehmensfortführung.....	2
b) Pflicht zur Krisenfrüherkennung.....	3
2. Sanierungspflicht.....	4
a) Rechtsgrundlage/Sinn und Zweck der Pflicht.....	4
b) Inhalt der Sanierungspflicht.....	4
aa) Sanierungsprüfung/Sanierungsfähigkeitsanalyse.....	5
bb) Sanierungsmaßnahmen.....	5
3. Einberufungspflicht.....	6
a) Rechtsgrundlage/Sinn und Zweck der Pflicht.....	6
b) Inhalt der Einberufungspflicht.....	6
4. Kollisionspotential der Pflicht zur Sanierung und der Einberufungspflicht.....	7
a) Unstimmigkeit der Normzwecke.....	7
b) Dilemma des Krisenmanagementsystems.....	8
aa) Diskrepanz der Kompetenzverteilung.....	8
bb) Sanierungspflicht des Geschäftsführers vs. fehlende Sanierungspflicht der Gesellschafter.....	10
5. Insolvenzantragspflicht.....	13
a) Rechtsgrundlage.....	13
b) Insolvenzgründe.....	13
c) Sinn und Zweck der Norm.....	14
6. Kollisionspotential der Sanierungs- sowie Insolvenzantragspflicht.....	15
a) Spannungsverhältnis/Zielkonflikt: GmbH-Recht und Insolvenzrecht.....	15
aa) Insolvenzreife.....	16
bb) Dreiwöchige Sanierungsfrist.....	17

aaa) Unbestimmtheit des Fristbeginns.....	17
bbb) Eng bemessener Zeitraum.....	18
b) Weitere Zielkonflikte des Geschäftsführers.....	19
7. Zusammenfassung: Kollisionspotential der Pflichten.....	20
II. Zahlungsverbot vs. Zahlungspflicht.....	23
1. Pflicht zur Massesicherung.....	23
a) Zahlungsverbot.....	23
aa) Rechtsgrundlage: § 64 GmbHG.....	23
bb) Voraussetzung für das Zahlungsverbot.....	24
cc) Relevanter Zeitpunkt.....	24
dd) Sinn und Zweck der Norm.....	24
b) Begriff der Zahlungen.....	25
aa) Unerlaubte Zahlungen.....	25
bb) Erlaubte Zahlungen.....	25
cc) Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes.....	26
c) Kollisionspotential der Pflichten.....	27
aa) Prüfungspflicht vs. Massesicherungspflicht.....	27
aaa) Notwendigkeit einer qualifizierten Beratung.....	28
bbb) Inanspruchnahme der Beratung – Zahlungsverbot?.....	29
(1) Aussichtsreiche Sanierung.....	30
(2) Angemessene Honorarleistung.....	31
bb) Zielkonflikt des GmbH-Geschäftsführers?.....	31
aaa) Herabsetzung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs.....	32
(1) Haftungsprivilegierung für Arbeitnehmer.....	32
(2) Auswirkung der Haftungsprivilegierung auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG.....	33
(3) Auswirkung des Betriebsrisikos auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG.....	34
(4) Auswirkung der Vertrauenserwartung auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG.....	34
bbb) Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs – grundsätzlich unzulässig?.....	35

cc) Reflexion auf den Sonderfall – Prüfungspflicht gegen Zahlungsverbot.....	36
dd) Ausschöpfung des Kollisionspotentials.....	39
d) Zusammenfassung: Kollisionspotential der Pflichten.....	41
2. Besondere Behandlung der Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und der Pflicht zur Bedienung von Steuerverbindlichkeiten.....	43
a) Rechtsgrundlage: Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen.....	43
aa) „Vorenthalten“ i. S. d. § 266 a StGB.....	44
bb) Straf- und deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers.....	44
cc) Sinn und Zweck der Pflicht.....	45
b) Rechtsgrundlage: Bedienung von Lohnsteuern.....	45
aa) Ordnungswidrigkeit i. S. d. § 69 AO.....	45
bb) Sinn und Zweck der Pflicht.....	45
c) Verhältnis zur Massesicherungspflicht.....	46
aa) Pflichtendilemma des Geschäftsführers bis zur Grundlagenentscheidung vom 14.05.2007.....	46
bb) Uneinheitliche Lösung des Dilemmas.....	47
aaa) Der Strafsenat des BGH – Annäherung an eine Konfliktlösung.....	47
bbb) VII. Senat des BFH - Annäherung an eine Konfliktlösung.....	48
ccc) Der Gesellschaftsrechtssenat des BGH.....	49
ddd) Kehrtwende des II. Zivilsenats – Annäherung der Lösungsansätze.....	50
(1) Grundlagenentscheidung des BGH vom 14.05.2007.....	50
(2) Einheit der Rechtsordnung.....	51
(a) Liegt ein Normenwiderspruch vor?.....	51
(b) Konfliktlösung mit Hierarchisierung, Temporalisierung und Spezialisierung.....	53
(c) Akzessorische Auslegung des § 266 a Abs. 1 StGB.....	53
eee) Folgen der Grundlagenentscheidung vom 14.05.2007.....	56
(1) Lösung der scheinbaren Pflichtenkollision.....	56
(2) Rückzug des BFH vom Annäherungsversuch.....	56
(3) Gesellschaftsrechtssenat hält an der desaströsen Entscheidung fest.....	57
(a) „Pflichtenkollision“: Vermögensbetreuungspflicht vs. Zahlungsverbot.....	58

(aa) Rechtsgrundlage Vermögensbetreuungspflicht.....	58
(bb) Sinn und Zweck der Vermögensbetreuungspflicht.....	59
(cc) Verhältnis zur Massesicherungspflicht.....	59
(b) Ausschöpfung des Kollisionspotentials.....	59
(aa) Untreuestrafbarkeit i. S. d. § 266 StGB.....	59
(bb) § 266 StGB: Bezug zum Gläubigerschutz.....	60
(c) Ausartung der Grundlagenentscheidung.....	61
(aa) Strafrechtliche Zahlungspflicht?.....	62
(bb) Kein Aussonderungsrecht.....	64
(cc) Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung.....	65
(d) Übereifrige Entscheidung des BGH?.....	66
(aa) Prinzip der par condicio creditorum – rechtliches Gebot im Insolvenzverfahren.....	66
(bb) Nicht gerechtfertigte Verletzung der par condicio creditorum.....	69
(cc) Aufgabe des fundamentalen Prinzips der par condicio creditorum?.....	74
(e) Beseitigung des Dilemmas?.....	75
d) Zusammenfassung: Pflichtenkollision – Zahlungsverbot vs. Zahlungsgebot.....	77
C. Fazit.....	81
Literaturverzeichnis.....	VI

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
BB	Betriebs-Berater
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
DStR	Deutsches Steuerrecht - Zeitschrift
EStG	Einkommenssteuergesetz
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
f.	folgende
ff.	die folgenden
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
h. M.	herrschende Meinung
InsO	Insolvenzordnung
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
jurisPR	jurisPraxisReport
JuS	Juristische Schulung Zeitschrift
KO	Konkursordnung
KSI	Zeitschrift Krisen-, Sanierungs- und

KTS	Insolvenzberatung Zeitschrift für Insolvenzrecht Konkurs Treuhand Sanierung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
RdA	Recht der Arbeit - Zeitschrift
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
u.	und
u. a.	unter anderem
v.	von
vs.	versus
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

A. Einführung

Der Geschäftsführer einer kriselnden GmbH steht spätestens nach Eintritt der Insolvenzreife vor einer haftungsrechtlichen Sackgasse. In dieser anspruchsvollen Zeit setzt das komplexe Pflichtengefüge diesen nicht nur dem haftungsrechtlichen Minenfeld hilflos aus, sondern eröffnet darüber hinaus großes Potential für fehlende Korrelation bzw. Inkompatibilität und in extremen Fällen sogar Spielraum für mögliche Kollisionen jener zahlreichen Pflichten.

Das Zusammentreffen der vorliegend untersuchten Krisenpflichten tangiert auch reine Ziel- bzw. Interessenkonflikte, denen der Geschäftsführer ebenfalls ausgesetzt wird. Diese finden zwar vom Gesetzgeber und Rechtsprechung kaum Beachtung, in der Praxis hingegen sind sie nicht zu unterschätzende Stolpersteine, die – neigend zur *Wird-Schon-Mentalität* – verheerende Folgen haben können.

Der Fokus folgender Untersuchung umfasst Situationen, in denen eine Handlung, bzw. ein Unterlassen des Geschäftsführers zugleich *ver-* wie auch *geboten* ist. Der Wille des Gesetzgebers als „Befehlender“ kann nicht bewusst von der Tatsache ausgehen *A* sei gleichzeitig *non A*.¹ Tut er dies doch, so trifft ein zu beachtendes Gebot oder eine Verbotsnorm mit einer anderen solchen Norm zusammen. Das Resultat jenes Zusammentreffens ruft eine Reduzierung des Pflichtengehalts und letztlich das Ausschalten einer der beiden Normen hervor.²

Wie die Rechtsprechung die Auflösung solcher Normenwidersprüche handhabt und, ob diese ihrem Namen tatsächlich gerecht werden, soll im Folgenden auf den Grund gegangen werden. Dabei konzentrieren sich die vorliegenden Erörterungen hinsichtlich der streitenden Normen darauf, welche Folgen der Gesellschaftsrechtssenat mit seiner „konfliktlösenden“ Grundlagenentscheidung ausgelöst hat. Insbesondere soll diese vor dem Hintergrund des Grundgedanken der Insolvenzordnung – der *par condicio creditorum* – beleuchtet werden.

Darüber hinaus soll untersucht werden, inwiefern die Rolle des Geschäftsführers mit den ihm auferlegten kollidierenden Pflichten und überdies Pflichten, die aufgrund der fehlenden Korrelation zwischen dem Insolvenz- und Gesellschaftsrecht, einer effektiven Sanierung oder aber einer rechtzeitigen Insolvenzantragstellung im Wege stehen.

1 *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 54.

2 *Poelzig/Thole*, Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, 840.

B. Pflichten des GmbH-Geschäftsführers und deren Kollisionspotentiale

I. Sanierungspflicht vs. Insolvenzantragspflicht

1. Exkurs: Unternehmensfortführung und Krisenfrüherkennung

a) Pflicht zur Unternehmensfortführung

Dass der Geschäftsführer sich der anspruchsvollen Haftungssituation nicht ohne weiteres entziehen kann, unterstreicht erneut, welchem enormen Druck – nicht zuletzt aufgrund seines zu tragenden Pflichtenbündels – er in der Krise ausgesetzt wird. Grundsätzlich kann der Geschäftsführer jederzeit fristlos sein Amt niederlegen. Für seine Amtsniederlegung braucht er weder einen wichtigen noch irgendeinen Grund anzugeben.³ Dennoch kann eine solche in bestimmten Sonderfällen rechtsmissbräuchlich und demnach unwirksam sein. Die Amtsniederlegung zu Unzeiten kann beispielsweise einen Sonderfall darstellen.⁴ Legt der Geschäftsführer sein Amt in der Krise der Gesellschaft⁵ nieder, nimmt er dieser die Fähigkeit, ihre öffentlich-rechtlichen Pflichten zu erfüllen, und macht sie handlungsunfähig.⁶

Auch bei einem bevorstehenden Zusammenbruch des Unternehmens bleibt der Geschäftsführer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes i. S. d. § 43 I GmbHG verpflichtet, alles zu tun, was im Interesse der Gesellschaft steht. Ist die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet, so hat er u. a. die Pflicht zur Insolvenzantragstellung.⁷

In der Krise der Gesellschaft ist der Geschäftsführer demgemäß – allenfalls bis zur Übernahme durch den vorläufigen Insolvenzverwalter – zur Unternehmensfortführung verpflichtet.⁸

³ BGH, Urteil vom 08.02.1993 – II ZR 58/92, BGHZ 121, 257, 260; *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 38 Rn. 41; *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 129; *Torwegge*, in: Lurati u. a., Das neue GmbH-Recht, Rn. 2.2.6; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 76f..

⁴ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 38 Rn. 44; *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 129; *Bittmann*, in: ders., Insolvenzstrafrecht, § 11 Rn. 39.

⁵ OLG Koblenz, Urteil v. 26.05.1994 – 6 U 455/91, GmbHR 1995, 731; *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 38 Rn. 44; *Torwegge*, in: Lurati u. a., Das neue GmbH-Recht, Rn. 2.2.6.

⁶ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 38 Rn. 44; *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 129; *Weber/Hoß/Burmester*, Handbuch der Managerverträge, Teil 7 Rn. 37.

⁷ OLG Koblenz, Urteil v. 26.05.1994 – 6 U 455/91, GmbHR 1995, 731; OLG Celle, Urteil vom 04.02.2004 – 9 U 203/03, GmbHR 2004, 424 Rn. 29; *Leinekugel*, in: Oppenländer/Tröltzsch, GmbH-Geschäftsführung, § 18 Rn. 55; *Weber/Hoß/Burmester*, Handbuch der Managerverträge, Teil 7 Rn. 37.

⁸ OLG Celle, Urteil vom 04.02.2004 – 9 U 203/03, GmbHR 2004, 424 Rn. 29.

b) Pflicht zur Krisenfrüherkennung

Im Vorfeld sollte der Begriff der Krise geklärt werden. In der Regel beginnt jede Unternehmenskrise mit der betriebswirtschaftlichen Krise. Gemeint ist mit dieser eine existenzbedrohende Entwicklung, die wesentliche Ziele und Werte der Gesellschaft ins Wanken bringt. Beginnend mit einer strategischen Krise kann sie sich, bei passiver Haltung ihr gegenüber, bis hin zur Liquiditätskrise entwickeln, die zur materiellen Insolvenz führt.⁹

I. S. d. § 43 I GmbHG ist der Geschäftsführer dazu verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft zu wahren und zu fördern.¹⁰ Daraus ergibt sich die Pflicht zur Errichtung einer Gesamtorganisation, die es der Geschäftsleitung ermöglicht, schnellstmöglich existenzgefährdende Entwicklungen zu erkennen und zu überwachen.¹¹ Die Ausgestaltung des Systems zur Krisenfrüherkennung steht ganz im Ermessen der Geschäftsführung.¹² Bei der Errichtung hat sich der Geschäftsführer an den gesetzlichen Vorgaben einer Aktiengesellschaft zu orientieren, dabei gibt § 91 II AktG auch entsprechende Ermessensgrenzen vor.¹³ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Ausgestaltung eines solchen Systems je nach Größe, Branche und Komplexität der GmbH von den Umständen des Einzelfalls abhängt.¹⁴

Folglich muss die Organisation so aufgebaut sein, dass sie es dem Geschäftsführer ermöglicht eine laufende wirtschaftliche Selbstprüfung¹⁵ vorzunehmen und sich einen jederzeitigen Überblick über die sowohl wirtschaftliche als auch finanzielle Situation der Gesellschaft zu verschaffen.¹⁶

⁹ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 34 ff.; *Maus*, in: Schmidt/Uhlenbruck, die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn 1.3; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 5; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in der Krise und Sanierung, ZIP 2011, 101.

¹⁰ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 8; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 15.

¹¹ *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 10; *Fleischer*, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 63; *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 23; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 64; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 19.

¹² BGH, Urteil vom 14.07.2008 – II ZR 202/07, ZIP 2008, 1675, 1676 f.; *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 16; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 65; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in der Krise und Sanierung, ZIP 2011, 102.

¹³ *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 19.

¹⁴ *Fleischer*, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 63; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 65.

¹⁵ *Haas*, Reform des Gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E zum 66. DJT, 2006, E 105; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in der Krise und Sanierung, ZIP 2011, 102.

2. Sanierungspflicht

a) Rechtsgrundlage/Sinn und Zweck der Pflicht

Der GmbH-Geschäftsführer ist i. S. d. § 43 I GmbHG zur Sanierung der Gesellschaft verpflichtet. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensfortführung sieht es vor, dass der Geschäftsführer im Rahmen seines Handelns auf die bestmögliche Erfüllung des Gesellschaftszwecks hinarbeitet.¹⁷ Ein wichtiger Aspekt dieses Zwecks ist es, dass der Geschäftsführer das Unternehmen erhält. Die Unternehmenserhaltung erfordert es, insbesondere im Krisenfall, die Prüfung vorzunehmen, ob eine Sanierung möglich und sinnvoll erscheint.¹⁸

Der Geschäftsführer ist folglich dazu verpflichtet, sobald sich das Unternehmen in eine betriebswirtschaftliche Krise manövriert hat, entsprechende Sanierungsschritte einzuleiten, um eine Unternehmensfortführung zu sichern.¹⁹ Der vorgenannten Pflicht hat der Geschäftsführer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes nachzukommen.

b) Inhalt der Sanierungspflicht

Das permanente Aufrechterhalten der Ertragsfähigkeit des Unternehmens setzt als Pflicht somit auch voraus, dass der temporäre Verlust dieser wiederhergestellt wird. Aufgrund fehlender Regelungskonturen der Sanierungspflicht²⁰, gibt es keine konkrete Norm, die dem Geschäftsführer einen roten Handlungsfaden vorgibt. In starker Abhängigkeit vom Einzelfall stechen gleichwohl zwei Aspekte der Sanierung besonders hervor.²¹

16 BGH, Urteil v. 20.02.1995 – II ZR 9/94, BB 1995, 975; *Fleischer*, in: *Fleischer/Goette*, MüKO zum GmbHG, § 43 Rn. 63; *K. Schmidt*, in: *K. Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.20, 1.73 ff.; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in der Krise und Sanierung, ZIP 2011, 101 f.; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 374, 377; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 17.

17 *Kleindieck*, in: *Bayer/Hommelhoff/Kleindieck/Lutter*, GmbHG, § 43 Rn. 8, 27; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 Rn. 17; *Schneider*, in: *Scholz*, GmbHG, § 43 Rn. 64; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 49.

18 BHG, Beschluss vom 05.02.2007 – II ZR 51/06, ZIP 2007, 1501 Rn. 5; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in der Krise und Sanierung, ZIP 2011, 106 f.; *Friedrich/Flintrop*, Sanierungsprüfung – Herausforderung für Unternehmensführung und Gutachter, DB 2003, 223 f.; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 374, 379.

19 *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 199; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in der Krise und Sanierung, ZIP 2011, 101 f., 106 f.

20 *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 193.

aa) Sanierungsprüfung/Sanierungsfähigkeitsanalyse

Bevor der Geschäftsführer mit den Maßnahmen zur Sanierung beginnen kann, muss er prüfen, ob das Unternehmen sich einer solchen überhaupt als würdig erweist.²² Eine sogenannte Sanierungsfähigkeitsanalyse ermöglicht es einen Überblick darüber zu bekommen, ob die Gesellschaft in der Lage ist rentabel zu wirtschaften. Eine positive Analyse ist zu bejahen, solange sich langfristig gesehen ein Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben bestätigt.²³

bb) Sanierungsmaßnahmen

Bei einer positiven Sanierungsfähigkeitsanalyse verpflichtet die Sanierungspflicht den Geschäftsführer dazu, ein Sanierungskonzept zu erarbeiten. An einen solchen werden klare Anforderungen gestellt.²⁴ Der BGH fordert ein schlüssiges Konzept, das auf erkannten und erkennbaren Gegebenheiten fußt und dem es nicht an Durchführbarkeit fehlt.²⁵ Diesfalls ist auf die Beurteilung eines unvoreingenommenen, branchenkundigen Fachmannes abzustellen.²⁶ Die Sanierungsprüfung setzt voraus, dass entsprechend den Umständen des Einzelfalls der Geschäftsführer die entscheidenden Kennzahlen und Daten sorgfältig sowohl ausgesucht als auch vorbereitet hat. Sachdienlich kann hier die Einholung eines externen Sachverständigen sein.²⁷

21 *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 27; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 193; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 37; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in der Krise und Sanierung, ZIP 2011, 106 f..

22 *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 27; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 378; *Friedrich/Flintrop*, Sanierungsprüfung – Herausforderung für Unternehmensführung und Gutachter, DB 2003, 223; ausführlich dazu *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 203 ff..

23 *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 49; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 38.

24 Dazu ausführlich *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 208 ff.; ebenfalls ausführlich *Römermann/Praß*, Das neue Sanierungsrecht für Unternehmen, Rn. 640.

25 BGH, Urteil vom 12.11.1992 – IX ZR 236/91, ZIP 1993, 276; 04.12.1997 – IX ZR 47/97, ZIP 1998, 248; 21.11.2005 – II ZR 277/03, ZIO 2006, 279; 18.10.2011 – II ZR 151/09, ZIP 2010, 2400; *Römermann/Praß*, Das neue Sanierungsrecht für Unternehmen, Rn. 640; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 208.

26 BGH, Urteil vom 04.12.1997 – IX ZR 47/97, ZIP 1998, 148; *Römermann/Praß*, Das neue Sanierungsrecht für Unternehmen, Rn. 640; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 208.

27 *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in der Krise und Sanierung, ZIP 2011, 106; *Nerlich/Rhode*, in: Nerlich/Kreplin, Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4 Rn. 185; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 380.

3. Einberufungspflicht

a) Rechtsgrundlage/Sinn und Zweck der Pflicht

§ 49 II und III GmbHG verpflichten den Geschäftsführer als ein Organ, das am besten über die operativen Geschäfte der Gesellschaft im Bilde ist, zur Einberufung der Gesellschafterversammlung. Sie dient primär zum Schutze der Gesellschaft und der Gesellschafter²⁸ und nicht, wie beispielsweise die Insolvenzantragspflicht, zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger. Indessen muss es den Gesellschaftern ermöglicht werden über die Gesundungsmaßnahmen der Gesellschaft zu beraten und zu beschließen.²⁹

b) Inhalt der Einberufungspflicht

Nach § 49 III GmbHG ist der Geschäftsführer dazu verpflichtet unverzüglich eine Gesellschafterversammlung einzuberufen. Der Grund für eine solche liegt in der aus der Jahres- oder Zwischenbilanz festgestellten Ausschöpfung des hälftigen Stammkapitals.³⁰ Die Einberufungspflicht stellt darüber hinaus eine Verknüpfung zur der stetigen Überwachungspflicht des Geschäftsführers dar, die sich als ein Bestandteil der Krisenfrüherkennung aus § 43 GmbHG und § 15 a InsO ableiten lässt.³¹ Denn bereits i. S. d. § 49 II GmbHG hat er im Rahmen seiner Überwachungspflicht die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu beobachten³² und bei Anzeichen einer Abwärtsentwicklung eine Gesellschafterversammlung im Interesse der Gesellschaft einzuberufen.³³

Entscheidend ist in dem Zusammenhang der betriebswirtschaftliche Begriff der Unternehmenskrise, das bedeutet, es ist längst der Zeitpunkt eingetreten ab dem

28 *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 375; *Priester*, Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 536.

29 *Liebscher* in: *Fleischer/Goette*, MüKo zum GmbHG, § 49 Rn 5, 7; *Ockelmann*, in: *Bormann/Kauka/Ockelmann*, Handbuch GmbH-Recht, 10.228 ff.

30 *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 49 Rn. 19; *Liebscher* in: *Fleischer/Goette*, MüKo zum GmbHG, § 49 Rn. 56; *Bayer*, in: *Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter*, GmbHG, § 49 Rn. 14, 16.

31 *Liebscher* in: *Fleischer/Goette*, MüKo zum GmbHG, § 49 Rn 6, 43, 49; *Bayer*, in: *Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter*, GmbHG, § 49 Rn. 16.

32 BGH, Urteil v. 20.02.1995 – II ZR 9/94, BB 1995, 975; *Liebscher* in: *Fleischer/Goette*, MüKo zum GmbHG, § 49 Rn 43, 49; *Bayer*, in: *Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter*, GmbHG, § 49 Rn. 16; *Priester*, Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 539.

33 *Neumaier/Hänel*, in: *Büchting/Heussen*, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, § 45 Rn. 69; *K. Schmidt/Seibt*, in: *Scholz GmbHG*, § 49 Rn. 23; *Hüffer*, in: *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, § 49 Rn. 21; *Bayer*, in: *Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter*, GmbHG, § 49 Rn. 12 f.; *Müller*, Der Verlust der Hälfte des Grund- oder Stammkapitals, ZGR 1985, 191 ff..

die Existenz des Unternehmens gefährdet ist und ein Nichttätigwerden eine materielle Insolvenz nach sich zöge.³⁴

Die Gesellschafter entscheiden am Ende, ob die ihnen vorgelegten Sanierungsmöglichkeiten und weitere entsprechende Schritte in die Wege geleitet werden.³⁵ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Gesellschafter dem Geschäftsführer einen gewissen Handlungsrahmen vorgeben. Nichts anderes lässt sich aus dem Wortlaut des § 37 I GmbHG erkennen.³⁶ Genauer gesagt, hat dieser die Gesellschafter ausführlich i. S. d. § 43 I GmbHG über die existenzbedrohende Situation zu informieren und ihnen zur Entscheidung eventuell ein bereits ausgearbeitetes Sanierungskonzept vorzulegen.³⁷

4. Kollisionspotential der Pflicht zur Sanierung und der Einberufungspflicht

a) Unstimmigkeit der Normzwecke

Während die Sanierungspflicht neben dem Schutz der Gesellschaft ebenfalls den Schutz der Gesellschaftsgläubiger bezweckt³⁸, unterbricht die Einberufungspflicht den weitreichenden Schutz und beschränkt ihn darüber hinaus. Diese dient ausschließlich dazu, die Gesellschaft und die Gesellschafter sowohl *vor* als auch *in* der Krisensituation zu schützen.³⁹ Erklärungsversuche, in dem Normzweck der Einberufungspflicht sei der Schutz der Gläubiger zumindest reflexartig hinein zu interpretieren, laufen ins Leere.⁴⁰ Dagegen spricht ganz klar die Tatsache, dass die

³⁴ S. o. B. I. 1. b); *Maus*, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.3; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 5.

³⁵ *Nerlich/Rhode*, in: Nerlich/Kreplin, Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, § 4 Rn. 195; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 107 f.; *Hirte*, Kapitalgesellschaft, § 3 Rn. 3.44; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 374 f., 381; *Priester*, Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 537; *Ockelmann*, in: Bormann/Kauka/Ockelmann, Handbuch GmbH-Recht, 10.228 ff.

³⁶ *Wiestner*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 55 f.; *Hirte*, Kapitalgesellschaft, § 3 Rn. 3.44; *Priester*, Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 537.

³⁷ *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 50 ff.; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 374 f., 382; dazu näher unter B. I. 4. b) bb).

³⁸ *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 4.

³⁹ *Liebscher* in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 49 Rn 7; *Priester*, Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 536; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 381.

⁴⁰ *Liebscher* in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 49 Rn. 7; *K. Schmidt/Seibt*, in: Scholz, GmbHG, § 49 Rn. 21; *Priester*, Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 536; schwacher Versuch zur Gegenargumentation, *Bayer*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 49 Rn. 14.

Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung zu keinerlei Entscheidungsfindung hinsichtlich des *Ob* und des *Wie* des Sanierens verpflichtet sind.⁴¹ Im Gegenteil, die Einberufungspflicht entfaltet lediglich einen Warncharakter.⁴²

Im Vergleich dazu ist der Zweck der Sanierungspflicht – als Ausschnitt der umfassenden, allgemeinen Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung i. S. d. § 43 I GmbHG – zwar fokussiert auf das Gesellschaftsinteresse, aber dafür vollkommen kompatibel mit dem Gläubigerinteresse.⁴³ Auf die vorgenannte Unstimmigkeit des Normzwecks fußt die nachfolgende Darstellung des Dilemmas des Krisenmanagementsystems.

b) Dilemma des Krisenmanagementsystems

aa) Diskrepanz der Kompetenzverteilung

Auf der einen Seite unterliegt der Geschäftsführer der Sanierungspflicht i. S. d. § 43 I GmbHG. Das bedeutet er ist laufend dazu verpflichtet sich einen Überblick über die Liquidität und Vermögenslage zu verschaffen.⁴⁴ Vorgenanntes impliziert ein – je nach Größe der Gesellschaft – umfangreiches Organisationssystem, für dessen Aufbau der Geschäftsführer ebenfalls eigenständig verpflichtet ist.⁴⁵ Ist die Krise eingetreten, so hat der Geschäftsleiter die Sanierung einzuleiten. Er muss erst die Sanierungsfähigkeit und zusätzlich die in Frage kommenden Strategien der Gesundung prüfen. Des Weiteren muss er die Gesellschafter von der Krisensituation in Kenntnis setzen und seine Informationspflicht, unter anderem

41 *K. Schmidt/Seibt*, in: Scholz, GmbHG, § 49 Rn. 30; *Huber*, Die „geplant beschlußlose“ Hauptversammlung, ZIP 1995, 1740, 1742 (bezugnehmend auf § 92 Abs. 1 AktG); *Bayer*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 49 Rn. 14; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 381.

42 *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 381; *Priester*, Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 537.

43 *Fleck*, Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 1985, 387, 395; *K. Schmidt*, Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH, ZIP 1994, 837; *Schneider*, in: Hadding u. a., FS Werner, S. 795, 807 f.; *Haas/Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 4.

44 BGH, Urteil v. 20.02.1995 – II ZR 9/94, GmbHR 1995, 299 f.; *Altmeyen*, in: Roht/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 10; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 43 Rn. 67; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 377; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 102, 107; *Priester*, Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 539.

45 *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 43 Rn. 67; *Hommelhoff*, in: Berger u. a., FS Sandrock, S. 373, 378; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 378.

hinsichtlich eventueller Sanierungsmöglichkeiten, erfüllen. Jene Pflichtenkette ist vor dem Hintergrund seines Entscheidungsermessens abzuarbeiten.⁴⁶

Auf der anderen Seite wird sein Entscheidungsfreiraum infolge der Einberufungspflicht mit Schranken versehen und dadurch sein Ermessensspielraum drastisch eingegrenzt. Die Kompetenz darüber, *ob* und *wie* die Sanierung durchgeführt wird – die Entscheidung über die Krisenbewältigung – liegt i. S. d. Gesellschaftsrechts ganz alleine in den Händen der Gesellschafter.⁴⁷ Die Krisensituation bedarf in der Regel, neben der Einleitung von organisatorischen und strukturellen Maßnahmen, der Vornahme von außergewöhnlichen Geschäften⁴⁸, die in den Zuständigkeitsbereich der Gesellschafter einzuordnen sind.⁴⁹ Die Gesellschafter haben als übergeordnetes Organ dem Geschäftsführer gegenüber Weisungsbefugnis und entscheiden alleine für die Wahl der richtigen Gestaltungsmittel zu einer Kurskorrektur.⁵⁰

Der Geschäftsführer, dem unter einem streng bemessenen Sorgfaltsmaßstab die drakonische Organisationspflicht obliegt, hat für die Funktionsfähigkeit einer eigen erschaffenen Gesamtkonstruktion des Kontroll- und Überwachungssystems zu sorgen. Eine Gesamtorganisation, die es ihm ermöglicht, die Kontrolle über die aussagekräftigsten Kennzahlen und über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu behalten.⁵¹ Der Geschäftsführer, der alltäglich mit den Kennzahlen des Unternehmens konfrontiert wird, der am besten über die Aufstellung der Gesellschaft informiert ist und der letzten Endes verpflichtet ist in einem Krisenfall das Unternehmen zu sanieren⁵², hat keinerlei Entscheidungskompetenz über das *Ob* und das *Wie* einer möglichen Sanierung?

⁴⁶ *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhof, GmbHG, § 43 Rn. 16; *Lutter*, Die Business Judgement Rule und ihr praktische Anwendung, ZIP 2007, 841 ff.; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 107.

⁴⁷ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG § 43 Rn. 28; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 374, 380; *Westermann*, Gesellschafter- und Geschäftsführerpflichten im Vorfeld der Insolvenz nach gegenwärtigem und künftigem Recht DZWIR 2006, 485, 487.

⁴⁸ *Haas*, Reform des Gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E zum 66. DJT, 2006, E 108 f.; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 107.

⁴⁹ *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 375; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 107 f..

⁵⁰ *Priester*, Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 537.

⁵¹ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 25; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 43 Rn. 67; *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.20, 1.73 ff; 1.109; *Wellensiek/Schluck-Amend*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Rn. 1.76; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 102; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 374, 377.

Tatsächlich obliegt dem Geschäftsführer lediglich eine sogenannte Vorschlagspflicht⁵³. Eine Erklärung dafür, so *Bork*⁵⁴, liegt in der organschaftlichen Bindung des Geschäftsleiters an den Gesellschaftszweck. Denn alleine die Tatsache, dass sich der Geschäftsführer keinesfalls gegen eine Sanierung entscheiden kann bzw. darf, denn i. S. d. Gesellschaftszwecks ist er zur Unternehmensfortführung und mithin zur Gewinnerzielung verpflichtet, stellt sich gegen seine potentielle Entscheidungskompetenz.⁵⁵

Problematisch ist für eine effektive Sanierung daher, wie im Folgenden dargestellt, die Situation, in der sich die Gesellschafter gegen vorgeschlagene Sanierungsmaßnahmen entscheiden.

bb) Sanierungspflicht des Geschäftsführers vs. fehlende Sanierungspflicht der Gesellschafter

Die Diskrepanz des Krisenmanagementsystems hat durch das Vorgenannte ihre Silhouette angedeutet und bringt nun im Folgenden ihre tatsächliche Gestalt zum Vorschein. Ist der oben genannten argumentativen Konsequenz zu folgen, so sind die Gesellschafter aufgrund des Normzwecks des § 49 GmbHG zu keinerlei sanierenden Maßnahmen verpflichtet.⁵⁶ Bleiben sie daher in einer passiven Haltung der Sanierung gegenüber, so bleibt dem Geschäftsführer nichts anderes übrig, als sich dieser anzuschließen und darüber hinaus Schadensbegrenzung zu betreiben. Das würde bedeuten, er führt, unter Aufgabe seiner Sanierungspflicht, das Unternehmen solange weiter fort, bis die Insolvenzreife erreicht ist.⁵⁷

Der erste Stolperstein, der dem Geschäftsführer im Rahmen seiner Sanierungspflicht den Weg erschwert, ist die Nonkonformität zwischen seiner

52 *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 24 ff.; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 374, 378; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 106 f.

53 *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 108.

54 *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 101.

55 *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 73; *Picot/Aleth*, Unternehmenskrise und Insolvenz, Rn. 173; *Westermann*, Gesellschafter- und Geschäftsführerplichten im Vorfeld der Insolvenz nach gegenwärtigem und künftigem Recht, DZWIR 2006, 485; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 108.

56 *Bayer*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 49 Rn. 14; *Schaal*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 84 Rn. 2; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 375.

57 *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 375; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 39.

Sanierungspflicht i. S. d. § 43 I GmbHG und den ihm dazu vom Gesetzgeber eingeräumten Entscheidungsbefugnissen.⁵⁸ Alle Entscheidungen, die zu einer erfolgreichen Gesundung der Gesellschaft erforderlich sind, obliegen den Gesellschaftern.⁵⁹

Ein weiterer Stolperstein ist der Faktor Zeit, der durchaus gegen die Sanierungsbemühungen des Geschäftsführers arbeiten kann.⁶⁰ Entscheiden sich die Gesellschafter gegen die Sanierung oder bedürfen sie weiterer Beratungs- und Verhandlungsgespräche und bleiben deswegen zu lange untätig, so kann auch dann die Sanierungspflicht des Geschäftsführers ins Leere laufen.⁶¹ In dem Falle ist der Geschäftsführer weiterhin verpflichtet das Unternehmen solange fortzuführen, bis die Gesellschafter zu einem Entschluss gekommen sind.⁶²

Neben einer in der sensiblen Situation pedantischen Kontrolle der Liquiditäts- und Vermögenslage⁶³ hat er seiner Sanierungspflicht solange nachzukommen, bis sich die Gesellschafter endgültig gegen vorgeschlagene Sanierungsmaßnahmen entschieden haben. Denn haben sie sich noch nicht zu einer Entscheidung durchgerungen, muss der Geschäftsführer von einer bestehenden Fortführungswahrscheinlichkeit ausgehen.⁶⁴

⁵⁸ *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 60.

⁵⁹ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG § 43 Rn. 28; *Liebscher* in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 49 Rn 7; *Müller*, Der Verlust der Hälfte des Grund- oder Stammkapitals, ZGR 1985, 194; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 374, 380; *Westermann*, Gesellschafter- und Geschäftsführerplichten im Vorfeld der Insolvenz nach gegenwärtigem und künftigem Recht, DZWIR 2006, 485, 487; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 55 f.; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 108; *Hirte*, Kapitalgesellschaft, § 3 Rn. 3.44; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 75 f..

⁶⁰ *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 74; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 77; *Priester*, Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 545.

⁶¹ *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 76.

⁶² *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 27; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 77 f.; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 39.

⁶³ *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 377.

⁶⁴ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 28; *Liebscher*, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 49 Rn 7; *Müller*, Der Verlust der Hälfte des Grund- oder Stammkapitals, ZGR 1985, 194; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 388; *Westermann*, Gesellschafter- und Geschäftsführerplichten im Vorfeld der Insolvenz nach gegenwärtigem und künftigem Recht, DZWIR 2006, 485, 487; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 55 f.; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 108; *Hirte*, Kapitalgesellschaft, § 3 Rn. 3.44; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 75 f..

Als problematisch kristallisiert sich hier allerdings heraus, dass die Krise in der Zeit niemals einfriert, sondern weiter fortschreitet. Dieser Umstand erschwert es dem Geschäftsführer enorm die Sanierungsfähigkeit aufrechtzuerhalten. Schlimmstenfalls ist eine Fortführung dann nicht mehr wahrscheinlich und eine Insolvenzantragstellung praktisch unausweichlich.⁶⁵

Vor dem Hintergrund der dem Geschäftsführer i. S. d. § 43 I GmbHG obliegenden Sanierungspflicht, kann die Nonkonformität zwischen jener Pflicht und seiner dazu fehlenden Entscheidungskompetenz ganz und gar ein Störfaktor für eine effektive Sanierung sein. Überlegens- bzw. wünschenswert wäre somit eine Regelung, die es ermöglicht, dass sich die Gesellschafter zumindest – in welche Richtung auch immer – äußern und sich nicht schlichtweg für eine Hinhaltetaktik entscheiden.⁶⁶ Solch eine Regelung könnte es zum einen verhindern, dass die fehlende Entscheidungskompetenz des Geschäftsführers seiner Sanierungspflicht im Wege steht und zum anderen, sollten sich die Gesellschafter gegen eine Sanierung entscheiden, trotzdem zumindest Gewissheit bringen, keine Zeit zu verlieren und einen Insolvenzantrag zu stellen. Andererseits setzt jene Regelung ebenfalls voraus, dass dem Geschäftsführer eine gewisse „Berichtspflicht“⁶⁷ obliegt. Denn die Gesellschafter können nur dann ihre Äußerung zu einer Sanierung abgeben, wenn ihnen in der Gesellschafterversammlung auch die entsprechenden Gesundungsmaßnahmen – in Form eines Sanierungskonzepts – vorgestellt worden sind.⁶⁸

Dabei ist *Veils*⁶⁹ Überlegungen folgend, eine Pflicht der Gesellschafter, das Unternehmen entweder zu sanieren oder zu liquidieren, nicht notwendig.⁷⁰ Nichtsdestotrotz stellt sich dann die Frage, wie solch eine Regelung auszugestalten wäre? Würde „lediglich“ eine Ausgestaltung des § 49 III GmbHG, so *Veils*⁷¹ Gedanke, zum gewünschten Ergebnis führen? Ausgeschlossen werden kann an dieser Stelle eine Ausweitung der Entscheidungskompetenz des Geschäftsführers.

⁶⁵ *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 75 f..

⁶⁶ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 28 f.; *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 386 ff.; a. A. *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 77 f..

⁶⁷ *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 382.

⁶⁸ *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 382.

⁶⁹ *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 374.

⁷⁰ *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 388.

⁷¹ *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 388.

Dagegen spricht ganz klar seine Orientierung am Gesellschaftszweck, das Unternehmen gewinnerzielend fortzuführen.⁷² Das bedeutet, der Geschäftsführer müsste sich – dem Gesellschaftszweck sowie seiner Sanierungspflicht folgend – stets zwingend für die Sanierung entscheiden.⁷³

Eine Pflicht der Gesellschafter, sich in der Gesellschafterversammlung konkret zu den weiteren Schritten zu äußern und Partei zu ergreifen, würde dem Geschäftsführer die weitere Vorgehensweise erleichtern. So ist es durchaus möglich den Gesellschaftern einen entsprechenden, jedoch eng bemessenen, Überlegungszeitraum einzuräumen.⁷⁴ Alles andere arbeitet sowohl gegen eine effektive Sanierung als auch gegen die auferlegte Sanierungspflicht des Geschäftsführers.

5. Insolvenzantragspflicht

a) Rechtsgrundlage

Gemäß § 15 a I InsO ist der Geschäftsführer als „Abwickler“⁷⁵ und Organ der Gesellschaft mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, spätestens allerdings drei Wochen nach Eintritt des Insolvenzgrundes, zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet.⁷⁶

b) Insolvenzgründe

Durch das Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften vom 05.12.2012⁷⁷ wird der derzeitige modifiziert zweistufige Überschuldungsbegriff entfristet.⁷⁸ Danach liegt i. S. d. § 19 II InsO eine Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, eine Fortführung des

⁷² *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG § 43 Rn 8; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 108; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 76; *Priester*, Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, 537; *Hirte*, Kapitalgesellschaft, § 3 Rn. 3.44.

⁷³ *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 107 f..

⁷⁴ *Veil*, Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, 388.

⁷⁵ *Bußhardt*, in: Braun, InsO, § 15 a Rn. 5.

⁷⁶ *Bußhardt*, in: Braun, InsO, § 15 a Rn. 5 ff.; *Kleindiek*, in: Kreft, InsO, § 15 a Rn. 7 ff.; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 15 a Rn. 1 ff.; *Kayser*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, Rn.1. 43.

⁷⁷ BR-Drucksache 690/12.

⁷⁸ *Böcker/Poertzgen*, Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff ab 2014, GmbHR 2013, 18; *Schmidt*, Überschuldung und Unternehmensfortführung oder: per aspera ad astra, ZIP 2013, 485.

Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.⁷⁹ So gesehen stellt die Fortführungsprognose neben der rechnerischen Übersicht ein selbstständiges Element dar.⁸⁰ Bei einer nachgewiesenen grundsätzlichen Überlebensfähigkeit der Gesellschaft ist die Ermittlung eines Vermögensstatus/Überschuldungsstatus überflüssig⁸¹, was dazu führt, dass der Geschäftsführer keinen Insolvenzantrag stellen muss.⁸² Die Prognoseberechnung entscheidet schließlich, von welchem Wert im Überschuldungsstatus auszugehen ist.⁸³

Gemäß § 17 II Satz 1 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, sobald er seine fälligen Zahlungspflichten nicht mehr erfüllen kann. Der Gesellschaft mangelt es geradezu an Zahlungsmitteln. Jenes Unvermögen macht es unmöglich die fälligen Geldschulden zumindest größtenteils zu erfüllen.⁸⁴ Die Rechtsprechung räumt dem Schuldner eine dreiwöchige Schonfrist ein. Ihm Rahmen derer hat dieser die Möglichkeit finanzielle Mittel zu beschaffen.⁸⁵

c) Sinn und Zweck der Norm

Die Norm ist alleine im Lichte des Gläubigerschutzes zu interpretieren.⁸⁶ Die Antragspflicht ist daher so angeordnet, dass der Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes vor alle anderen Überlegungen gestellt wird.⁸⁷ Vor dem Hintergrund der beschränkten Haftung der GmbH bezweckt die Antragspflicht den

⁷⁹ *Bußhardt*, in: Braun, InsO, § 19 Rn. 7; *Kleindiek*, in: Kreft, InsO, § 19 Rn. 8; *Mitter*, in: Haarmeyer/Wurtzke/Förster, InsO, § 19 Rn. 8; *Mönning*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 19 Rn. 15 ff.; *Kayser*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, Rn.1. 4; *Schmidt*, Überschuldung und Unternehmensfortführung oder: per aspera ad astra, ZIP 2013, 487.

⁸⁰ *Böcker/Poertzgen*, Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff ab 2014, GmbHR 2013, 18.

⁸¹ *Bußhardt*, in: Braun, InsO, § 19 Rn. 7; *Mitter*, in: Haarmeyer/Wurtzke/Förster, InsO, § 19 Rn. 8, 9a.

⁸² *Böcker/Poertzgen*, Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff ab 2014, GmbHR 2013, 18.

⁸³ *Bußhardt*, in: Braun, InsO, § 19 Rn. 7; *Kayser*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, Rn.1. 4.

⁸⁴ BGH, Urteil vom 27.04.1995 – IX ZR 147/94, ZIP 1995, 929; *Mitter*, in: Haarmeyer/Wurtzke/Förster, InsO, § 17 Rn. 7; *Bußhardt*, in: Braun, InsO, § 17 Rn. 8; *Eilenberger*, in: Kirchhof/Eidenmüller/Stürner, MüKo, InsO, § 17 Rn. 6 ff.; *Mönning*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 17 Rn. 12ff.; *Kayser*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, Rn. 1. 11.

⁸⁵ BGH, Urteil vom 24.05.2005 – IX ZR 123/04, NZI 2005, 548; *Bußhardt*, in: Braun, InsO, § 17 Rn. 9 f.; *Mitter*, in: Haarmeyer/Wurtzke/Förster, InsO, § 17 Rn. 13 f.; *Kirchhof*, in: Kreft, InsO, § 17 Rn. 19.

⁸⁶ Vgl. dazu auch § 1 S. 1 InsO.

⁸⁷ *Mönning*, in: Nerlich/Römermann, InsO, § 15 a Rn. 6; *Klöhn*, in: MüKo zur InsO, § 15 a Rn. 8 f.; *Busch*, in: Haarmeyer/Wurtzke/Förster, InsO, § 1 Rn. 6; *Kirchhof*, in: Kreft, InsO, § 1 Rn. 3 f.

Handlungsspielraum des Gesellschaftsrechts – primär zur Vermögenserhaltung – durch die Verfahrenseröffnung zu beeinflussen.⁸⁸

6. Kollisionspotential der Sanierungs- sowie Insolvenzantragspflicht

a) Spannungsverhältnis/Zielkonflikt: GmbH-Recht und Insolvenzrecht

Aufgrund dessen, dass der Insolvenzantragspflicht ein zwingender Gläubigerschutz vorangeht, ist damit eine Spannung⁸⁹ zum ausreichenden Freiraum für eine außergerichtliche Sanierung praktisch vorprogrammiert.⁹⁰ Dieser Zielkonflikt fußt auf dem „grundsätzlichen Widerstreit“⁹¹ zwischen dem Gesellschafts- und Insolvenzrecht und damit auf dem prägenden Gedanken der jeweiligen Rechte, der im Folgenden dargestellt wird. Dabei ist es im Sinne des Gläubigers eine freie Sanierung, sollte sie kostengünstiger sein als ein formelles Verfahren, vorzuziehen.⁹² Mithin stehen sich die durchaus riskante Bemühung des Geschäftsführers das Unternehmen, gewiss oftmals mit einem kleineren Kostenaufwand, zu sanieren und die Stellung des Insolvenzantrags, die zwar im Rahmen der Verfahrenseröffnung kostenintensiver ist, aber zugleich Rechtssicherheit für den Gläubiger bringt, gegenüber.⁹³

Auf der einen Seite steht es der Gesellschaft frei, wie sie ihr Vermögen zu verwenden hat⁹⁴ und auf der anderen Seite steht der stark vom Insolvenzrecht geprägte Gedanke, zu Gunsten der Gläubiger möglichst risikoavers zu agieren.⁹⁵ Der entscheidende Zeitpunkt für den Wechsel der obigen Handlungsrechte richtet sich i. S. d. § 15 a InsO am Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft und an der dreiwöchigen Sanierungsfrist. Beide Tatbestandsmerkmale sind im Nachfolgenden hinsichtlich des Gleichgewichts zwischen dem – dem Geschäftsführer im Rahmen

⁸⁸ *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 88.

⁸⁹ *Hillinderbäumer* spricht vom „Zielkonflikt“, Der Könnner macht masselos „Konkurs“ – Hintergründe und Lösungen, BB 2013, 1226.

⁹⁰ *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 88; *Hollinderbäumer*, Der Könnner macht masselos „Konkurs“ – Hintergründe und Lösungen, BB 2013, 1226.

⁹¹ *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 88.

⁹² *K. Schmidt*, Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, D 103 f.; *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz im Recht der GmbH, S. 63; *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 88 f.; *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1987 ff.; allgemein zu den Vor- und Nachteilen einer außergerichtlichen Sanierung *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 193 ff.; *Uhlenbruck*, in: *K. Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 2.1 ff..

⁹³ *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1988.

⁹⁴ *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 8 ff..

⁹⁵ *Wüst*, Unterkapitalisierung und Überschuldung bei Beschränkthaftern, JZ 1985, 817; *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 77 ff..

seiner Sanierungsbemühungen eingeräumten – Handlungsfreiraum und dem zwingenden Gläubigerschutz⁹⁶ zu beleuchten.

*K. Schmidt*⁹⁷ schließt einen solchen Zielkonflikt aus. Er begründet seine Ansicht damit, dass nicht der Gesetzgeber diesen zu verantworten hat, sondern ganz alleine die schwierige Krisensituation der Gesellschaft.⁹⁸ Dieser Meinung kann sicherlich nicht gefolgt werden. Zu bemängeln ist an dieser Stelle die eindeutige Inkompatibilität zwischen dem wettbewerbsfähigen GmbH-Recht und dem effektiven Gläubigerschutz des Insolvenzrechts. Diese ist insbesondere in der Krise der Gesellschaft nicht wegzudenken.⁹⁹

aa) Insolvenzureife

Liegt einer der beiden vorgenannten Insolvenzgründe vor, so ist von der Insolvenzureife auszugehen. Mit der Aufhebung der zeitlichen Begrenzung des vor dem 09.11.2012 geltenden modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs hat sich der Gesetzgeber gleichzeitig gegen eine mögliche Verlängerung des dreiwöchigen Sanierungszeitraums entschieden.¹⁰⁰

Zwar trifft der modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff auf zahlreiche kritische Stimmen, so beispielsweise wird ihm Sanierungsfeindlichkeit aufgrund zu spät gestellter Insolvenzanträge, Zunahme an masselosen Verfahren sowie die Überwälzung des unternehmerischen Risikos auf die Gläubiger vorgeworfen.¹⁰¹ Vor dem Hintergrund der Frage, inwiefern sind die Gläubiger frühestmöglich auf

⁹⁶ *Fleischer*, Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2003, 437, 457; *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1986 ff.; *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, S. 328; *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 89.

⁹⁷ *K. Schmidt*, Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung, ZIP 1988, 1497.

⁹⁸ *Schluck-Amend/Walker*, Neue Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer durch Pflicht zur Erstellung eines Insolvenzplans?, GmbHR 2001, 376 f.; *K. Schmidt* bezeichnet das Philosophieren um den angeblichen Zielkonflikt als schizophren, Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung, ZIP 1988, 1497, 1504f..

⁹⁹ *Hollinderbäumer*, Der Könner macht masselos „Konkurs“ – Hintergründe und Lösungen, BB 2013, 1226.

¹⁰⁰ *Böcker/Poertzgen*, Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff ab 2014, GmbHR 2013, 20; dies., Finanzmarkt-Rettungspaket ändert Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO), GmbHR 2008, 1289, 1295; *Poertzgen*, Fünf Thesen zum neuen (alten) Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO n. F.), ZInsO 2009, 401, 404; *Pott*, Renaissance des modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs, NZI 2012, 4, 7.

¹⁰¹ *Böcker/Poertzgen*, Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff ab 2014, GmbHR 2013, 19 f.; dies., Finanzmarkt-Rettungspaket ändert Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO), GmbHR 2008, 1289 ff.; *Poertzgen*, Fünf Thesen zum neuen (alten) Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO n. F.), ZInsO 2009, 401 ff..

das Insolvenzverfahren angewiesen und damit der Parallefrage, wie viel Zeit sollte der Gesellschaft zur eigenständigen Gesundung eingeräumt werden, ist eine Verzögerung des Insolvenzverfahrens aufgrund der fortgeführten Akzeptanz der Fortführungsprognose durchaus zu begrüßen.¹⁰²

bb) Dreiwöchige Sanierungsfrist

Die vom Gesetzgeber vorgegebene Maximalfrist von drei Wochen zur eigenständigen Beseitigung der materiellen Insolvenz widerspricht – in Form der zu eng bemessenen Zeitspanne¹⁰³ – geradezu der Sanierungspflicht. So spricht *Hirte*¹⁰⁴ von einer Behinderung ernsthafter Sanierungsbemühungen¹⁰⁵ oder von einer Sanierungsbremse¹⁰⁶. Jene Unangepasstheit des Gesellschafts- und des Insolvenzrechts widerstrebt einer erfolgreichen, außergerichtlichen Sanierung.

aaa) Unbestimmtheit des Fristbeginns

Einen der Stolpersteine stellt unterdessen die Unbestimmtheit des Fristbeginns dar. Es ist äußerst schwierig für den ohnehin überforderten Geschäftsführer einer kriselnden Gesellschaft sich auch noch dem ungeklärten Problem zu stellen, wann letztlich der Fristlauf beginnen soll.¹⁰⁷ Die h. M. ist der Auffassung, dass die Frist mit „erkennbarer“ Überschuldung¹⁰⁸ oder Zahlungsunfähigkeit beginnt. Mit dem Zeitpunkt der entweder positiven Kenntnis oder böswilligen Unkenntnis vom eingetretenen Insolvenzgrund, also nicht mit Eintritt des objektiven Insolvenzgrundes¹⁰⁹, beginnt die Drei-Wochen-Frist also an zu laufen.¹¹⁰

¹⁰² So auch *K. Schmidt*, Überschuldung und Insolvenzantragspflicht nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz, DB 2008, 2467, 2470; *ders.*, Überschuldung und Unternehmensfortführung oder: per aspera ad astra, ZIP 2008, 485 ff.; *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 91 ff.

¹⁰³ *Hirte*, in: Moll, FS Luer, S. 393; *ders.*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1989 oder in: Eger u. a., FS Schäfer, S. 609 f.; *Drukarczyk*, Bilanzielle Überschuldungsmessung, ZGR 1979, 559; *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 100; *Steffan*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 78 f..

¹⁰⁴ *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1986; *Hirte*, in: Moll, FS Luer, S. 387.

¹⁰⁵ *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1989.

¹⁰⁶ *Hirte*, in: Moll, FS Luer, S. 393.

¹⁰⁷ *K. Schmidt*, Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, D 107 f.; *Schall*, Kapitalgesellschaftlicher Gläubigerschutz, S. 211.

¹⁰⁸ *Braun*, Die GmbH in der Krise, Rn. 1058.

¹⁰⁹ *Bußhardt*, in: Braun, InsO, § 15 a Rn. 9; *Braun*, Die GmbH in der Krise, Rn. 1058; *K. Schmidt*, Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, D 107 f.; *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 101 f..

*K. Schmidt*¹¹¹ merkt zu Recht an, dass der Fristbeginn sich lediglich in Ausnahmefällen fixieren lässt.¹¹² Auch *Hirte*¹¹³ spricht von einem fehlenden eindeutig fixierbaren Zeitpunkt.¹¹⁴

Die Strenge der Frist steht danach in keinem Verhältnis zu der fehlenden Exaktheit bei der Bestimmung ihres Beginns.¹¹⁵ So geht *Hirte*¹¹⁶ auf die Scheingenauigkeit hinsichtlich der Anknüpfung an die Insolvenzgründe ein und macht indes auf zahlreiche Ermessensentscheidungen aufmerksam.¹¹⁷ *Er* geht sogar so weit und bezeichnet die Haftung wegen Insolvenzverschleppung als totes Recht.¹¹⁸ Dies tut *er* nicht zuletzt wegen der faktisch unmöglichen Bestimmung des Eintritts von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, sondern darüber hinaus aufgrund der Unentschlossenheit des Gesetzgebers, den entscheidenden Zeitpunkt einheitlich gerichtlich bestimmen zu lassen.¹¹⁹

bbb) Eng bemessener Zeitraum

Der zweite Stolperstein ist der zu eng bemessene Zeitraum der Sanierungsfrist. Die relevante Zeitspanne ist häufig zu knapp,¹²⁰ um eine freie Sanierung durchzuführen, die dafür notwendigen Neukredite zu bekommen oder die Zufuhr von Eigenmitteln zu realisieren.¹²¹ Zudem muss der Geschäftsführer stets dabei

110 BGH, Urteil v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, ZIP 2000, 184; OLG Oldenburg, Urteil v. 24.04.2008 – 8 U 5/08, DB 2008, 2302; OLG Frankfurt am Main, Urteil v. 18.08.2004 – 23 U 170/03, NZG 2004, 1157; *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, Ang. Zu § 64 Rn. 51; *Braun*, Die GmbH in der Krise, Rn. 1055 ff.; *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 101 f.

111 *K. Schmidt*, Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, „Freie“ Sanierung und Insolvenzprophylaxe.

112 *K. Schmidt*, Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, D 107 f..

113 *Hirte*, in: Moll, FS Lüer, S. 387.

114 *Hirte*, in: Moll, FS Lüer, S. 393.

115 *Hirte*, in: Moll, FS Lüer, S. 393.

116 *Hirte*, in: Moll, FS Lüer, S. 387.

117 *Hirte*, in: Moll, FS Lüer, S. 393.

118 *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1989; *Röhrich*, Insolvenzzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505, 508; *Altmeyen*, Änderung der Kapitalersatz- und Insolvenzverschleppungshaftung aus „deutsch-europäischer“ Sicht, NJW 2005, 1911, 1912; *Hirte*, in: Moll, FS Lüer, S. 387, 392.

119 *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1989; *ders.*, in: Uhlenbruck, InsO, § 92 Rn. 13, § 139 Rn. 7; *ders.*, Restrukturierung nach der InsO, ZGR 2010, 224, 242.

120 *Drukarczyk*, Bilanzielle Überschuldungsmessung, ZGR 1979, 559; *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1989; *Böcker/Poertzgen*, Finanzmarkt-Rettungspaket ändert Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO), GmbHR 2008, 1289, 1295; *Steffan*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 78 f..

121 *Drukarczyk*, Bilanzielle Überschuldungsmessung, ZGR 1979, 559; *Reischl*, Insolvenzzrecht, § 2 Rn. 75; *Steffan*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 38 Rn. 78 f..

beachten, dass er seiner Einberufungspflicht nachkommt und die entsprechenden Fristen einhält. Hinsichtlich der „insolvenzfremen“ Sanierung¹²² fehlt es der Insolvenzantragsfrist gänzlich an Sanierungsfreundlichkeit. Eine Verlängerung der Frist¹²³, so auch *Böcker/Poertzgen*¹²⁴, würde den dem Geschäftsführer auferlegten Pflichten zur Sanierung und zur Antragsstellung an Widersprüchlichkeit nehmen.¹²⁵ Darüber hinaus bringt die Ausschöpfung einer längeren Frist¹²⁶ bessere Möglichkeiten über neue Kredite zu verhandeln oder eine Kapitalerhöhung vorzunehmen und sorgt überdies für mehr Harmonisierung zwischen dem Gesellschafts- und Insolvenzrecht.

b) Weitere Zielkonflikte des Geschäftsführers

In der ohnehin schwierigen Krisensituation der Gesellschaft ist der Geschäftsführer einem nicht unbedeutenden Zielkonflikt ausgesetzt.¹²⁷ Das Spannungsverhältnis fußt auf der einerseits strafbewehrten Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers und andererseits auf seiner sozialen Abhängigkeit von den Gesellschaftern. Zwar schließt *K. Schmidt*¹²⁸ einen Zielkonflikt aufgrund dessen, dass § 64 GmbHG a. F. (heute § 15 a InsO) nicht um „jeden Preis“ zur Insolvenzantragstellung zwingt, aus.¹²⁹ Jedoch darf die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung – als Druckmittel – nicht unterschätzt werden. Diese ist überaus dazu in der Lage den Geschäftsführer zur Antragstellung zu drängen.

122 *K. Schmidt* spricht von „konkursfreier“ Sanierung, Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, D 103.

123 *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1989.

124 *Böcker/Poertzgen*, Finanzmarkt-Rettungspaket ändert Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO), GmbHR 2008, 1289.

125 *Böcker/Poertzgen*, Finanzmarkt-Rettungspaket ändert Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO), GmbHR 2008, 1289, 1295.

126 Vorgesprochen wird eine Verlängerung bis auf ein Jahr, *Böcker/Poertzgen*, Finanzmarkt-Rettungspaket ändert Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO), GmbHR 2008, 1289, 1295; *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1993.

127 *Strohn*, Geschäftsführerhaftung als Innen- und Außenhaftung, ZInsO 2009, 1423; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 59 f.; *Casper*, in: Bachmann u. a., Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, S. 33, 35. 45, *Thümmel*, Aufgaben und Haftungsrisiken des Managements in der Krise des Unternehmens, BB 2002, 1106; *Schluck-Amend/Walker*, Neue Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer durch Pflicht zur Erstellung eines Insolvenzplans?, GmbHR 2001, 376 f.; *K. Schmidt* bezeichnet das Philosophieren um den angeblichen Zielkonflikt als schizophren, Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung, ZIP 1988, 1497, 1504f..

128 *K. Schmidt*, Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung, ZIP 1988, 1497.

129 *K. Schmidt*, Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung, ZIP 1988, 1497, 1505.

In Folge dessen kann es dazu kommen, dass der Geschäftsführer trotz eingetretenen Insolvenzgrundes, unter direktem oder indirektem Druck, dazu angehalten wird, die Gesellschaft fortzuführen, um auf diese Weise die – nicht selten lediglich theoretische – Chance auf Gesundung zu erhalten.¹³⁰ Aber bereits der Wille des Geschäftsführers, seinen Lebensunterhalt zu halten und damit das Angewiesensein auf sein Einkommen,¹³¹ werden zu seiner Motivation, das Unternehmen oftmals zu lange als lebensfähig zu betrachten, enorm beitragen.¹³²

Insbesondere leiden die Geschäftsführer kleinerer Gesellschaften unter dem vorgenannten Spannungsverhältnis. Nicht zuletzt fehlt diesen ein entsprechendes System die Krise frühzeitig wahrzunehmen, aber auch die enge Bindung der Gesellschafter, die gerade für kleinere Gesellschaften typisch ist, kann den Druck auf den Geschäftsführer vergrößern.¹³³ Erneut wird deutlich, dass die Krisenpflichten des Geschäftsführers nicht nur unvorteilhaft auf einander abgestimmt sind, nein sie enthalten teilweise widersprüchliche rechtliche Elemente. So ist neben der Rolle des Geschäftsführers, auch eine Disharmonie zwischen dem Gesellschafts- und Insolvenzrecht¹³⁴ festzustellen, die seine Sanierungspflicht verkompliziert und darüber hinaus eine erfolgreiche freie Sanierung geradezu verhindert.¹³⁵

7. Zusammenfassung: Kollisionspotential der Pflichten

Die Insolvenzantragspflicht birgt für den Geschäftsführer eine gefährliche und existenzbedrohende Haftungsfalle und zählt daher zu den problematischsten und gleichzeitig wichtigsten Bestimmungen in der Krise der GmbH. Sieht der Geschäftsführer noch vielversprechende Gesundungschancen, so steht er oftmals

¹³⁰ *Strohn*, Geschäftsführerhaftung als Innen- und Außenhaftung, ZInsO 2009, 1423; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 59 f.; *Casper*, in: Bachmann u. a., Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, S. 33, 35. 45; *Förster*, Insolvenzauslösung, S. 153.

¹³¹ *Thümmel*, Aufgaben und Haftungsrisiken des Managements in der Krise des Unternehmens, BB 2002, 1106.

¹³² *Strohn*, Geschäftsführerhaftung als Innen- und Außenhaftung, ZInsO 2009, 1423; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 59 f.; *Casper*, in: Bachmann u. a., Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, S. 33, 35; *Förster*, Insolvenzauslösung, S. 153.

¹³³ *Schall*, Gläubigerschutz, S. 300, 302; *Fleischer*, Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2004, 437, 459 f.; *Fastrich*, Optimierung des Gläubigerschutzes bei der GmbH – Praktikabilität und Effizienz, DStR 2006, 656, 661; *Schweiger*, Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, S. 59 f..

¹³⁴ An dieser Stelle insbesondere der effektive Gläubigerschutz und demnach die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung, um die sich alles im Rahmen der Insolvenzordnung dreht, *Busch*, in: Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsO, § 1 Rn. 6.

¹³⁵ *Hollinderbäumer*, Der Könnner macht masselos „Konkurs“ – Hintergründe und Lösungen, BB 2013, 1226.

vor einem Dilemma. Die Höchstfrist von drei Wochen zur Durchführung von geeigneten Sofortmaßnahmen ist in der Praxis unumstritten viel zu kurz, denn der Geschäftsführer schafft es in der Zeit kaum seiner Einberufungspflicht nachzukommen, geschweige denn entsprechende Gesundungsmaßnahmen vorzunehmen. Insoweit kann, aufgrund des praktisch unausweichlichen Zwangs zur Insolvenzantragseröffnung¹³⁶, der Erfolg einer freien Sanierung innerhalb des dreiwöchigen Zeitfensters von vornherein ausgeschlossen werden.¹³⁷

Ohne Frage, so auch *Hirte*¹³⁸, sollen überlebensfähige Unternehmen erhalten bleiben und demgegenüber todgeweihte zur rechten Zeit vom Markt genommen werden.¹³⁹

Demgemäß kann das rechtspolitische Ziel der Insolvenzantragspflicht keineswegs darin bestehen, jeder außergerichtlichen Sanierung Steine in den Weg zu legen. Sicherlich ist es notwendig einer solchen Sanierung – in Form der Antragstellung – die absolute Grenze vorzuzeichnen.¹⁴⁰ Fraglich bleibt dennoch, ob die Grenze in dem Falle nicht zu starr gezogen worden ist. Zumal die freie Sanierung im Sinne des Gläubigers erfolgt. Verlaufen die Sanierungsmaßnahmen erfolgreich, bleibt die Gesellschaft nicht nur den Gesellschaftern und Arbeitnehmern, sondern auch dem Markt erhalten, Geschäftsbeziehungen bestehen fort und zu alledem wird der Gläubiger befriedigt.

Dass sich im Rahmen der Insolvenzordnung alles um den Gläubigerschutz dreht, ist selbstverständlich von Grund auf unterstützbar. Nichtsdestotrotz sollte der Bogen der gesetzlichen Ausgestaltung dieses Schutzes nicht überspannt werden. Die gesamtwirtschaftliche Komponente darf unter keinen Umständen untergraben werden. *Haas*¹⁴¹ betont die Relevanz der Anreizfunktion, die als Folgewirkung unternehmerischer Wagnisse und Risiken, den technischen und gesellschaftlichen Fortschritt ausmacht.¹⁴²

136 *Hirte*, in: Moll, FS Luer, S. 393.

137 S. o. B. I. 6. a) bb) bbb).

138 *Hirte*, in: Eger u. a.: FS Schäfer, S. 605.

139 *Hirte*, in: Eger u. a.: FS Schäfer, S. 608.

140 *K. Schmidt*, Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, D 104.

141 *Haas*, Reform des Gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E zum 66. DJT, 2006.

142 *Haas*, Reform des Gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E zum 66. DJT, 2006, E 13.

Diesem Gedankenstrang kann vollumfänglich beigespflichtet werden. Es ist geradezu offensichtlich, dass der Markt seiner selbstregulierenden Wirkung entmachtet wird und dass – der Rechtssicherheit folgend – ein günstiges, für kriselnde Unternehmen geradezu unumgängliches, Verhältnisumfeld für ein Insolvenzverfahren geschaffen wird.¹⁴³ Zurückzuführen ist die Schaffung jener Sanierungsbremse auf die psychologische Pauschalisierung, dass eine außergerichtliche Sanierung mit der großen Ungewissheit¹⁴⁴ behaftet ist. Es kann nicht vorhergesagt werden, ob eine solche funktional und kostengünstiger als ein Regelverfahren sein wird. Dominierend ist nach wie vor die, wenn auch kostenintensivere, aber dafür für die Gläubiger Rechtssicherheit bringende, Einleitung des Insolvenzverfahrens.¹⁴⁵

So besteht auch nach dem am 01.03.2012 in Kraft getretenen Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) eine Disharmonie zwischen dem Gesellschafts- und Insolvenzrecht fort. Mit der Schaffung des Schutzschirms i. S. d. § 270 b InsO hat der Gesetzgeber zwar zumindest den Willen gezeigt, eine Erleichterung bzw. Stärkung der Fortführung sanierungsfähiger Gesellschaften zu fördern. Allerdings ist damit ein aufwändiges Antragsverfahren¹⁴⁶ verbunden. Dieses Verfahren fängt mit dem regulären Eröffnungsantrag an, dieser muss den Antrag auf Eigenverwaltung enthalten und darüber hinaus muss der Geschäftsführer letztlich den Antrag auf „Schutz zur Vorbereitung einer Sanierung“ stellen. Will der Gesetzgeber die Insolvenzordnung sanierungsfreundlicher gestalten, erreicht er dies nicht mit einem unnötig komplexen Antragsverfahren. Generell, so auch *Hirte*¹⁴⁷, erscheint die Pflicht zur Antragstellung im Rahmen des Schutzschirms überzogen.¹⁴⁸

Die „sanierungsfreundlichere“ Normenregelung des ESUG widerspricht – vor dem Hintergrund ausländischer Vorbilder – geradezu dem Willen Sanierungen ohne jeglichen Zeitdruck angenehmer zu gestalten. Vom Monopolanspruch des Insolvenzverfahrens¹⁴⁹ umgeben, ist es wohl die deutsche Mentalität Sanierungsmaßnahmen nur unter dem strengen gerichtlichen Regime durchführen zu lassen.

143 *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 103.

144 *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1987, 1989.

145 S. o. B. I. 6. a).

146 *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1987, 1993 f..

147 *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1986.

148 *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1994.

149 *K. Schmidt*, Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, D 104.

Schließlich bleibt anzumerken, dass die Sanierungs- und Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers keinesfalls miteinander korrelieren. Dem Konflikt – eine *Sanierung sei besser als eine Insolvenz*, jedoch *eine frühe Insolvenz sei sicherlich besser als eine späte*¹⁵⁰ – durch eine grundlegende Harmonieschaffung ein Ende zu setzen, bereitet dem Gesetzgeber enorme Schwierigkeiten. Darüber hinaus steht der Geschäftsführer mit der eigenen Rolle sich selbst im Wege, der ihm auferlegten Sanierungspflicht effektiv nachzukommen oder aber rechtzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen. Seine soziale Abhängigkeit und die alogische Verteilung seiner Entscheidungsbefugnisse kollidieren zusätzlich mit den vorliegend behandelten Pflichten.¹⁵¹

II. Zahlungsverbot vs. Zahlungsverpflichtung

1. Pflicht zur Massesicherung

a) Zahlungsverbot

Neben der Insolvenzantragspflicht stellt die Massesicherungspflicht den Geschäftsführer vor weitere erhebliche praktische Probleme. Dabei begibt er sich in den wirtschaftlich bedeutendsten Gefahrenbereich, den er im Rahmen der Unternehmensfortführung in der Krise betritt.¹⁵² Bestand der Zweck der Gesellschaft vor Eintritt der Insolvenzreife darin, den satzungsmäßig bestimmten Gesellschaftszweck zu verfolgen, so findet nach Eintritt der Insolvenzreife eine Kehrtwendung statt. Schließlich muss der Geschäftsführer penibel darauf Acht geben, die Substanz des Gesellschaftsvermögens zu wahren sowie weiteren Masseschmälerungen zu Lasten der Gläubigergemeinschaft Widerstand zu leisten.¹⁵³

aa) Rechtsgrundlage: § 64 GmbHG

Nach § 64 Satz 1 u. 2 GmbHG ist der Geschäftsführer der GmbH zum Ersatz von Zahlungen, die er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Feststellung der Überschuldung getätigt hat, verpflichtet. Mit der vorgenannten Rechtsgrundlage findet somit eine zeitliche Vorverlagerung des insolvenzrechtlichen Verfügungsverbots gemäß § 80 I InsO statt. Insofern darf der Geschäftsführer

¹⁵⁰ *Hirte*, Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, 1989.

¹⁵¹ *Seibel*, Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, S. 61; s. o. B. I. 6. b).

¹⁵² *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 36; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 68; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 1013a.

¹⁵³ BGH, Urteil vom 08.11.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 69; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1166.

schon bei Eintritt der Insolvenzreife zwar noch Zahlungen tätigen, kann jedoch unter Umständen zum Ersatz jener verpflichtet werden.¹⁵⁴

bb) Voraussetzung für das Zahlungsverbot

Im Fokus der Rechtsnorm steht die Zahlung nach Insolvenzreife. Ausgenommen vom Zahlungsverbot sind Zahlungen, die der Geschäftsführer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes tätigt.¹⁵⁵ Ferner muss der Geschäftsleiter mindestens fahrlässig gehandelt haben.¹⁵⁶

cc) Relevanter Zeitpunkt

Zu beachten ist, dass der maßgebliche Zeitpunkt ab Eintritt der materiellen Insolvenzreife und nicht erst mit dem Ende der Insolvenzantragsfrist beginnt.¹⁵⁷ Denn durch das Zahlungsverbot soll insbesondere sichergestellt werden, dass aus dem noch vorhandenen Gesellschaftsvermögen eine gleichmäßige und gerechte Befriedigung der Gläubigergemeinschaft erhalten bleibt.¹⁵⁸ Infolge der Maßgeblichkeit der materiellen Insolvenz kann sogar so weit gegangen werden, zu sagen, dass das Zahlungsverbot nur in dem dreiwöchigen Zeitraum der Insolvenzantragsfrist seine Bedeutung entfaltet.¹⁵⁹

dd) Sinn und Zweck der Norm

Die Norm beabsichtigt darauf hinzuwirken, dass das zum Zeitpunkt der Insolvenzreife vorhandene Gesellschaftsvermögen – die künftige Insolvenzmasse – erhalten bleibt.¹⁶⁰ Mit der Erhaltung der Insolvenzmasse kann im Rahmen des Prinzips der *par condicio creditorum* eine gleichmäßige Befriedigung der

¹⁵⁴ Zech, in: Ensthaler/Füller/K. Schmidt, GmbHG, § 64, Rn. 7; Bunnemann, in: Bunnemann/Zirngibl, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, § 3, Rn. 175.

¹⁵⁵ OLG Düsseldorf, Urteil v. 17.06.1999 – 6 U 65/97, NZG 1999, 1066, 1068.

¹⁵⁶ Holzborn/v. Vietinghoff, Haftung und Insolvenz im GmbH-Recht, Rn. 507f.; Bork, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 64, Rn. 3.

¹⁵⁷ BGH, Urteil v. 16.03.2009 – II ZR 280/07, ZIP 2009, 860; Kleindiek, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 64 Rn. 2; Bauer, Die GmbH in der Krise, Rn. 1018.

¹⁵⁸ BGH, Urteil v. 16.03.2009 – II ZR 280/07, NZG 2009, 550 Rn. 12; Strohn, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1163.

¹⁵⁹ BGH, Urteil v. 16.03.2009 – II ZR 280/07, NZG 2009, 550 Rn. 12; Strohn, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1163.

¹⁶⁰ BGH, Urteil v. 26.03.2007, GmbHR 2007, 596, ZIP 2007, 1006 Rn. 7; v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 195 ff; Arend/Möller, Aktuelle Rechtsprechung zur Geschäftsführer-Haftung in Krise und Insolvenz der GmbH, GmbHR 2008, 169, 170; Bork, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 64, Rn. 1; Blöse/Wieland-Blöse, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 36.

Gläubiger sichergestellt und folglich eine mögliche Benachteiligung dieser untereinander verhindert werden.¹⁶¹ Schließlich soll jene Norm das Verhalten des Geschäftsführers in dem Maße sensibilisieren, als das er frühzeitig gewillt ist, einen Insolvenzantrag zu stellen oder aber Maßnahmen ergreift, der eingetretenen Insolvenzreife entgegenzuwirken.¹⁶²

b) Begriff der Zahlungen

aa) Unerlaubte Zahlungen

Die weite Auslegung des Zahlungsbegriffs schließt neben Geldzahlungen alle Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen, die fähig sind die Insolvenzmasse zu schmälern, ein.¹⁶³ Der II. Zivilsenat stellt somit besonders darauf ab, dass die vom Geschäftsführer getätigte Zahlung die Fähigkeit aufweisen muss, die Insolvenzmasse zu kürzen. Jene Gelder könnten, wären sie nicht ausgezahlt worden, der Masse zugefügt werden.¹⁶⁴ Darüber hinaus ist eine Zahlung auch dann verboten, sobald sie keine Gegenleistung nach sich zieht.¹⁶⁵ Ebenfalls sind Zahlungen auf das debitorische Konto verboten. Eine solche Zahlung hat – in Form des Erlöschens der Bankforderung gegen die Gesellschaft – eine Masseverkürzung zur Folge. In dem Falle wird die Bank vorrangig befriedigt.¹⁶⁶ Eine verbotene Zahlung liegt ferner vor, wenn eine kriselnde Gesellschaft mit Geldmitteln, die sie von einer ihrer Konzerngesellschaften erhalten hat, ihre Schulden begleicht.¹⁶⁷

bb) Erlaubte Zahlungen

Wie bereits oben aufgeführt werden Austauschgeschäfte, die zu marktüblichen Preisen vonstattengehen, von der Haftung des § 64 Satz 1 GmbHG ebenfalls nicht

¹⁶¹ BGH, Urteil v. 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZIP 2008, 1229 Rn.10, GmbHR 2008, 813; v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, NJW 2000, 668; *Bork*, in: *Bork/Schäfer*, GmbHG, § 64, Rn. 1; *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 36.

¹⁶² *Haas*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 64, Rn. 1; *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 36.

¹⁶³ BGH, Urteil v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 194; v. 16.03.2009 – II ZR 32/08, NZG 2009, 582 Rn. 12; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1165; *Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 37.

¹⁶⁴ BGH, Urteil v. 05.05.2008 – II ZR 38/07, NZG 2008, 508, NJW 2008, 2504 Rn. 10; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1164.

¹⁶⁵ BGH, Urteil v. 31.03.2003 – II ZR 150/02, NZG 2003, 582, 583; v. 18.10.2010 – II ZR 151/09 (OLG Hamburg), ZIP 2010, 2400, NZG 2010, 1393; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1164.

¹⁶⁶ BGH, Urteil v. 26.03.2007 – II ZR 310/05, NZG 2007, 462; *Kleindiek*, in: *Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter*, GmbH-Gesetz, § 64 Rn.8; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1165; *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 37.

¹⁶⁷ BGH, Urteil v. 31.03.2003 – II ZR 150/02, DB 2003, 1213, ZIP 2003, 1005, 1006; *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 38.

tangiert.¹⁶⁸ Allgemein gesehen sind Zahlungen zulässig, die keine Massenschmälerung und keine Gläubigerbenachteiligung herbeiführen, sowie Zahlungen, die ein besonnener Insolvenzverwalter im gleichen Ausmaße vorgenommen hätte. Sind alle vorgenannten Merkmale erfüllt, spricht man von Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind.¹⁶⁹

cc) Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes

Führen die Zahlungen des Geschäftsführers nicht zu einer Masseverkürzung oder werden mit dieser sogar größere Nachteile für die Gläubigergesamtheit verhindert, so entsteht für ihn eine Exkulpationsmöglichkeit nach § 64 Satz 2 GmbHG. Zur Orientierung hat der II. Zivilsenat dem Geschäftsführer einen Handlungsmaßstab vorgegeben. Insoweit hat dieser sein Handeln und mithin seine Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife stets nach dem Interesse der Gläubigergesamtheit auszurichten.¹⁷⁰

Der Geschäftsleiter hat dann die Voraussetzungen der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfüllt, wenn er sich in ausreichendem Maße die finanzielle Situation der Gesellschaft vor Augen geführt und sich auch sonst einen ausreichenden finanziellen Überblick über das Unternehmen verschafft hat.¹⁷¹ Ein angestrebter Sanierungsversuch ist daher lediglich dann mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar, wenn dieser ex ante als unternehmerisch vertretbar einzustufen ist.¹⁷² Gemeint sind damit Zahlungen, die für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs und mithin für die Sanierungschancen

¹⁶⁸ BGH, Urteil v. 31.03.2003 – II ZR 150/02, NZG 2003, 582, 583; v. 18.10.2010 – II ZR 151/09 (OLG Hamburg), ZIP 2010, 2400, NZG 2010, 1393; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1164; *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 38.

¹⁶⁹ OLG Düsseldorf, Urteil v. 18.02.1999 – 6 U 38/98, NZG 1999, 884, 885, GmbHR 1999, 1202; *Casper*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 64 Rn. 89; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, Bd. 2, § 64 Rn. 27; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64, Rn. 72; *Bork*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 64, Rn. 20ff.

¹⁷⁰ BGH, Urteil v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 274f.; v. 18.07.2002 – IX ZR 480/00, NJW 2002, 3252; v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, NJW 1994, 2220, 2224; v. 09.07.1979 – II ZR 118/77, NJW 1979, 1823, BGHZ 75, 96; *Nerlich/Rhode*, in: Nerlich/Kreplin, Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, Rn. 402; *Frege*, Grundlagen und Grenzen der Sanierungsberatung, S. 546; *Bork*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 64, Rn. 20; *Zech*, in: Ensthaler/Füller/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 12; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1166; *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 39.

¹⁷¹ OLG Celle, Urteil v. 07.05.2008 – 9 U 191/07, GmbHR 2008, 1034, 1035; OLG Düsseldorf, Urteil v. 30.07.1992 – U 251/91, GmbHR 1993, 159; *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 64 Rn. 11.

¹⁷² BGH, Urteil v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, NJW 1994, 2220, 2224; OLG Hamburg, Urteil v. 29.12.2003 – 11 W 90/03, GmbHR 2004, 797; *Nerlich/Rhode*, in: Nerlich/Kreplin, Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, Rn. 402.

unumgänglich erscheinen oder aber solche, die getätigt werden müssen, um eine drohende Betriebseinstellung zu verhindern. In beiden Fällen dienen die Zahlungen zur Sicherung des Betriebs und weisen die Fähigkeit auf, größere Nachteile für die Masse¹⁷³ abzuwenden. Der typische Fall einer solchen Zahlung wäre beispielsweise die Begleichung von laufenden Kosten wie Telefonrechnungen, Wasser-, Strom- und Heizungsrechnungen oder der Einkauf von Betriebsmaterialien.¹⁷⁴ Die damit verbundene Sanierung des Betriebs muss gleichwohl auf einem ernstzunehmenden, objektiv aussichtsreichen Sanierungsversuch fußen.¹⁷⁵

c) Kollisionspotential der Pflichten

Der Geschäftsführer einer in Krise befindlichen GmbH begibt sich mit jeder vorgenommenen Zahlung in eine heikle Haftungssituation. Diese zeichnet sich dadurch aus, als dass sie lediglich wenige Ausweichmöglichkeiten bietet. Bei der Ausführung der Masseerhaltungspflicht ist die Grenze zu verbotenen Zahlungen sehr schnell tatbestandlich gegeben und somit überschritten. Darüber hinaus wird die Haftungslage vom Insolvenzverwalter geradezu ausnahmslos verfolgt.¹⁷⁶ Das brandgefährliche Haftungsumfeld, liegt in der Verantwortung der zahlreichen drakonischen Rechtsprechungen des BGH.¹⁷⁷ Nicht zuletzt sind diese Rechtsprechungen das Resultat einer stark theoretisch geprägten Auslegung des § 64 GmbHG.

aa) Prüfungspflicht vs. Massesicherungspflicht

Eine große Herausforderung des Geschäftsführers besteht darin herauszufinden, ob ein möglicher Sanierungsversuch eventuell in der Krise vorgenommene masseschmälernde Vermögensbewegungen hervorruft. Er muss in der Lage sein zu überblicken und einzuschätzen, ob sich die bestehenden Sanierungschancen auf realistische Aussichten stützen.¹⁷⁸ Des Weiteren erstreckt sich sein Aufgabenbereich auf eine schwerwiegende Entscheidung, ob und wann der

¹⁷³ BGH, Urteil v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 274f.

¹⁷⁴ BGH, Beschluss v. 05.11.2007 – II ZR 262/06, ZIP 2008, 72, 73, NZG 2008, 75 Rn. 6; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1166; *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 39; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 70.

¹⁷⁵ BGH, Urteil v. 05.02.2007 – II ZR 234/05, GmbHR 2007, 936, BHGZ 171, 46, 49; *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 64 Rn.11; *Zech*, in: Ensthaler/Füller/K. Schmidt, GmbHG, § 64 Rn. 13.

¹⁷⁶ *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 36.

¹⁷⁷ BGH, Urteil v. 18.12.1995 – II ZR 277/94, BGHZ 131, 235; v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, BGHZ 143, 184; v. 11.09.2000 – II ZR 370/99, GmbHR 2000, 1149; v. 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; v. 31.03.2003 – II ZR 150/02, DB 2003, 1213; *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 11.35.

Insolvenzantrag zu stellen ist. Parallel zu den vorgenannten krisenbedingten Pflichten darf er seine alltäglichen Pflichten, wie die laufende Überwachung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft sowie das Unternehmen in dieser schwierigen Phase bestmöglich zu führen, mitnichten vernachlässigen.¹⁷⁹

Um all diese Aufgaben unter den gegebenen Haftungsrisiken souverän zu meistern, reicht es leider nicht aus lediglich einen kühlen Kopf zu bewahren. Die Geschäftsführung ist in der schwierigen Zeit der Krise äußerst anspruchsvoll und erfordert neben einem breitgefächerten speziellen Wissensspektrum eine nahezu grenzenlose Belastbarkeit des Geschäftsführers. Das wirft die Frage auf, ob es diesem zugemutet werden kann – neben seiner in der Krise sowohl qualitativ als auch quantitativ längst ausgeschöpften Aufgabenfülle – auch noch rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte einer Insolvenz zu beherrschen und diese in der eigen geführten Unternehmung zu erkennen? Gerade bei der Erstellung eines Sanierungskonzepts hat der Geschäftsleiter penibel darauf zu achten, dass dieses den betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Standards entspricht.

aaa) Notwendigkeit einer qualifizierten Beratung

Sicherlich dreht sich bei der Notwendigkeit einer qualifizierten Sanierungsberatung alles um die allgemeine Pflicht des Geschäftsführers zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks unter Maßgabe der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Der Geschäftsführer hat vor der Tatsache der Unternehmensgesundheit alle Maßnahmen zu ergreifen, die dazu sowohl geeignet als auch zweckerfüllend sind.¹⁸⁰ Das Krisenmanagement ist den anspruchsvollsten und komplexesten Aufgaben des Geschäftsleiters zuzuordnen.¹⁸¹ In diesem Zusammenhang trifft Komplexität auf Sensibilität. Jeder denkbare und selbstverständlich leicht passierbare Fehler kann enorme Auswirkungen auf die Haftungssituation des Geschäftsführers haben. Zumal der Zeitdruck stets auf hohem Niveau gehalten wird und die Fülle der Verantwortung – das Unternehmen

¹⁷⁸ BGH, Urteil v. 09.07.1979 – II ZR 118/77, BGHZ 75, 96; v. 18.07.2002 – IX ZR 480/00, NJW 2002, 3252; v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, NJW 1994, 2220, 2224; *Nerlich/Rhode*, in: *Nerlich/Kreplin*, Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, Rn. 402; *Kreplin*, in: *Nerlich/Kreplin*, Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz, Rn. 199; *Frege*, Grundlagen und Grenzen der Sanierungsberatung, S. 546.

¹⁷⁹ OLG Celle, Urteil v. 06.05.1999 – 11 U 232/97, NZG 1999, 1065; *Frege*, Grundlagen und Grenzen der Sanierungsberatung, S. 546.

¹⁸⁰ *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 49.

¹⁸¹ *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, Rn. 39; *Geißler*, Verhaltensmaßnahmen und Rechtspflichten des Geschäftsführers in der Krise, DZWIR 2011, 309; *Frege*, Grundlagen und Grenzen der Sanierungsberatung, NZI 2006, 546.

zu retten – sich mit ihren „haftungs- und strafrechtlichen Fallstricken“¹⁸² nicht selten zu Lasten der Entscheidungskraft des Geschäftsführers auswirkt. Um Betriebsblindheit zu vermeiden, einen objektiven Überblick über die finanzielle Situation zu erlangen und eventuelle mangelnde Sachkunde zu umgehen, kann sich der Geschäftsführer bestenfalls eines fachlichen Rates bedienen. Die Unterstützung durch externe Berater kann, wenn sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar ist¹⁸³, die involvierten Interessen vereinen.

Auf der einen Seite steht es im Interesse der Gläubigergesamtheit die Sanierungschancen zu erhalten und letztlich eine erfolgsversprechende Sanierung zu unterstützen. Auf der anderen Seite stehen die Interessen der Gesellschaft, die zwar im Rahmen des Zahlungsverbots gemäß § 64 GmbHG nach Eintritt der Insolvenzzureife in den Schatten gerückt werden¹⁸⁴, in diesem Falle jedoch völlig übereinstimmen. In der Regel begrüßen insbesondere die Fremdkapitalgeber die Einbindung eines externen Beraters. Jene Einbindung stellt nicht selten eine Voraussetzung für eine weitere Zusammenarbeit in der Krise dar.¹⁸⁵

bbb) Inanspruchnahme der Beratung – Zahlungsverbot?

Eine somit nicht unerhebliche Schwierigkeit für den Geschäftsführer stellt die Entscheidungsfindung bezüglich der Ausgaben für eine fachkundige Sanierungsberatung, die eine ordnungsgemäße Pflichterfüllung seiner Sanierungspflicht bedeutet, und der strikten Einhaltung der Pflicht zur Erhaltung der Haftungsmasse gemäß § 64 GmbHG dar. Kommen erste Anzeichen einer Krise, so sollte sich der Geschäftsführer keinerlei Fehler erlauben. Ein Übersehen im Rahmen seiner Überwachungspflicht könnte ihm einen verfälschten Überblick über den Vermögensstand liefern und möglicherweise aus fruchtlosen durchaus fruchtbare Sanierungsaussichten eröffnen. Managementfehler einzugestehen und die Lage in der Krise rational einzuschätzen sind Attribute, die nicht jedem Geschäftsführer problemlos zuzurechnen sind. Dagegen sind optimistisches

¹⁸² *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, Rn. 39.

¹⁸³ BHG, Beschluss vom 05.02.2007 – II ZR 51/06, GmbHR 2007, 936 (937); BGH, Urteil v. 01.03.1994 – II ZR 81/94, NJW 1994, 2149, 2150 ff.; *Almeppen*, in: *Almeppen/Roth*, GmbHG, § 64 Rn. 12; *Lindemann*, GmbHR 2007, 938; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, 1166; *Frege*, Grundlagen und Grenzen der Sanierungsberatung, S. 546.

¹⁸⁴ BGH, Urteil vom 08.11.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 69; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1166.

¹⁸⁵ *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung, Rn. 42.

Denken, Verdrängen der Krise und Hoffen auf bessere Zeiten die Regel aber auch die Gefahr für missverstandene Sanierungsaussichten.

(1) Aussichtsreiche Sanierung

Der vordergründig zu betrachtende Zeitraum ist so gesehen der Entscheidungsprozess des Geschäftsführers über die Ernsthaftigkeit einer Sanierung. Um darüber mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zu entscheiden, muss der Geschäftsführer, wie bereits oben bemerkt, eine jederzeitige Liquiditätskontrolle eingerichtet haben. Der gewonnene Einblick ist bei Anzeichen einer Krise sorgfaltsgemäß hinsichtlich der Aussichtschancen einer Sanierung zu deuten.

In welchem Ausmaße sind die Sorgfaltsanforderungen an den Geschäftsführer gestellt? Der Geschäftsführer haftet gemäß § 43 I GmbH nur, wenn er die Pflichtverletzung zu verschulden hat. Der Verschuldensmaßstab geht über die allgemeinen Sorgfaltsanforderungen i. S. d. § 276 BGB hinaus.¹⁸⁶ Der objektive Sorgfaltsmaßstab orientiert sich zwar an der allgemeinen Regelung des § 276 I BGB und umfasst daher Fahrlässigkeit und Vorsatz. Der allgemeine Maßstab der Fahrlässigkeit wird jedoch durch die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verschärft.¹⁸⁷ Der Geschäftsführer muss selbstständig und treuhänderisch die Vermögensinteressen der Gesellschaft und der Gesellschafter wahrnehmen.¹⁸⁸ Dabei ist von einer objektiven Sorgfaltspflicht i. S. d. § 93 AktG auszugehen. Es kommt schlussendlich weder auf die jeweilige Person des Geschäftsleiters, seine Eigenarten, seinen individuellen Wissensstand noch auf seine Erfahrungen und Kenntnisse an.¹⁸⁹ Der objektive Maßstab schließt es aus, dass der Geschäftsführer sich beispielsweise auf fachliche Untauglichkeit berufen kann.

Hieraus erwächst die Frage, ob die Struktur des Sorgfaltsmaßstabs i. S. d. § 43 I GmbHG im Rahmen der Bewertung bestehender Sanierungsaussichten als

¹⁸⁶ BGH, Urteil vom 12.11.1979 – II ZR 174/77, BGHZ 75, 321, 327; *Schmid*, in: Ring/Grziwotz, Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht, § 43 Rn. 7; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 43 Rn. 18.

¹⁸⁷ *Lücke/Simon*, in: Saenger/Inhester, GmbHG, § 43, Rn. 41; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 43 Rn. 18; *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, § 43 Rn. 14.

¹⁸⁸ OLG Celle, Urteil vom 15.03.2000 – 9 U 209/99, NZG 2000, 1178, 1179; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 3; *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 6; *Schmid*, in: Ring/Grziwotz, Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht, § 43 Rn. 7.

¹⁸⁹ BGH, Urteil vom 16.02.1981 – II ZR 49/80, WM 1981, 440, 442; OLG Koblenz vom 10.06.1991, GmbHR 1991, 416, 417; *K. Schmidt*, in: Esthaller/Füller/K. Schmidt, GmbHG, § 43 Rn. 13.

optimaler Maßstab betrachtet werden kann. Der BGH nimmt eine klare Stellung zu dieser Problematik. Er sieht es für absolut notwendig, dass der Geschäftsführer, bevor er eine aufwendige externe Prüfung durch Dritte veranlasst, sich einen umfassenden Überblick über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens verschafft.¹⁹⁰ Im Regelfall sind die Dienstleistungen solcher Sanierungsberater kostenintensiv und sollten in aussichtslosen Fällen nicht zu Lasten der Gläubigergemeinschaft in Anspruch genommen werden. Hat der Geschäftsführer entsprechend dem Rahmen einer umfassenden internen Prüfung festgestellt, dass eine Sanierung aussichtsreich und eine externe Fachberatung einem erfolgversprechenden Sanierungsversuch dienlich erscheint, so handelt er mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, wenn er den Sanierungsberater für seine Leistung bezahlt.¹⁹¹

Darüber hinaus muss die Honorarzahlung eine angemessene und im Interesse der Gläubigergesamtheit stehende Gegenleistung darstellen. Für das Vorliegen einer solchen erlaubten Zahlung ist der Geschäftsführer beweispflichtig. Er hat die entsprechenden Tatsachen fundiert darzustellen und zu beweisen.¹⁹²

(2) Angemessene Honorarleistung

Die Angemessenheit des Honorars erstreckt sich auf eine zweckmäßige Sacherledigung und einen dadurch für das Unternehmen entstandenen Gegenwertes.¹⁹³ Handelt es sich bei dem Berater um einen Rechtsanwalt, so kann sich die Angemessenheit beispielsweise nach der Vergütung gemäß dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz richten.¹⁹⁴

bb) Zielkonflikt des GmbH-Geschäftsführers?

Nach einer gründlichen Erfassung der Unternehmensstammdaten, der Berechnung ausschlaggebender Kennzahlen sowie einer Krisenursachenanalyse muss der Geschäftsführer im Rahmen einer anschließenden Auswertung der vorgenannten Zahlen die Chancen einer Sanierung entweder für standhaft oder für nicht existent erklären. Neben der rein finanziellen Ebene ist ebenfalls die strategische Lage, die Ertragslage wie auch die Managementsituation zu berücksichtigen.¹⁹⁵ Die

¹⁹⁰ BHG, Beschluss vom 05.02.2007 – II ZR 51/06, GmbHR 2007, 936 (937); *Lindemann*, GmbHR 2007, 938; OLG Koblenz, Urteil vom 09.02.2006 – 6 U 607/05, NZG 2006, 583.

¹⁹¹ OLG Koblenz, Urteil vom 09.02.2006 – 6 U 607/05, NZG 2006, 583.

¹⁹² OLG Koblenz, Urteil vom 09.02.2006 – 6 U 607/05, NZG 2006, 583.

¹⁹³ *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO § 142 Rn. 8.

¹⁹⁴ *Leithaus*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 142 Rn. 6.

¹⁹⁵ *Maus*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 1.113 ff., 1.318 ff..

Beurteilung könnte sich insoweit als problematisch erweisen, als dass der Geschäftsführer mehr oder weniger von der Tatsache der Unterschätzung gegebener Unternehmenssituation eingeholt wird.¹⁹⁶ Die erforderliche strenge Einhaltung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs wird durch bereits erwähnte Attribute wie Optimismus, „Nichtversagenwollen“ und Selbstüberschätzung strapaziert. Ob die vorgenannten Attribute geradezu den Auslöser für nicht sorgfaltsgemäßes Handeln verkörpern, oder ob sie durchaus als Grundlage – für eine trotz scheinbar ausweglose Lage – zu einer erfolgreichen Sanierung führen können, soll hier nicht behandelt werden. Vielmehr ist dem Gedanken zu folgen, ob es dem Geschäftsführer – als alleinigem Träger der Organisationsgewalt und „Mitverursacher“ der Krisensituation – vollumfänglich zugemutet werden kann eine objektive Sanierungsfähigkeitsprüfung durchzuführen? Ungeachtet dessen, welchem Haftungsdruck er in der Krise ausgesetzt ist und sich zudem mit konflikträchtigen Pflichten auseinander zu setzen hat.

Eine potentielle Modifizierung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs i. S. d. § 43 I GmbHG bzw. die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung sollen an dieser Stelle die Anknüpfungspunkte der nachfolgenden Prüfung sein. Als notwendig erscheint die Prüfung einer potentiellen Diskrepanz zwischen der Massesicherungs- und der Sanierungspflicht. Ein fahrlässiges Abweichen vom Sorgfaltsmaßstab des § 43 I GmbHG könnte schon im Widerspruch zum Zahlungsverbot des § 64 GmbHG stehen.

aaa) Herabsetzung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs

(1) Haftungsprivilegierung für Arbeitnehmer

Die Haftungsprivilegierung für Arbeitnehmer lässt sich kurz durch zwei Gedankenstränge rechtfertigen. Zum einen durch das Betriebsrisiko und zum anderen durch die Vertrauenserwartung.¹⁹⁷ Zum ersteren ist also zu ergänzen, dass der Arbeitgeber sich die Betriebsgefahr des Arbeitnehmers zurechnen lassen muss. Der Arbeitgeber eröffnet durch das Übertragen von sämtlichen Arbeiten an seinen Arbeitnehmer eine besondere Gefahr für Fehler- und Schadenverursachung.¹⁹⁸ Aufgrund dessen, dass der Geschäftsführer bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat, kann dem Arbeitnehmer die Belastung durch Schäden, die aus der besonderen Gefahr der übertragenden Arbeit resultieren, nicht zugemutet

¹⁹⁶ *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 13.

¹⁹⁷ BAG, Urteil vom 25.09.1957 GS 4/56, AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO; *Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 445.

¹⁹⁸ BAG, Urteil vom 25.09.1957 GS 4/56, AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO.

werden.¹⁹⁹ Der zweite Gedankenstrang richtet sich auf die Weisungsbindung des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat i. S. d. § 106 GewO die letzte Hoheit über die Arbeitsleistung seiner Mitarbeiter, demgemäß müssen diese im Rahmen der Fürsorgepflicht ihres Arbeitgebers darauf vertrauen können, nicht einseitig mit dem Haftungsrisiko belastet zu werden.²⁰⁰ Die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers erstreckt sich auf einfache Fahrlässigkeit.²⁰¹

(2) Auswirkung der Haftungsprivilegierung auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG

An dieser Stelle soll nicht vertieft auf die seit Jahren umstrittene Frage, ob der Geschäftsführer Arbeitnehmer ist oder nicht, eingegangen werden. Die überwiegende Meinung verneint die Daseinsberechtigung des Geschäftsführers als Arbeitnehmer. Die Tätigkeitsregelung des Geschäftsführers basiert auf einem freien Dienstvertrag und nicht auf einem Arbeitsverhältnis.²⁰² Besonders haftungsrechtlich wird die bewusste Abgrenzung der Geschäftsführerstellung vom Arbeitsverhältnis hervorgehoben. Der Geschäftsführer haftet im Gegensatz zum Arbeitnehmer für einfache Fahrlässigkeit.²⁰³

Wichtiger ist in diesem Zusammenhang, dass der BGH in seiner ständigen Rechtsprechung Anhaltspunkte dafür bietet, dass einige Normen, die für ein Arbeitsverhältnis typisch sind, durchaus auch auf die Stellung des Geschäftsführers Anwendung finden.²⁰⁴ Zumal nicht vergessen werden darf, dass der Geschäftsführer – trotz eines freien Dienstverhältnisses – wie auch der Arbeitnehmer i. S. d. § 37 GmbHG weisungsgebunden ist.²⁰⁵ Ob sich eine

¹⁹⁹ Preis, in: Dieterich/Hanau/Schaub, ErfK ArbR, § 619 a BGB Rn.10; Jousen, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 445.

²⁰⁰ Preis, in: Dieterich/Hanau/Schaub, ErfK ArbR, § 619 a BGB Rn.10; Jousen, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 445.

²⁰¹ Hesse, in: Rolfs u. a., BeckOK Arbeitsrecht, § 619 a BGB Rn. 5 ff; Reichold, in: Richardi u. a., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 51 Rn. 35; Preis, in: Dieterich/Hanau/Schaub, ErfK ArbR, § 619 a Rn. 17; Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 2; Jula/Sillmann, Handbuch GmbH, S. 12.

²⁰² BAG, Urteil vom 26.05.1999 5 AZR 664/98, GmbHR 1999, 925; Reiserer, in: Moll, Münchener Anwalts Handbuch Arbeitsrecht, § 6 Rn. 60; Schulte, in: Pielow, BeckOK, GewO, § 109 Rn. 18; Diller, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, S. 65 ff.; Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 2, 162f.; Jula/Sillmann, Handbuch GmbH, S. 12; Kamanabrou, Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Licht neuer Rechtsprechung, DB 2002, 145 ff.; Jousen, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 442.

²⁰³ Weber/Hoß/Burmester, Handbuch der Managerverträge, Rn. 55 f; Jula, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 2; Jula/Sillmann, Handbuch GmbH, S. 12.

²⁰⁴ Beispielsweise finden die Kündigungsfristen des § 622 BGB bei der Kündigung des Geschäftsführers entsprechende Anwendung.

²⁰⁵ Preis, in: Dieterich/Hanau/Schaub, ErfK ArbR, § 611 Rn. 162; Jousen, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 443.

entsprechende Analogie²⁰⁶ auch auf die Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs des Geschäftsführers erstreckt, ist zu prüfen.

(3) Auswirkung des Betriebsrisikos auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG

Im Gegensatz zum Arbeitnehmer ist der Geschäftsführer nicht ganz unfreiwillig in die Risikostruktur des Unternehmens eingebunden. Der GmbH-Geschäftsführer vertritt und gestaltet darüber hinaus das Betriebsrisiko.²⁰⁷ Seine Pflicht zur Unternehmensführung umfasst, im Zuge der Planung der Geschäftsabläufe, die Bestimmung über die Aufgabenbereiche der Mitarbeiter. Er teilt also die Mitarbeiter den einzelnen Betriebsrisiken zu und entscheidet, in welchem Umfang der einzelne Mitarbeiter jenem Risiko ausgesetzt wird.²⁰⁸ Diese Entscheidungsmacht wird durch seinen Ermessensspielraum unterstützt.²⁰⁹ Selbstredend kann jemand, der unter Umständen auch Entscheidungen zu Lasten des Arbeitgebers zu treffen hat und auf dessen Betriebsorganisation die Arbeitnehmer im vollen Umfang vertrauen, nicht in den Genuss der gleichen Haftungsprivilegierung kommen.

(4) Auswirkung der Vertrauenserwartung auf den Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG

Nun ist der Geschäftsführer gemäß § 37 GmbHG weisungsgebunden. Entsprechend kann auch hier eine gewisse Analogie der Haftungsprivilegierung angenommen werden. Anders als die Arbeitnehmerpflichten weisen die Geschäftsführerplichten eine durch das Gesetz detaillierte Definition vor.²¹⁰ Das heißt, der Geschäftsführer hat eine weitaus bessere Übersicht über das von ihm Verlangte als der Arbeitnehmer. Auf seinen übertragenen Aufgabenbereich kann sich der Geschäftsführer von vornherein einstellen und diesen darüber hinaus selbst gestalten. Er unterliegt demzufolge nicht in dem

²⁰⁶ *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 167.

²⁰⁷ *Joussen*, Der persönliche Anwendungsbereich der Arbeitnehmerhaftung, RdA 2006, 131.

²⁰⁸ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 22.; *Weber/Hoß/Burmester*, Handbuch der Managerverträge, Rn. 55; *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 78 f.; *Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 446.

²⁰⁹ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 16 ff.; *Lohr*, die Beschränkung der Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, NZG 2000, 1204, 1207; *Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 446.

²¹⁰ *Sandmann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, S. 335. *Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 446.

Ausmaße dem Direktionsrecht wie der Arbeitnehmer.²¹¹ Zudem kommt noch hinzu, dass anders als bei der Arbeitnehmerhaftung, die Überlegung des Gläubigerschutzes bei der Geschäftsführerhaftung eine große Rolle spielt.²¹² Danach dürfte die potentielle Haftungsprivilegierung entsprechend des Sorgfaltsmaßstabs des § 43 Abs. 1 GmbH bei weitem nicht an die der Arbeitnehmer heranreichen. Bei einer Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs werden die Besonderheiten der Geschäftsführerhaftung vollkommen ausgeblendet und die gesetzlichen Anforderungen an sein Amt verfremden.²¹³ Angesichts der vorgenannten Darstellung kann eine Haftungsprivilegierung wiederholt ausgeschlossen werden.

bbb) Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs – grundsätzlich unzulässig?

Die obigen Argumente scheinen auf den ersten Blick durchaus plausibel zu sein. Dennoch bleibt fraglich, ob eine fahrlässige Abweichung vom Sorgfaltsmaßstab nicht doch unter bestimmten Gesichtspunkten zulässig sein kann. Jene Abweichung kann in Form von vertraglichen Vereinbarungen erfolgen. An dieser Stelle stehen sich zwei entgegengesetzte Meinungen gegenüber.

Zum Teil wird die Meinung vertreten eine vertragliche Haftungsbeschränkung sei generell unwirksam.²¹⁴ Gestützt wird diese Meinung mit dem Argument, dass der Geschäftsführer, als treuhänderischer Verwalter fremden Vermögens – welches der Haftungsgrundlage Dritter dienen soll²¹⁵ – und dementsprechend als Träger solch einer drakonischen Verantwortung, den Haftungsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG

²¹¹ *Frisch*, Haftungserleichterung für GmbH-Geschäftsführer nach dem Vorbild des Arbeitsrechts, S. 110, merkt an, dass sich das Direktionsrecht auf Zeit, Ort, Art und Dauer der Arbeitsleistung beschränkt. Die Weisungsgebundenheit sei allerdings je nach Beschäftigung stark einschränkbar.

²¹² *Heisse*, Die Beschränkung der Geschäftsführer-Haftung gegenüber der GmbH, S. 61.; *Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 446.

²¹³ *Lutter*, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers – 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, 301, 311 f.; *Sandmann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, S. 334, 336.

²¹⁴ *Haas*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 14.; Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, in: dies., GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 43 Rn. 2, 17.; *Haas*, in: Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, § 11 Rn. 2 ff., 60.; *Ziemons*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 29 Rn. 21. *Bastuck*, Enthaltung des Managements, S. 90 ff., 110 ff.; *Heisse*, Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, S. 90.; *Lutter*, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers – 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, 301, 311; *Immenga*, Die Problematik der Anfechtungsklage im GmbH-Recht, GmbHR 1973, 5, 7; *Ebenroth/Lange*, Sorgfaltspflichten und Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 GmbHG, GmbHR 1992, 69, 79.

²¹⁵ *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 46; *Fleischer*, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 312; *Reese*, Die Haftung von Managern im Innenverhältnis, DStR 1995, 532, 536.

nur in vollem Ausmaße zu befolgen hat.²¹⁶ Gegen diese Meinung spricht indessen, dass der Geschäftsführer nicht als Treuhänder der Gesellschaftsgläubiger handelt.²¹⁷ Denn die Tatsache, dass er als Treuhänder fremden Vermögens agiert, eröffnet den Gläubigern noch keinen unmittelbaren Schadensersatzanspruch gegen ihn.²¹⁸ Zwar geht die h. M. davon aus, § 43 GmbHG schütze neben der Gesellschaft ebenfalls die Gläubiger, allerdings entkräftet der Umkehrschluss des § 43 Abs. 3 GmbHG den erweiterten Schutzbereich mit dem „Grundsatz der gesellschaftsrechtlichen Dispositionsfreiheit“²¹⁹. Danach können Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer durch Verzicht, Vergleich oder durch vorherige Bestimmungen beschränkt werden. Demzufolge steht der Gläubigerschutz nicht im Fokus des Sorgfaltsmaßstabs des § 43 Abs. 1 GmbHG.²²⁰

Die überwiegende Auffassung schließt jedenfalls eine vertragliche Haftungsbeschränkung nicht grundsätzlich aus.²²¹ Leider ist ihre Zulässigkeit bisher unzureichend geklärt. Geklärt ist immerhin, dass die Möglichkeit einer vertraglichen Beschränkung des Sorgfaltsmaßstabs gegeben sein kann, wenn dadurch die Gläubigerinteressen nicht unmittelbar tangiert werden.²²² Weitere Klarheit ergeht aus dem § 276 Abs. 3 BGB. Danach ist eine vertragliche Einschränkung zulässig, wenn im Rahmen derer vorsätzliches Handeln ausgeschlossen ist und ihr nicht andere oder speziellere Normen widersprechen.²²³

cc) Reflexion auf den Sonderfall – Prüfungspflicht gegen Zahlungsverbot

Um das oben genannte potentielle Pflichtendilemma aufzugreifen, könnte die Lösung dessen eine Modifizierung des Sorgfaltsmaßstabs gemäß § 43 Abs. 1

²¹⁶ *Lutter*, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers – 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, 301, 311; *Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 447.

²¹⁷ *Fleck*, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1974, 224, 229; *Fleischer*, in: *Fleischer/Goette*, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 312; *Sandmann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, S. 329.

²¹⁸ BGH, Urteil vom 19.02.1990 – II ZR 268/88, BGHZ 110, 342, 360; vom 25.06.2001 – II ZR 38/99, BGHZ 148, 167; *Sandmann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, S. 329; *Fleck*, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1974, 224, 229; *Konow*, Probleme der Geschäftsführung bei der GmbH, GmbHR 1968, 219, 220; *Fleischer*, in: *Fleischer/Goette*, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 305.

²¹⁹ *Fleischer*, in: *Fleischer/Goette*, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 304.

²²⁰ *Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 446.

²²¹ *Fleischer*, in: *Fleischer/Goette*, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 305; *Lohr*, Die Beschränkung der Innenhaftung des GmbH-GF, NZG 2000, 1204, 1208; *Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 447.

²²² BGH, Urteil vom 15.11.1999 – II ZR 122/98, NJW 2000, 576.

²²³ *Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 447.

GmbHG sein. Im Folgenden soll geprüft werden, ob und in welcher Form eine solche Modifizierung ihre Daseinsberechtigung erlangen kann. Fakt ist, dass sich das Zahlungsverbot i. S. d. § 64 Abs. 2 GmbHG, als speziellere Vorschrift²²⁴ des § 276 Abs. 3 BGB und als Regelungsnorm zur Abwehr existenzgefährdender Vorgänge²²⁵, wie die Tatsache eines Vorsatzes auf mögliche Haftungseinschränkung auswirkt.²²⁶ Das hieße ganz klar eine Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs im Rahmen der Tätigkeit verbotener Zahlungen sei nach Insolvenzreife auszuschließen. Inhaltliche Unterstützung findet die vorgenannte strenge Ansicht durch den Willen des historischen Gesetzgebers.²²⁷ Dieser verneinte die Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs, indem er die Interessen der Gesellschaftsgläubiger in den Fokus rückte, die nach einer Haftungsherabsetzung keinem ausreichenden Schutz ausgesetzt wären.²²⁸

Sicherlich ist der Gläubigerschutz gerade in der Krise einer Gesellschaft vordergründig zu beachten. Die Substanz des Gesellschaftsvermögens ist vor Masseschmälerungen i. S. d. Interessen der Gläubigergemeinschaft zu wahren.²²⁹ Jedoch soll an dieser Stelle die Aufgabenfülle des Geschäftsführers, die insbesondere in der Krisensituation an Komplexität zunimmt, nicht außer Acht gelassen werden.

Die Intention des historischen Gesetzeswillens kann auf die heutige Zeit nicht mehr im vollen Umfang übertragen werden.²³⁰ Dagegen spricht die enorme Überlastung an gesellschaftsrechtlichen Anforderungen und darüber hinaus an öffentlichen-rechtlichen Verpflichtungen, die dem Geschäftsführer eine nahezu absolute Perfektion hinsichtlich seines Handelns abverlangen. Nun könnte an dieser Stelle mit dem Ermessensspielraum des Geschäftsführers dagegen argumentiert werden. Dieser breite Ermessensspielraum erfordert also einen streng

224 *Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 447.

225 *Sandmann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, S. 331.

226 *Weber/Brügel*, Die Haftung des Managements in der Unternehmenskrise: Insolvenz, Kapitalerhaltung und existenzvernichtender Eingriff, DB 2004, 1923, 1926; *Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 447.

227 BR-Drs. Nr. 94/1891, GmbHG-Entwurf 1892, S. 99, § 44, Berlin 1892. Da die Interessen der Gesellschaftsgläubiger tangiert werden, könne ein geringerer Maßstab nicht akzeptiert werden.

228 BR-Drs. Nr. 94/1891, GmbH-Entwurf 1892, S. 99, § 44, Berlin 1892; *Fleischer*, in: *Fleischer/Goette*, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 303.

229 BGH, Urteil vom 08.11.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 69; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1166.

230 *Fleischer*, in: *FS Goette*, S. 75, 83 f.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 136 f.; *Fleischer*, in: *Fleischer/Goette*, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 304.

bemessenen Sorgfaltsmaßstab. Den Geschäftsführern steht zwar bei der Erfüllung ihrer Aufgaben ein breiter Handlungsspielraum zur Verfügung, dieser wird dennoch zum einen durch die schwierige Problematik ihrer Darlegungs- und Beweislast²³¹ und zum anderen durch die erforderliche angemessene und umfangreiche Vorbereitung der Ermessensentscheidung²³² überaus eingeschränkt. Der Geschäftsführer ist anders als die Organmitglieder einer AG i. S. d. § 37 GmbHG weisungsgebunden und hat das Sanierungskonzept zur weiteren Entscheidung der Gesellschafterversammlung vorzulegen.²³³ Auch in diesem Falle kann er an die Grenzen seines Ermessensspielraums stoßen.

Gegen den Gedankengang spricht allerdings der Normzweck des § 64 GmbHG. Die sogenannte „Vermögensbeobachtungspflicht“ verkörpert einen notwendigen Ausgleich dafür, dass die Gesellschafter grundsätzlich von dieser Pflicht ausgeschlossen sind.²³⁴ Dieses bedeutet im Umkehrschluss, dass vom Geschäftsführer bereits im Rahmen seiner vorsorglichen Prüfungspflicht umso mehr abverlangt wird. Die Notwendigkeit wird zudem dadurch verstärkt, dass je nach Größe der Gesellschaft mit zunehmendem Umfang und Komplexität der Prüfungspflicht, eine Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs praktisch zur Führungslosigkeit der Gesellschaft führen würde.²³⁵

Plausibel erscheint daher, im Hinblick auf ein fahrlässiges Abweichen vom Sorgfaltsmaßstab, die Notwendigkeit der Trennung zwischen dem Organisations- und Tätigkeitsrisiko des Geschäftsleiters. Während das Tätigkeitsrisiko durchaus Beschränkungspotential des Sorgfaltsmaßstabs aufweist, kann dieses für das Organisationsrisiko nicht gelten. Die vorsorgende Prüfungspflicht fällt in den organisatorischen Aufgabenbereich. Der ausschlaggebende Unterschied zwischen dem Arbeitnehmer und dem Geschäftsleiter ist die eigenverantwortliche Organisationsgewalt des letzteren.

²³¹ *Meyke*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 34, 70, 123; *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 302 ff.; *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 18; *Uhlenbruck*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 5.129 f.

²³² *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 18.

²³³ *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer, S. 292; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 200; *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise, S. 374 f.; *Ciftci/Bischoff*, Die GmbH in der Krise, S. 23; *Bork*, Pflichten der Geschäftsführung in Krise und Sanierung, ZIP 2011, 107 f.; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 75 ff.

²³⁴ *Sandmann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, S. 331.

²³⁵ *Sandmann*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, S. 331.

Der Gesetzgeber unterstellt dem Geschäftsführer insoweit die notwendige Kompetenz und entsprechende Qualifikation zu einem eigenverantwortlichen Organisationssystem, als das ihm jede organisatorische Tätigkeit, wie die stetige Prüfung der finanziellen Lage, sowohl ermöglicht als auch überwindbar wird. Eine teilweise Entlastung von der obliegenden Organisationspflicht ließe gleichzeitig die Gesamtkonstruktion der Kontroll- und Überwachungsinstanz in sich zusammenbrechen. Folglich kann der Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs für organisatorische Pflichten nicht gefolgt werden.

dd) Ausschöpfung des Kollisionspotentials

Die argumentative Konsequenz schöpft das Kollisionspotential der zu prüfenden Pflichten aus. Die Objektivität des Sorgfaltsmaßstabs i. S. d. § 43 GmbHG schließt Unfähigkeit und Überforderung des Geschäftsführers ausnahmslos aus. Ebenfalls läuft die Argumentation hinsichtlich der Besonderheit einer Krisensituation, die dem Geschäftsführer neben seiner üblichen Geschäftslast zahlreiche weitere Krisenpflichten auferlegt und den Spielraum für potentielle Schadensersatzansprüche um einiges erweitert, ins Leere.

Die Bewältigung der Krise unterliegt der drakonischen Organisationspflicht des Geschäftsführers. Ihm obliegt die gesamte organisatorische Betreuung seines zu führenden Verantwortungsbereichs. Dieses ausschlaggebende Strategiekonzept hat er wiederum i. S. d. § 43 GmbHG mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes eigenverantwortlich zu entwickeln. Die Untersuchung einer potentiellen Haftungsbeschränkung bzw. Herabsetzung des eng auszulegenden Sorgfaltsmaßstabs lässt keinerlei Raum für fahrlässige Abweichungen. Auch an dieser Stelle fehlt es mithin an Kollisionscharakter der Pflichten. Im Umkehrschluss ist anzumerken, dass eine Kollision der Prüfungspflicht und der Massesicherungspflicht ausgeschlossen ist, solange der Geschäftsführer sorgfaltsgemäß handelt. Hat er die Sanierungsfähigkeit erkannt, hängt die Privilegierung der Zahlung i. S. d. § 64 GmbHG dann lediglich von der angemessenen Honorarleistung des externen Prüfers ab. Angemessen ist das Beraterhonorar, wenn der Masse zumindest teilweise eine gleichwertige Gegenleistung zugeführt wird.²³⁶ Die Angemessenheit dürfte in der Regel keine große Problematik darstellen.

²³⁶ BGH, Urteil vom 06.12.2007 – IX ZR 113/06, NZI 2008, 173; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus/Dahl, InsO, § 142 Rn. 3 ff.; *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann, InsO § 142 Rn. 8; *Riggern*, in: Braun, InsO, § 142 Rn. 3.

Fraglich bleibt gleichwohl der Umfang der dem Geschäftsführer zgedachten Funktion als Kontroll- und Überwachungsinstanz. Steht die Fülle der gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an den Geschäftsführer im angemessenen Verhältnis zu dem streng bemessenen Sorgfaltsmaßstab und seinem gerade in der Krise einer Gesellschaft nahezu unbegrenzten Haftungsumfang? Seine Funktion als ausgleichende unabhängige Kontrollinstanz zu der Haftungsbeschränkung der juristischen Person einer GmbH erscheint schlüssig. Die der Gesellschaft dadurch gebotene Eigenständigkeit gegenüber den Gesellschaftern zeichnet das klassische Unternehmensleitungsrisiko aus. Eine verminderte Vertrauens Erwartung an den Geschäftsführer, bzw. eine Beschränkung des Sorgfaltsmaßstabs würde dem Gesetzeswillen in vollem Maße widersprechen.

Dessen ungeachtet wirft die Praxis darauf ein anderes Licht. Fakt ist, dass alle Insolvenzanträge lange nach Eintritt der materiellen Insolvenz gestellt werden.²³⁷ Die Geschäftsführer wirtschaften – trotz Eintritts der Zahlungsunfähigkeit – bis an die letzten finanziellen Reserven ihres Unternehmens weiter.²³⁸ Ist das Eigenkapital nahezu verbraucht, setzt Ernüchterung ein und mit ihr die lange vor sich hin geschobene jedoch inzwischen unausweichliche Kapitulation.

Zwar ist der Geschäftsführer im Gegensatz zum Arbeitnehmer, dessen Pflichten nicht in dem Maße gesetzlich detailliert niedergeschrieben sind, weitaus aufgeklärter über seinen Aufgabenbereich. Diese Tatsache ist jedoch in Anbetracht seines vorgenannten bedeutend größeren Aufgaben- und Verantwortungsbereichs sicherlich auch als Mindestmaß erforderlich.

Gerade Geschäftsführer kleiner Gesellschaften sind oftmals den Problemen der vorsorgenden Prüfung ausgesetzt und sind trotz ausführlicher Normenfülle nicht im Stande eine dem Sorgfaltsmaßstab entsprechende Prüfung durchzuführen.²³⁹ Diese in der Regel aufwendige Prüfung stellt für kleine Gesellschaften sowohl im Hinblick auf die rechtliche als auch wirtschaftliche Bewertung des gegebenen Datenmaterials eine große Herausforderung dar. Hervorgerufen wird dieses Problem durch eine in vielen Fällen unzureichende zugrundeliegende Datenbasis.²⁴⁰ Oftmals ist das Kernproblem der vorsorgenden Prüfung die mangelnde Aktualität des zu prüfenden Zahlenmaterials, insbesondere mangelt es an der Qualität einer unterjährigen Prüfung der Wirtschaftslage. Eine zutreffende

²³⁷ *Haarmeyer*, Der Eintritt der materiellen Insolvenz und seine zentrale Bedeutung für das Insolvenzverfahren, ZInsO 2009, 1273.

²³⁸ *Haarmeyer*, Der Eintritt der materiellen Insolvenz und seine zentrale Bedeutung für das Insolvenzverfahren, ZInsO 2009, 1273.

²³⁹ *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 47 ff..

²⁴⁰ *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 47 ff..

Aussage anhand des bilanziellen Abschlusses kann aber in vielen Fällen unzureichend sein.²⁴¹

d) Zusammenfassung: Kollisionspotential der Pflichten

In der Zeit zwischen Feststellung der Insolvenzreife und Stellung des Insolvenzantrags steht der Geschäftsleiter vor der Frage, welche Verbindlichkeiten er bedienen darf oder gar muss und welche Zahlungen i. S. d. § 64 GmbHG verboten sind. Um einer persönlichen Haftung zu entgehen, ist es für den Geschäftsführer demnach umso wichtiger, sich mit der Materie der Zahlungsvornahme in der Krise der Gesellschaft ausführlich auseinander zu setzen.²⁴² Weiterhin bleibt es trotz der vorgenannten Urteile offen, ob Zahlungen in den Rahmen eines ordentlichen Geschäftsmannes fallen, wenn sie zum Zeitpunkt getätigt werden, in dem eine realistische Sanierungschance längst besteht, oder sind diese möglicherweise bereits dann zulässig, wenn der Geschäftsführer sich noch in der Ermittlungsphase der Sanierungsmöglichkeiten befindet. Wohlgemerkt ist an dieser Stelle eine Unterscheidung vorzunehmen.

Zur Wahl stehen zwei Zahlungsfreiräume, zum einen die Zahlungen innerhalb und zum anderen außerhalb der Insolvenzantragsfrist.²⁴³ Befindet sich der Geschäftsführer in der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist, kann problemlos davon ausgegangen werden, dass in dem Zeitrahmen ernsthafte Sanierungsmaßnahmen durchgeführt werden. Wird eine möglichst erfolgreiche Durchführung einer Unternehmensgesundung angestrebt, so stimmen die entsprechenden Sanierungsbemühungen mit den Interessen der Gläubigergemeinschaft überein. Sanierungsunterstützende Zahlungen, wie das Entgelt eines Sanierungsberaters²⁴⁴ oder Lohnfortzahlungen, um eine Produktionseinstellung oder negative Mund zu Mund-Propaganda abzuwehren, werden letztlich unter dem Begriff der erlaubten Zahlungen zusammengefasst.²⁴⁵

Sind die vorgenannten drei Wochen abgelaufen oder kam es gar nicht erst zu der Insolvenzantragsfrist, da jegliche Sanierungsmaßnahmen aussichtslos waren, so sollten die Zahlungen nun von einem anderen Blickwinkel betrachtet werden.²⁴⁶ Zu jener Zeit liegt das Interesse der Gläubiger darin, dass der Insolvenzverwalter als

²⁴¹ *Blöse/Wieland-Blöse*, Praxisleitfaden Insolvenzreife, S. 47 ff..

²⁴² *Wiester*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 70.

²⁴³ *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1166.

²⁴⁴ BGH, Beschluss v. 05.02.2007 – II ZR 51/06, NZG 2007, 678 Rn.4.

²⁴⁵ *Frege*, Grundlagen und Grenzen der Sanierungsberatung, S. 546; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1166.

neutrale Instanz den Geschäftsleiter so schnell wie möglich von seinem bisherigen Aufgabenbereich entlastet und ablöst. Zahlungen, die auf eine erfolgreiche Sanierung abstellen, können in diesem Stadium selbstverständlich nicht mehr getätigt werden. Als Maßstab für eine erlaubte Zahlung können hier solche angeführt werden, die ein vorläufiger Insolvenzverwalter getätigt hätte.²⁴⁷

Da die Haftungssituation bei der Vornahme jeder Zahlung nach Eintritt der materiellen Insolvenz vom Insolvenzverwalter grundsätzlich verfolgt wird, steht der Geschäftsführer umso mehr unter Druck, bloß keinen Fehler zu begehen. Ein funktionsfähiges Frühwarnsystem kann Fehler ausschließen. Der Spagat zwischen der Pflicht gem. § 43 I GmbHG, alle Maßnahmen zur Gesundung des Unternehmens zu ergreifen und gleichzeitig das Zahlungsverbot i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG einzuhalten, lässt keinen Raum für Fehlentscheidungen.²⁴⁸

Die Notwendigkeit einer fachkundigen Sanierungsberatung scheint in der komplexen Aufgabenfülle – für den in der Regel von der hochsensiblen Krisensituation überforderten Geschäftsführer – unausweichlich. Zu einer nüchternen und korrekten Beurteilung der Sanierungsfähigkeit kann ein mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes eingerichtetes Frühwarnsystem, das dem Geschäftsleiter einen stetigen Überblick sowohl über die finanzielle als auch wirtschaftliche Lage des Unternehmens bereithält, verhelfen.²⁴⁹ Selbstverständlich verdient die Frage, inwieweit der Geschäftsführer als alleinige Organisationsgewalt und „Mitverursacher“ der Krise, unter dem strengen Sorgfaltsmaßstab des § 43 I GmbHG, überhaupt in der Lage sein kann eine objektive Sanierungsfähigkeitsprüfung durchzuführen, ihre Daseinsberechtigung.²⁵⁰

Im Gegensatz zum Arbeitnehmer ist der Geschäftsführer, als Vertreter der Gesellschaft und Mitgestalter des Betriebsrisikos nicht gerade unfreiwillig in die Risikostruktur des Unternehmens eingebunden. Nicht zuletzt kann insbesondere deswegen eine Akzeptanz für eine Haftungsprivilegierung á la Arbeitnehmer

²⁴⁶ BGH, Urteil v. 06.06.1994 – II ZR 292/91, NJW 1994, 2220, 2224; OLG Hamburg, Urteil v. 29.12.2003 – 11 W 90/03, GmbHR 2004, 797; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 1024; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 73; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1166.

²⁴⁷ OLG Celle, Urteil v. 23.12.2003 – 9 U 176/03, GmbHR 2004, 568; *K. Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 11.42; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 73; *Strohn*, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1166.

²⁴⁸ S. o. B. I. 1. b); 4. b) aa).

²⁴⁹ S. o. B. II. 1 c) aa) bbb) (1).

²⁵⁰ S. o. B. II. 1. C) aa) ccc).

ausgeschlossen werden. Eine mögliche Modifizierung bzw. eine Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs könnte eine Pflichtenkollision weiterhin aufrechterhalten. Aber auch diese ist argumentativ kaum durchzukämpfen.²⁵¹ Fakt ist, dass die eigenverantwortliche Organisationsgewalt, die der Gesetzgeber dem Geschäftsführer an breitgefächertem Aufgabenrepertoire auferlegt und das damit einhergehende Organisationsrisiko, dem Geschäftsführer die letzte Möglichkeit einer Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs nehmen und eine Haftungsbeschränkung jeglicher Art verbieten. Die nahezu übermenschlichen „Superkräfte“, die dem Geschäftsführer unterstellt werden, scheinen aber auch kein fahrlässiges Abweichen vom streng bemessenen Sorgfaltsmaßstab zu erfordern. Denn der Geschäftsführer hat ein – aufbauend auf einem soliden Kontroll- und Überwachungssystem – in dem Maße entwickeltes Organisationssystem zu schaffen, das schon eine teilweise Entlastung von der drakonischen Pflicht einen gleichzeitigen Zusammenbruch der Gesamtorganisation bedeuten würde.²⁵²

Nichtsdestoweniger wird faktisch jede Insolvenzantragstellung verschleppt. Dies bedeutet gleichzeitig, dass es allen diesen betroffenen Geschäftsführern an den zur Erfüllung ihrer Organisationspflicht benötigten „Superkräften“ fehlt und sie mithin nicht in der Lage sind, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, ihren auferlegten Pflichten nachzukommen.²⁵³ Indes könnte das Problem bis auf einen nicht frühzeitig erkannten oder einen fehlenden ernstzunehmenden und objektiv aussichtsreichen Sanierungsversuch wurzeln. Oder es bedeutet schlicht und ergreifend, dass die objektive Sorgfaltspflicht in der Praxis weit davon entfernt ist dem gesetzgeberischen Willen zu entsprechen.

2. Besondere Behandlung der Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und der Pflicht zur Bedienung von Steuerverbindlichkeiten

a) Rechtsgrundlage: Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen

Der Arbeitgeber ist i. S. d. § 28 e SGB IV verpflichtet den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die zuständige Einzugsstelle abzuführen. Dabei fungiert er in treuhänderischer Zwischenfunktion und behält gem. § 28 g SGB IV die Arbeitnehmeranteile vom Bruttoeinkommen des Arbeitnehmers zur Weiterleitung an die Einzugsstelle ein.

²⁵¹ S. o. B. II. 1. c) aa) ccc) (1), (2).

²⁵² S. o. B. I. 1. b); II. 1. c) aa) ccc) (1) (c); B II. 1. c) aa) ddd).

²⁵³ S. o. B. II. 1. c) aa) ddd).

Das Nichtbezahlen wird gemäß § 266 a StGB mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit einer Geldstrafe bestraft. Der Geschäftsführer hat als vertretungsberechtigtes Organ der GmbH nach außen für ein rechtmäßiges Verhalten der Gesellschaft zu sorgen.²⁵⁴ Dazu gehört insbesondere die Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Pflichten. Da eine strafrechtliche Handlungsfähigkeit der GmbH praktisch ausgeschlossen ist, wird diese auf den Geschäftsleiter i. S. d. § 14 I Nr. 1 StGB überwältzt.²⁵⁵

aa) „Vorenthalten“ i. S. d. § 266 a StGB

Bereits das schlichte Nichtbezahlen trotz Fälligkeit löst eine Haftung nach § 823 II BGB i. V. m. § 266 a I StGB aus. Gemäß dem Gesetzeswortlaut des § 266 a StGB macht sich der Arbeitgeber auch dann strafbar, wenn er keine Löhne auszahlt. So muss der Arbeitgeber vorsätzlich gehandelt haben, das heißt er muss den rechtswidrigen Erfolg wissentlich und willentlich herbeigeführt haben.²⁵⁶ Dem Geschäftsführer muss i. S. d. § 15 StGB also klar gewesen sein, dass fällige Arbeitnehmerbeiträge nicht abgeführt wurden und er ist trotz dieses Wissens untätig geblieben.²⁵⁷

bb) Straf- und deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers

Neben den strafrechtlichen Folgen haftet der Geschäftsführer auf der Rechtsgrundlage von § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 266 a Abs. 1 StGB auch noch zivilrechtlich. Bei dem § 266 a Abs. 1 StGB handelt es sich um ein sogenanntes Schutzgesetz, welches im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB das Interesse der Sicherstellung des Sozialversicherungsaufkommens wahrt.²⁵⁸ Mit der Erfüllung der strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale ergibt sich damit eine akzessorische persönliche Haftung des Geschäftsführers.²⁵⁹

²⁵⁴ *Fleischer*, in: *Fleischer/Goette*, MüKo zum GmbHG, § 43 Rn. 30 f.; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 Rn. 17.

²⁵⁵ *Radtke*, in: *Joecks/Miebach*, MüKo zum StGB, § 14 Rn. 8, § 266 a Rn. 11; *Wiester*, *Die GmbH in der Unternehmenskrise*, S. 71 f.

²⁵⁶ *Radtke*, in: *Joecks/Miebach*, MüKo zum StGB, § 266 a Rn. 60.

²⁵⁷ *Radtke*, in: *Joecks/Miebach*, MüKo zum StGB, § 266 a Rn. 60. *Wiester*, *Die GmbH in der Unternehmenskrise*, S. 72.

²⁵⁸ OLG Hamm, Urteil vom 15.01.1999 – 9 U 181/97, NJW-RR 99, 915; *Radtke*, in: *Joecks/Miebach*, MüKo zum StGB, § 266 a Rn. 3 f..

²⁵⁹ OLG Hamburg, Urteil vom 04.04.2003 – 1 U 149/02, MDR 2003, 1418; BGH, Urteil vom 11.12.2001 – VI ZR 123/00, NJW 2002, 1122; OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.06.2000 – 14 U 215/99, GmbHR 2000, 1261; OLG Naumburg, Urteil vom 10.02.1999 – 6 U 1566/97, GmbHR 1999, 1028; *Radtke*, in: *Joecks/Miebach*, MüKo zum StGB, § 266 a Rn. 11 f..

cc) Sinn und Zweck der Pflicht

Im Fokus der Norm steht die Sicherstellung des besonders schutzbedürftigen Aufkommens der Sozialversicherungsmittel.²⁶⁰ Der Gesetzgeber erwartet auf Grund dessen eine rechtzeitige Sicherstellung der – im Interesse der Solidargemeinschaft stehenden – Abführung einbehaltener Lohnbestandteile.²⁶¹

b) Rechtsgrundlage: Bedienung von Lohnsteuern

aa) Ordnungswidrigkeit i. S. d. § 69 AO

Nach § 34 Abs. 1 AO obliegt dem Geschäftsführer als gesetzlichen Vertreter die Erfüllung der steuerlichen Verpflichtung der GmbH. Dieser hat danach unter anderem i. S. d. § 41 a Abs. 1 EStG für eine rechtzeitige Anmeldung und Abführung der individuellen Lohnsteuer seiner Arbeitnehmer zu sorgen.²⁶² Vernachlässigt er seine Pflicht vorsätzlich oder grob fahrlässig, hat er zwar keine Strafbarkeit zu befürchten, wie es bei Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen der Fall ist, so haftet er für die Ordnungswidrigkeit doch persönlich i. S. d. §§ 380, 69, 34 AO.²⁶³

bb) Sinn und Zweck der Pflicht

Durch die ordnungsmäßige Erfüllung der dem Geschäftsführer obliegenden steuerlichen Gesellschaftspflichten soll das Steueraufkommen gesichert werden.²⁶⁴ Dementsprechend kann grob fahrlässiges oder vorsätzliches Nichtabführen der Lohnsteuer zugunsten des Fiskus ausgeglichen werden.²⁶⁵

²⁶⁰ Radtke, in: Joecks/Miebach, MüKo zum StGB, § 266 a Rn. 3 f.; Thul, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 38; BT-Drucksache 10/5058, S. 31, 15/2573, S. 28.

²⁶¹ Fischer, StGB, § 266 a Rn. 5; Thul, in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 38; Blank, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen der Sozialversicherung bei Insolvenzureife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsverbot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 463; Wiester, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 72.

²⁶² Heuermann, in: Heuermann/Brandis, EStG, § 41 a Rn. 7 ff.; Liebscher, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1387.

²⁶³ Heckschen, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenz in der Gestaltungspraxis, Rn. 890; Pump/Fittkau, Die Vermeidung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Steuerschulden der GmbH, S. 25, 32 ff.; Liebscher, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1387.

²⁶⁴ BFH, Urteil vom 04.12.2007 – VII R 18/06, BFH/NV 2008, 521; Pump/Fittkau, Die Vermeidung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Steuerschulden der GmbH, S. 45 f.; Müller, Die steuerliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Krise, GmbHHR 2003, 389.

²⁶⁵ BFH, Urteil vom 02.11.2001 – VII B 155/01, BStBl. II 2002, 73; Pump/Fittkau, Die Vermeidung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Steuerschulden der GmbH, S. 46.

c) Verhältnis zur Massesicherungspflicht

aa) Pflichtendilemma des Geschäftsführers bis zur Grundlagenentscheidung vom 14.05.2007²⁶⁶

Für den Geschäftsführer stellte sich bei Insolvenzureife lange Zeit die Frage, ob er seinen öffentlich-rechtlichen Zahlungspflichten nachgeht und damit gegebenenfalls gegen das Zahlungsverbot verstößt oder sich mit Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. d. § 266 a StGB strafbar und darüber hinaus nach § 823 II BGB schadensersatzpflichtig²⁶⁷ oder aber sich mit Nichtzahlung von Lohnsteuer gem. §§ 34, 69 AO ersatzpflichtig macht²⁶⁸?

Auf der einen Seite verpflichtet sich der Geschäftsleiter zum Ersatz aller Zahlungen, die er nach Eintritt der Insolvenzureife leistet und auf der anderen Seite setzt er sich schlimmstenfalls einer Strafe aus.²⁶⁹ Das Konkurrenzverhältnis entfaltet, insbesondere nach Ablauf der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist aber noch vor Stellung des Insolvenzantrags, seine Kuriosität.²⁷⁰

In Folge dessen befindet sich der Geschäftsführer nach Insolvenzureife in einem Haftungsdilemma und ist stets der ausschlaggebenden Frage ausgesetzt: Hat die Dreiwochenfrist des § 64 Satz 1 GmbHG schon zu laufen begonnen oder ist diese möglicherweise längst verstrichen? Hier steht der Geschäftsführer erneut vor einem bereits oben genannten Problem, jene Frage lässt sich im Nachhinein nicht immer mit einer notwendigen Präzision beantworten.²⁷¹ Die Streitparteien, der

²⁶⁶ BGH, Urteil vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660.

²⁶⁷ *Bauer*, Haftungsdilemma des Geschäftsführers/Vorstandes bei Eintritt der Insolvenz der GmbH/AG – Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung oder verbotene Zahlung?, ZInsO 2004, 645 ff.; *Gundlach/Frenzel/Schirrmeister*, Die Zahlungsunfähigkeit als Haftungsfalle für den GmbH-Geschäftsführer, NZI 2003, 418ff.; *Groß/Schork*, Der GmbH-Geschäftsführer im Spannungsverhältnis des Zahlungsverbots nach § 64 II 1 GmbHG und der Strafbarkeit wegen Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, NZI 2004, 358 ff.; *Rieger*, Praktische Probleme nach dem Beschluss des BGH vom 30.7.2003 zum Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen bei laufender Insolvenzantragsfrist, NZI 2004, 370f.; *Schneider*, Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, GmbHR 2010, 57 ff.; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzureife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 461 ff..

²⁶⁸ *Pump/Fittkau*, Die Vermeidung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Steuerschulden der GmbH, S. 25.

²⁶⁹ *Hoyer*, in: Martinek/Rawert/Weitmeiyer, FS Reuter, S. 542.

²⁷⁰ BGH, Beschluss vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307, ZInsO 2001, 39; Beschluss vom 09.08.2005 – 5 StR 67/05, ZInsO 2005, 986; *Schneider*, Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, GmbHR 2010, 62; *Wiestner*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 73; *Bauer*, die GmbH in der Krise, Rn. 1094.

²⁷¹ *Wiestner*, Die GmbH in der Unternehmenskrise, S. 73; *Rieger*, Praktische Probleme nach dem Beschluss des BGH vom 30.7.2003 zum Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen bei laufender Insolvenzantragsfrist, NZI 2004, 371; *Kleindiek*. In: Lutter/Hummelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 95.

Gesellschaftsrechtssenat und der Strafsenat des BGH wie auch der BFH ließen den Geschäftsführer längst vor der Wahl zwischen „Skylia und Charybdis“²⁷² im Stich und sprachen ihr Recht teilweise starrköpfig an einander vorbei.²⁷³

bb) Uneinheitliche Lösung des Dilemmas

aaa) Der Strafsenat des BGH – Annäherung an eine Konfliktlösung

Der 5. Strafsenat des BGH hält an der Vorrangigkeit der Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen – mit der Ausnahme der Dreiwochenfrist ab Eintritt der Insolvenzreife – fest.²⁷⁴ Für die vorgenannte Frist sieht der Strafsenat die Abführungspflicht als suspendiert an und gewährt auf diese Weise dem Zahlungsverbot den Vorrang.²⁷⁵ Zahlt der Geschäftsführer während dieser Zeit keine Arbeitnehmerbeiträge, macht er sich nicht strafbar.²⁷⁶

Der Strafsenat begründete diese Ansicht damit, dass er die Erhaltung der verteilungsmäßigen Vermögensmasse, also die Interessen der Gläubigergesamtheit i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG (§ 64 Abs. 1 GmbHG a. F.), unterstützt.²⁷⁷ Aus diesem Grund erkennt er für die Dauer von drei Wochen ab Eintritt der Insolvenzreife eine Pflichtenkollision an²⁷⁸, auch wenn sich diese lediglich auf einen aussichtsreichen Sanierungsversuch erstreckt.²⁷⁹ Nach Ablauf der Frist lebt die Pflicht allerdings in Form einer vorrangigen Behandlung des Zahlungsgebots

²⁷² *Berger/Herbst*, Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen: zwischen Scylla und Charybdis – § 266 a StGB versus § 64 Abs. 2 GmbHG, BB 2006, 437; *Radtke*, in: Dannecker u. a., FS Otto, S. 695, 697; *Hoyer*, in: Martinek/Rawert/Weitmeier, FS Reuter, S. 542.

²⁷³ *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2139.

²⁷⁴ BGH, Beschluss vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307, ZInsO 2001, 39; Beschluss vom 09.08.2005 – 5 StR 67/05, ZInsO 2005, 986; *Goette*, DStR 1997, 594; *Wilkens*, EWiR 2009, 201; *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1389; *Bollacher*, Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, S. 149.

²⁷⁵ BGH, Beschluss vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307, ZInsO 2001, 39; Beschluss vom 09.08.2005 – 5 StR 67/05, ZInsO 2005, 986; *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2135 f.; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 466; *Schneider*, Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, GmbHR 2010, 62 f.; *Poelzig/Thole*, Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, 842 f.; *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1389.

²⁷⁶ *Schneider*, Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, GmbHR 2010, 62.

²⁷⁷ *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 1094.

²⁷⁸ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 84 f., 92 f.; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 1094; *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 93; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 466; *Bollacher*, Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, S. 152.

vor dem Zahlungsverbot wieder auf.²⁸⁰ Grundsätzlich lehnt der 5. Strafsenat das Bestehen einer Pflichtenkollision jedoch ab. Vielmehr begründet er den Vorrang der Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge mit der Strafbewehrung.²⁸¹ Da im Gegensatz zu anderen Zahlungspflichten nur die Verletzung der Pflicht zur Abführung von Sozialabgaben zu einer Freiheitsstrafe führe, sei der Vorrang bereits dadurch begründet. Aufgrund der mangelnden Gleichwertigkeit der geschützten Rechtsgüter sei eine Kollision daher vollkommen ausgeschlossen.²⁸² Im Gegensatz zur Abführung von Lohnsteuer hängt die strafbewehrte Pflicht zur Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen nicht davon ab, ob die Arbeitslöhne tatsächlich ausbezahlt wurden.²⁸³

bbb) VII. Senat des BFH - Annäherung an eine Konfliktlösung

Mit der Entscheidung des VII. Senats des BFH vom 27.02.2007²⁸⁴ machte dieser ebenfalls einen Schritt in Richtung „Konfliktlösung“ und entschied das Haftungsdilemma zumindest in der Drei-Wochen-Frist zu beseitigen.²⁸⁵ Während dieser Frist betonte der BFH – wie auch der 5. Strafsenat in seiner Entscheidung vom 30.07.2003²⁸⁶ zuvor – die Fähigkeit des Zahlungsverbot i. S. d. § 64 Abs. 2 GmbHG a. F das Zahlungsgebot gem. §§ 34, 69 AO zu suspendieren. In den drei Wochen ab Eintritt der Insolvenzreife, in denen der Geschäftsführer die Sanierungsfähigkeit und mögliche Sanierungsversuche der Gesellschaft zu prüfen hat, müsse er die Lohnsteuer nicht abführen und das zivilrechtliche Zahlungsverbot sei somit in der Zeit vorrangig zu betrachten.²⁸⁷

279 Beschluss vom 09.08.2005 – 5 StR 67/05, BB 2006, 978; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 466; *Bollacher*, Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, S. 153.

280 *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 92 ff.; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 466.

281 *Poelzig/Thole*, Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, 842 f.; *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2135 f..

282 BGH, Beschluss vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307, NJW 2003, 3787; Beschluss vom 09.08.2005 – 5 StR 67/05, NJW 2005, 3650; *Poelzig/Thole*, Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, 842 f.; *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2136; *Bollacher*, Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, S. 151.

283 BGH, Urteil vom 28.05.2002 – 5 StR 16/02, NJW 2002, 2480; *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2136.

284 BFH – VII R 67/05, GmbHR 2007, 999 (1001 f.).

285 *Remmert/Horn*, NZG 2007, 938.

286 BGH, Beschluss vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307.

ccc) Der Gesellschaftsrechtssenat des BGH

Anderer Meinung war der Gesellschaftsrechtssenat.²⁸⁸ Begründet mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung sei eine bevorzugte Gläubigerbefriedigung mit Eintritt der Insolvenzreife auszuschließen.²⁸⁹ Er sah mithin auch nach Ablauf der Dreiwochenfrist eine klare Beachtung des Zahlungsverbots vor Abführung der Arbeitnehmeranteile²⁹⁰ und lehnte jegliche Begründungsversuche für eine solche privilegierte Zahlung ab.²⁹¹ Die Vorrangigkeit der Massesicherung vor Abführungspflicht gilt somit in der Zeit vor Insolvenzreife, während der dreiwöchigen Frist zur Insolvenzantragstellung und darüber hinaus auch nach Ablauf jener Frist.²⁹² Der II. Zivilsenat betonte darüber hinaus, die Notwendigkeit der Prüfung, ob der Insolvenzverwalter jene Zahlungen an die Sozialkasse i. S. d. §§ 129 ff. InsO hätte anfechten können. Fällt diese Prüfung positiv aus, dann sei davon auszugehen, dass ein Geschäftsführer, der die Arbeitnehmerbeiträge dennoch abführt, nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes agiert.²⁹³

Der Gesellschaftsrechtssenat bejahte die Möglichkeit einer Pflichtenkollision und neigte dazu diese zugunsten der Masseerhaltung i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG aufzulösen, in dem er das Verschulden des Geschäftsleiters für eine persönliche

²⁸⁷ BFH, Urteil vom 27.02.2007 – VII R 67/05, ZIP 2007, 1604; *Schneider*, Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, GmbHR 2010, 63; *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1390; *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2134; *Bauer*, Unzulässigkeit der Wiedereinführung eines Fiskusvorrechts im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, 1433; *Jäger*, HFR 2007, 944, *Remmert/Horn*, NZG 2007, 938; *Bauer*, die GmbH in der Krise, Rn. 1116.

²⁸⁸ BGH, Urteil vom 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; vom 18.04.2005 – II ZR 61/03, ZInsO 2005, 650; *Bollacher*, Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, S. 152.

²⁸⁹ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 92, § 64 Rn. 4; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 101; *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2135 f.; *Wilhelm*, ZIP 2007, 1781 f.; *Sitzenfrei*, BB 2005, 1907; *Gundlach/Frenzel*, NZI 2005, 449; *Goette*, DStR 2005, 1869; *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1388.

²⁹⁰ *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1388.

²⁹¹ BGH, Urteil vom 18.04.2005 – II ZR 61/03, ZIP 2005, 1026, 1029; *Bollacher*, Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, S. 152.

²⁹² *Schneider/Brouwer*, Die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung - Eine Herausforderung für die höchstrichterliche Rechtsprechung, ZIP 2007, 1033 ff., 201 f.; *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1388.

²⁹³ BGH, Urteil vom 18.04.2005 – II ZR 61/03, DStR 2005, 978; *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 90; *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2135 f.; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 1094.

deliktische Haftung gem. § 823 II BGB i. V. m. § 266 a StGB verneinte.²⁹⁴ Der Schutzzweck des § 64 GmbHG bestehe in der unumgänglichen Massesicherung. Die Strafbewehrung der Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen stehe dem nicht entgegen und begründe mithin längst keine vorrangige Behandlung. Mit Eintritt der Unternehmenskrise hat der Geschäftsführer vielmehr die Interessen der Allgemeinheit zu wahren und den Fokus auf Massesicherung und Masseerhaltung zu verlagern.²⁹⁵

Die vorgenannte Argumentation ist auf Fälle der Nichtabführung von Lohnsteuer grundsätzlich in vollem Umfang übertragbar.²⁹⁶

ddd) Kehrtwende des II. Zivilsenats – Annäherung der Lösungsansätze

(1) Grundlagenentscheidung des BGH vom 14.05.2007²⁹⁷

Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung hat der Gesellschaftsrechtssenat mit der Entscheidung vom 14.05.2007²⁹⁸, im Rahmen der Rücksicht auf die „Einheit der Rechtsordnung“²⁹⁹, vorerst für „Klarheit“ gesorgt und das Konkurrenzverhältnis zwischen der Massesicherungspflicht gemäß § 64 Satz 1 GmbHG (§ 64 II Satz 1 GmbHG a. F.) und der Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. d. § 266 a Abs. 1 StGB aufgelöst.

Er hat entschieden, dass Zahlungen zur Abwehr einer strafrechtlichen Verfolgung sowie Lohnsteuerzahlungen vor der Massesicherungspflicht vorrangig zu behandeln sind und damit mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes i. S. d. § 64 Satz 2 GmbHG übereinstimmen.³⁰⁰

²⁹⁴ *Goette*, DStR 2001, 179; *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2135.

²⁹⁵ *Goette*, DStR 2007, 1174, 1176 f.; *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2135.

²⁹⁶ BGH, Urteil vom 29.09.2008 – II ZR 162/07, ZIP 2008, 2220; *Wilkens*, EWiR 2009, 201 f.; *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1388.

²⁹⁷ BGH, Urteil vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660.

²⁹⁸ BGH, Urteil vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660.

²⁹⁹ BGH, Urteil vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660.

³⁰⁰ BGH, Urteil vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 466; *Schneider*, Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, GmbHR 2010, 62; Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2138; *Altmeppen*, NJW 2007, 2121; *Goette*, DStR 2007, 1176; *Schröder*, GmbHR 2007, 759; *Müller-Seils*, BB 2007, 1803 ff.; *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1389.

(2) Einheit der Rechtsordnung

Die Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung begründete der II. Zivilsenat mit der Rücksicht auf die „Einheit der Rechtsordnung“. Demnach könne es dem Geschäftsführer nicht zugemutet werden, das Zahlungsverbot gem. § 64 Satz 1 GmbHG einzuhalten, sobald sich dadurch strafrechtliche Folgen ergeben.³⁰¹ Problematisch erscheint hingegen bei dieser Begründung, so auch *Blank*³⁰², dass sie genauso gut dafür geeignet wäre die entgegengesetzte Rechtsprechungsrichtung einzuschlagen.³⁰³ Mit den entsprechenden Argumentationsschwerpunkten – Massesicherungspflicht und Gläubigergleichbehandlung – in Verbindung mit der Rücksicht auf die „Einheit der Rechtsordnung“ hätte der BGH seine bisherige Rechtsprechung nicht einmal aufgeben müssen und hätte darüber hinaus zumindest seine argumentative Konsequenz bewahrt.

In der Begründung des BGH verbirgt sich ein weiteres Problem. Im Urteil wird die „Einheit der Rechtsordnung“ nicht näher beleuchtet. Trotz einer ausdrücklichen Stütze auf diese, bemüht sich der BGH keinerlei darum eine entsprechende Auseinandersetzung mit dem tragenden Argument anzuführen. Auf die sogenannte Argumentationsfigur³⁰⁴ verzichtet der BGH gänzlich.³⁰⁵ Im Folgenden soll geprüft werden, ob bzw. in wie weit der Argumentation des BGH gefolgt werden kann.

(a) Liegt ein Normenwiderspruch vor?

Der Gesellschaftsrechtssenat bestätigt einen Normenwiderspruch, indem er diesen im Rahmen der „Einheit der Rechtsordnung“ – trotz fehlender Argumentation

³⁰¹ *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 100; *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 64 Rn. 13; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 466.

³⁰² *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 461.

³⁰³ *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 466.

³⁰⁴ Ausführlich dazu *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 5 f., 142 ff.; grundlegend *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 467.

³⁰⁵ *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 467.

aufgelöst zu haben scheint. Es überrascht nicht, dass die fehlende Begründung genügend Raum für offene Fragen lässt. Der entscheidenden Frage, ob ein Normenwiderspruch überhaupt vorlag, ist im Folgenden auf den Grund zu gehen.³⁰⁶ Mit der „Einheit der Rechtsordnung“ sollen einzelne miteinander konkurrierende Teilrechtsnormen, vor dem Hintergrund einer Harmonisierung der Gesamtrechtsordnung, inhaltlich auf einander abgestimmt werden.³⁰⁷ Denn niemand könne, so *Engisch*³⁰⁸, zugleich einer Handlung und dem Gegenteil jener gerecht werden.³⁰⁹ Die Argumentationsfigur fordert schließlich nichts anderes, als die Widerspruchsfreiheit der Gesamtrechtsordnung.³¹⁰

Bei der Verwendung der Argumentationsfigur ist deshalb vorerst ein Widerspruch in der Rechtsordnung festzustellen. Sogenannte Normenwidersprüche sind gegeben, wenn ein Verhalten derselben Rechtsordnung zugleich rechtmäßig aber auch rechtswidrig ist.³¹¹

Zuerst wird das Bestehen einer formal einheitlichen Rechtsordnung vorausgesetzt. Bei zwei im Widerspruch stehenden Bundesgesetzen ist dieses in der Regel stillschweigend zu bejahen. Des Weiteren darf es sich nicht um lediglich einen scheinbaren Konflikt zwischen den konkurrierenden Rechtsnormen handeln.³¹² Zur Lösung scheinbarer Konflikte empfiehlt sich die Heranziehung der Regeln „lex superior derogat legi inferiori“, „lex posterior derogat legi priori“ oder „lex specialis derogat legi generali“.³¹³ Hierbei handelt es sich um Mechanismen der Hierarchisierung, der Temporalisierung und der Spezialisierung.³¹⁴

Wie oben dargestellt, widersprechen sich das Zahlungsgebot gemäß § 266 a Abs. 1 StGB und das Zahlungsverbot gemäß § 64 Satz 1 GmbHG. Folglich soll unter der Anwendung der vorgenannten Regeln der Widerspruch näher analysiert werden.

306 In Anlehnung an die Überlegungen von *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH.

307 *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 142.

308 *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935.

309 *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 54; *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 187 ff..

310 *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 143.

311 *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 46.

312 *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 147, 153 f..

313 *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 47; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 154; *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 124 ff..

314 *Dreier*, in: *Schmidt*, Vielfalt des rechts – Einheit der Rechtsordnung?, S. 114.

(b) Konfliktlösung mit Hierarchisierung, Temporalisierung und Spezialisierung

Sowohl § 266 a Abs. 1 StGB als auch § 64 Satz 1 GmbHG stellen ein einfaches Bundesgesetz dar. Eine mögliche Auflösung des Konflikts kann auf der Grundlage des Vorrangs der ranghöheren Norm ausgeschlossen werden.³¹⁵ Ebenfalls zur Konfliktlösung als unbrauchbar erweist sich die zeitliche Geltung beider Normen. Die Willkürlichkeit der gewonnenen Erkenntnisse³¹⁶ kann der Lösung des Widerspruchs nicht standhalten.³¹⁷

Auch die Spezialisierung der Norm löst den Konflikt nicht. Sowohl formal als auch normativ stellt sich keine der beiden Normen als die Speziellere heraus.³¹⁸

Die vorgenannten Regeln, so *Engisch*³¹⁹, sind allerdings nur in der Lage eine lückenhafte Lösung herbeizuführen. Vielmehr können Normenkollisionen im Rahmen eines flexiblen Lösungskonzepts beseitigt werden. Bei der Lösungsfindung bedarf es daher einer Berücksichtigung möglichst vieler materieller Gesichtspunkte.³²⁰

(c) Akzessorische Auslegung des § 266 a Abs. 1 StGB

Als mögliche Konfliktlösung kann der in der Literatur³²¹ gemachte Vorschlag der akzessorischen Auslegung des § 266 a Abs. 1 StGB einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Eine solche Akzessorietät würde eine Pflichtenkollision ausschließen und den Konflikt lösen.³²² Zu bejahen ist eine Akzessorietät, wenn die vorgenannte strafrechtliche Norm von einem anderen bestehenden Normengefüge abhängig ist. Das bedeutet die Daseinsberechtigung des § 266 a

315 *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 124.

316 Ausführlich dazu *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 125 f.

317 *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 125 f.

318 *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 126.

319 *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935.

320 *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 47 ff.; *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 187 ff..

321 *Radtke*, NStZ 2003, 156; *ders.*, in: Joecks/Miebach, MüKo zum StGB § 266 a Rn. 44; *ders.*, in: Dannecker u. a., FS Otto, S. 708; *Schmidt*, Das vorenthalten der Sozialversicherungsbeiträge in der Insolvenz der GmbH, S. 70; *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 127.

322 *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 127.

Abs. 1 StGB müsste ihre Bestätigung in der Funktion der reinen Absicherung von längst existierenden Verhaltensnormen finden. Eine Akzessorietät ist sowohl im Hinblick auf das Sozial- als auch Gesellschaftsrecht zu bestätigen.

Die Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers zum Sozialversicherungsbeitrag fußt auf dem Sozialversicherungsrecht, genauer gesagt auf der Pflicht zur Abführung von Beiträgen gem. § 28 e Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Die Rolle des § 266 a Abs. 1 StGB erstreckt sich diesfalls auf eine schützende Funktion.³²³ Das Strafrecht gewährt dem Sozialversicherungsrecht in dem Falle „flankierenden Schutz“³²⁴. So gesehen bezieht sich das Zahlungsgebot des § 266 a Abs. 1 StGB in erster Linie auf die Zahlungsverpflichtung des § 28 e Abs. 1 Satz 1 SGB IV.

Darüber hinaus ist der Geschäftsführer i. S. d. § 35 GmbHG als Adressat des § 266 a Abs. 1 StGB zur Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge verpflichtet. Seine Verantwortung ab Eintritt der Insolvenzreife findet ihre explizite Regelung im § 64 Satz 1 GmbHG. Dann gilt das mit wenigen Ausnahmen versehene, zum Schutz der Gläubigergesamtheit angedachte Zahlungsverbot. Seine absolute Notwendigkeit resultiert aus der beschränkten Haftung der Gesellschafter. Das Handeln entsprechend einer beschränkten Haftung soll nur so lange erlaubt sein, bis die Insolvenzreife eintritt.³²⁵ Es muss letztlich frühzeitig für den Gläubigerschutz gesorgt werden. Jene frühzeitige Vorsorge erfolgt durch die Belastung des Geschäftsführers, als Vertretungsorgan der Gesellschaft, mit der Haftung für verbotene Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife.³²⁶ § 64 Satz 1 GmbHG lässt keinen Raum für Regelungslücken und wird seinem zivilrechtlichen Zweck, dem Gläubigerschutz und so auch der Gläubigergleichbehandlung, in ausreichendem Maße gerecht.³²⁷

³²³ *Fischer*, StGB, § 266 a, Rn 9a; *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 143; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 468.

³²⁴ *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 143.

³²⁵ *Servatius*, in: Henssler/Strohn, HGB, § 130 a Rn. 15; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, GmbHG, § 64 Rn. 1 ff.; *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 88 ff..

³²⁶ *Servatius*, in: Henssler/Strohn, HGB, § 130 a Rn. 15; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, GmbHG, § 64 Rn. 1 ff.; *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 88 ff..

³²⁷ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 64 Rn. 4; *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 146 ff.; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 468 f..

Die gleiche Sprache spricht selbstverständlich auch der InsO-Gesetzgeber. Die Abschaffung von Vorrechten der Krankenkassen nach der KO³²⁸ ist Ausdruck der Gläubigergleichbehandlung i. S. d. § 1 InsO und sagt nichts anderes aus, als dass eine vorrangige Behandlung öffentlich-rechtlicher Gläubiger absolut inakzeptabel sei.³²⁹ Demgemäß stellt der Regelungsumfang der Geschäftsführerplichten nach Eintritt der Insolvenzreife der GmbH im sowohl gesellschaftsrechtlichen als auch insolvenzrechtlichen Rahmen ein ausgewogenes und in sich geschlossenes Normengefüge dar. Die insbesondere auf die „solvente Phase“³³⁰ eines Unternehmens begrenzte³³¹ Auswirkung der strafrechtlichen Zahlungspflicht des § 266 a Abs. 1 StGB wird von der Regelungsintensität der § 1 InsO und § 64 GmbHG weitaus überschlagen.³³²

Durch die zurückhaltende Regelungsweite des § 266 a Abs. 1 StGB kann die strafrechtliche Akzessorietät und mit ihr die Auflösung des vorgenannten Normenkonflikts bestätigt werden.

Die analoge Anwendung jener Argumentation ist im Rahmen des Haftungstatbestandes der §§ 34, 69 AO ebenfalls zu bestätigen. Der Regelungsrahmen der vorgenannten Paragraphen umfasst die öffentlich-rechtliche Zahlungspflicht einer solventen Gesellschaft. Über die Zahlungspflicht einer in der Krise befindlichen Gesellschaft werden keine Regelungen getroffen. Schließlich kann auch die Reichweite der §§ 34, 69 AO nicht annähernd der, insbesondere auf die Krisensituation einer Gesellschaft abgestimmte, Regelungsweite des Gesellschafts- und Insolvenzrechts gleichkommen. Die zumindest hier behandelte Regelungsintensität der gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Normenbündelung lässt keinerlei Raum für eine notwendige öffentlich-rechtliche Lückenfüllung. Hiermit seien die öffentlich-rechtliche Akzessorietät sowie die Nichtexistenz eines unauflösbaren Normenwiderspruchs ebenfalls bestätigt.

³²⁸ § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO.

³²⁹ *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 146 ff.; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 468 f..

³³⁰ *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 150.

³³¹ *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 150.

³³² *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, S. 150; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 469.

eee) Folgen der Grundlagenentscheidung vom 14.05.2007³³³

(1) Lösung der scheinbaren Pflichtenkollision

Mit seiner Entscheidung erreichte der BGH die langersehnte Aufklärung des ausführlich dargestellten Haftungsdilemmas. Dessen ungeachtet ist ihm diese – abgesehen von der fraglichen qualitativen Argumentation der Konfliktlösung – weniger elegant gelungen. Gelungen ist es ihm, einen Weg gefunden zu haben, die Streitenden zu beruhigen und – mit Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung – im Ergebnis dafür zu sorgen, dass sich die einst unterschiedlichen Meinungen der vorgenannten Senate zu der nun von allen vertretenen Theorie des Vorranges der Zahlungspflicht vor Zahlungsverbot bekennen.³³⁴

Sicherlich ist es dem 5. Strafsenat und dem BFH weniger schwer gefallen als dem II. Zivilsenat des BGH.

Angesichts der fehlenden Auseinandersetzung³³⁵ des Gesellschaftsrechtssenats mit der Argumentationsfigur, die, hätte eine stattgefunden, nicht zur Aufgabe des Grundsatzes der *par condicio creditorum* geführt hätte, darf die Grundlagenentscheidung keine Akzeptanz finden. Zweifellos ist alleine die Distanzierung von dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung aus welchem Grunde auch immer, ein fataler Rückschritt in der Rechtsprechung des Gesellschaftsrechtssenats.

(2) Rückzug des BFH vom Annäherungsversuch

Nicht einmal ein halbes Jahr nach der Grundlagenentscheidung des BGH³³⁶ nahm der BFH einen Kurswechsel vor und kehrte zu seinen Wurzeln zurück. Schon in der vorgenannten Entscheidung³³⁷, die recht konfliktlösend angeregt war, berief sich der BFH auf seine „traditionelle finanzgerichtliche Rechtsprechung“³³⁸. Im Rahmen dieser betonte der BFH eine Privilegierung der Finanzämter gegenüber anderen Abgabengläubigern bei nicht ausreichendem Gesellschaftsvermögen.³³⁹

333 BGH, Urteil vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660.

334 *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1390.

335 Dazu ausführlich *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH; s. o. unter B. II. 2. e) cc) (2) (c) (bb).

336 BFH, Urteil vom 23.09.2008 – VII R 27/07, GmbHR 2009, 222; *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, § 43 Rn. 43 ff..

337 BFH, Urteil vom 27.02.2007 – VII R 67/05, GmbHR 2007, 999 (1001 f.).

338 *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1390.

Die Kehrtwende und gleichzeitig eine Anpassung des Urteils an die Grundlagenentscheidung des BGH nahm mit dem Urteils vom 23.09.2008³⁴⁰ ihre vollkommene Form an und erteilte dem Zahlungsgebot den Vorrang, sobald die Gesellschaft noch über liquide Mittel verfüge. Der Vorrang erstreckte sich ebenfalls auf den Drei-Wochen-Zeitraum.³⁴¹ Die Grundlagenentscheidung war faktisch der Auslöser dafür, dass der 7. Senat des BFH keine Notwendigkeit mehr darin sah, die Zahlungspflicht für den Dreiwochenzeitraum weiterhin zu suspendieren.³⁴²

Jedoch ist eine Entlastung von der Pflicht auch nach Ablauf der Dreiwochenfrist und demzufolge nach der Stellung des Insolvenzantrags nicht in Sicht. Ja sogar nach der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters – wie es logischerweise zu vermuten wäre – ist der Geschäftsführer immer noch nicht von dem Haftungsrisiko befreit. Die prekäre Haftungssituation schreit förmlich nach Handlungsvorschlägen bzw. Handlungsmöglichkeiten seitens des BFH. Aber zum Bedauern des primär davon Betroffenen, nimmt der BFH keinerlei Stellung dazu.³⁴³

(3) Gesellschaftsrechtssenat hält an der desaströsen Entscheidung fest

In seiner Entscheidung vom 02.06.2008³⁴⁴ hat der II. Zivilsenat – seiner Grundlagenentscheidung folgend – erneut bestätigt, dass der Geschäftsführer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes handelt, wenn er zur Vermeidung einer strafrechtlichen Verfolgung die fälligen Arbeitnehmerbeiträge abführt. Mit diesem Rückschritt sorgte der Gesellschaftsrechtssenat dafür, dass die bereits durch die Grundlagenentscheidung einen Spalt weit geöffnete Hintertür für die Wiedereinführung des Fiskus- und Sozialversicherungsprivilegs nun sperrangelweit offen steht.³⁴⁵ Ferner blieb der II. Zivilsenat bezüglich der fiskus-

³³⁹ *Schneider*, Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, GmbHR 2010, 63; *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1390.

³⁴⁰ BFH, Urteil vom 23.09.2008 – VII R 27/07, GmbHR 2009, 222.

³⁴¹ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 103; *Schneider*, Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, GmbHR 2010, 63; *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1390; *Bauer*, Unzulässigkeit der Wiedereinführung eines Fiskusvorrechts im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, 1434; *ders.*, Die GmbH in der Krise, Rn. 1116.

³⁴² *Hinkel*, jurisPR-HaGesR 6/2009, Anm. 6.

³⁴³ *Hinkel*, jurisPR-HaGesR 6/2009, Anm. 6.

³⁴⁴ BGH, Urteil vom 02.06.2008 – II ZR 27/07, ZInsO 2008, 740.

³⁴⁵ BGH, Urteil vom 02.06.2008 – II ZR 27/07, ZInsO 2008, 740; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzureife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 467; *Altmeppen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 3.

und sozialversicherungsrechtlichen Bevorzugung konsequent und entschied am 29.09.2008³⁴⁶, dass das Nichtabführen von Arbeitnehmeranteilen nach Eintritt der Insolvenzreife zu einem Schadensersatzanspruch führt, sobald der Geschäftsführer andere Gläubiger durch Zahlungen bevorzugt, die nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind.³⁴⁷ Einen solchen Rückschritt verdeutlicht umso mehr das jüngste Urteil des BGH vom 25.01.2011³⁴⁸. Danach haftet der Geschäftsführer nicht entsprechend des § 64 Satz 1 GmbHG, wenn er nach Eintritt der Insolvenzreife rückständige Umsatz- und Lohnsteuern sowie rückständige Arbeitnehmeranteile zahlt. Die Zahlungen seinen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar, das im Umkehrschluss nichts anderes bedeutet, als dass eine bereits eingetretene Vollendung der Straftat des § 266 a StGB eine vorrangige Befriedigung der Sozialversicherungsträger rechtfertigt.³⁴⁹ Hierdurch wird der mit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung eingetretenen Abschaffung des Fiskusprivilegs, also der Durchsetzung des fundamentalen Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung, mehr als deutlich widersprochen.³⁵⁰

(a) „Pflichtenkollision“: Vermögensbetreuungspflicht vs. Zahlungsverbot
(aa) Rechtsgrundlage Vermögensbetreuungspflicht³⁵¹

Dem Geschäftsführer obliegt gegenüber der Gesellschaft eine sogenannte Vermögensbetreuungspflicht.³⁵² Er verfügt i. S. d. § 35 I GmbHG im Rahmen der Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis über das Vermögen der Gesellschaft. Mithin ist das Gesellschaftsvermögen für den Geschäftsführer stets „fremdes Vermögen“.³⁵³ Bei dessen Verfügung hat er selbstverständlich die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gem. § 43 I GmbHG anzuwenden. Im Recht der verbundenen Unternehmen besitzt die Treupflicht einen wichtigen

³⁴⁶ BGH, Urteil vom 29.09.2008 – II ZR 162/07, ZIP 2008, 2220.

³⁴⁷ BGH, Urteil vom 29.09.2008 – II ZR 162/07, ZIP 2008, 2220; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 467; *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 3.

³⁴⁸ BGH, Urteil vom 25.01.2011 – II ZR 196/09, NZG 2011, 422.

³⁴⁹ BGH, Urteil vom 25.01.2011 – II ZR 196/09, NZG 2011, 303, 304; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 78; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 466.

³⁵⁰ *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 1.

³⁵¹ Der Inhalt dieser Pflicht ist stark umstritten, so *Beckemper*, Untreuestrafbarkeit des GmbH-Gesellschafters bei einverständlicher Vermögensverschiebung, GmbHR 2005, 593 f..

³⁵² *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 78; *Tiedemann*, in: Scholz/Emmerich, GmbHG, Vor §§ 82 ff. Rn. 8.

³⁵³ *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 148.

Anwendungsbereich.³⁵⁴ So ist der Geschäftsführer beispielsweise dazu verpflichtet die Gelder, die ihm von der Konzerngesellschaft zum Zwecke der Schuldentilgung zugeführt werden, zweck- und ordnungsgemäß weiterzuleiten.³⁵⁵ Ein Geschäftsführer, der die ihm kraft des Treueverhältnisses obliegende Pflicht verletzt, wird vom Treuebruchtatbestand der §§ 266, 14 I Nr. 1 StGB, der eine Freiheitsstrafe nach sich zieht, erfasst.

(bb) Sinn und Zweck der Vermögensbetreuungspflicht

Der Gesetzgeber möchte mit der dem Geschäftsführer auferlegten Vermögensbetreuungspflicht allein das Vermögen der Gesellschaft schützen.³⁵⁶

(cc) Verhältnis zur Massesicherungspflicht

Der Geschäftsführer kann wegen einer Untreue strafrechtlich verfolgt werden, sobald er die von der Konzernmutter und Konzerntöchtern zugeführten Gelder nicht wie geplant an deren Gläubiger weiterleitet.³⁵⁷ Tut er dies doch, so verstößt er gleichwohl gegen die Massesicherungspflicht des. § 64 Satz 1 GmbHG. Erneut scheint der Geschäftsführer vor einem Haftungsdilemma zu stehen.³⁵⁸

(b) Ausschöpfung des Kollisionspotentials

(aa) Untreuestrafbarkeit i. S. d. § 266 StGB

In seinem Urteil vom 05.05.2008³⁵⁹ („Drittsschulden-Fall“) bezog sich der BGH offenbar auf seine frühere Rechtsprechung³⁶⁰. Hierbei ging es in einem Konzern um die Untreuestrafbarkeit hinsichtlich des sogenannten Cash-Management-Systems³⁶¹. Eine solche kann mithin dann angenommen werden, wenn die Vermögensverfügung durch den Geschäftsführer dazu geeignet ist, das Stammkapital in dem Ausmaße zu schmälern, dass die Gesellschaft dadurch

³⁵⁴ Greitemann, in: Saenger/Inhester, GmbHG, § 13 Rn. 22.

³⁵⁵ BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812; Podewils, ZInsO 2008, 813; Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 78.

³⁵⁶ Dierlamm, in: Joecks/Miebach, MüKo zum StGB, § 266 Rn. 1; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 266 Rn. 1; Kühl, in: ders., StGB, § 266 Rn. 1.

³⁵⁷ BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812; Podewils, ZInsO 2008, 813; Ischebek, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 100.

³⁵⁸ Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64, Rn. 78.

³⁵⁹ BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812.

³⁶⁰ BGH, Urteil vom 13.05.2004 – 5 StR 73/03, wistra 2004, 341, 345; BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812; Lindemann, GmbHR 2008, 814.

³⁶¹ Näher dazu Westermann, in: Scholz/Emmerich, GmbHG, § 30 Rn. 55; Poelzig/Thole, Kollidierende Geschäftsführerplichten, ZGR 2010, 843.

existenzbedrohende Folgen erleidet.³⁶² Das Stammkapital darf nicht lediglich gefährdet, sondern muss vielmehr beeinträchtigt werden. Dagegen droht keine Untreuestrafbarkeit, wenn zum einen die Gesellschafter mit der durch den Geschäftsführer vorgenommenen Schmälerung von vornherein einverstanden waren und sie zum anderen kein existenzvernichtendes Ausmaß annahm.³⁶³ Die Begründung jener Ansicht fußt auf gläubigerschützenden Bestimmungen³⁶⁴, wie bzw. die des § 30 GmbHG. Indes steht es den Gesellschaftern nicht völlig frei, über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen. Es muss vielmehr zum Schutze der Gläubiger ein sogenannter Haftungsfonds erhalten bleiben.³⁶⁵

(bb) § 266 StGB: Bezug zum Gläubigerschutz

Den vorgenannten Gedanken aufgreifend, kann festgehalten werden, dass die Gesellschafter durch ihr Einverständnis, das sie dem Geschäftsführer zur Vermögensverfügung erteilen, auf keinen Fall die Existenz des Unternehmens gefährden dürfen.³⁶⁶ Offensichtlich ist an dieser Stelle der Bezug zum Gläubigerschutz nicht zu verkennen.³⁶⁷ Jener doch stark gläubigerschutzlastigen Auffassung wird von Gegenstimmen vorgeworfen, der Strafnorm des § 266 StGB durch die Umgestaltung des Vermögensdelikts zum Gläubigerschutzdelikt, eine vollkommen andere Form zu verleihen.³⁶⁸ Laut Auffassung jener Gegenstimmen, könne eine Pflichtenkollision in dem „Drittschulden-Fall“³⁶⁹, jedenfalls aufgrund der vorhandenen Zustimmung der zuständigen Organe zur Vermögensverschiebung des Geschäftsführers, ausgeschlossen werden. Denn im

³⁶² BGH, Urteil vom 18.06.2003 – 5 StR 489/02, NJW 2003, 2996, 2998; vom 22.05.2003 – 5 StR 520/02, wistra 2003, 344, 346 f.; vom 13.05.2004 – 5 StR 73/03, wistra 2004, 341, 345.

³⁶³ *Beckemper*, Untreuestrafbarkeit des GmbH-Gesellschafters bei einverständlicher Vermögensverschiebung, GmbHR 2005, 592 ff.; *Hellmann*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und Untreue des GmbH-Geschäftsführers, wistra 1989, 214 ff.; *Brammsen*, Strafbare Untreue des Geschäftsführers bei einverständlicher Schmälerung des GmbH-Vermögens?, DB 1989, 1609 ff.; *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 101; *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach, MüKo zum StGB, § 266 Rn. 136 ff.

³⁶⁴ *Ulmer*, in: Behrens/Hachenburg/Ulmer, GmbHG, Einl. Rn. 93. *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 266 Rn. 71.

³⁶⁵ *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 266 Rn. 71; *Blaurock*, in: Damm u. a., FS Thomas Raiser, S. 8 ff.; *Anders*, Untreue zum Nachteil der GmbH, S. 116 ff.

³⁶⁶ *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 101; *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach, MüKo zum StGB, § 266 Rn. 136 ff..

³⁶⁷ *Ulmer*, in: Lutter/Ulmer/Zöllner, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 363; *Eichele*, Die Reichweite des Kapitalerhaltungsgrundsatzes aus § 30 Abs. 1 GmbHG, die Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters und das Eigenkapitalersatzrecht in der GmbH, S. 75; beschränkten Gläubigerschutz sieht allerdings *Hommelhoff*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 30 Rn. 1.

³⁶⁸ *Fischer*, StGB, § 266 Rn. 52 e; *Labsch*, JuS 1985, 602; *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 101.

³⁶⁹ BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812.

vorliegenden Fall lag eine solche Zustimmung vor. Demzufolge konnte sich der Geschäftsführer keiner Untreue schuldig machen. Dem Zahlungsverbot i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG fehlt es praktisch an einer kollidierenden Norm.³⁷⁰

Doch auch wenn einer Pflichtenkollision zuzustimmen wäre, so kann diese in keinster Weise, mit Hilfe einer Vorranggewährung der Treuepflicht, „lediglich“ aufgrund ihrer Strafbarkeit gelöst werden.³⁷¹ Dieser Umstand ist noch weniger akzeptabel, als die durch die Grundlagenentscheidung durchgesetzte Höherrangigkeit des § 266 a StGB.³⁷² Ist somit der Auffassung zu folgen, das Vermögensdelikt schütze lediglich das Gesellschaftsvermögen, so ist die Regelung des § 64 Satz 2 GmbHG weiterreichender und hat neben dem Gesellschaftsvermögen vordergründig den Gläubigerschutz im Blick. Selbst wenn der Gegenmeinung zu folgen wäre, § 266 StGB bezwecke ebenfalls den Gläubigerschutz, kann der Vorrang aufgrund einer Strafbewehrung ebenfalls guten Gewissens abgelehnt werden. Obigem folgend, erstreckt sich der Regelungsinhalt des § 266 StGB überwiegend auf die Solvenz einer Gesellschaft. Dagegen reicht die Regelungsintensität der Massesicherungspflicht weit über die Solvenz der Gesellschaft hinaus.³⁷³

Nun ist bereits an dieser Stelle anzumerken, dass der BGH, in Anlehnung an die Grundlagenentscheidung, mit seiner Entscheidung vom 05.05.2008³⁷⁴ entschieden zu weit gegangen ist.

(c) Ausartung der Grundlagenentscheidung

Mit der Bezugnahme auf die Grundlagenentscheidung dehnte der BGH mit seiner Entscheidung vom 05.05.2008³⁷⁵, und damit der erneuten Abkehr³⁷⁶ von seiner bisherigen Rechtsprechung vom 31.03.2003³⁷⁷, die Auslegung des § 266 StGB insoweit, als dass die Konzerngläubiger in den Genuss eines insolvenzrechtlichen Vorranges gelangen. Der BGH hat mit der vorgenannten Entscheidung zwar

³⁷⁰ *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 101.

³⁷¹ S. o. B. II. 3. c) bb) (4) (d); ebenfalls kritisch dazu *Poelzig/Thole*, Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, 860 ff..

³⁷² *Poelzig/Thole*, Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, 860 f..

³⁷³ S. o. B. II. 3. c) bb) (4) (b) (cc).

³⁷⁴ BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812.

³⁷⁵ BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812.

³⁷⁶ *Dahl/Schmitz*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor von verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Mitteln, NZG 2008, 532.

³⁷⁷ BGH, Urteil vom 31.03.2003 – II ZR 150/02, NZG 2003, 582; *Lindemann GmHR* 2008, 814 ff..

betont, dass der Geschäftsführer im Rahmen von Schuldentilgungen mit Geldern, die zuvor von anderen Konzerngesellschaften dem Geschäftskonto der GmbH zugeführt worden sind, seine Massesicherungspflicht i. S. d. § 64 Satz 1 verletzt. Dennoch, seiner Grundlagenentscheidung folgend, urteilte er zugunsten der strafrechtlichen Zahlungsgebote.³⁷⁸ Konsequenterweise hält der BGH daran fest, dass hier ebenfalls ein strafrechtliches Zahlungsgebot mit dem Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 GmbHG kollidiert. Die Lösung dieser Kollision, wie die Grundlagenentscheidung es zeigt, bestehe darin, dass der strafrechtlichen Zahlungspflicht der Vorrang gewährt wird.³⁷⁹ Denn, so erneut der BGH, es könne dem Geschäftsführer nicht zugemutet werden sich für die pflichtgemäße Erfüllung seiner Massesicherungspflicht zudem einer strafbaren Handlung schuldig zu machen. Entgegen seiner Entscheidung vom 31.03.2003³⁸⁰ bestätigte der II. Zivilsenat die Zahlungen als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar.

Der BGH hat mit dem Fokus auf Beseitigung einer „Pflichtenkollision“, sein Festhalten an der umstrittenen Grundlagenentscheidung nachdrücklich bestätigt³⁸¹ und darüber hinaus an Hoffnung genommen, er kehre doch noch zu seiner bisherigen Rechtsprechung zurück.

(aa) Strafrechtliche Zahlungspflicht?

Doch auch wenn, wie auch immer, der Ansicht des BGH zu folgen wäre, so mangelt es an einer Stringenz der strafrechtlichen Verpflichtung zur Begleichung der Gläubigerschulden des Konzernunternehmens. So läuft auch an dieser Stelle das Kollisionspotential der Pflichten ins Leere. Wie bereits oben thematisiert, ist die Untreuestrafbarkeit dann begründet, wenn das Einverständnis der Gesellschafter zur Vermögensverfügung durch den Geschäftsführer entweder vollständig fehlt oder zwar erteilt worden ist, aber darüber hinaus zu existenzvernichtenden Schmälerung des Gesellschaftsvermögens führt.

³⁷⁸ BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812; *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 96; *Poelzig/Thole*, Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, 843.

³⁷⁹ BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812; *Lindemann*, GmHR 2008, 814 ff.; *Poelzig/Thole*, Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, 843.

³⁸⁰ BGH, Urteil vom 31.03.2003 – II ZR 150/02, NZG 2003, 582; *Dahl/Schmitz*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor von verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Mittel, NZG 2008, 532.

³⁸¹ BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812; *Podewils*, ZInsO 2008, 813.

*Ischebeck*³⁸² geht so weit und spricht in diesem Zusammenhang vom „gesellschaftsrechtsakzessorischen Ansatz“³⁸³.

Der BGH und Teile der Literatur sind der Auffassung, dass das Einverständnis³⁸⁴ der Gesellschafter begrenzt ist. Gemäß dem Obenstehenden könne eine Schädigung des Gesellschaftsvermögens zu Lasten des Stammkapitals oder der Existenz der Gesellschaft kein Einverständnis rechtfertigen. Zur Begründung gibt der BGH an, dass die Gesellschafter, aufgrund des Gläubigerschutzes, nicht unbegrenzt über das Gesellschaftsvermögen verfügen dürfen.³⁸⁵ Diese Idee befürwortend kann somit festgehalten werden, dass sowohl das Zahlungsverbot i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG als auch das Zahlungsgebot i. S. d. § 266 StGB den Gläubigerschutz bezwecken. Aus dem Grunde erscheint es äußerst fragwürdig, warum trotz bestehenden Gläubigerschutzes sowohl für GmbH-Gläubiger als auch für Konzerngläubiger eine Partei von den beiden auf den Gläubigerschutz verzichten muss. Denn leitet der GmbH-Geschäftsführer den von der Konzernmutter beauftragten Geldfluss an die Konzerngläubiger weiter, nimmt er dadurch für die GmbH-Gläubiger eine Masseschmälerung vor.³⁸⁶

Unterdessen käme allenfalls eine Strafbarkeit in Betracht, sobald der Geschäftsführer durch die Weiterleitung der Gelder an die Konzerngläubiger einen Vermögensnachteil zu Lasten der GmbH-Gläubiger vorgenommen hätte. Oder aber könne eine solche Strafbarkeit ebenfalls vorliegen, wenn der Geschäftsführer zu Lasten des Konzernvermögens den Geldfluss vom Konzernkonto auf das GmbH-Konto veranlasst hätte. Folglich wäre damit den Konzerngesellschaften ebenfalls ein Vermögensnachteil entstanden.³⁸⁷ Das Nichtausführen der von der

³⁸² *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 95.

³⁸³ *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 101.

³⁸⁴ *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach, MüKo zum StGB, § 266 Rn. 129; Fischer, StGB, § 266 Rn. 49.

³⁸⁵ BGH, Urteil vom 13.05.2004 – 5 StR 73/03, wistra 2004, 341, 345, *Beckemper*, GmbHG, S. 592 ff.; *Brammsen*, Strafbare Untreue des Geschäftsführers bei einverständlicher Schmälerung des GmbH-Vermögens?, DB 1989, 1609 ff; *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach, MüKo zum StGB, § 266 Rn. 136 ff; *Hellmann*, Verdeckte Gewinnausschüttungen und Untreue des GmbH-Geschäftsführers, wistra 1989, 214 ff.; *Zieschang*, in: Hirsch/Wolter/Brauns, FS Kohlmann, S. 351 ff.; *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 101.

³⁸⁶ *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 101.

³⁸⁷ *Dahl/Schmitz*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor von verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Mitteln, NZG 2008, 532 f.

Konzernmutter aufgetragenen Geldflüsse zur Begleichung der Konzerngläubiger stellt dagegen keineswegs eine Straftat dar. Der Vermögensnachteil i. S. des § 266 StGB entsteht schon in dem Augenblick, in dem die Gelder von dem Konzernkonto abgehen und auf das Geschäftskonto der insolvenzreifen GmbH übertragen werden. Darüber hinaus handelt es sich dabei auch nur um einen Vermögensnachteil, weil die GmbH insolvenzreif ist, wäre sie es nicht, so stünde den verbundenen Gesellschaften ein Rückforderungsanspruch zu.³⁸⁸

(bb) Kein Aussonderungsrecht

Des Weiteren hat der BGH festgestellt³⁸⁹, dass die Geldflüsse, die innerhalb eines Cash-Management-Systems stattfinden, mangels eines Treuhandverhältnisses keinem Aussonderungsanspruch gem. § 47 InsO unterworfen sind. Eine Aussonderung ist lediglich dann möglich, wenn von Dritten überlassene Gelder auf einem separaten Treuhandkonto verbucht wurden.³⁹⁰ Das bedeutet, eine Treuhand setzt eine strikte Trennung des Treugutes vom eigenen Vermögen voraus, da sonst kein Überblick mehr über ein Aussonderungsrecht gesichert sei.³⁹¹

Damit ist bestätigt, dass der Weiterleitungsanspruch der Konzernmutter eine gewöhnliche Insolvenzforderung darstellt und einen insolvenzrechtlichen Vorrang mitnichten rechtfertigt.³⁹² Zum selben Entschluss kam auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung, dennoch hören an dieser Stelle seine konsequente Argumentation und damit das Festhalten an seiner bisherigen Rechtsprechung abrupt auf.³⁹³

³⁸⁸ *Dahl/Schmitz*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor von verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Mitteln, NZG 2008, 532 f.

³⁸⁹ BGH, Urteil vom 31.03.2003 – II ZR 150/02, NZG 2003, 582; BGH, Urteil vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812; *Dahl/Schmitz*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor von verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Mitteln, NZG 2008, 532 f..

³⁹⁰ *Bäuerle*, in: Braun, InsO, § 47 Rn. 71; *Brinkmann/Luttmann*, Halbierung der insolvenzrechtlichen Anfechtung gegen Krankenkassen? § 28 e Abs. I Satz 2 SGB IV n. F. – ein Scheinriese!, ZIP 2008, 903 f.; *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 97, 101.

³⁹¹ *Bäuerle*, in: Braun, InsO, § 47 Rn. 71; *Boddenberg*, in: Haarmeyer/Wutzke/Förster, InsO, § 47 Rn 18.

³⁹² *Bäuerle*, in: Braun, InsO, § 47 Rn. 71; *Brinkmann/Luttmann*, Halbierung der insolvenzrechtlichen Anfechtung gegen Krankenkassen? § 28 e Abs. I Satz 2 SGB IV n. F. – ein Scheinriese!, ZIP 2008, 903 f.; *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 97, 101.

³⁹³ *Dahl/Schmitz*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor von verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Mitteln, NZG 2008, 532 f..

(cc) Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung

Zu Recht fraglich erscheint indes, die Abkehr des BGH von seiner bisherigen Rechtsprechung, denn so auch *Dahl/Schmitz*³⁹⁴, eine Unterscheidung zu der älteren Rechtsprechung, und damit das plötzliche Vorhandensein einer vermeintlichen Untreuehandlung, ist im vorliegenden Fall nicht erkennbar.³⁹⁵ Für eine Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht ist nicht entscheidend, ob die Konzerngesellschaft ihre Gelder zur Tilgung der eigenen oder fremden Schulden überlässt.³⁹⁶ Die Seltsamkeit der Entscheidung spitzt sich nun zu, denn der BGH hat selbst festgestellt, dass die Tilgung eigener wie auch fremder Schulden gleich behandelt werden soll. Darauf argumentativ aufbauend, merkte *Goette*³⁹⁷ an, dass alle Geschäftsführer eines Konzerns, haften sollten, sobald in der Krise innerhalb der Konzernorganisation Gelder hin und her und letzten Endes zum Gläubiger transferiert werden.³⁹⁸

Erneut, mit dem Ziel der Sicherstellung zumutbarer Verhältnisse für den Geschäftsführer, ignorierte der BGH den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz und manövrierte sich dadurch noch weiter in das mittlerweile kaum zu bändigende Rechtsprechungsdesaster des Gesellschaftsrechtssenats. Dieses Urteil fügt sich nahtlos in die seit dem 14.05.2007³⁹⁹ ausgeartete Rechtsprechung des II. Zivilsenats und ist dogmatisch unter keinen Umständen begründbar.⁴⁰⁰

Die Urteilsbegründung des BGH mit ihrer Bezugnahme auf die Grundlagenentscheidung ist mitnichten haltbar, denn eine Kollision des zivilrechtlichen Zahlungsverbots und des strafrechtlichen Zahlungsgebots ist eindeutig verneint worden.

³⁹⁴ *Dahl/Schmitz*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor von verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Mitteln, NZG 2008, 532.

³⁹⁵ *Dahl/Schmitz*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor von verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Mitteln, NZG 2008, 533.

³⁹⁶ *Dahl/Schmitz*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor von verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Mitteln, NZG 2008, 533.

³⁹⁷ *Goette*, DStR 2003, 1133.

³⁹⁸ *Goette*, DStR 2003, 1133.

³⁹⁹ BGH, Urteil vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660.

⁴⁰⁰ *Ischebeck*, Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, wistra 2009, 97, 101; *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzureife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 470; *Dahl/Schmitz*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor von verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Mitteln, NZG 2008, 532.

(d) Übereifrige Entscheidung des BGH?

Der Gesellschaftsrechtssenat hat sich um eine Konfliktlösung bemüht, die weder der Rechtsprechung des 5. Strafsenats gänzlich entspricht und noch viel weniger mit der eigenen Rechtsprechung übereinstimmt. Zu begrüßen ist zumindest der Wille des II. Zivilsenats, die lange herrschende Rechtsunsicherheit für die Geschäftsführer zu beseitigen.⁴⁰¹ Denn die zusätzliche Belastung war in der ohnehin schwierigen Krisensituation eines jeden Unternehmens für die Geschäftsführung zweifellos unzumutbar. Nichtsdestotrotz überzeugt der Seitenwechsel und mit ihm die Argumentationsinkonsequenz des Gesellschaftsrechtssenats überhaupt nicht. Verwunderlich erscheint die Grundlagenentscheidung im Hinblick auf die zu schnelle Kapitulation gegenüber dem 5. Strafsenat.⁴⁰² Den Höhepunkt erreicht die Verwunderung aufbauend auf die Tatsache, dass sowohl der 5. Strafsenat als auch der BFH längst einen Schritt auf den Gesellschaftsrechtssenat zukamen und die Zahlungspflicht für die Drei-Wochen-Frist ab Eintritt der Insolvenzreife suspendierten sowie dem Zahlungsverbot i. S. d. § 64 Satz 1 zugleich den Vorrang gewährten.⁴⁰³

(aa) Prinzip der *par condicio creditorum* – rechtliches Gebot im Insolvenzverfahren

Art. 14 Abs. 1 GG umfasst – als Grundrecht der Eigentumsgarantie – schuldrechtliche Forderungen.⁴⁰⁴ Ein effektiver Rechtsschutz⁴⁰⁵ muss dementsprechend verfassungsrechtlich gewährleistet werden. In der Insolvenz eines Schuldners besteht jenes verfassungsrechtliche Gebot in Form des Gesamtvollstreckungsverfahrens, ein Verfahren, das jedem Gläubiger die gleichen Befriedigungsmöglichkeiten bereithält.⁴⁰⁶ Als Verteilungsmaßstab findet im Endeffekt lediglich die Forderungshöhe ihre Akzeptanz. Alles andere, so bspw. ein

⁴⁰¹ Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rn. 101; Altmeppen, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 10.

⁴⁰² Hoyer, in: Martinek/Rawert/Weitmeiyer, FS Reuter, S. 554.

⁴⁰³ BGH, Beschluss vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307; BGH, Beschluss vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307.

⁴⁰⁴ BVerfG, Beschluss vom 09.01.1991 - 1 BvR 929/89, BVerfGE 83, 201, 208; Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Rn. 467 ff.; Axer, in: BeckOK, GG, § 14 Rn. 48; Bauer, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorrechten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 124 f..

⁴⁰⁵ Beispielsweise in Form der Zwangsvollstreckung, BVerfG, Urteil vom 19.10.1982 - 1 BvL 34/80; 1 BvL 55/80, BVerfG, Beschluss vom 19.10.1982 – 1 BvL 34/80, 1 BvL 55/80, BVerfGE 61, 126, 136; Bauer, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorrechten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 124.

bevorzugtes Befriedigungsrecht, wäre mit der Eigentums- und Rechtsschutzgarantie nicht vereinbar.⁴⁰⁷

Auch die Marktwirtschaft fordert ein Gleichbehandlungsgebot.⁴⁰⁸ Die Gläubiger übertragen dem Schuldner, ungeachtet dessen, ob als Kreditgeber, Warenlieferant oder Dienstleister, im Rahmen der marktwirtschaftlichen Vorweg-Leistungen⁴⁰⁹, treuhänderisch die Verwaltung des Fremdkapitals. Indes wird zwischen den Geschäftspartnern eine Zusage über die Verteilung des entsprechenden im Voraus gezahlten Fremdkapitals getroffen. Als Gegenleistung für das Vorweg-Geleistete erhoffen sich die Gläubiger eine Gewinnbeteiligung. Verzeichnet der Schuldner Gewinne, so partizipieren sie von diesen, schreibt er Verluste, erhalten sie einen entsprechenden Anteil am Fremdkapital.⁴¹⁰ Jedenfalls können sich die Gläubiger stets im Klaren sein, dass sie neben sich viele ihresgleichen haben und sich mit ihrer Vorweg-Leistung stets in den „Gläubiger-Irrgarten“⁴¹¹ begeben.⁴¹²

Die damit einhergehende Forderungskonkurrenz sieht es zwingender Weise vor, dass bereits beim Eingehen der Vorweg-Leistung das gemeinschaftliche Element gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung gewahrt wird.⁴¹³ Die Gewährung von Insolvenzvorräten schwächt die nur mit vorweg vorgenommenem und riskantem Fremdkapitaleinsatz funktionierende Marktwirtschaft.⁴¹⁴ Anders lassen sich Überschüsse jedoch nicht erzielen. Darüber hinaus schreibt das Prinzip der

⁴⁰⁶ *Bauer*, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorräten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 124 f.; *ders.*, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, S. 61 ff..

⁴⁰⁷ *Bauer*, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorräten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 124 f..

⁴⁰⁸ *Uhlenbruck*, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, FS Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 3 ff., 34.; *Bauer*, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorräten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 124; *ders.*, Unzulässigkeit der Wiedereinführung eines Fiskusvorrechts im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, 1435.

⁴⁰⁹ *Berges*, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, FS Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 365.

⁴¹⁰ *Berges*, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, FS Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 363 ff.; *Bauer*, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorräten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 124.

⁴¹¹ *Berges*, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, FS Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 364.

⁴¹² *Bauer*, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorräten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 124.

⁴¹³ *Berges*, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, FS Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 372 f.; *Bauer*, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorräten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 124.

⁴¹⁴ *Berges*, in: Uhlenbruck/Klasmeyer/Kübler, FS Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 374.

par condicio creditorum die Ausgleichshaftung der Insolvenzgläubiger fest.⁴¹⁵ Unterdessen ist von einer wechselseitigen Haftung der Insolvenzgläubiger auszugehen. Jede Forderung ist zugleich ein Haftungsobjekt.⁴¹⁶ Nimmt ein Gläubiger Einfluss auf das Schuldnervermögen, so muss er den anderen Gläubigern gegenüber mit seiner Forderung haften.⁴¹⁷ Alleine durch die Gleichbehandlung und mithin durch eine verhältnismäßige Befriedigung kann ein Gleichgewicht zwischen dem Recht auf die eigene Forderung einerseits und der Haftung in Höhe der Forderung andererseits sichergestellt werden.⁴¹⁸ Eine notwendige wechselseitige Ausgleichshaftung kann somit nur dann erfolgen, wenn *alle* Forderungen entsprechend ihrer Höhe gekürzt werden.⁴¹⁹

Insolvenzvorrechte führen dagegen zu einer einseitigen Haftung. In dem Falle kann die vorgenannte Haftungsverrechnung ausgeschlossen werden, denn während die benachteiligten Insolvenzgläubiger mit ihrer Forderung den Bevorrechtigten gegenüber haften, werden die Forderungen der letzteren von der Haftung ausgenommen.⁴²⁰ Jene einseitige Haftung erlaubt es „die Folgen eigenen Handels auf andere abzuschieben“⁴²¹.

Die Privilegierung bestimmter Gläubiger fußt nicht auf einer wirksamen Rechtsposition, sondern wird für das Insolvenzverfahren „künstlich geschaffen“⁴²². Sie widerspricht nicht nur der Insolvenzreform, sondern gefährdet die rechtliche Geltungskraft der Insolvenzordnung und widersetzt sich darüber hinaus dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.⁴²³ Fiskus- und

⁴¹⁵ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.26.

⁴¹⁶ *Häsemeyer*, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 530.

⁴¹⁷ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.33; Bauer, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorräten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 124.

⁴¹⁸ *Häsemeyer*, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 530; *ders.*, Insolvenzrecht, Rn. 2.33.

⁴¹⁹ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.33; Bauer, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorräten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 124; Bauer, Unzulässigkeit der Wiedereinführung eines Fiskusvorrechts im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, 1435.

⁴²⁰ *Häsemeyer*, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 531.

⁴²¹ *Häsemeyer*, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 531; Bauer, Unzulässigkeit der Wiedereinführung eines Fiskusvorrechts im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, 1435.

⁴²² Bauer, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorräten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 125.

⁴²³ *Smid*, Zur „Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ und anderen Fragen der gegenwärtigen Gesetzgebung, DZWIR 2005, 414, 417; Bauer, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorräten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 125.

Sozialversicherungsprivilegien bringen alle Voraussetzungen mit, dem Insolvenzverfahren seine Rechtfertigung sowie seine Zulässigkeit zu nehmen. Denn mit der Privilegierung öffentlich-rechtlicher Gläubiger verlieren gleichzeitig die nicht bevorrechtigten Gläubiger an Durchsetzungsmöglichkeit ihrer Forderung.⁴²⁴

(bb) Nicht gerechtfertigte Verletzung der *par condicio creditorum*

Abgesehen davon, dass die Grundlagenentscheidung des Gesellschaftsrechtssenats „über das Ziel hinausgeschossen“⁴²⁵ ist und mangels näheren Eingehens auf die Begründung der „Einheit der Rechtsordnung“ nicht haltbar ist, verstößt sie darüber hinaus gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.⁴²⁶

Die am 01. 01. 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung brachte die lange überfällige Abschaffung des Fiskusprivilegs⁴²⁷ und die damit verbundene Stärkung der Gläubigergleichbehandlung mit sich.⁴²⁸ Zu dem lange überfälligen Umdenken kam es dadurch, dass im Konkursverfahren die einfachen Gläubiger in der letzten Hierarchieebene regelmäßig keine Quote mehr erzielten.⁴²⁹ Der Grund dafür lag nicht zuletzt an der Fiskus- und Sozialversicherungsprivilegierung. Die KO verlor den Kampf um eine gemeinschaftliche und gleichberechtigte Befriedigung der Gläubiger an die Sozialversicherungsträger und den Fiskus. Die Lage spitzte sich zu und die vorrangige Gläubigerbefriedigung führte zum „Konkurs des Konkurses“⁴³⁰ .⁴³¹

424 *Bauer*, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorrechten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 125.

425 *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 469.

426 *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1391.

427 *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. 1994, § 61 Rn. 51; *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 1.

428 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rn. 101; *Bauer*, Unzulässigkeit der Wiedereinführung eines Fiskusvorrechts im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, 1435.

429 *Gessner u. a.*, Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland – eine rechtssoziologische Untersuchung, S. 44 f.; *Bauer*, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorrechten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 119 f..

430 *Kilger*, „Der Konkurs des Konkurses“, KTS 1975, 142 ff..

431 *Bauer*, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorrechten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, 119 f..

Die InsO sollte dieses Problem mit dem Ziel, dem Insolvenzrecht seine wesentliche Funktion wieder zurück zu geben, beheben. Vordergründig sollte die Zahl der eröffneten Insolvenzverfahren erhöht, die Massearmut überwunden und der Schutz der Verteilungsgerechtigkeit wieder hergestellt werden.⁴³² Ein unumgängliches Mittel zur Erreichung der vorgenannten Ziele war die Abschaffung der Konkursvorrechte zugunsten der Sozialversicherungsträger und des Fiskus.⁴³³

Eine seitens der Rechtsprechung gewährleistete Akzeptanz des Fiskus- und Sozialversicherungsvorrechts verringert neben der Befriedigungsmasse die ohnehin geringe Quote der einfachen Insolvenzgläubiger. Diesen Eingriff in die Grundrechte der Eigentumsgarantie i. S. d. Art. 14 Abs. 1 GG kann das alleinige Motiv der Fiskal- und Sozialversicherungspolitik mitnichten rechtfertigen.⁴³⁴

So hielt auch der II. Zivilsenat an dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung stets argumentativ fest und lehnte jede Art von Privilegierung souverän ab.⁴³⁵ Die Versuche des Strafsenats und des BFH, eine solche Privilegierung „durch die Hintertür“⁴³⁶ wieder einzuführen, hätten einer geradlinigen Rechtsprechung des Gesellschaftsrechtssenats folgend, die bis zur Grundlagenentscheidung bestand und dem 5. Strafsenat ausreichenden Widerstand leistete, aber insbesondere mit der Begründung der *par condicio creditorum*, abgewehrt werden können.

Zwar wurde das Fiskus- und Sozialversicherungsprivileg lediglich für das eröffnete Insolvenzverfahren abgeschafft.⁴³⁷ Die insolvenzrechtliche Wirkung entfaltet sich allerdings darüber hinaus.⁴³⁸ Solch eine zeitliche Vorverlagerung

⁴³² Allgemeine Begründung zum RegE der InsO, A. 3. B. und c., BT-Drucksache 12/2443, S. 80 f.; *Bauer*, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorrechten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, *ZInsO* 2008, 119 f.

⁴³³ *Bauer*, Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorrechten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, *ZInsO* 2008, 119 f.

⁴³⁴ *Bauer*, Unzulässigkeit der Wiedereinführung eines Fiskusvorrechts im Insolvenzverfahren, *ZInsO* 2010, 1437.

⁴³⁵ BGH, Urteil vom 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; vom 18.04.2005 – II ZR 61/03, *ZInsO* 2005, 650.

⁴³⁶ *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 43, Rn. 101; *Kleindiek*, in: *Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG*, § 43 Rn. 90.

⁴³⁷ BGH, Urteil vom 09.08.2005 – 5 StR 67/05, *NJW* 2005, 3650, 3652; *Goette*, *DStR* 2005, 1867; *Kurth*, *DB* 2005, 2516; BFH, Urteil vom 27.02.2007 – VII R 67/05, *DStRE*, 1129, 1131; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 43, Rn. 101.

⁴³⁸ *Tiedtke/Peterek*, Zu den Pflichten des organschaftlichen Vertreters einer Kapitalgesellschaft, trotz Insolvenzzureife der Gesellschaft Sozialabgaben und Lohnsteuer abzuführen. Zugleich Besprechung des BGH- Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 sowie der BFH-Urteile vom 27.02.2007 – VII R 67/05 und vom 5.6.2007 – VII R 65/05, *GmbHR* 2008, *GmbHR* 2008, 617, 620; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, § 43, Rn. 101.

begründet insofern § 64 Satz 1 GmbHG und schließt insbesondere für die Zeit ab Eintritt der Insolvenzreife ebenfalls eine Privilegierung aus.

Das überwiegende Argument, das gegen eine Privilegierung des Fiskus und der Sozialversicherung angeführt wird, ist die Tatsache, dass der Geschäftsführer nicht für ein Unterlassen einer Handlung, also das Nichtabführen der Arbeitnehmerbeiträge i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG, zur straf- oder zivilrechtlichen Verantwortung gezogen werden darf.⁴³⁹ Die Einführung der Insolvenzordnung, die dem Fiskus und der Sozialkasse die Vorrechte nahm, setzte damit längst ein klares Statement. Der Gesetzgeber hat damit auch Privilegierungen auf Umwegen ausgeschlossen.⁴⁴⁰

Die Gegenseite argumentiert mit der Grundlagenentscheidung des BGH und betrachtet damit die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge und der Lohnsteuer als Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes i. S. d. §§ 92 Abs. 2 Satz 2 AktG, 64 Satz 2 GmbHG vereinbar sind.⁴⁴¹

Teilweise wird die Meinung vertreten, der Gesellschaftsrechtssenat gewähre die Exkulpation schon für Zahlungen der Arbeitnehmerbeiträge ab dem Eintritt der Insolvenzreife.⁴⁴² Überraschend ist diese Meinung keinesfalls. Sie ist lediglich die logische Schlussfolgerung der Entscheidung vom 14.05.2007⁴⁴³. Denn bevor sich der II. Zivilsenat von seiner bisherigen Rechtsprechung abgewandt hatte, war die Zahlungspflicht für den Drei-Wochen-Zeitraum seitens des 5. Strafsenats aber auch seitens des VII. Senats des BFH⁴⁴⁴ suspendiert. Demgemäß kann die Erklärung der sozial- und steuerrechtlichen Zahlungspflicht zum ordnungsgemäßen Verhalten eines Geschäftsmannes durchaus in diese Richtung interpretiert werden.

Es dürfte fast schon an Naivität grenzen, sollte weiterhin von einer dreiwöchigen Suspendierung der Zahlungen seitens der vorgenannten Streitgegner ausgegangen

⁴³⁹ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 90, 101 f.; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 48 f., 52 f.; *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 43 Rn. 233, 247; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rn. 101; *Rönnau*, NJW 2004, 976, 978 ff.; *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 10.

⁴⁴⁰ *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rn. 101; *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 10.

⁴⁴¹ *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 9.

⁴⁴² *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 43 Rn. 95, 103; *Heeg*, Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchstrichterlich geklärt?, DStR 2007, 2134, 2138 f.; *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 9.

⁴⁴³ BGH, Urteil vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660.

⁴⁴⁴ BFH – VII R 67/05, GmbHR 2007, 999 (1001 f.).

werden.⁴⁴⁵ So ist der BFH mit seiner Entscheidung vom 23.09.2008⁴⁴⁶ mit einem „guten“ Beispiel vorangegangen und beseitigte mit der Rücknahme der zuvor gewährten dreiwöchigen Suspendierung der Zahlungspflicht allen Raum für Naivität.⁴⁴⁷

Die zu weit reichenden Folgen der Grundlagenentscheidung lassen den Sonderrechtfertigungsgrund, der bis dato vom 5. Strafsenat und vom BFH für den Dreiwochenzeitraum i. S. d. § 15 a Abs. 1 Satz 1 InsO kreiert und akzeptiert worden war, nicht mehr aufrechterhalten.⁴⁴⁸ Mit der Zuordnung der Abführung von Arbeitnehmeranteilen zu den Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind, entfällt die Notwendigkeit einer auf drei Wochen befristeten Suspendierung. Zu Zeiten der früheren Rechtsprechung des II. Zivilsenates – vor dem Hintergrund der *par condicio creditorum* – fand der Sonderrechtfertigungsgrund zumindest seine Anerkennung. Wieso sollte eine strafbewehrte Nichtzahlung der Arbeitnehmerbeiträge jetzt, wo doch die Abführung derselben zu sorgfaltsgemäßen Zahlungen zählt, in dem Dreiwochenzeitraum gerechtfertigt werden? Dazu besteht nach der Grundlagenentscheidung keinerlei Bedürfnis.⁴⁴⁹

So wundert es nicht, dass der BFH mit seiner Entscheidung vom 23.09.2008⁴⁵⁰ daraus Rückschlüsse gezogen hat und sich von seiner bisherigen Rechtsprechung teilweise abgewandt hat, in dem er seinen stets streng verfolgten Vorrang der Lohnsteuerabführung auf die dreiwöchige Insolvenzantragsfrist ausdehnte.⁴⁵¹

Darüber hinaus ist die Gegenseite teilweise der Auffassung, dass das Fiskus- und Sozialversicherungsprivileg auf den dem öffentlichen Interesse dienenden Pflichten fußt. Demnach seien die entsprechenden Zahlungen nach Maßgabe der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vorrangig zu entrichten.⁴⁵²

445 Relativ optimistisch dagegen *Heublein*, Zahlungen im Rahmen der Fortführung kriselnder Geschäftsbetriebe, KSI 2007, 256.

446 BFH, Urteil vom 23.09.2008 – VII R 27/07, GmbHR 2009, 222.

447 BFH, Urteil vom 23.09.2008 – VII R 27/07, GmbHR 2009, 222; *Bauer*, Die GmbH in der Krise, Rn. 1116.

448 *Bittmann*, Beitragserhaltung, Geschäftsführerhaftung und Einheit der Rechtsordnung, wistra 2007, 406 f.; *Brand*, „Weißt du wie das wird?“ – Zum Verhältnis von § 64 S. 1 GmbHG, GmbHR 2010, 238 f.; *Bauer*, Unzulässigkeit der Wiedereinführung eines Fiskusvorrechts im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, 1434.

449 *Bittmann*, Beitragserhaltung, Geschäftsführerhaftung und Einheit der Rechtsordnung, wistra 2007, 406 f.; *Brand*, „Weißt du wie das wird?“ – Zum Verhältnis von § 64 S. 1 GmbHG, GmbHR 2010, 238 f.

450 BFH, Urteil vom 23.09.2008 – VII R 27/07, GmbHR 2009, 222.

451 BFH – VII R 67/05, GmbHR 2007, 999 (1001 f.); *Bauer*, Unzulässigkeit der Wiedereinführung eines Fiskusvorrechts im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, 1434.

452 *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rn. 101; *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 9, 10.

Eine noch strengere Ansicht der Gegenseite geht davon aus, der Geschäftsführer habe die Pflichtenkollision und damit das Haftungsdilemma, in das er sich aufgrund der Insolvenzverschleppung gebracht hat, selbst zu verantworten.⁴⁵³ Abgesehen von der Absurdität dieser Argumentation, kann jene Ansicht dahingehend entkräftet werden, als dass die eigentliche Pflichtverletzung in dem Unterlassen der Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens besteht. Einschlägig ist für diese Pflichtverletzung die Strafandrohung des § 15 a Abs. 4 InsO und nicht die des § 266 a StGB.⁴⁵⁴ Aufgrund der mangelnden Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden, erleiden daher sowohl der Fiskus als auch die Sozialversicherung keinen relevanten Schaden.⁴⁵⁵

Gleichwohl kann der Vorrang der sozial- und steuerrechtlichen Abführungspflicht weder mit der Strafbewehrung des Nichtabführens fälliger Arbeitnehmerbeiträge⁴⁵⁶ noch mit Hilfe der vorgenannten Argumente der Gegenseite gerechtfertigt werden.⁴⁵⁷

Dass die Rechtsprechungslinie des 5. Strafsenats nicht überzeugt, kommt durch seine argumentative Inkonsequenz zum Ausdruck. Er verzichtet innerhalb der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist auf seinen Vorrang. Wenn doch die Sozialleistungen vorrangig abzuführen sind, warum sollte dann die Sicherstellung des besonders schutzbedürftigen Aufkommens der Sozialversicherungsmittel in dem Drei-Wochen-Zeitraum unterbrochen werden?⁴⁵⁸ Die Begründung, die der Strafsenat hierin anführt, basiert auf dem dreiwöchigen Schutz zur Erhaltung der Insolvenzmasse zugunsten der Gläubigergesamtheit. Wenn dagegen der steuer-

⁴⁵³ *Wilhelm*, Verbot der Zahlungen, aber Strafdrohung bei Nichtzahlung gegen den Geschäftsführer einer insolvenzreifen GmbH, ZIP 2007, 1781, 1785; *Bitter*, Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz einer GmbH, ZInsO 2010, 1561, 1571; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 80; *ders.*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 10.

⁴⁵⁴ *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1391; *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 10.

⁴⁵⁵ *Liebscher*, Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, 1391; *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 10.

⁴⁵⁶ BGH, Urteil vom 09.08.2005 – 5 StR 67/05, NJW 2005, 3650, 3652; *Kurth*, DB 2005, 2516; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rn. 101; *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 10.

⁴⁵⁷ *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rn. 101; *Altmeyen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 10; *Tiedtke/Peterek*, Zu den Pflichten des organschaftlichen Vertreters einer Kapitalgesellschaft, trotz Insolvenzzureife der Gesellschaft Sozialabgaben und Lohnsteuer abzuführen. Zugleich Besprechung des BGH- Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 sowie der BFH-Urteile vom 27.02.2007 – VII R 67/05 und vom 5.6.2007 – VII R 65/05, GmbHR 2008, GmbHR 2008, 617, 620.

⁴⁵⁸ BGH, Beschluss vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307; *Gross/Schork*, Der GmbH-Geschäftsführer im Spannungsverhältnis des Zahlungsverbots nach § 64 II 1 GmbHG und der Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen, NZI 2004, 360.

und sozialversicherungsrechtliche Vorrang richtig wäre, dann dürfte seine Aufgabe in der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist als Widerspruch gesehen werden.⁴⁵⁹

Die argumentative Konsequenz des 5. Strafsenates dürfte in dem Falle einen solchen – zwar befristeten – aber dennoch paradoxen Bruch nicht zulassen. Seine „zweigleisige“ Begründung wirft Fragen auf und ist, ohne auf die alleinige Vorrangstellung der *par condicio creditorum* einzugehen, der Rechtfertigung einer bevorzugten Befriedigung aus der Insolvenzmasse längst nicht gewachsen.⁴⁶⁰

Eine Fiskus- und Sozialversicherungsprivilegierung ist ausgeschlossen, sobald die Insolvenzreife eingetreten ist und sich der Geschäftsführer ab diesem Zeitpunkt i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG zur Sicherung der Masse verpflichtet.⁴⁶¹ Seit der Einführung der Insolvenzordnung ist das Fiskus- und Sozialversicherungsprivileg dem heutigen Recht fremd. Entscheidend ist an dieser Stelle ganz alleine der Schutz der Gläubigergleichbehandlung, der in Gestalt des Zahlungsverbots i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG, den absoluten Vorrang hat.⁴⁶² Es steht daher außer Frage, ob das Zahlungsverbot gem. § 64 Satz 1 GmbHG das Nichtzahlen von Arbeitnehmerbeiträgen und Lohnsteuer rechtfertigt oder nicht.⁴⁶³

(cc) Aufgabe des fundamentalen Prinzips der *par condicio creditorum*?

*Altmeppen*⁴⁶⁴ hält sich mit seiner Kritik zurück und setzt den Wendepunkt der Rechtsprechung des Gesellschaftsrechtssenats ab dem Urteil vom 02.06.2008⁴⁶⁵ an.⁴⁶⁶ Seiner Meinung nach urteilte der II. Zivilsenat am 14.05.2007⁴⁶⁷ mit einer konsequenten Betrachtung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung. Im Rahmen seiner Argumentation beruft er sich auf *Goettes*⁴⁶⁸ Anmerkung zum vorgenannten Urteil und führt – als das ausschlaggebende Argument – das große

⁴⁵⁹ BGH, Beschluss vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307; *Gross/Schork*, Der GmbH-Geschäftsführer im Spannungsverhältnis des Zahlungsverbots nach § 64 II 1 GmbHG und der Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen, NZI 2004, 360.

⁴⁶⁰ *Gross/Schork*, Der GmbH-Geschäftsführer im Spannungsverhältnis des Zahlungsverbots nach § 64 II 1 GmbHG und der Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen, NZI 2004, 362.

⁴⁶¹ *Kleindiek*, in: Bayer/Hommelhoff/Kleindiek/Lutter, GmbHG, § 64 Rn. 2.

⁴⁶² *Altmeppen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 1; *ders.*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 82.

⁴⁶³ BGH, Urteil vom 09.08.2005 – 5 StR 67/05, NJW 2005, 3650, 3652; *Goette*, DStR 2005, 1867; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rn. 101; Müller, in: Fleischer/Goette, MüKo zum GmbHG, § 64 Rn. 143.

⁴⁶⁴ *Altmeppen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 1.

⁴⁶⁵ BGH, Urteil vom 02.06.2008 – II ZR 27/07, ZInsO 2008, 740.

⁴⁶⁶ *Altmeppen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 3.

⁴⁶⁷ BGH, Urteil vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660.

⁴⁶⁸ *Goette*, DStR 2007, 1176; *Altmeppen*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 2 f.

Interesse des Gesellschaftsrechtssenats an, die bis dato noch bestehende Pflichtenkollision zugunsten der Geschäftsleiter aufzulösen. Zwar habe der II. Zivilsenat für seine bisherige Rechtsprechung gute zivilrechtliche Gründe gehabt, dessen ungeachtet sähe sich dieser nun veranlasst, der den Geschäftsführer belastenden Unklarheit ein Ende zu setzen.⁴⁶⁹ Dieser Ansicht kann hier nicht gefolgt werden. Sowohl das Urteil des BGH vom 14.05.2007⁴⁷⁰ als auch die Urteilsanmerkung von *Goette*⁴⁷¹ geben keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der II. Zivilsenat seine bisherige Rechtsprechungslinie zu dem Zeitpunkt mit der uneingeschränkte Geltung der *par condicio creditorum* als argumentatives Ziel verfolgte. Trotz der Bemühungen sich für die Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zu rechtfertigen, fehlt es dem II. Zivilsenat an Überzeugungskraft seinen Richtungswechsel nachvollziehbar zu machen.

Es erfordert darüber hinaus ein gewisses Übermaß an Interpretationsvermögen und Kreativität, um das Fortbestehen des Festhaltens am Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu erkennen. Obschon der Gesellschaftsrechtssenat jenen fundamentalen Grundsatz nicht offensiv aufgegeben hat, so hat er ihm an fundamentaler Geltungskraft genommen und damit nicht ganz unerwartete Folgen ausgelöst.

(e) Beseitigung des Dilemmas?

Mit seiner Entscheidung hat der Gesellschaftsrechtssenat den übereifrigen Willen gezeigt, den Geschäftsführer aus dem Haftungsdilemma zu befreien. Dies ist ihm auch, unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung und dem damit erfolgten Anschluss an die Rechtsprechung seines Streitgegners, mehr oder weniger gelungen. Der II. Zivilsenat hat sich damit für den einfacheren Weg entschieden und – unter der Verlagerung seines Vertretungsschwerpunkts – die Lösung der Pflichtenkollision als Rechtfertigungsgrund vorschnell in den Vordergrund gezogen.

Sicherlich ist die Beseitigung der Pflichtenkollision, insbesondere für die betroffenen Geschäftsführer von großer Bedeutung, indes bleibt es fraglich, ob die Notwendigkeit ihres „schlichten“ Lösens das Loslassen des fundamentalen Prinzips der *par condicio creditorum* zu rechtfertigen vermag. Zumal die Notwendigkeit der Kollisionsbeseitigung aus der Rechtsprechungssicht vollkommen überbewertet war. Sowohl die Rechtsprechung des 5. Strafsenats als

⁴⁶⁹ *Goette*, DStR 2007, 1176; *Altmeyden*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 2 f..

⁴⁷⁰ BGH, Urteil vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660.

⁴⁷¹ *Goette*, DStR 2007, 1176.

auch die des BFH gaben keinen Anlass dazu sich dem anzuschließen. Beide Streitgegner hatten entschieden, in der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist i. S. d. § 15 InsO trete die Abführungspflicht in den Schatten des Zahlungsverbots und sei somit suspendiert.⁴⁷² Hinsichtlich des entscheidenden Zeitraums war der große Rückschritt des Gesellschaftsrechtssenats, und mit ihm seine Akzeptanz der Vereinbarkeit der Fiskus- und Sozialversicherungszahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, geradezu absurd. Eine Strafbarkeit i. S. d. § 266 a Abs. 1 StGB war in jenem Zeitraum ausgeschlossen und mit Ablauf der Insolvenzantragsfrist bzw. nach gescheiterten Sanierungsbemühungen haftet der Geschäftsführer gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15 a Abs. 4 InsO für eine verspätete Insolvenzantragstellung.⁴⁷³ Eine strafbewehrte Haftung aufgrund Nichtzahlung der Arbeitgeberbeiträge war sowohl während als auch nach Ablauf der Dreiwochenfrist nicht zu befürchten und eine Pflichtenkollision damit ausgeschlossen.⁴⁷⁴

Von einer Lösung der Pflichtenkollision kann bei der Argumentationskette des II. Zivilsenats nicht die Rede sein. Unstrittig ist, dass die Grundlagenentscheidung eine gewisse Klarheit für das Handeln des Geschäftsführers nach Eintritt der Insolvenzreife hervorgerufen hat. Diese hätte der II. Zivilsenat andererseits auch geschaffen, wenn er an seiner Rechtsprechung und insbesondere am Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung weiterhin festgehalten hätte.⁴⁷⁵

Mit seiner Entscheidung hat der Gesellschaftsrechtssenat vordergründig ein weitaus größeres Dilemma verursacht und nicht, wie geplant, die lediglich bei erster Betrachtung herrschende Pflichtenkollision gelöst. Die Grundlagenentscheidung, als Auslöser einer zu erwartenden Kettenreaktion⁴⁷⁶, machte die Abschaffung von Konkursvorrechten und die damit einhergehenden über 20-jährigen Reformdiskussionen zunichte. Der II. Zivilsenat ging ein großes Risiko ein, die wesentliche Geltungskraft der Insolvenzordnung, eine erhöhte

⁴⁷² *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 469.

⁴⁷³ *Gross/Schork*, Der GmbH-Geschäftsführer im Spannungsverhältnis des Zahlungsverbots nach § 64 II 1 GmbHG und der Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen, NZI 2004, 362.

⁴⁷⁴ *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 469.

⁴⁷⁵ *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 467.

⁴⁷⁶ BGH, Urteil vom 25.01.2011 – II ZR 196/09, NZG 2011, 422; BGH, Urteil v. 05.05.2008 – II ZR 38/07, NZG 2008, 508.

Verteilungsgerechtigkeit, zu verlieren. Jene verheerenden Folgen stehen in keinem Verhältnis zur Beseitigung des angeblichen Haftungsdilemmas.

d) Zusammenfassung: Pflichtenkollision – Zahlungsverbot vs. Zahlungsgebot

Die scheinbare Pflichtenkollision, die zumindest auf den ersten Blick ihrem Namen gerecht wird, ist nun seit dem 14.05.2007, ganz im Sinne des davon am meisten betroffenen Geschäftsführers, vom BGH gelöst worden. Ein Urteil, das den Insolvenz- und Gesellschaftsrechtler zur Verzweiflung bringt dagegen dem Geschäftsleiter langersehnte Rechtssicherheit gewährt. Er kann dank der Grundlagenentscheidung problemlos seinen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nachgehen und begibt sich damit, als ein mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes Handelnder, nicht in das Haftungsumfeld des § 64 GmbHG.⁴⁷⁷ Ein Urteil, das dafür, dass es seiner Notwendigkeit in dem Ausmaße nicht bedurfte und darüber hinaus auch noch in keiner Weise sowohl gesellschafts- als auch insolvenzrechtlich vertretbar war, weitreichende und verheerende Folgen nach sich zog.⁴⁷⁸

Die Begründung für die überstürzte Aufgabe seiner bisherigen Entscheidung ist dem II. Zivilsenat, so scheint es, selbst nicht allzu leicht gefallen. Dafür spricht auch seine dazu unbefriedigende Argumentation. Die Rücksicht auf das rechtsästhetische Ideal⁴⁷⁹, die „Einheit der Rechtsordnung“, überzeugt als Begründung auf keinen Fall, denn hätte sich der II. Zivilsenat mit seinem Argument eingehender beschäftigt, hätte er feststellen können, dass der Normenwiderspruch kein unauflösbarer war. Denn, so *Felix*⁴⁸⁰, nur ein unauflösbarer Normenwiderspruch verletze das Rechtsstaatsprinzip.⁴⁸¹ Dies bedeutet, dass die Einheit der Rechtsordnung zu keinem Zeitpunkt gefährdet⁴⁸² und daher als Begründung fehl am Platz war.⁴⁸³

*Ischebeck*⁴⁸⁴ hat ausführlich dargestellt, wie der Normenwiderspruch zwischen dem Straf- und Gesellschaftsrecht aufzulösen ist. Nach einer ausführlichen Auseinandersetzung mit der Argumentationsfigur stellte er eine Akzessorietät der

477 S. o. B. II. 2. c) bb) ddd); eee) (3) (d); (e).

478 S. o. B. II. 2. c) bb) eee).

479 *Clafsen*, Besteuerung des Unrechts, S. 55 f..

480 *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998.

481 *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 153 ff..

482 *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbH) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 469.

483 S. o. B. II. 2. c) bb) ddd).

484 *Ischebeck*, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266 a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH.

strafrechtlichen Norm fest. Das Strafrecht gewährt dem Sozialversicherungsrecht i. S. d. § 28 e Abs. 1 Satz 1 SGB IV, wie auch dem Insolvenz- und Gesellschaftsrecht – als geschlossenem Normengefüge – lediglich eine unterstützende Funktion. Das insolvenz- und gesellschaftsrechtliche Regelungsgespann verfügt über eine enorme Regelungsintensität, die sich auf den Zeitpunkt nach Eintritt der Insolvenzreife eines Unternehmens, lückenlos ausbreitet. Aufgrund seiner begrenzten Regelungsweite fehlt es § 266 a StGB an Widerspruchscharakter, um einen unauflösbaren Normenkonflikt aufrecht zu erhalten. Die vorgenannte Akzessorietät lässt sich auf die §§ 34, 69 AO analog anwenden. Auch § 69 AO fehlt es an Normeninhalt, der über die Solvenz einer Gesellschaft hinausgeht.⁴⁸⁵ Dadurch ist die Auflösbarkeit des Normenwiderspruchs nachgewiesen und die Begründung des II. Zivilsenats praktisch als untragbar bestätigt.

Die Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung hätte sich der Gesellschaftsrechtssenat bestenfalls sparen können. Dazu gab es weder tragende Gründe noch die Notwendigkeit. Zugegeben, war das Haftungsdilemma für den Geschäftsführer eine weniger angenehme Situation. Er ist sicherlich auch der erste, der von der Grundlagenentscheidung, im Rahmen seiner ohnehin schon anspruchsvollen Geschäftsführung eines in der Krise befindlichen Unternehmens, profitiert. Die Klärung hätte gleichwohl genauso gut erfolgen können, wäre der II. Zivilsenat in der Defensive geblieben und hätte seinem kampfeslustigen Streitgegner weiterhin Widerstand geleistet.⁴⁸⁶ Zumal das Dilemma sich als weniger widerspenstig erwiesen hatte, als ursprünglich angenommen.⁴⁸⁷

Die Streitgegner des Gesellschaftsrechtssenats haben ihre starre Rechtsprechung bereits insoweit derjenigen des II. Zivilsenats angeglichen, als dass sie das Zahlungsverbot für den Dreiwochenzeitraum der Sanierungsbemühungen i. S. d. § 15 a Abs. 1 InsO akzeptierten. Teilweise Klarheit herrschte für den Geschäftsführer deshalb schon *vor* der Grundlagenentscheidung. Führte er die Sozialversicherungsbeiträge innerhalb der Sanierungsfrist nicht ab, so machte er sich gem. § 266 a StGB nicht strafbar auch die Lohnsteuer musste in dem vorgenannten Zeitraum nicht gezahlt werden. Lief die Frist ab, griff die Insolvenzverschleppungshaftung i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15 a Abs. 4 InsO, so war auch dann die Strafandrohung des § 266 a StGB auszuschließen.⁴⁸⁸

485 S. o. B. II. 2. c) bb) ddd).

486 Hoyer, in: Martinek/Rawert/Weitmeiyer, FS Reuter, S. 554.

487 S. o. B. II. 2. c) bb) ddd); eee) (3) (e).

488 S. o. B. II. 2. c) bb) ddd); eee) (3) (e).

Verunsicherung bestand weiterhin für die Abführung der Lohnsteuer und zwar insbesondere für die Zeit nach Ablauf der Insolvenzantragsfrist. Auch die Tatsache der Stellung eines Insolvenzantrags befreite den Geschäftsführer noch nicht von der Haftung. Sicherlich ist die Grundlagenentscheidung zumindest in dem Zusammenhang durchaus zu begrüßen. Der Gesellschaftsrechtssenat räumt mit seinem „Nachgeben“ zugegebenermaßen, rein objektiv betrachtet, die Verunsicherung aus dem Wege. Aber dies steht in keinem Verhältnis zur Aufgabe des fundamentalen Prinzips der *par condicio creditorum*.⁴⁸⁹

Die künstliche Schaffung von Insolvenzvorräten steht in einem offensichtlichen Konflikt zum Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz. Die mühsam erkämpfte Abschaffung von Konkursvorräten kann nicht ohne weiteres umgangen werden. Der Insolvenzordnung kann nicht ihr wesentlicher Charakter – die Wiederherstellung einer Verteilungsgerechtigkeit – genommen werden. Zumal ein solcher Versuch den ungerechtfertigten Eingriff in die Grundrechte der Eigentumsgarantie i. S. d. Art. 14 Abs. 1 GG bedeuten würde.⁴⁹⁰

Der II. Zivilsenat hat den Streit trotz seines Nachgebens und seines heldenhaften Willens, den dadurch am meisten benachteiligten Geschäftsführer zu entlasten, leider nicht als der Klügere beendet. In dem Falle hätte sich der konsequente Weg als der klügere erwiesen. Dafür sprach nicht nur die Akzessorietät des § 266 a StGB wie auch der §§ 34, 69 AO und der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, sondern darüber hinaus die argumentative Inkonsequenz des 5. Strafsenats und des BFH. Der Argumentation um eine „unterbrochene“ Privilegierung des Steuer- und Sozialversicherungsrechts fehlte es nicht nur an Überzeugungskraft, sondern primär an rechtlicher Haltbarkeit. Umso überraschender, ja gar umso grotesker, erscheint die Änderung seiner Rechtsprechung zugunsten der Finanz- und Sozialkassen und die daraus resultierende Abkehr vom Prinzip der *par condicio creditorum*.⁴⁹¹

Auch wenn der II. Zivilsenat sein Festhalten an dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz weiterhin betont und ein ihm zu recht angelastetes „Den Rücken Kehren“ ablehnt, so muss er wenigstens die Folgen seiner Grundlagenentscheidung als ein solches einsehen. An ein müheloses Richten⁴⁹² ist nach einigen nicht begründbaren Folgeentscheidungen⁴⁹³ nicht mehr

⁴⁸⁹ S. o. B. II. 2. c) bb) ddd); eee) (3) (d) (bb).

⁴⁹⁰ S. o. B. II. 2. c) bb) ddd); eee) (3) (d) (bb).

⁴⁹¹ S. o. B. II. 2. c) bb) ddd).

⁴⁹² So empfiehlt *Altmeppen* in der FS Götte dem II. Zivilsenat wieder zu seiner ursprünglichen Rechtsprechung zurück zu kehren.

zu denken.⁴⁹⁴ Zu bezweifeln ist auch, dass der Gesellschaftsrechtssenat zukünftig einen erneuten harten Kurswechsel vornimmt. Zumal er seine ursprüngliche Rechtsprechung primär dafür aufgegeben hat, um den Geschäftsführer, als zwischen den streitenden Parteien leidenden Dritten, von seiner Ungewissheit zu befreien. Dieses ist dem Gesellschaftsrechtssenat aus rein objektiver Sicht ja auch gelungen.⁴⁹⁵

Wünschenswert wäre es, wenn der II. Zivilsenat sich dennoch besinnen und mit *Altmepens*⁴⁹⁶ Aufruf „Gegen Fiskus- und Sozialversicherungsprivileg bei Insolvenzreife“ den Kampf wieder aufnehmen würde.⁴⁹⁷

⁴⁹³ BGH, Urteil v. 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812; *Padewils*, ZInsO 2008, 813; BGH, Urteil vom 25.01.2011 – II ZR 196/09, NZG 2011, 422; s. o. 2. e) cc) (2) (e).

⁴⁹⁴ *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbH) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 470.

⁴⁹⁵ S. o. B. II. 2. c) bb) ddd) (1); eee) (3) (e).

⁴⁹⁶ *Altmepens*, in: Habersack/Hommelhoff, FS Goette, S. 1.

⁴⁹⁷ *Blank*, Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbH) und Zahlungsgebot (§ 266 Abs. 1 StGB), ZInsO 2013, 470.

C. Fazit

Bereits seine Rolle an sich erschwert es dem Geschäftsführer die GmbH erfolgreich durch die Krise zu führen. Hin- und hergerissen zwischen seiner sozialen Abhängigkeit von den Gesellschaftern und der rechtzeitigen Einhaltung der Insolvenzantragspflicht, fällt es diesem oft nicht leicht dem Druck, das Unternehmen trotz oft fragwürdiger Gesundungschancen fortzuführen, stand zu halten. Der Hintergrund der Tatsache, dass *eine Sanierung besser als eine Insolvenz*, jedoch *eine frühe Insolvenz besser als eine späte* sei, beschreibt recht gut die Disharmonie zwischen dem Gesellschafts- und Insolvenzrecht und lässt erahnen in welchem Pflichtenschlingel sich der Geschäftsführer befindet. Klarer dagegen ist die Regelung seiner Pflicht zur Krisenfrüherkennung. Mit ihrem drakonischen Ausmaß verlangt sie dem Geschäftsführer ein Organisationssystem ab, das zur Vermeidung eines möglichen Zusammenbrechens keinerlei Abweichungen vom eng bemessenen Sorgfaltsmaßstab zulässt und dem Geschäftsführer ein „Superheldenimage“ unterstellt. Dieser Optimismus wäre im Rahmen seiner Sanierungspflicht durchaus zu begrüßen. Mehr Freiraum für eine freie Sanierung seitens der InsO würde sowohl der selbstregulierenden Wirkung des Marktes als auch dem Geschäftsführer – als Krisenvernichter – gut tun.

Konsequenz zeigte der Gesellschaftsrechtssenat mit seiner Grundlagenentscheidung vom 14.05.2007. Ohne sich eingehend mit seiner Begründung auseinander gesetzt zu haben, urteilte er zugunsten des Fiskus- und Sozialversicherungsprivilegs und schuf damit, zumindest für den Geschäftsführer, eine scheinbar existierende „Pflichtenkollision“ aus dem Wege. Ein überflüssiges Urteil, das unter der Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung, die lang erkämpften Prinzipien der InsO über Bord warf und auf diesem Wege einen grenzenlosen Raum an untragbaren Folgen schuf. Einen unauflösbaren Normenkonflikt und damit eine Pflichtenkollision hat es zu keiner Zeit gegeben. Der Gesellschaftsrechtssenat hat grundlos wie auch vorschnell „die Flinte ins Korn geworfen“, damit ein zumutbarer Umstand für den Geschäftsführer geschaffen wird. Diesen hätte er auch mit konsequenter Verfolgung seiner Rechtsprechung erreicht. Das Ergebnis der Grundlagenentscheidung überrascht nicht. Der Geschäftsführer weiß nun, dass er in der Dreiwochenfrist trotz des herrschenden Zahlungsverbots die Sozialversicherungsbeiträge und die Lohnsteuer abführen muss. Der BGH weiß dagegen auch, dass er damit die Hintertür für Fiskus- und Sozialversicherungsvorrechte geöffnet hat. Anstatt über kuriose „Pflichtenkollisionen“ mit dramatischen Folgen zu urteilen und Rückschritte zu machen, wäre ein Bemühen um mehr Kompatibilität beider Gesetze begrüßenswerter gewesen und hätte zu alledem einen Schritt nach vorn bedeutet.

Literaturverzeichnis

- Altmeyden, Holger* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, NJW 2007, 2121.
- Ders.* Änderung der Kapitalersatz- und Insolvenverschleppungshaftung aus „deutsch-europäischer“ Sicht, NJW 2005, S. 1911 – 1915.
- Altmeyden, Holger/Roth, Günter H.* Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Auflage, München 2009.
- Anders, Ralf Peter* Untreue zum Nachteil der GmbH, Versuch einer strafrechtsbegründenden Rekonstruktion der Rechtspersönlichkeit der Korporation, Berlin Heidelberg 2012.
- Andres, Dirk/Leithaus, Rolf/Dahl, Michael (Hrsg.)* Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, München 2011.
- Arend, Volker/Möller, Christian* Aktuelle Rechtsprechung zur Geschäftsführer-Haftung in der Krise und Insolvenz der GmbH, GmbHRR 2008, S. 169-175.
- Bachmann, Gregor u. a. (Hrsg.)* Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Baden-Baden 2007.
- Baldus, Manfred (Diss.)* Die Einheit der Rechtsordnung, Bedeutung einer juristischen Formel in Rechtslehre, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts; Berlin 1995.
- Bastuck, Burkhard* Enthaltung des Managements, Corporate Idemnification im amerikanischen und deutschen Recht, Köln 1986.
- Bauer, Joachim* Die GmbH in der Krise, Rechtsfragen der Unternehmenssanierung, 3. Auflage, Münster 2010.

- Ders.* Haftungsdilemma des Geschäftsführers/Vorstandes bei Eintritt der Insolvenz der GmbH/AG – Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung oder verbotene Zahlung?, ZInsO 2004, S. 645 – 647.
- Ders.* Die schleichende Wiedereinführung von Insolvenzvorräten zugunsten des Fiskus und der Sozialkassen schreitet voran - § 28e Abs. 1 Satz 2 SGB IV n.F. als jüngstes Beispiel für Verstöße gegen den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, ZInsO 2008, S. 119 – 125.
- Ders.* Unzulässige Wiedereinführung eines Fiskusvorrechts im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, S. 1432 – 1437.
- Ders.* Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, Berlin 2007.
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred* Kommentar zum GmbHG, 20. Auflage, 2013.
- Beckemper, Katharina* Untreuestrafbarkeit des GmbH-Gesellschafters bei einverständlicher Vermögensverschiebung, GmbHR 2005, S. 592 – 596.
- Behrens, Peter/Hachenburg, Max/Ulmer, Peter (Hrsg.)* Großkommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Band 1: §§ 1 – 34, 8. Auflage, Berlin 1992.
- Berger, Göran/Herbst, Christoph* Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen: zwischen Scylla und Charybdis – § 266 a StGB versus § 64 Abs. 2 GmbHG, BB 2006, S. 437 – 440.
- Berger, Klaus-Peter u. a. (Hrsg.)* Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000.
- Bitter, Georg* Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 2, ZInsO 2010, S. 1561 – 1582.

- Bittmann, Folker* Beitragserhaltung, Geschäftsführerhaftung und Einheit der Rechtsordnung, *wistra* 2007, S. 406 – 407.
- Ders (Hrsg.)* Insolvenzstrafrecht, Handbuch für die Praxis, Berlin 2004.
- Blank, Michael J. W.* Vorenthalten von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bei Insolvenzreife der GmbH – Zum Verhältnis von Zahlungsverbot (§ 64 Satz 1 GmbHG) und Zahlungsgebot (§ 266a Abs. 1 StGB), *ZInsO* 2013, S. 461 – 470.
- Blöse, Jochen/Wieland-Blöse, Heike* Praxisleitfaden Insolvenzreife, Insolvenzantragsgründe prüfen, feststellen, beseitigen, Berlin 2011.
- Böcker, Philipp/Poertzgen, Christoph* Der insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff ab 2014 – Perpetuierung einer Übergangsregelung statt Neuanfang, *GmbHHR* 2013, S. 17 – 22.
- Dies.* Finanzmarkt-Rettungspaket ändert Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO), *GmbHHR* 2008, S. 1289 – 1296.
- Bollacher, Florian (Diss.)* Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen, Eine Untersuchung aktueller Fragen Zu § 266 a Abs. 1 StGB, insbesondere zur Problematik unterlassener Beitragszahlung in der Unternehmenskrise, Baden-Baden 2006.
- Bork, Reinhard* Pflichten der Geschäftsführung in der Krise und Sanierung, *ZIP* 2011, S. 101 – 109.
- Bork, Reinhard/Schäfer, Carsten (Hrsg.)* GmbH Kommentar zum GmbH-Gesetz, 1. Auflage, Köln 2010.

- Bormann, Michael/Kauka, Ralf/Ockelmann, Jan (Hrsg.)* Handbuch GmbH-Recht, Das neue Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung: Gestaltungspraxis, Rechtsgrundlagen, Steuern, Düsseldorf 2009.
- Brammsen, Joerg* Strafbare Untreue des Geschäftsführers bei einverständlicher Schmälerung des GmbH-Vermögens, DB 1989, S. 1609 – 1615.
- Brand, Christian* „Weißt du wie das wird?“ – Zum Verhältnis von § 266a StGB und § 64 S. 1 GmbHG, GmbHR 2010, S. 237 – 244.
- Braun, Eberhard (Hrsg.)* Kommentar zur Insolvenzordnung, 5. Auflage, München 2012.
- Bayer, Walter/Hommelhoff, Peter/Kleindiek, Detlef/Lutter Marcus* Kommentar zum GmbHG, 17. Auflage, Köln 2009.
- Brinkmann, Gerhard/Luttmann, Maik* Halbierung der insolvenzrechtlichen Anfechtung gegen Krankenkassen? § 28 e Abs. I Satz 2 SGB IV n. F. – ein Scheinriese!, ZIP 2008, S. 901 – 906.
- Büchting, Hans-Ulrich/Heussen, Benno* Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 10. Auflage, München 2011.
- Ciftci, Taylan/Bischoff Denis* Die GmbH in der Krise, Rechte, Pflichten, Gestaltungsmöglichkeiten, Hamburg 2009.
- Claßen, Rüttger (Diss.)* Besteuerung des Unrechts, Das Wirklichkeitsprinzip des § 40 AO im Licht der Einheit der Rechtsordnung, Bonn 1981.
- Dahl, Michael/Schmitz Jan* Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus § 64 II GmbHG bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten mit zuvor verbundenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Mitteln, NZG 2008, 532 – 534.

- Damm, Reinhard u. a. (Hrsg.)* Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, Berlin 2005.
- Dannecker u. a. (Hrsg.)* Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Köln 2007.
- Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Günter* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Auflage, München 2012.
- Diller, Martin* Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, Stuttgart 1994.
- Drenckhan, Helke* Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, Baden-Baden 2006.
- Drukarczyk, Jochen* Bilanzielle Überschuldungsmessung, Zur Interpretation der Vorschriften von § 92 Abs. 2 AktG und § 64 Abs. 1 GmbHG, ZGR 1979, S. 553 – 582.
- Ebenroth, Carsten/Lange, Knut Werner* Sorgfaltspflichten und Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 GmbHG, GmbHR 1992 S. 69 -9 76.
- Eger, Thomas u. a. (Hrsg.)* Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse, Internationalization of Law and its Economic Analysis, Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 2008.
- Eichele, Hans* Die Reichweite des Kapitalerhaltungsgrundsatzes aus § 30 Abs. 1 GmbHG, die Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters und das Eigenkapitalersatzrecht in der GmbH, Berlin 1999.
- Engisch, Karl* Einheit der Rechtsordnung, Nachdruck der 1935 erschienenen Auflage, Darmstadt 1987.
- Enthaler, Jürgen/Füller, Jens Thomas/Schmidt, Burkhard* Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Auflage, Köln 2010.

- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.)* Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Stand 15.05.2013, Edition 18.
- Fastrich, Lorenz* Optimierung des Gläubigerschutzes bei der GmbH – Praktikabilität und Effizienz, DStR 2006, S. 656 – 663.
- Felix, Dagmar* Einheit der Rechtsordnung, Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998.
- Fischer, Thomas* Kommentar zum Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Auflage, München 2012.
- Fleck, Hans-Joachim* Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1974 S. 224 – 231.
- Ders.* Die Drittanstellung des GmbH-Geschäftsführers, ZHR 1985, S. 387 – 418.
- Fleischer, Holger* Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2004, S. 437 – 479.
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Band 2: §§ 35 – 52, Band 3: §§ 53 – 85, München 2012.
- Frege, Michael C.* Grundlagen und Grenzen der Sanierungsberatung, NZI 2006 S. 545-552.
- Friedrich, Mark/Flintrop, Bernhard* Sanierungsprüfung – Herausforderung für Unternehmensführung und Gutachter, DB 2003, S. 223 – 229.
- Frisch, Burkhard* Haftungserleichterung für GmbH-Geschäftsführer nach dem Vorbild des Arbeitsrechts, Berlin 1998.

- Gehrlein, Markus/Ekkenga, Jens/Simon, Stefan (Hrsg.)* Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Kommentar, Köln 2012.
- Gessner, Volkmar u. a.* Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland – eine rechtssoziologische Untersuchung, Köln 1978.
- Giering, Anastasia* Risikobezogener Gläubigerschutz im Recht der GmbH, Vorschläge zur Vermögensbindung und Gesellschafterhaftung de lege ferenda, Berlin 2009.
- Goette, Wulf* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.01.1997 – VI ZR 338/95, DStR 1997, 594.
- Ders.* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 08.01.2001 - II ZR 88/99, DStR 2001, 179.
- Ders.* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 31.03.2003 – II ZR 150/02, DStR 2003, 1133.
- Ders.* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.04.2005 – II ZR 61/03, DStR 2005, 1869.
- Ders.* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 09.08.2005 – 5 StR 67/05, DStR 2005, 1867.
- Ders.* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, DStR 2007, 1174.
- Groß, Bernd/Schork, Alexander* Der GmbH-Geschäftsführer im Spannungsverhältnis des Zahlungsverbots nach § 64 II 1 GmbHG und der Strafbarkeit wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen, NZI 2004, S. 358 – 362.

- Gundlach, Ulf/Frenzel, Volkhard* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.04.2005 – II ZR 61/03, NZI 2005, 449.
- Gundlach, Ulf/Frenzel, Volkhard/Schirrmeister, André* Die Zahlungsunfähigkeit als Haftungsfalle für den GmbH-Geschäftsführer, NZI 2003, S. 418-421.
- Haarmeyer, Hans* Der Eintritt der materiellen Insolvenz und seine zentrale Bedeutung für das Insolvenzverfahren, Eine Zwischenbilanz nach 10 Jahren InsO, ZInsO 2009, S. 1273 – 1283.
- Haarmeyer, Hans/Wutzke, Wolfgang/Förster, Karsten* Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, Köln 2012.
- Haas, Ulrich* Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, in: Verhandlungen des sechsendsechzigsten deutschen Juristentages Stuttgart 2006, München 2006.
- Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter (Hrsg.)* Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011.
- Hadding, Walter u. a.* Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis, Berlin 1984.
- Häsemeyer, Ludwig* Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, S. 507 – 576.
- Ders.* Insolvenzrecht, 4. Auflage, München 2007.
- Heeg, Volker* Der GmbH-Geschäftsführer in der Vorinsolvenz – Höchststrichterlich geklärt? Masseerhaltung, Lohnsteuerhaftung und Strafbarkeit wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen, DStR 2007, S. 2134 – 2140.

- Heisse, Matthias* Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, München 1988.
- Hellmann, Uwe* Verdeckte Gewinnausschüttungen und Untreue des GmbH-Geschäftsführers, wistra 1989, S. 214 – 218.
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.)* Gesellschaftsrecht, BGB, HGB, PartGG, GmbHG, AktG, UmwG, GenG, IntGesR, Band 62, München 2011.
- Heublein, Gerrit* Zahlungen im Rahmen der Fortführung kriselnder Geschäftsbetriebe, „Abenteuerurlaub“ im haftungsrechtlichen Minenfeld, KSI 07, S. 251 – 257.
- Heuermann, Bernd/Brandis, Peter (Hrsg.)* Blümich, Kommentar zum Einkommenssteuergesetz, Körperschaftssteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, München 2013.
- Hinkel, Lars* Anmerkung zum Urteil des BFH vom 23.09.2008 – VII R 27/07, jurisPR-HaGesR 6/2009, Anmerkung 6.
- Hirsch, Hans Joachim/Wolter, Jürgen/Brauns, Uwe (Hrsg.)* Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, Köln 2003.
- Hirte, Heribert* Kapitalgesellschaft, 6. Auflage, Köln 2009.
- Ders.* Die Grundsätze der „Wrongful-Trading-Alternative“ zur gesetzlichen Insolvenzantragspflicht, ZInsO 2010, S. 1986 – 1996.
- Ders.* Restrukturierung nach der InsO: Gesetzesplan, Fehlstellen und Reformansätze innerhalb einer umfassenden InsO-Novellierung, ZGR 2010, S. 224 – 247.
- Hollinderbäumer, Jens* Der Könnner macht masselos „Konkurs“ – Hintergründe und Lösungen, BB 2013, 1223 – 1232.

- Huber, Herwart* Die „geplant beschlußlose“ Hauptversammlung, ZIP 1995, S. 1740 – 1745.
- Immenga, Ulrich* Die Problematik der Anfechtungsklage im GmbH-Recht, GmbHR 1973 S. 5 – 11.
- Ischebeck, Lars (Diss.)* Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen i. S. v. § 266a Abs. 1 StGB während der materiellen Insolvenz der GmbH, Eine Untersuchung zum Konkurrenzverhältnis von § 266a Abs. 1 StGB zu § 64 Abs. 2 GmbHG, Baden-Baden 2009.
- Ders.* Die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns und das Strafrecht in der Unternehmenskrise, zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. V. 5.5.2008 – II ZR 38/07, wistra 2009, S. 95 – 101.
- Jäger, Adelheid* Anmerkung zum Urteil des BFH vom 27.02.2007 – VII R 67/05, HFR 2007, 944.
- Jaufer, Clemens* Das Unternehmen in der Krise: Verantwortung und Haftung der Gesellschaftsorgane, 2. Auflage, Wien 2010.
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.)* Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1: §§ 1 – 37 StGB, München 2011; Band 4: §§ 263 – 358 StGB, München 2006.
- Joussen, Jacob* Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005 S. 441 – 447.
- Ders.* Der persönliche Anwendungsbereich der Arbeitnehmerhaftung, RdA 2006 S. 129 – 137.
- Jula, Rocco* Der GmbH-Geschäftsführer, Rechte und Pflichten, Anstellung, Vergütung und Versorgung, Haftung und Strafbarkeit, 4. Auflage, Berlin 2012.

- Jula, Rocco/Sillmann, Barbara* Handbuch GmbH, Gründung, Führung, Sicherung, 3. Auflage, München 2010.
- Kamanabrou, Sudabeh* Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers im Licht neuerer Rechtsprechung, DB 2002, S. 146-150.
- Kayser, Gerhard* Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 6. Auflage, Köln 2012.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich* Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, 4. Auflage, Baden-Baden 2013.
- Kirchhof, Hans-Peter/Lwowski, Hans Jürgen/Stürner, Rolf (Hrsg.)* Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1: §§ 1 – 102, 3. Auflage, München 2013.
- Konow, Karl-Otto* Probleme der Geschäftsführung bei der GmbH, GmbHR 1968 S. 219 – 222.
- Kramer, Ernst A.* Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, München 2005.
- Kreft, Gerhart (Hrsg.)* Kommentar zur Insolvenzordnung, 6. Auflage, Heidelberg 2011.
- Krieger, Gerd/Schneider, Uwe (Hrsg.)* Handbuch Managerhaftung, 2. Auflage, Köln 2010.
- Kühl, Kristian (Hrsg.)* Kommentar zum Strafgesetzbuch, 27. Auflage, München 2011.
- Labsch, Karl Heiz* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17.11.1983 – 4 StR 662/83, JuS 1985, 602 – 605.
- Liebscher, Marc* Anmerkung zum Urteil des BFH vom 23.09.2008 – VII R 27/07, ZInsO 2009, 1386.
- Kilger, Joachim* „Der Konkurs des Konkurses“, KTS 1975, S. 142 – 166.
- Kurth, Thomas* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 09.08.2005 – 5 StR 67/05, DB 2005, 2516.

- Lindemann, Silvio* Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 05.02.2007 – II ZR 51/06, GmbHR 2007, 938.
- Ders.* Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, GmbHR 2008, 814.
- Lohr, Martin* Die Beschränkung der Innenhaftung der GmbH-GF, NZG 2000 S. 1204 – 1213.
- Lurati, Max Christian/Passarge, Malte/Torwegge, Christoph/Werthmann-Feldhues, Annekatrien* Das neue GmbH-Recht, Freiburg 2009.
- Lutter, Marcus* Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers – 10 Gebote an den Geschäftsführer, GmbHR 2000, S. 301 – 312.
- Ders.* Die Business Judgement Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, S. 841 – 848.
- Lutter, Marcus/Ulmer, Peter/Zöllner, Wolfgang (Hrsg.)* Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter* GmbH-Gesetz Kommentar, 15. Auflage, Köln 2000.
- Martinek, Michael/Rawert, Peter/Weitmeyer, Birgit* Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, Berlin 2010.
- Michalski, Lutz (Hrsg.)* Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 2: §§ 35 – 85, 2. Auflage, München 2010.
- Meyke, Rolf* Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, RWS-Skript 290, Köln 1998.
- Moll, Wilhelm (Hrsg.)* Festschrift für Hans-Jochem Lürer zum 70. Geburtstag, München 2008.

- Ders. (Hrsg.)* Münchener Anwalts Handbuch Arbeitsrecht, 3. Auflage, München 2012.
- Müller, Hans-Friedrich* Die steuerliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Krise, GmbHR 2003, S. 389 – 394.
- Müller-Gugenberger, Christian/Bieneck, Klaus (Hrsg.)* Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage, Köln 2011.
- Müller, Welf* Der Verlust der Hälfte des Grund- oder Stammkapitals, ZGR 1985, S. 191 – 213.
- Müller-Seils, Carsten* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, BB 2007, 1803.
- Nerlich, Jörg/Kreplin, Georg* Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 2. Auflage, München 2012.
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker (Hrsg.)* Kommentar zur Insolvenzordnung, 24. Ergänzungslieferung, München 2012.
- Oppenländer, Frank/Trölitzsch, Thomas (Hrsg.)* Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Auflage, München 2011.
- Picot, Gerhard/Aleth, Franz* Unternehmenskrise und Insolvenz – Vorbeugung, Turnaround, Sanierung, München 1999.
- Pielow, Johann-Christian (Hrsg.)* Beck'scher Online-Kommentar Gewerberecht, Stand 1.4.2013, Edition 22.
- Podewils, Felix* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 05.05.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, S. 813 – 814.
- Poelzig, Dörte/Thole, Christoph* Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, S. 836 – 867.
- Poertzgen, Christoph* Fünf Thesen zum neuen (alten) Überschuldungsbegriff (§ 19 InsO n. F.), ZInsO 2009, S. 401 – 405.

- Pott, Sarah* Renaissance des modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs, NZI 2012, S. 4 – 9.
- Priester, Hans-Joachim* Verlustanzeige und Eigenkapitalersatz, Zur Funktion der §§ 92 Abs. 1 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG, ZGR 1999, S. 533 – 547.
- Pump, Hermann/Fittkau, Herbert* Die Vermeidung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Steuerschulden der GmbH, mit Checklisten und Lösungen zu typischen Praxisfällen, Berlin 2009.
- Radtke, Henning* Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 28.05.2002 – 5 StR 06/02, NSTZ 2003, 156.
- Reese, Jürgen* Die Haftung von Managern im Innenverhältnis, DStR 1995 S. 532 – 537.
- Reischl, Klaus* Insolvenzrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2011.
- Remmert, Martin/Horn, Hendrik* Anmerkung zum Urteil des BFH vom 27.02.2007 – VII R 67/05, NZG 2007, 938.
- Reul, Adolf/Heckschen, Heribert/Wienberg, Rüdiger* Insolvenz in der Gestaltungspraxis, München 2012.
- Rieger, Stefan* Praktische Probleme nach dem Beschluss des BGH vom 30.7.2003 zum Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen bei laufender Insolvenzantragsfrist, NZI 2004, S. 370 – 371.
- Ring, Gerhard/Grziwotz, Herbert* Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht für Unternehmer und Berater, Köln 2009.
- Richardi, Reinhard u. a. (Hrsg.)* Das Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I, 3. Auflage, München 2009.

- Röhricht, Volker* Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, S. 505 – 516.
- Römermann, Volker/Praß, Jan-Philipp* Das neue Sanierungsrecht für Unternehmen, Handbuch für Berater, Unternehmer und Gläubiger, Regensburg 2012.
- Rönnau, Thomas* Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, NJW 2004, 976.
- Rolfs, Christian u. a. (Hrsg)* Beck'scher Online-Kommentar zum Arbeitsrecht, Stand 1.3.2013, Edition 27.
- Roth, Günter H./Altmeyden, Holger* GmbHG Kommentar, 7. Auflage, München 2012.
- Rowedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.)* Kommentar zum GmbHG, 5. Auflage 2013, München 2013.
- Saenger, Ingo/Inhuster, Michael (Hrsg.)* GmbHG Handkommentar, Baden-Baden 2011.
- Sandmann, Bernd* Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten, Zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Haftung und Haftungsprivilegierung, Tübingen 2001.
- Schall, Alexander* Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, Grund und Grenzen der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel, München 2009.
- Schluck-Amend, Alexander/Walker, Thilo* Neue Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer durch Pflicht zur Erstellung eines Insolvenzplans?, GmHR 2001, 375 – 381.
- Schmidt, Karsten (Hrsg.)* Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?, Hamburger Ringvorlesung, Berlin 1994.

- Ders.* Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH, ZIP 1994, S. 837 – 844.
- Ders.* Überschuldung und Unternehmensfortführung oder: per aspera ad astra, ZIP 2013, S. 485 – 493.
- Ders.* Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen um Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht, Gutachten für 54. Deutschen Juristentag, Band I Teil D, München 1982.
- Ders.* Überschuldung und Insolvenzantragspflicht nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz, Geschäftsleiterpflichten im Wechselbad der Definitionen, DB 2008, S. 2467 – 2471.
- Ders.* Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung, Überlegungen zum Haftungsrecht der GmbH und der GmbH & Co. KG, ZIP 1988, S. 1497 – 15.
- Schmidt, Karsten/Uhlenbruck, Wilhelm* Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Auflage, Köln 2009.
- Schmidt, Olaf Hans* Das Vorenthalten der Sozialversicherungsbeiträge in der Insolvenz der GmbH, Frankfurt am Main 2001.
- Schneider, Uwe H.* Die Pflichten des Geschäftsführers in der Krise der GmbH, Zwölf Handlungsanweisungen an den Geschäftsführer zur Haftungsvermeidung, GmbHHR 2010, S. 57 – 63.

- Schneider, Uwe H./Brouwer, Tobias* Die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für die Abführung der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung - Eine Herausforderung für die höchstrichterliche Rechtsprechung, ZIP 2007, S. 1033 – 1043.
- Scholz, Franz (Hrsg.)* Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Auflage, Band II: §§ 35-52, Köln 2007, 10. Auflage, Band III: §§ 53-87, Köln 2010.
- Schröder, Christian* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, GmbHR 2007, 759.
- Schweiger, Martin (Diss.)* Aktive Krisenpflichten im Recht der GmbH, München 2012.
- Seibel, Vanessa (Diss.)* Der Geschäftsführer in der Insolvenz der Gesellschaft, Eine rechtsvergleichende und rechtsökonomische Betrachtung von GmbH und LLC, Frankfurt am Main 2012.
- Sitzenfrei, Wolfram* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.04.2005 – II ZR 61/03, BB 2005, 1907.
- Smid, Stefan* Zur „Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ und anderen Fragen der gegenwärtigen Gesetzgebung, DZWIR 2005, S. 414 – 418.
- Strohn, Lutz* Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011 S. 1161-1170.
- Thümmel, Roderich C.* Aufgaben und Haftungsrisiken des Managements in der Krise des Unternehmens, BB 2002, S. 1105 – 1108.

- Tiedtke, Klaus/Peterek, Jörg* Zu den Pflichten des organschaftlichen Vertreters einer Kapitalgesellschaft, trotz Insolvenzreife der Gesellschaft Sozialabgaben und Lohnsteuer abzuführen. Zugleich Besprechung des BGH- Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06 sowie der BFH-Urteile vom 27.02.2007 – VII R 67/05 und vom 5.6.2007 – VII R 65/05, GmbHR 2008, S. 617 – 626.
- Uhlenbruck, Wilhelm (Hrsg.)* Kommentar zur Insolvenzordnung, 13. Auflage, München 2010.
- Uhlenbruck, Wilhelm/Klasmeyer, Bernd/Kübler, Bruno M.* Einhundert Jahre Konkursordnung 1877 – 1977, Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesens e. V. Köln zum einhundertjährigen Bestehen der Konkursordnung vo 10. Februar 1877, Köln 1977.
- Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Winter, Martin* GmbHG Großkommentar, Band II: §§ 29-52, Tübingen 2006, Band III: §§ 53-87, Tübingen 2008.
- Veil, Rüdiger* Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht, Verlust des halben Kapitals, Pflicht zu ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung, ZGR 2006, S. 374 – 379.
- Weber, Robert/Brügel, Florian* Die Haftung des Managements in der Unternehmenskrise: Insolvenz, Kapitalerhaltung und existenzvernichtender Eingriff, DB 2004 S. 1923 – 1928.
- Weber, Ulrich/Hoß Axel/Burmester Anje* Handbuch der Managerverträge, Köln 2000.
- Westermann, Harm Peter* Gesellschafter- und Geschäftsführerplichten im Vorfeld der Insolvenz nach gegenwärtigem und künftigem Recht, DZWIR 2006, S. 485 – 494.

- Wiester, Roland* Die GmbH in der Unternehmenskrise, Lösungswege für den Geschäftsführer, 1. Auflage, München 2006.
- Wilhelm, Jan* Verbot der Zahlung, aber Strafdrohung bei Nichtzahlung gegen den Geschäftsführer einer insolvenzreifen GmbH?, ZIP 2007, S. 1781 – 1786.
- Wilkens, Jochen* Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.09.2008 – II ZR 162/07, EWiR 2009, 201.
- Wüst, Günther* Unterkapitalisierung und Überschuldung bei Beschränkten, JZ 1985, S. 817 – 824.
- Zuck, Rüdiger* Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Band 15, 3. Auflage, München 2006.