Carl Heymanns Verlag

Thema: Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern im Rahmen der Eigenverwaltung

Zeitschrift: ZInsO - Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
Rubrik: ZInsO - Aufsätze
Autor: Prof. Dr. Markus Gehrlein
Referenz: ZInsO 2017, 849 - 861 (Ausgabe 18 v. 04.05.2017)

Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern im Rahmen der Eigenverwaltung

von Richter am Bundesgerichtshof Professor Dr. Markus Gehrlein, Karlsruhe

Bekanntlich hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) das Ziel verfolgt, den Sanierungsgedanken zu fördern, indem dem Schuldner unter erleichterten Voraussetzungen der Zugang zur Eigenverwaltung eröffnet wird. Das Insolvenzgericht kann gem. § 270 Abs. 1 und 2 InsO eine Eigenverwaltung anordnen, wenn der Schuldner einen entsprechenden Antrag stellt und aus dieser Maßnahme keine Nachteile für die Gläubiger zu besorgen sind. Mit dem in § 270b InsO zur Vorbereitung einer Eigenverwaltung geregelten Schutzschirmverfahren will der Gesetzgeber dem Schuldner einen Anreiz setzen, frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen. Das Schutzschirmverfahren kann gem. § 270b Abs. 1 InsO in Fällen drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung beantragt werden, wenn eine Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Der wesentliche Unterschied der Eigenverwaltung im Vergleich zu einem Regelinsolvenzverfahren äußert sich darin, dass der Schuldner gem. § 270 Abs. 1 Satz 1 InsO verfügungsbefugt bleibt und lediglich nach §§ 270c , 274 , 275 InsO der Aufsicht eines Sachwalters unterliegt. Mit der ungeschmälerten Verfügungsbefugnis verknüpft sich die Frage, welchen Haftungsregeln den Schuldner, seine Organe und Gesellschafter im Verfahren der Eigenverwaltung treffen.

A. Aufgabenzuweisung in der Eigenverwaltung

Die Verteilung der Aufgaben in der Eigenverwaltung ergibt sich aus §§ 270 ff. InsO . Vor Verfahrenseröffnung kann auf den Antrag auf Eröffnung in Eigenverwaltung nach § 270a Abs. 1 Satz 2 InsO ein vorläufiger Sachwalter bestellt werden, dem insbesondere die Kontrollbefugnisse der §§ 274 , 275 InsO zustehen. Gleiches gilt gem. § 270b Abs. 2 Satz 1 , §§ 270a , 274 , 275 InsO im Schutzschirmverfahren. Der Sachverwalter tritt verallgemeinernd ausgedrückt an die Stelle eines im Regelinsolvenzverfahren eingesetzten vorläufigen Insolvenzverwalters, wobei ihm neben der Überwachung des Schuldners (§ 274 Abs. 2 InsO) und der Zustimmung bei außergewöhnlichen Maßnahmen (§ 275 InsO) insbesondere die Insolvenzanfechtung (§ 280 InsO) und die Führung der Insolvenztabelle (§ 270c Satz 2 InsO) obliegen. Demgegenüber nimmt der Schuldner abweichend von einem Regelverfahren gem. § 270 Abs. 1 Satz 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen alleine wahr. Darum hat er die Masse zu sichern und zu verwalten und grds. das Unternehmen bis zum Berichtstermin fortzuführen. In diesem Zusammenhang hat der Schuldner notwendige Zahlungen zu veranlassen und den Zahlungsverkehr abzuwickeln, falls nicht der Sachwalter die Kassenführung gem. § 275 Abs. 2 InsO an sich zieht. Der Schuldner hat unter Beachtung der Aus- und Absonderungsrechte das Sicherungsgut zu verwerten (§ 282 InsO) und gem. § 279 InsO die Wahlrechte aus §§ 103 ff. InsO auszuüben. Die Verteilung des Erlöses an die Gläubiger ist von dem Schuldner zu verantworten (§ 283 Abs. 2 InsO). Im Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) als besonderer Form der vorläufigen Eigenverwaltung (§ 270a InsO) hat der Schuldner entsprechend dem Verfahrensziel einen Insolvenzplan auszuarbeiten (§ 270b Abs. 1 InsO). Ferner ist der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen (§ 270b Abs. 4 Satz 2 InsO).[1]

B. Haftung des Geschäftsführers

Die Eigenverwaltung betrifft regelmäßig das Vermögen einer insolvenzreifen juristischen Person und als typischer Rechtsform des Mittelstands das einer GmbH. Es liegt auf der Hand, dass einem Geschäftsführer in einer derartigen Krisensituation vielfältige Haftungsgefahren drohen.

I. Zahlungsverbot des § 64 GmbHG

Ab dem Eintritt der Insolvenzreife unterliegen gem. § 64 Satz 1 GmbHG , § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG , § 99 Satz 1 GenG und § 130a Abs. 1 Satz 1 HGB Geschäftsleiter einer GmbH, einer AG, einer Genossenschaft sowie einer GmbH & Co. KG, die keine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter hat, dem Verbot, Zahlungen zulasten des Gesellschaftsvermögens zu bewirken. Die Regelungen sind unbeschadet

geringfügiger tatbestandlicher Unterschiede in einem einheitlichen Sinne zu deuten[2] und untersagen dem Geschäftsleiter - schlagwortartig ausgedrückt - jegliche Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen nach Eintritt der Insolvenzreife.[3] Ausnahmsweise sind jeweils nach Satz 2 dieser Bestimmungen Zahlungen erlaubt, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsmanns vereinbar sind.[4]

1. Voraussetzungen der Vorschrift

Der zeitliche Anwendungsbereich der Regelung ist ab der materiellen Insolvenz der Gesellschaft, also Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, eröffnet. Das Zahlungsverbot entfaltet damit sofort ab Eintritt der Insolvenzreife und nicht erst ab dem Ende der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist Bindungswirkung.[5] Der in der Person der Gesellschaft begründete Anspruch entsteht bereits mit Vornahme der verbotenen Zahlungen, nicht etwa erst nach Verfahrenseröffnung.[6]

---

1 Vgl. im Einzelnen *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097.

2 Vgl. BT-Drucks. 7/3441, S. 47; BGH, Urt. v. 26.3.2007 - II ZR 310/05 , ZInsO 2007, 542 Rn. 7.

3 Vgl. nur BGH, Beschl. v. 5.2.2007 - II ZR 51/06 , WM 2007, 1465 Rn. 4, LS 1.

4 Vgl. BGH, Urt. v. 8.1.2001 - II ZR 88/99 , BGHZ 146, 264, 274 f. = ZInsO 2001, 260 .

5 BGH, Urt. v. 16.3.2009 - II ZR 280/07 , ZInsO 2009, 876 Rn. 12.

6 BGH, Beschl. v. 23.9.2010 - IX ZB 204/09 , ZInsO 2010, 2101 Rn. 13.

Der Begriff der "Zahlungen" ist als haftungsbegründende, von dem Geschäftsführer veranlasste[7] Rechtshandlung[8] in einem weiten Sinne auszulegen,[9] der jede Übertragung von Vermögensgegenständen oder Wirtschaftsgütern einschließt.[10] Bei einem Verstoß gegen die Zahlungsverbote sind nach Auffassung der Rechtsprechung die einzelnen Vermögensabflüsse von den Geschäftsleitern jeweils durch Rückzahlung an die Masse abzugelten.[11] Zusammengefasst braucht die Gesellschaft zur Begründung eines Anspruchs aus § 64 GmbHG im Fall der Insolvenz lediglich darzulegen, dass ein nach Insolvenzreife gezahlter Betrag in der Insolvenzmasse fehlt.[12]

2. Folgerungen für Eigenverwaltung

Steht eine Haftung aus § 64 GmbHG im Raum, ist zu klären, ob die Vorschrift in den jeweiligen Verfahrensstadien der Eigenverwaltung überhaupt anwendbar ist.

a) Vorläufige Eigenverwaltung

aa) Grundsatz

Wäre die Regelung des § 64 GmbHG ab Stellung eines Insolvenzantrags nicht mehr anwendbar,[13] weil sich der Regelungszweck der Norm darin erschöpft, den Geschäftsführer nach Insolvenzreife zur Antragstellung zu veranlassen,[14] könnte der Geschäftsführer nach Anordnung der auf einem Insolvenzantrag beruhenden vorläufigen Eigenverwaltung nicht mehr aus dieser Norm in Anspruch genommen werden. Es ist jedoch kein tragfähiger Grund ersichtlich, die Bestimmung des § 64 GmbHG einschließlich der Parallelvorschriften nach Antragstellung für unbeachtlich zu erklären. Der zeitliche Anwendungsbereich der Regelung ist ab der materiellen Insolvenz der Gesellschaft, also Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, eröffnet. Das Zahlungsverbot entfaltet damit sofort ab Eintritt der Insolvenzreife und nicht erst ab dem Ende der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist Bindungswirkung. Auch wenn ein Geschäftsleiter wegen laufender Sanierungsbemühungen innerhalb der längstens dreiwöchigen Frist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO noch keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen muss, hat er doch das Gesellschaftsvermögen für den Fall zu sichern, dass die Sanierungsbemühungen fehlschlagen und das Vermögen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zu verteilen ist.[15] Der Zweck der Sicherung des Insolvenzvermögens ist auch im Zeitraum zwischen der Antragstellung und der Verfahrenseröffnung verpflichtend, weil das Zahlungsverbot eine gleichmäßige Verteilung der Masse gerade nach Verfahrenseröffnung sicherstellen soll.[16] Anderenfalls hätte der Geschäftsführer einen Freibrief, im Anschluss an die Antragstellung die Masse nach eigenem Ermessen auf die Gläubiger zu verteilen.[17] Die Haftung aus § 64 GmbHG kann der Geschäftsleiter nur vermeiden, indem er sich nach Antragstellung weitgehend passiv verhält.[18]

bb) Privilegierung

Der Geschäftsführer unterliegt gem. § 64 Satz 2 GmbHG keiner Erstattungspflicht, sofern die Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar ist. Bei der Interpretation der Norm ist nach Antragstellung eine gewisse Großzügigkeit angezeigt, weil die Befolgung der Antragspflicht erkennen lässt, dass es nicht mehr um typische Konstellationen einer Insolvenzverschleppung geht.[19] Darum darf der Geschäftsführer Zahlungen vornehmen, welche für die Betriebsfortführung durch einen künftigen - vorläufigen - Verwalter unverzichtbar sind.[20] Entsprechend der Rechtslage vor Antragstellung ist der Geschäftsführer berechtigt,[21] trotz Insolvenzreife rückständige Umsatz- und Lohnsteuern an das Finanzamt[22] und rückständige Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung an die Einzugsstelle zu entrichten.[23] Wird der öffentliche Gläubiger vor der Zahlung über die Insolvenzlage der Gesellschaft unterrichtet, wird nach Verfahrenseröffnung vielfach die Insolvenzanfechtung durchgreifen.[24] Überdies dürften mit Rücksicht auf die der Masse zukommende Gegenleistung Zahlungen auf Bargeschäfte über betriebsnotwendige Leistungen nicht zu beanstanden sein.[25]

cc) Einsetzung eines vorläufigen Verwalters

Im Regelverfahren ist zu berücksichtigen, dass nach Antragstellung vielfach ein vorläufiger Verwalter bestellt wird, sodass Verfügungen nur mit dessen Zustimmung Wirksamkeit entfalten (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 InsO). Das Erfordernis der Zustimmung lässt die haftungsbegründende Notwendigkeit der Mitwirkung des Geschäftsführers nicht entfallen, sodass dieser weiter von den Bindungen des § 64 GmbHG nicht befreit ist.[26] Das Einverständnis des von dem Geschäftsleiter

---

7 BGH, Urt. v. 16.3.2009 - II ZR 32/08 , ZInsO 2009, 917 Rn. 13.

8 Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, 31. Aufl., § 64 Rn. 63.

9 BGH, Urt. v. 16.3.2009 - II ZR 32/08 , ZInsO 2009, 917 Rn. 12; *Müller*, NZG 2015, 1021, 1022.

10 BT-Drucks. 16/6140, S. 112; Scholz/*Schmidt*, GmbHG, 11. Aufl., § 64 Rn. 28 ff.; Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, 20. Aufl., § 64 Rn. 65; *Sandhaus*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 64 Rn. 16; *Müller*, DB 2015, 723; *Casper*, ZIP 2016, 793, 794.

11 BGH, Urt. v. 8.1.2001 - II ZR 88/99 , BGHZ 146, 264, 278 f. = ZInsO 2001, 260 ; v. 28.1.2016 - II ZR 394/13, ZInsO 2016, 1118 Rn. 49.

12 BGH, Urt. v. 18.3.1974 - II ZR 2/72 , NJW 1974, 1088, 1089; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 693; *Müller*, NZG 2015, 1021, 1022; *Habersack/Foerster*, NZG 2016, 153, 177.

13 In diesem Sinne *Brinkmann*, DB 2012, 1369.

14 Vgl. *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 605.

15 BGH, Urt. v. 16.3.2009 - II ZR 280/07 , ZInsO 2009, 876 Rn. 12.

16 OLG Brandenburg, ZIP 2007, 724, 725 [OLG Brandenburg 10.01.2007 - 7 U 20/06] ; OLG Köln, GmbHR 2014, 1039; *Sandhaus* (Fn. 10), § 64 Rn. 8; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 107; *Thole/Brünkmanns*, ZIP 2013, 1097, 1100 f.; *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 376; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1101; *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2250 f. ; a.A. *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 619 ff.

17 *Klinck*, DB 2014, 938, 939.

18 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 102.

19 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1101.

20 *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 374.

21 *Thole*, DB 2015, 662, 665.

22 Vgl. nur BGH, Urt. v. 25.1.2011 - II ZR 196/09 , ZInsO 2011, 440 Rn. 11 ff.

23 Vgl. nur BGH, Urt. v. 25.1.2011 - II ZR 196/09 , ZInsO 2011, 440 Rn. 17 ff.

24 Schmidt/*Undritz*, InsO, 19. Aufl., § 270a Rn. 7.

25 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108.

26 *Spliedt*, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 6. Aufl., Rn. 9.148.

zutreffend informierten vorläufigen Verwalters dürfte grds. entweder das für eine Haftung aus § 64 GmbHG erforderliche Verschulden des Geschäftsführers entfallen lassen oder den Ausnahmetatbestand der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 64 Satz 2 GmbHG) erfüllen.[27] Wird ein starker vorläufiger Verwalter eingesetzt (§ 22 Abs. 1 Satz 1 InsO), kann der Geschäftsführer mangels Verfügungsbefugnis und ihm zurechenbarer Zahlungen aus § 64 GmbHG nicht mehr haftbar gemacht werden.[28] Trifft der Geschäftsführer trotz fehlender Befugnis eine Verfügung, die der vorläufige Verwalter nicht mehr rückgängig machen kann, unterliegt er freilich der Haftung des § 64 GmbHG .[29] Andererseits ist der Geschäftsführer nicht verpflichtet, den vorläufigen Verwalter von einer der Masse nachteiligen Handlung abzuhalten.[30]

Wird im Vorfeld der Eigenverwaltung ein vorläufiger Sachwalter (§ 270a Abs. 1 InsO) bestellt, bleibt die Verfügungsbefugnis des Geschäftsführers gleichwohl unberührt. Deswegen hat er weiter den Pflichten des § 64 GmbHG zu genügen.[31] Der Einwand, der Geschäftsführer werde nunmehr als Verwalter der Gläubigerinteressen tätig,[32] überzeugt nicht, weil er mangels Geltung des § 276a InsO im Eröffnungsverfahren weiter den Weisungen der Gesellschafterversammlung nachzukommen hat.[33] Die Einleitung des an keine strengen Voraussetzungen geknüpften Eigenverwaltungsverfahrens, das nur bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit zu versagen ist (§ 270a InsO), bietet keine Gewähr dafür, dass die Gläubigerinteressen stets hinreichend gewahrt werden.[34] Die mitunter zu beobachtende erhebliche Dauer des Eröffnungsverfahrens bewirkt keine Suspendierung des § 64 GmbHG ,[35] weil das Eröffnungsverfahren seiner Rechtsnatur nach nicht auf einen längeren Zeitraum angelegt ist. Davon abgesehen gilt § 64 GmbHG nicht zuletzt bei einer in der Praxis leider häufiger zu beobachtenden dauerhaften Verschleppung. Ferner wird § 64 GmbHG nicht durch das insolvenzrechtliche Schutzsystem verdrängt.[36] Schon im Gläubigerinteresse ist es geboten, gerade in dieser Phase § 64 GmbHG für anwendbar zu erklären.[37]

Allerdings ist der Geschäftsleiter bei vorläufiger Eigenverwaltung regelmäßig von der Haftung befreit, sofern er im Einvernehmen mit allen Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses oder im Einverständnis mit dem vorläufigen Sachwalter handelt.[38] Die Zustimmung des Gläubigerausschusses wirkt haftungsbefreiend, weil dieser gem. § 272 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Aufhebung der Eigenverwaltung erwirken kann. Ähnliches gilt für den vorläufigen Sachwalter, der gem. § 274 Abs. 3 InsO durch eine Mitteilung an den Gläubigerausschuss den Anstoß für eine Beendigung der Eigenverwaltung geben kann. Wer die vorläufige Eigenverwaltung beenden kann, ist berechtigt, bei ihrer Ausübung haftungsbefreiende Weisungen zu erteilen. Ferner ist die Tilgung von Masseverbindlichkeiten gestattet.[39] Auch wenn eine Masseverbindlichkeit pflichtwidrig begründet wurde, muss sie, ohne dass § 64 GmbHG entgegensteht, berichtigt werden. Eine davon zu trennende Frage ist es, ob wegen der Begründung der Verpflichtung, die tatbestandsmäßig nicht von § 64 GmbHG erfasst wird,[40] eine anderweitige Haftung durchgreift. Eine solche Haftung folgt aus § 43 Abs. 2 GmbHG , weil die Gesellschaft durch nachteilige Verträge einen Schaden erleidet.[41] Wie sonst im Eröffnungsverfahren sind dem Geschäftsführer Ausgaben zum Zwecke einer ordnungsgemäßen Betriebsfortführung gestattet.[42]

b) Eröffnung in Eigenverwaltung

Im Regelinsolvenzverfahren entfaltet das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG nach Verfahrenseröffnung keine Wirkung gegenüber dem Geschäftsführer. Dieser ist wegen des Verlusts der Verfügungsbefugnis (§§ 80 ff. InsO) nicht in der Lage, masseschmälernde Anordnungen zu treffen.[43] Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Normzweck des § 64 GmbHG , das Schuldnervermögen zu sichern, mit der Verfahrenseröffnung untergeht. Im Regelinsolvenzverfahren kommt es vielfach zur Liquidation des Schuldnervermögens, die § 64 GmbHG - nur bis zur Verfahrenseröffnung - gerade verhindern will.[44] Darum kann die Vorschrift nach Verfahrenseröffnung keine Anwendung finden.[45] Die Interessen der Insolvenz- und Massegläubiger werden insoweit hinreichend und abschließend durch die Haftung des Insolvenzverwalters nach §§ 60 , 61 InsO gesichert.[46]

Obwohl im Rahmen des Eigenverwaltungsverfahrens die Verfügungsbefugnis des Schuldners und damit des Geschäftsführers einer GmbH auch nach Verfahrenseröffnung unangetastet bleibt, findet § 64 GmbHG auch dort keine weitere Anwendung. Es darf nicht aus dem Blick verloren werden, dass die Eigenverwaltung, falls eine Sanierung nicht gelingt, in eine mit § 64 GmbHG unvereinbare Liquidation des Schuldnerunternehmens münden kann.[47] Die Interessen der

---

27 *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 374.

28 *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 374.

29 *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 374.

30 Baumbach/Hueck/*Haas* (Fn. 10), § 64 Rn. 67a.

31 *Spliedt* (Fn. 26), Rn. 9.148.

32 In diesem Sinne *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 613.

33 *Klinck*, DB 2014, 938, 940.

34 *Klinck*, DB 2014, 938, 940.

35 In diesem Sinne *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 615.

36 *Spliedt* (Fn. 26), Rn. 9.148; a.A. *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 622 ff.

37 *Klinck*, DB 2014, 938, 940.

38 *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 376; zweifelnd Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 270 Rn. 21; a.A. *Klink*, DB 2014, 938, 941.

39 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108; a.A. *Klinck*, DB 2014, 938, 941.

40 BGH, Urt. v. 30.3.1998 - II ZR 146/96 , BGHZ 138, 211, 216 f. = ZInsO 1998, 41 ; Urt. v. 29.11.1999 - II ZR 273/98 , BGHZ 143, 184, 187 f. ; v. 18.11.2014 - II ZR 231/13 , BGHZ 203, 218 = ZInsO 2015, 94 Rn. 17; Scholz/*Schmidt* (Fn. 10), § 64 Rn. 33; *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 395.

41 Vgl. Scholz/*Schneider* (Fn. 10), § 43 Rn. 100.

42 *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 375 f.

43 *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 107.

44 Vgl. *Klinck*, DB 2014, 938, 942.

45 Baumbach/Hueck/*Haas* (Fn. 10), § 64 Rn. 67b; *Sandhaus* (Fn. 10), § 64 Rn. 8; *Haas*, ZHR 178 (2014), 603, 607 ff.; *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2253 ; a.A. *Klinck*, DB 2014, 938, 942.

46 *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 376.

47 Vgl. *Klinck*, DB 2014, 938, 940; Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 270 Rn. 19.

Gläubigergesamtheit nimmt nach Verfahrenseröffnung im Eigenverwaltungsverfahren der Sachwalter wahr. Eine Legitimation zugunsten der Anwendung des § 64 GmbHG ist nicht mehr gegeben.[48] Sollen gem. § 283 Abs. 2 InsO die Gläubiger durch den Schuldner im Rahmen einer Liquidation befriedigt werden, kann § 64 GmbHG nicht mehr gelten.[49] Dass den Gesetzesmaterialien kein Anhalt für oder gegen die Anwendbarkeit des § 64 GmbHG entnommen werden kann,[50] spricht dafür, dass der Gesetzgeber entsprechend der herkömmlichen Würdigung § 64 GmbHG nicht mehr als einschlägig erachtet. Wenig überzeugend erscheint es, nach Verfahrenseröffnung § 64 GmbHG für anwendbar zu erklären, aber den Geschäftsführer mit Rücksicht auf den Zweck der Unternehmensfortführung auf der Grundlage des § 64 Satz 2 GmbHG generell von einer Haftung freizustellen,[51] wenn er in Einklang mit den Vorgaben der InsO eine den Gläubigerinteressen entsprechende Verwertung und Verteilung der Masse vornimmt.[52] Immerhin ist zu berücksichtigen, dass der Schuldner und damit auch der Geschäftsführer ohnehin an den Insolvenzzweck mit der Folge gebunden ist, dass insolvenzzweckwidrige Maßnahmen unwirksam sind.[53]

3. Folgerungen für Schutzschirmverfahren

Ein Schutzschirmverfahren kann gem. § 270b Satz 1 InsO nur eingeleitet werden, sofern der Schuldner drohend zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Folglich ist für eine Anordnung nach § 270b InsO kein Raum, wenn bei der Gesellschaft bereits der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit verwirklicht ist. Kommt ein Schutzschirmverfahren mit anderen Worten nur bei erst drohender Zahlungsunfähigkeit in Betracht, gilt das Zahlungsverbot des § 64 Satz 1 und 2 GmbHG - noch - nicht. Leistet der Geschäftsführer Zahlungen, ist er mangels Eingreifen des Insolvenzgrundes der Zahlungsunfähigkeit nicht der Haftung des § 64 GmbHG unterworfen. Hingegen kann ein Schutzschirmverfahren bei schon eingetretener Überschuldung, also dem Insolvenzgrund des § 19 InsO , angeordnet werden. In diesem Fall kann sich der Geschäftsführer der Gefahr aussetzen, für gleichwohl bewirkte Zahlungen nach § 64 GmbHG verantwortbar gemacht zu werden.

Im Fall der Überschuldung oder dem nachträglichen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sind zugunsten des Geschäftsführers die haftungsbeschränkenden Grundsätze zu berücksichtigen, die im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung entwickelt wurden. Da dem Sanierungsgedanken verstärkte Bedeutung zukommt, entsprechen Zahlungen, die eine Betriebsfortführung fördern, im angemessenen und erforderlichen Umfang der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 64 Satz 2 GmbHG).[54]

4. Zahlungsverbot des § 64 Satz 3 GmbHG , § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG

In Einklang mit den vorstehenden Ausführungen ist auch § 64 Satz 3 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG zulasten der Geschäftsleiter bis zur Verfahrenseröffnung anwendbar. Allerdings werden die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschriften im Zeitraum der Antragstellung bis zur Verfahrenseröffnung vielfach nicht gegeben sein. Der Gesetzgeber erblickt in § 64 Satz 3 GmbHG , nach dessen Inhalt der Geschäftsführer Zahlungen an Gesellschafter zu erstatten hat, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, eine Ergänzung der Haftung der Gesellschafter aus Existenzvernichtung. Die Vorschrift knüpft den Erstattungsanspruch an die Voraussetzung, dass die Zahlung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen musste. Die Zahlungsunfähigkeit wird durch eine Zahlung an den Gesellschafter nicht verursacht, wenn die Gesellschaft bereits zahlungsunfähig ist.[55]

Bei dieser Sachlage hat § 64 Satz 3 GmbHG einen der materiellen Insolvenzreife vorgelagerten, engen Anwendungsbereich, der am ehesten vor Antragstellung erfüllt sein wird. Ist ein Insolvenzantrag wegen Zahlungsunfähigkeit bereits gestellt, kann die Vorschrift nicht mehr eingreifen. Hingegen kann sie ausnahmsweise einschlägig sein, wenn der Eigenantrag auf drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) oder vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit auf Überschuldung (§ 19 InsO) gestützt ist. Insbesondere im Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO), das bei drohender Zahlungsunfähigkeit in Betracht kommt, können Zahlungen an Gesellschafter den Tatbestand des § 64 Satz 3 GmbHG erfüllen, wenn sie die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft auslösen.

II. Insolvenzverschleppungshaftung

1. Grundsätze

Wird eine GmbH zahlungsunfähig oder überschuldet, hat der Geschäftsführer nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO , § 64 Abs. 1 GmbHG a.F. ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 3 Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Insolvenzeröffnungsantrag zu stellen. Diese Vorschriften sind Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB . Ihr Schutzzweck erfasst nicht nur Alt-, sondern auch Neugläubiger, die in Unkenntnis der Insolvenzreife der Gesellschaft noch in Rechtsbeziehungen zu ihr getreten sind.[56] Der objektive Tatbestand des Schutzgesetzes ist erfüllt, wenn der Geschäftsleiter trotz erkennbarer Insolvenzreife keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt.[57] Die Antragspflicht endet, sobald ein ordnungsgemäßer Insolvenzantrag gestellt worden ist. Auf die Verfahrenseröffnung kommt es

48 Baumbach/Hueck/*Haas* (Fn. 10), § 64 Rn. 67b; *Sandhaus* (Fn. 10), § 64 Rn. 8.

49 *Spliedt* (Fn. 26), Rn. 9.147; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100.

50 Vgl. *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 107.

51 In diesem Sinne *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 108; Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 270 Rn. 21.

52 In diesem Sinne *Klinck*, DB 2014, 938, 942.

53 *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100.

54 *Schmidt/Poertzgen*, NZI 2013, 369, 375 f.

55 BGH, Urt. v. 9.10.2012 - II ZR 298/11 , BGHZ 195, 42 = ZInsO 2012, 2291 Rn. 7.

56 BGH, Urt. v. 14.5.2012 - II ZR 130/10 , ZInsO 2012, 1367 Rn. 9.

57 BGH, Urt. v. 14.5.2012 - II ZR 130/10 , ZInsO 2012, 1367 Rn. 10.

nicht an.[58] Die Erfüllung der Antragspflicht wirkt ex nunc, beseitigt also nicht eine bereits eingetretene Insolvenzverschleppung.[59]

2. Folgerungen

Endet die Insolvenzverschleppungshaftung mit der Antragstellung, kommt ihr im vorliegenden Zusammenhang keine Bedeutung zu. Eine vorläufige Eigenverwaltung (§ 270a InsO), ein Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO) und die Eröffnung in Eigenverwaltung (§ 270 InsO) setzen einen Insolvenzantrag voraus. Nachdem er tatsächlich gestellt worden ist, scheidet eine Insolvenzverschleppungshaftung begrifflich aus. Schließt die Antragstellung eine Insolvenzverschleppungshaftung aus,[60] kann allenfalls eine Aufklärungspflicht des Geschäftsleiters gegenüber einem neuen Vertragspartner in Betracht kommen, deren Verletzung Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss begründet.[61]

III. Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG , § 93 Abs. 2 AktG

1. Pflichtenmaßstab

Die Vorschriften über die Haftung der Geschäftsleiter - insbesondere § 43 Abs. 2 GmbHG , § 93 Abs. 2 AktG - sind mit Rücksicht auf die fortbestehende Befugnis zum Abschluss von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften grds. sowohl während eines vorläufigen Eigenverwaltungs- bzw. Schutzschirmverfahrens als auch nach Anordnung der Eigenverwaltung anwendbar.[62] Der Pflichtenmaßstab der Geschäftsleiter ist nach Insolvenzantragstellung in einem vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren wie auch nach Anordnung der Eigenverwaltung im Vergleich zur Tätigkeit der werbenden Gesellschaft leicht modifiziert. Bereits im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren hat der Schuldner im Gläubigerinteresse insolvenzspezifische Pflichten zu erfüllen.[63] Nach Verfahrenseröffnung ist das Interesse der Gesellschaft nunmehr vor dem Hintergrund des § 276a InsO an dem Interesse der Gläubiger als den wirtschaftlichen Eigentümern des Unternehmens[64] auszurichten.[65] Darum haben die Geschäftsführer der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters zu genügen.[66] Immerhin wird man sagen können, dass die Gesellschafterinteressen in einem Konflikt mit den Gläubigerbelangen zurücktreten müssen, weil die Legalitätspflicht und damit die Pflicht zur Beachtung der einschlägigen insolvenzrechtlichen Regelungen in der Insolvenz den Gläubigerbelangen den Vorrang zuweist. Ob der Insolvenzverwalter und damit der Geschäftsführer in der Eigenverwaltung für eine unternehmerische Fehlentscheidung haftet, ist am Insolvenzzweck der bestmöglichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger unter Berücksichtigung der von den Insolvenzgläubigern getroffenen Verfahrensentscheidungen zu messen.[67] Die sog. Business-Judgment-Rule des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG , der zufolge eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, wenn das Leitungsorgan bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, kann in diesem Rahmen für Insolvenzverwalter und damit auch für die Geschäftsleiter bei der Eigenverwaltung gelten.[68]

2. Innenhaftung im Verhältnis zur Gesellschaft

Die Vorschriften der § 43 Abs. 2 GmbHG , § 93 Abs. 2 AktG begründen eine Binnenhaftung der Geschäftsleiter im Verhältnis zu dem Unternehmen. Der Geschäftsführer haftet bei Verletzung seiner Pflichten nur der Gesellschaft und nicht den Gesellschaftsgläubigern. Insbesondere ist er einer Haftung enthoben, wenn er einen Gesellschafterbeschluss oder eine Weisung des einzigen Gesellschafters befolgt.[69] Zwar umfassen die Pflichten zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung, die dem Geschäftsführer einer GmbH bzw. den Mitgliedern des Vorstands einer AG aufgrund ihrer Organstellung obliegen, auch die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt. Diese Legalitätspflicht besteht aber grds. nur der Gesellschaft gegenüber und nicht auch im Verhältnis zu außenstehenden Dritten. Denn die Bestimmungen der § 43 Abs. 1 GmbHG , § 93 Abs. 1 AktG regeln allein die Pflichten des Geschäftsführers bzw. Vorstandsmitglieds aus seinem durch die Bestellung begründeten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft. Sie dienen nicht dem Zweck, Gesellschaftsgläubiger vor den mittelbaren Folgen einer sorgfaltswidrigen Geschäftsleitung zu schützen.[70]

3. Erfasste Schäden

Die Schadensersatzpflicht aus § 43 Abs. 2 GmbHG , § 93 Abs. 2 AktG beschränkt sich auf die Eigenschäden der Gesellschaft.

a) Fehlender Eigenschaden

Wird Baugeld nicht zur Bezahlung der beteiligten Bauhandwerker, sondern für baufremde Ausgaben, also für andere Gesellschaftszwecke eingesetzt, so entsteht dadurch zwar möglicherweise den Bauunternehmern, nicht aber ohne Weiteres der Gesellschaft ein Schaden. An einem solchen fehlt es insbesondere dann, wenn mit dem Geld andere Gesellschaftsschulden beglichen oder - gleichwertige - Vermö-

---

58 MünchKomm-InsO/*Klöhn*, 3. Aufl., § 15a Rn. 132.

59 Scholz/*Schmidt* (Fn. 10), § 64 Rn. 166; MünchKomm-InsO/*Klöhn* (Fn. 58), § 15a Rn. 132; *Gehrlein*, in: Gehrlein/Born/Simon (Fn. 10), vor § 64 Rn. 124.

60 Ulmer/*Casper*, GmbHG, 2. Aufl., § 64 Rn. 160.

61 *Haas/Kolman/Pauw*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 92 Rn. 136.

62 *Brinkmann*, DB 2012, 1369; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 104.

63 *Brinkmann*, DB 2012, 1369; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1098.

64 MünchKomm-InsO/*Klöhn* (Fn. 58), § 276a Rn. 8.

65 MünchKomm-InsO/*Klöhn* (Fn. 58), § 276a Rn. 5.

66 *Spliedt* (Fn. 26), Rn. 9.134, 9.145; *Ringstmeier*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 3. Aufl., § 270 Rn. 29, 32.

67 BGH, Urt. v. 16.3.2017 - IX ZR 253/15 , ZInsO 2017, 827 Rn. 12.

68 *Brinkmann*, DB 2012, 1369 f.

69 BGH, Urt. v. 14.12.1959 - II ZR 187/57 , BGHZ 31, 258, 278 .

70 BGH, Urt. v. 10.7.2012 - VI ZR 341/10 , ZInsO 2012, 1953 Rn. 22, 23.

gensgegenstände für die Gesellschaft angeschafft werden.[71] Verschlechtern sich infolge einer verzögerten Antragstellung die Befriedigungsaussichten der Gläubiger, manifestiert sich darin kein Schaden der Gesellschaft.[72] Auch die Begründung von Verbindlichkeiten nach Antragstellung bedeutet keinen Schaden der Gesellschaft.[73] Gem. § 64 GmbHG verbotene Zahlungen lösen keinen Schaden der Gesellschaft aus, soweit dadurch Verbindlichkeiten zurückgeführt werden.[74] Da die Gesamtgläubigerschäden nur über § 64 GmbHG und § 823 Abs. 2 BGB , § 15a InsO ausgeglichen werden, sind die mit einer Insolvenz typischerweise verbundenen Zerschlagungsverluste nicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG zu ersetzen.[75] Ein Eigenschaden der Gesellschaft tritt nicht ein, wenn durch eine keinen Deliktstatbestand ausfüllende Pflichtwidrigkeit des Geschäftsleiters ein Dritter eine Vermögenseinbuße erleidet.[76] Die Annahme von Schmiergeld durch den Geschäftsführer begründet nur dann einen Eigenschaden der Gesellschaft, wenn diese ohne das Schmiergeld eine höhere vertragliche Leistung erhalten hätte.[77]

b) Verbindung von Eigen- und Fremdschaden

Aufgrund der Legalitätspflicht ist der Geschäftsführer verpflichtet, im Rahmen der Eigenverwaltung die maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben zu beachten. Rechtshandlungen, welche die Gläubiger benachteiligen, können ausnahmsweise eine Haftung gegenüber der Gesellschaft auslösen, wenn dieser selbst aus der Maßnahme ein Schaden erwächst.[78] Als Beispiel wäre an die Missachtung von Sanierungs- und Verwertungschancen zu denken.[79] Gleiches dürfte gelten, wenn Geschäftsleiter das Gesellschaftsvermögen schmälern, indem sie Bestandteile beiseiteschaffen.[80]

c) Eigenschaden wegen Haftung für Fremdschaden

Hingegen könnte ein Schaden der Gesellschaft fehlen, wenn der Geschäftsleiter mit Aus- und Absonderungsrechten belastetes Vermögen zugunsten der Gesellschaft verwertet. Ein Schaden kann auch aus einer solchen Maßnahme erwachsen, sofern der Berechtigte die Gesellschaft in Haftung nimmt.[81] Falls die Gesellschaft für ein Fehlverhalten ihres Geschäftsführers einstehen muss, erleidet sie nämlich selbst einen Schaden.[82]

4. Außenhaftung gegenüber Gläubigern

Infolge des Binnenhaftungskonzepts kann eine Haftung des Geschäftsleiters im Verhältnis zu außenstehenden Dritten lediglich aus anderen speziellen Anspruchsgrundlagen hergeleitet werden.[83]

a) Deliktsrecht

Die von der GmbH zum Schutz absoluter Rechtsgüter zu beachtenden Pflichten können auch ihren Geschäftsführer in einer Garantenstellung aus den ihm übertragenen organisatorischen Aufgaben treffen und bei Verletzung dieser Pflichten seine deliktische Eigenhaftung auslösen. Der Geschäftsführer einer GmbH haftet unmittelbar, wenn er persönlich eine unerlaubte Handlung begeht. Derjenige, der in vorwerfbarer Weise bei der Entziehung des Eigentums eines Dritten mitwirkt, ohne selbst Besitz zu erlangen, haftet grds. dem Eigentümer nach § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz. Den Geschäftsführer trifft die Verpflichtung, durch entsprechende Maßnahmen eine Verletzung des Vorbehaltseigentums der Lieferanten durch Dispositionen über die Lieferungen im Rahmen des Möglichen zu verhindern. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, haftet er dem Eigentümer aus § 823 Abs. 1 BGB .[84] Diese Rechtsprechung ist einschlägig, wenn der Geschäftsführer bei der Eigenverwaltung Aus- und Absonderungsrechte von Gläubigern verletzt.[85]

b) Haftung für erfolglosen Sanierungsversuch

Das zuständige Gesellschaftsorgan braucht bei Feststellung einer Insolvenzlage gem. § 15a InsO nicht

unbedingt sofort einen Insolvenzantrag zu stellen. Es muss nur ohne schuldhaftes Zögern handeln. Das schließt die Befugnis und ggf. sogar die Pflicht ein, mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu prüfen und zu entscheiden, ob nicht andere, weniger einschneidende Maßnahmen besser als ein Insolvenzverfahren geeignet sind, Schaden von der Gesellschaft, ihren Gläubigern und der Allgemeinheit abzuwenden. Das hierdurch der Unternehmensleitung eingeräumte pflichtmäßige Ermessen wird durch die für seine Ausübung gesetzte Höchstfrist von 3 Wochen noch unterstrichen, aber auch begrenzt.[86]

Das geschäftsführende Gesellschaftsorgan muss bei einer erkannten Überschuldung nach pflichtmäßigem Ermessen die Aussichten und Vorteile eines Sanierungsversuchs gegen die Nachteile abwägen, die nicht eingeweihten Kunden bei einem Scheitern des Versuchs durch zwischenzeitliche Vermögensbewegungen entstehen können. Entscheidet es sich nach sorgfältiger und gewissenhafter Prüfung für einen solchen Versuch und darf es ihn den Umständen nach als sinnvoll ansehen, so verstößt es nicht schon deshalb gegen die guten Sitten oder das Betrugsverbot, weil eine für das Ge-

---

71 BGH, Urt. v. 21.3.1994 - II ZR 260/92 , ZIP 1994, 872, 874; *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Born/Simon (Fn. 10), § 43 Rn. 66.

72 Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, 21. Aufl., § 64 Rn. 160.

73 BGH, Urt. v. 30.3.1998 - II ZR 146/96 , BGHZ 138, 211, 216 f. = ZInsO 1998, 41 .

74 *Michalski/Haas/Ziemons*, GmbHG, 2. Aufl., § 43 Rn. 209.

75 *Michalski/Haas/Ziemons* (Fn. 74), § 43 Rn. 209.

76 BGH, Urt. v. 10.7.2012 - VI ZR 341/10 , ZInsO 2012, 1953 Rn. 19 ff.

77 Ulmer/*Paefgen* (Fn. 60), § 43 Rn. 189.

78 *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100.

79 *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1100.

80 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 102.

81 *Lücke/Simon*, in: Saenger/Inhester, GmbHG, 3. Aufl., § 43 Rn. 50.

82 *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl., § 43 Rn. 22.

83 BGH, Urt. v. 10.7.2012 - VI ZR 341/10 , ZInsO 2012, 1953 Rn. 24.

84 BGH, Urt. v. 5.12.1989 - VI ZR 335/88 , BGHZ 109, 297, 302 ff.

85 *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1099.

86 BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 , BGHZ 75, 96, 108 .

lingen des Versuchs unerlässliche Fortführung des Betriebs unter Geheimhaltung seiner bedrängten Lage die Möglichkeit einschließt, dass hierdurch Getäuschte bei einem Zusammenbruch des Unternehmens einen Schaden erleiden, der ihnen bei sofortiger Einleitung eines Insolvenzverfahrens erspart geblieben wäre. Erst wenn ernste Zweifel an dem Gelingen eines Sanierungsversuchs bestehen und deshalb damit zu rechnen ist, dass er den Zusammenbruch des Unternehmens allenfalls verzögern, aber nicht auf die Dauer verhindern wird, kann der Vorwurf sittenwidrigen Handelns zum Schaden der Gläubiger (§ 826 BGB) vor allem dann berechtigt sein, wenn dieses Handeln auf eigensüchtigen Beweggründen beruht.[87] Damit räumt die Rechtsprechung Geschäftsleitern durchaus Ermessen ein, innerhalb der Frist des § 15a InsO einen Sanierungsversuch in die Wege zu leiten. Fehlen eigensüchtige Beweggründe, dürfte eine deliktische Haftung der Geschäftsleiter nach einer gescheiterten Sanierung ausscheiden.

c) Verschulden bei Vertragsschluss

Da Vertragsbeziehungen nur zwischen der Gesellschaft und einem Vertragspartner zustande kommen, ist für eine Vertragshaftung des Geschäftsleiters regelmäßig kein Raum. Ein Insolvenzverwalter, der pflichtwidrig eine erkennbar nicht gedeckte Masseschuld begründet, haftet ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht persönlich aus Verschulden bei Vertragsschluss. Mehr als das im Geschäftsverkehr übliche Verhandlungsvertrauen nimmt auch ein Verwalter nicht in Anspruch, der als solcher in Erscheinung tritt. Von einem besonderen Vertrauenstatbestand lässt sich erst dann sprechen, wenn der Verwalter beim Verhandlungspartner ein zusätzliches, von ihm persönlich ausgehendes Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Erklärungen und die Durchführbarkeit des vereinbarten Geschäfts hervorgerufen hat.[88] Diese Grundsätze können auf den Geschäftsleiter in Ausübung der Eigenverwaltung übertragen werden.[89] Besondere haftungsbegründende Umstände werden regelmäßig nicht gegeben sein.[90] Eine

Haftung dürfte ohne eine besondere garantieähnliche Erklärung auch dann nicht eingreifen, wenn der Geschäftsleiter einen Vertrag in dem Bewusstsein schließt, dass die Masse nicht zur Begleichung der Verbindlichkeit ausreicht.[91] Schon gar nicht haftet der Geschäftsleiter, sofern er die fehlende Leistungsfähigkeit der Gesellschaft lediglich pflichtwidrig nicht erkennt.[92]

IV. Haftung aus §§ 60 , 61 InsO

Der vorstehende Befund belegt, dass ein umfassender Schutz der Gläubiger der Gesellschaft wegen schadensstiftender Handlungen der Geschäftsleiter im Eigenverwaltungsverfahren nicht gegeben ist, solange gegen diesen Personenkreis ein Direktanspruch nicht durchgreift. Zwar unterliegt der Sachwalter gem. §§ 274 Abs. 1 , 60 InsO einer Haftung, die sich jedoch auf seine Überwachungsaufgabe beschränkt und darum nicht tauglich ist, die durch die Geschäftsleiter beeinträchtigten Gläubigerbelange umfassend zu wahren.[93] Zudem verweist die Bestimmung des § 274 Abs. 1 InsO bewusst nicht auf § 61 InsO , weil Masseverbindlichkeiten nur durch den Schuldner selbst begründet werden.[94] Mithin zeigt sich bei strikter Gesetzesbefolgung im Blick auf die Haftung der Geschäftsleiter im Vergleich zum Regelinsolvenzverfahren, wo der Insolvenzverwalter nach §§ 60 , 61 InsO haftet, ein spürbares, schwerlich hinnehmbares Haftungsdefizit.[95]

1. Haftung der Gesellschaft

Es mag ein auf den ersten Blick fernliegender Gedanke sein, den eigenverwaltenden Schuldner selbst einer Haftung nach §§ 60 , 61 InsO zu unterziehen, weil dessen gesamtes Vermögen (§ 35 Abs. 1 InsO) ohnehin im Verfahren zugunsten der Gläubiger verwertet wird und darum eine besondere Haftungsmasse zur Befriedigung von Ansprüchen aus §§ 60 , 61 InsO nicht vorhanden ist.[96] Eine Besserstellung der Geschädigten könnte allenfalls daraus erwachsen, dass ihre Ansprüche aus §§ 60 , 61 InsO zu Masseverbindlichkeiten aufgewertet werden.[97] Freilich steht der Befund, dass der Schuldner außerstande ist, seinen bestehenden Verbindlichkeiten zu genügen, einer Haftung für weitere Ansprüche rechtlich nicht entgegen.[98] Allerdings steckt in der Frage des Regelungsbedürfnisses für eine zusätzliche Haftung ein richtiger Kern: Unabhängig von der Realisierbarkeit etwaiger Ansprüche bedarf es aus Gläubigersicht einer Haftung der Gesellschaft nach §§ 60 , 61 InsO nicht, wenn diese für haftungsbegründende Maßnahmen ihres Geschäftsleiters, welcher rein faktisch wie ein Insolvenzverwalter agiert, ohnehin nach allgemeinen Grundsätzen einstehen muss.

a) Haftung der Masse für Handlungen des Insolvenzverwalters

Falls der Insolvenzverwalter durch eine insolvenzspezifische, aber auch eine insolvenzunspezifische Pflichtwidrigkeit einen Einzelschaden eines Beteiligten verursacht, haftet die Insolvenzmasse in analoger Anwendung des § 31 BGB gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO hierfür.[99] Speziell die Zurechnung von unerlaubten Handlungen des Insolvenzverwalters zulasten der Masse erfolgt nach § 31 BGB . Danach ist für eine Zurechnung Voraussetzung, dass zwischen den Aufgaben des Verwalters und der schädigenden Handlung ein sach-

---

87 BGH, Urt. v. 9.7.1979 - II ZR 118/77 , BGHZ 75, 96, 114 .

88 BGH, Urt. v. 24.5.2005 - IX ZR 114/01 , ZInsO 2005, 885, 886 .

89 Vgl. BGH, Urt. v. 14.4.1987 - IX ZR 260/86 , BGHZ 100, 346, 351 f.

90 *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1099.

91 BGH, Urt. v. 18.10.1993 - II ZR 255/92 , GmbHR 1994, 464, 465 f.; v. 6.6.1994 - II ZR 292/91 , BGHZ 126, 181, 189 f.

92 BGH, Urt. v. 18.10.1993 - II ZR 255/92 , GmbHR 1994, 464, 465 f.; Urt. v. 6.6.1994 - II ZR 292/91 , BGHZ 126, 181, 189 f. ; Scholz/*Schneider* (Fn. 10), § 43 Rn. 314; Ulmer/*Paefgen* (Fn. 60), § 43 Rn. 345; a.A. *Brinkmann*, DB 2012, 1369, 1370.

93 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 102; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1101.

94 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 102; Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 274 Rn. 6.

95 In diesem Sinne *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1102 ff.

96 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 103.

97 *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1102; a.A. *Spliedt* (Fn. 26), Rn. 9.140.

98 BGH, Urt. v. 29.6.1972 - II ZR 123/71 , BGHZ 59, 148, 149 ff. ; Urt. v. 17.3.1987 - VI ZR 282/85 , BGHZ 100, 190, 198 .

99 Jaeger/*Gerhardt*, InsO, 2007, § 60 Rn. 186; MünchKomm-InsO/*Schoppmeyer* (Fn. 58), § 60 Rn. 112.

licher, nicht bloß zufälliger zeitlicher und örtlicher Zusammenhang besteht. Der Verwalter darf sich nicht so weit von seinen Aufgaben entfernt haben, dass er für Außenstehende erkennbar außerhalb des allgemeinen Rahmens der ihm übertragenen Aufgaben gehandelt hat.[100] Die Zurechnungsnorm des § 31 BGB ermöglicht es, die Masse für die Verletzung vertraglicher oder deliktischer Pflichten durch den Insolvenzverwalter haften zu lassen.[101] Die Haftung des Verwalters aus § 61 InsO beruht darauf, dass der Primäranspruch aus der Masseverbindlichkeit nicht gegen den Schuldner durchgesetzt werden kann,[102] es also zur Nichterfüllung einer Masseverbindlichkeit kommt.[103] Dies bedeutet, dass Pflichtverletzungen des Insolvenzverwalters, die eine Haftung nach §§ 60 , 61 InsO auslösen, regelmäßig zugleich Ansprüche gegen die Masse begründen.[104] Im Blick auf die jeweils in Betracht kommenden Ansprüche sind die Masse und der Verwalter als Gesamtschuldner anzusehen, ohne dass die Masse primär verpflichtet wäre.[105]

b) Haftung der Gesellschaft für Maßnahmen der Geschäftsleitung in der Eigenverwaltung

Ebenso haftet die Gesellschaft bei einer Eigenverwaltung ihren Gläubigern nach § 31 BGB für Pflichtverletzungen ihrer Geschäftsleiter. Da die insolvente Gesellschaft ohnehin gegenüber ihren Gläubigern für Pflichtverletzungen des Geschäftsführers einzutreten hat, besteht kein praktisches Bedürfnis, für derartige Pflichtverletzungen eine zusätzliche Haftung der Gesellschaft aus §§ 60 , 61 InsO herzuleiten.[106] Der Zweck der §§ 60 , 61 InsO liegt darin, im Fall von Pflichtverletzungen neben dem Schuldner einen personenverschiedenen, leistungsfähigen Dritten in Regress zu nehmen zu können.[107] Dieser Zweck wird verfehlt, wenn sich die Haftung aus §§ 60 , 61 InsO unmittelbar gegen den Schuldner richtet. Die Regelung der §§ 60 , 61 InsO will Dritte mithilfe eines Direktanspruchs der Ungelegenheit entheben, sich aus Ansprüchen des Schuldners gegen den Verwalter zu befriedigen.[108] Darum erscheint es wenig sachgerecht, eine Haftung der Gesellschaft aus §§ 60 , 61 InsO gegenüber Verfahrensbeteiligten allein zu dem Zweck zu konstruieren, damit diese mithilfe des in § 43 Abs. 2 GmbHG wurzelnden Freistellungsanspruchs der Gesellschaft gegen die Geschäftsleiter Rückgriff nehmen können.[109]

2. Haftung der Geschäftsleiter

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Gesellschaft im Rahmen der Eigenverwaltung ohne die Notwendigkeit eines Rückgriffs auf §§ 60 , 61 BGB für Pflichtverletzungen ihres Geschäftsleiters gegenüber ihren Gläubigern einzutreten hat. Als Flankenschutz sollte dieser Haftung entsprechend dem Modell der Regelverwaltung eine Eigenhaftung der Geschäftsleiter aus §§ 60 , 61 InsO zur Seite gestellt werden.

a) Haftungsbedürfnis

Sollen Gläubiger bei der Eigenverwaltung nicht schlechter als im Regelinsolvenzverfahren gestellt werden, drängt sich der Gedanke auf, die Geschäftsführer, die der Sache nach zugleich die Aufgaben des Insolvenzverwalters verrichten, nach §§ 60 , 61 InsO haftbar zu machen.[110] Hierfür spricht die weitere Erwägung, dass die Geschäftsführer nach Eröffnung des Eigenverwaltungsverfahrens nicht mehr aufgrund gesellschaftsrechtlicher Leitungsmacht tätig werden, sondern insolvenzrechtliche Rechte und Pflichten ausüben.[111] Es wäre ungereimt, im Fall einer Pflichtverletzung nur den auf eine bloße Überwachung beschränkten Sachwalter[112] gem. §§ 274 Abs. 1 , 60 InsO haftbar zu machen,[113] hingegen die Geschäftsleiter als Entscheidungsträger der Eigenverwaltung von einer insolvenzrechtlichen Haftung freizustellen. Da der Schuldner selbst im Eigenverwaltungsverfahren die Funktionen des Insolvenzverwalters übernimmt, erscheint vielmehr eine Haftung seiner Vertretungsorgane aus §§ 60 , 61 InsO durchaus angemessen.[114] Dabei fällt ins Gewicht, dass die Geschäftsleiter anstelle einer Regelinsolvenz auch im Eigeninteresse ihrer häufig daneben gegebenen Gesellschafterstellung den Weg des Eigenverwaltungsverfahrens einschlagen, wodurch nicht zuletzt die Zahlung einer Verwaltervergütung erspart wird.[115] Eine rein gesellschaftsrechtliche Haftung aus § 43 GmbHG , § 93 AktG würde ausblenden, dass die Eigenverwaltung auf besonderen insolvenzrechtlichen Befugnissen beruht.[116]

b) Außenhaftung statt bloßer Innenhaftung

Uneinigkeit herrscht allerdings, ob es sich insoweit um eine Innenhaftung der Geschäftsführer im Verhältnis zu der Gesellschaft oder eine Außenhaftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft handelt. Teils wird einer Innenhaftung der Geschäftsleiter der Vorrang gegeben. Zwar könne der Geschäftsführer - dogmatisch gesehen - nicht einem Insolvenzverwalter gleichgestellt werden. Immerhin sei aber zu beachten, dass er nach § 64 GmbHG einer Krisenhaftung unterliege.[117] Infolge ihrer Legalitätspflicht hätten die Ge-

---

100BGH, Beschl. v. 29.6.2006 - IX ZR 48/04 , NZI 2006, 592 Rn. 3.

101BGH, Urt. v. 1.12.2005 - IX ZR 115/01 , ZInsO 2006, 100 Rn. 16; BAG, Urt. v. 25.1.2007 - 6 AZR 559/06 , ZInsO 2007,

781 Rn. 24.

102 Jaeger/*Gerhardt* (Fn. 99), § 61 Rn. 1.

103 MünchKomm-InsO/*Schoppmeyer* (Fn. 58), § 61 Rn. 30.

104 *Spliedt* (Fn. 26), Rn. 9.142.

105 BGH, Urt. v. 1.12.2005 - IX ZR 115/01 , ZInsO 2006, 100 Rn. 15 f.; BAG, Urt. v. 25.1.2007 - 6 AZR 559/06 , ZInsO 2007, 781 Rn. 24; MünchKomm-InsO/*Schoppmeyer* (Fn. 58), § 60 Rn. 112; HambKomm-InsO/*Weitzmann*, 6. Aufl., § 60 Rn. 3; Uhlenbruck/*Sinz*, InsO, 14. Aufl., § 60 Rn. 129.

106 Zutreffend MünchKomm-InsO/*Tetzlaff* (Fn. 58), § 270 Rn. 167.

107 *Spliedt* (Fn. 26), Rn. 9.140; Kübler/*Flöther*, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, 2. Aufl., § 18 Rn. 6.

108 Vgl. MünchKomm-InsO/*Schoppmeyer* (Fn. 58), § 60 Rn. 1.

109 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 104; *Weber/Knapp*, ZInsO 2014, 2245, 2250 ; a.A. *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1103.

110 Vgl. *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1106.

111 *Madaus*, KTS 2015, 115, 124 .

112 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 102.

113 *Madaus*, KTS 2015, 115, 125 .

114 Zutreffend *Madaus*, KTS 2015, 115, 125 ; vgl. auch *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1102 ff.

115 Kübler/*Flöther* (Fn. 107), § 18 Rn. 4.

116 *Madaus*, KTS 2015, 115, 124 .

117 *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1104.

schäftsführer den speziellen Pflichten der Gesellschaft in der Insolvenz zu genügen. Deswegen seien die Geschäftsleiter der Gesellschaft im Innenverhältnis zum Ausgleich verpflichtet, soweit diese nach §§ 60 , 61 InsO Gläubigern hafte.[118]

aa) Haftung als Gegenstück der Verwaltungsbefugnis

Entscheidend ist in vorliegendem Zusammenhang die unleugbare Erkenntnis,[119] dass sich im Interesse einer Gleichstellung der Eigenverwaltung mit dem Regelinsolvenzverfahren eine Haftung der Geschäftsleiter, die faktisch das Verwalteramt ausüben,[120] nach §§ 60 , 61 InsO aufdrängt. Wer die Rechte und Pflichten eines Insolvenzverwalters wahrnimmt, sollte damit als Gegenstück notwendig der Insolvenzverwalterhaftung unterliegen. Dabei ist zu beachten, dass der Geschäftsführer die durch die Verfahrenseröffnung zunächst verlorene und kraft Anordnung der Eigenverwaltung verliehene[121] Verfügungsbefugnis nach §§ 80 ff. InsO ausübt. Da die Verfügungsbefugnis insolvenzrechtlicher Natur ist, erweisen sich insolvenzzweckwidrige Verfügungen als unwirksam.[122] Der Geschäftsleiter verwertet besicherte Gegenstände (§ 282 InsO), befindet sowohl über die Erfüllung nicht vollständig abgewickelter Verträge (§ 279 InsO) als auch über die Ausübung von Sonderkündigungsrechten (§§ 109 , 113 InsO), kann die Feststellung einer Forderung durch seinen Widerspruch verhindern (§ 283 Abs. 1 InsO) und entscheidet über die Aufnahme unterbrochener (§ 240 ZPO) Rechtsstreitigkeiten.[123] Damit werden dem Geschäftsführer Befugnisse übertragen, die nicht in seiner gesellschaftsrechtlichen Organstellung wurzeln.[124] Folglich wird der Geschäftsführer als Amtswalter mit gesetzlich bestimmten Rechten und Pflichten tätig.[125]

bb) Unbeschränkte Außenhaftung mit Verwaltung betrauter natürlicher Personen

Mit den insolvenzrechtlichen Rechten und Pflichten der Geschäftsleiter geht notwendig eine Haftung aus §§ 60 , 61 InsO einher. Da die Geschäftsleiter für Pflichtverletzungen ohnedies gegenüber der Gesellschaft schon nach § 43 Abs. 2 GmbHG eine Innenhaftung trifft, wäre es wenig sachgerecht, mithilfe einer Analogie die Regelung der §§ 60 , 61 InsO im Eigenverwaltungsverfahren zu einer Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft auszugestalten. Vielmehr entspricht es der Konzeption des § 56 InsO , die Insolvenzverwaltung natürlichen Personen zu übertragen, die unbeschränkt nach außen haften.[126] Vor diesem Hintergrund

sprechen alle guten Gründe für eine Außenhaftung der Geschäftsleiter nach §§ 60 , 61 InsO gegenüber den Verfahrensbeteiligten.[127] Eine Haftung nach § 61 InsO scheidet nicht deshalb aus, weil der Sachverwalter bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten mitwirkt (§ 275 InsO).[128] Vielmehr besteht eine gesamtschuldnerische Haftung des Geschäftsleiters und des Sachwalters, wenn Masseverbindlichkeiten nicht beglichen werden können.[129] Es ist kein tragfähiger Grund ersichtlich, Geschäftsleiter im Verhältnis zu dem Insolvenzverwalter bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten durch die Nichtanwendung des § 61 InsO zu privilegieren.[130]

3. Geschützter Personenkreis

Aus §§ 60 , 61 InsO können nur die Verfahrensbeteiligten Ansprüche gegen den Insolvenzverwalter herleiten. Insolvenzspezifische Pflichten hat der Verwalter gegenüber dem Schuldner und insbesondere den Insolvenzgläubigern, aber auch gegenüber den Massegläubigern i.S.d. §§ 53 ff. InsO sowie gegenüber den Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten wahrzunehmen. So hat er für eine möglichst weitgehende gleichmäßige Befriedigung der Insolvenzforderungen zu sorgen (§§ 1 , 187 ff. InsO), Massegläubiger vorweg (§ 53 InsO) und ggf. in der Rangfolge des § 209 InsO zu befriedigen sowie die dinglichen Rechte der Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten (§§ 47 ff. InsO) zu beachten. Insolvenzspezifische Pflichten obliegen dem Verwalter danach im Verhältnis zu einer insolventen Schuldnerin, aber - gleich ob es sich um die Vorstände einer AG oder die Geschäftsführer einer GmbH handelt - nicht im Verhältnis zu ihren Organen.[131] Da der Schuldner selbst zu dem geschützten Personenkreis gehört, kann eine GmbH im Eigenverwaltungsverfahren den Geschäftsführer für Pflichtverletzungen sowohl gem. § 43 Abs. 2 GmbHG als auch nach § 60 InsO - die Regelung des § 61 InsO dürfte ihre gegenüber regelmäßig nicht eingreifen - auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, wenn er etwa Geschäftschancen der Gesellschaft im Eigeninteresse verwertet.[132] Zwischen beiden Vorschriften besteht dann Anspruchskonkurrenz. Möglicherweise ist nicht auszuschließen, dass in bestimmten Konstellationen, wenn etwa die Missachtung der Vorgaben der Gläubiger keine gesellschaftsrechtliche Pflicht verletzt,[133] nur eine Haftung nach § 60 InsO durchdringt.

C. Haftung der Gesellschafter

Gesellschafter können in der Insolvenz ihres Unternehmens verschiedensten Ansprüchen ausgesetzt sein. Die maßgeblichen Haftungstatbestände bleiben auch in der Eigenverwal-

---

118 *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1105, 1106; zu Recht skeptisch Scholz/*Schmidt* (Fn. 10), § 64 Rn. 26 Fn. 1.

119 *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1103; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 103.

120 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 103.

121 *Ringstmeier* (Fn. 66), § 270 Rn. 32; unklar BGH, Urt. v. 9.3.2017 - IX ZR 177/15 , ZInsO 2017, 704 Rn. 8.

122 Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 270 Rn. 17.

123 *Madaus*, KTS 2015, 115, 124 ; *Ringstmeier* (Fn. 66), § 270 Rn. 31.

124 *Madaus*, KTS 2015, 115, 124 ; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl., Rn. 8.13.

125 *Häsemeyer* (Fn. 124), Rn. 8.13; Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 270 Rn. 17.

126 *Häsemeyer* (Fn. 124), Rn. 8.14; MünchKomm-InsO/*Tetzlaff* (Fn. 58), § 270 Rn. 180; *Madaus*, KTS 2015, 115, 125 f. ; vgl. BGH, Beschl. v. 19.9.2013 - IX (AR) VZ 1/12, BGHZ 198, 225 ZInsO 2013, 2103 Rn. 27.

127 AG Duisburg, ZIP 2005, 2335 [AG Duisburg 04.10.2005 - 60 IN 136/02] ; *Häsemeyer* (Fn. 124), Rn. 8.14; *Madaus*, KTS 2015, 115, 125 f. ; Kübler/*Flöther* (Fn. 107), § 18 Rn. 26 ff.; MünchKomm-InsO/*Tetzlaff* (Fn. 58), § 270 Rn. 179 f.; HambKomm-InsO/*Fiebig* (Fn. 105), § 270 Rn. 43; *Hill*, ZInsO 2010, 1825, 1829 .

128 In diesem Sinne *Madaus*, KTS 2015, 115, 126 .

129 MünchKomm-InsO/*Tetzlaff* (Fn. 58), § 270 Rn. 179 f.

130 *Klein/Thiele*, ZInsO 2013, 2233, 2244 f. ; a.A. Scholz/*Schmidt* (Fn. 10), § 64 Rn. 26.

131 BGH, Beschl. v. 14.4.2016 - IX ZR 161/15 , ZInsO 2016, 1058 Rn. 14.

132 BGH, Urt. v. 16.3.2017 - IX ZR 253/15 , ZInsO 2017, 827 Rn. 16 ff.

133 BGH, Urt. v. 16.3.2017 - IX ZR 253/15 , ZInsO 2017, 827 Rn. 12.

tung wirksam.[134] Nachfolgend sollen lediglich spezielle Problemlagen der Eigenverwaltung erörtert werden.

I. Einflussnahme auf die Geschäftsführung

Da die Eigenverwaltung anstelle eines Insolvenzverwalters durch die Organe der insolventen Gesellschaft erfolgt, versucht § 276a InsO , der Gefahr verfahrensfremder Einflussnahmen durch die Gesellschafter vorzubeugen. Ist der Schuldner eine juristische Person oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, so haben gem. § 276a InsO der Aufsichtsrat, die Gesellschafterversammlung oder entsprechende Organe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung des Schuldners.

1. Weisungen

Die Bestimmung des § 276a Satz 1 InsO stellt klar, dass Weisungen der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats einer Gesellschaft an die Geschäftsführungsorgane des Unternehmens im Eigenverwaltungsverfahren unzulässig sind. Überwachungsorgane im Sinne der Vorschrift sind je nach Rechtsform insbesondere der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung sowie die Gesellschafterversammlung.[135] Den Kontrollorganen sollen in der Eigenverwaltung keine weitergehende Einflussrechte als in der Regelinsolvenz zuwachsen. Der Vorstand einer AG, die Geschäftsführer einer GmbH und die geschäftsführenden Gesellschafter einer Personengesellschaft sind mithin im Innenverhältnis von gesellschaftsrechtlichen Weisungen freigestellt.[136] Bei der AG kommt hinzu, dass dem Aufsichtsrat im Blick auf die Geschäftsführung ein Weisungsrecht gegenüber den Vorstandsmitgliedern grds. verwehrt ist.[137] Da eine Unterscheidung danach, ob die Weisung Gläubigernachteile hervorruft, mitunter schwierig zu treffen ist, kann für vermeintlich gläubigerfreundliche Weisungen eine Ausnahme nicht gelten.[138] Weisungen einer Konzernmutter an die Konzerntochter, die von einem Aufsichtsrat, einer Gesellschafterversammlung oder einem sonstigen Organ wahrgenommen werden, sind unbeachtlich.[139] Infolge ihres Bezugs zu Kontroll- und Weisungsrechten sind auch allgemeine Prüfungs- und Auskunftsrechte (vgl. etwa § 51a GmbHG) der Gesellschafter suspendiert.[140] Im Antragsverfahren ist § 276a InsO mangels eines Verweises der §§ 270a , 270b InsO auf diese Regelung unanwendbar; eine Vorwirkung auf das Antragsverfahren bedürfte einer gesetzlichen Grundlage.[141] Es wäre auch nicht angemessen, den Gesellschaftern bereits in einem Stadium, in dem die Verfahrenseröffnung noch völlig ungeklärt ist, zentrale Befugnisse zu entziehen.[142] Wird die Geschäftsleitung im Antragsverfahren ausgetauscht, sollte das Gericht freilich genau prüfen, ob sich daraus Nachteile ergeben, die einer Eigenverwaltung entgegenstehen (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO).[143]

2. Wechsel der Geschäftsleitung

Grds. obliegt die Abberufung und Bestellung von Geschäftsführungsorganen im Regelinsolvenzverfahren allein den Gesellschaftern.[144] Eine Mitwirkung des Insolvenzverwalters ist entbehrlich, weil die Organe nicht mehr vertretungsbefugt sind. Anders verhält es sich im Eigenverwaltungsverfahren, weil die Vertretung der Gesellschaft weiterhin dem Geschäftsführungsorgan obliegt. Eine Ausrichtung der Geschäftsführung an den Gläubigerinteressen wäre gefährdet, wenn die Geschäftsleiter befürchten müssten, von den Gesellschaftern nach deren Interessenlage abberufen zu werden.[145] Aus dieser Erwägung ist die Abberufung und Bestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung gem. § 276a Satz 2 InsO nur wirksam, wenn der Sachwalter zustimmt. Zur Sicherung der Unabhängigkeit der Geschäftsführung wird ein Austausch von Organen an die Zustimmung des Sachwalters gekoppelt.[146] Eine Zustimmungspflicht des Sachwalters ist nach § 276a Satz 3 InsO gegeben, wenn die Maßnahme nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führt. Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands sind von der Gesellschaft zu beweisen,[147] sodass etwaige Zweifel zu ihren Lasten gehen.[148]

3. Insolvenzfreier Bereich

Nicht berührt werden die Befugnisse der Gesellschafterorgane, die sich nicht auf die Verwaltung der Masse beziehen. Hier bleiben - wie im Bereich der Regelverwaltung - die Befugnisse der Gesellschafter voll erhalten. Die Kompetenzen einer Hauptversammlung für die Wahl oder die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern wie auch für Satzungsänderungen können wahrgenommen werden.[149] Ebenso kann ein Aktionär gem. § 122 Abs. 1 AktG die Einberufung der Hauptversammlung verlangen.[150] Uneingeschränkt sind die Befugnisse der Organe schließlich, soweit - etwa nach einer auch bei einem insolventen Verband möglichen Freigabe[151] - insolvenzfreies Vermögen betroffen ist.

---

134 *Madaus*, KTS 2015, 115, 124 .

135 BT-Drucks. 17/5712, S. 42.

136 HK-InsO/*Landfermann*, 6. Aufl., § 276a Rn. 6.

137 BGH, Urt. v. 5.5.2008 - II ZR 108/07 , NJW-RR 2008, 1134 Rn. 13; HambKomm-InsO/*Fiebig* (Fn. 105), § 276a Rn. 6.

138 HK-InsO/*Landfermann* (Fn. 136), § 276a Rn. 6; a.A. *Zipperer*, ZIP 2012, 1492, 1494 f.

139HK-InsO/*Landfermann* (Fn. 136), § 276a Rn. 7.

140Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 276a Rn. 2.

141Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 276a Rn. 3; *Zipperer*, ZIP 2012, 1494 f.; a.A. *Ströhmann/Längsfeld*, NZI 2013, 273 f.; HK-InsO/*Landfermann* (Fn. 136), § 276a Rn. 16.

142*Pape*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2017, § 276a Rn. 6.

143Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 276a Rn. 3.

144BGH, Beschl. v. 24.3.2016 - IX ZB 32/15 , ZInsO 2016, 906 Rn. 19.

145HK-InsO/*Landfermann* (Fn. 136), § 276a Rn. 11.

146Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 276a Rn. 5.

147HK-InsO/*Landfermann* (Fn. 136), § 276a Rn. 13.

148Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 276a Rn. 5.

149HK-InsO/*Landfermann* (Fn. 136), § 276a Rn. 9; Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 276a Rn. 4.

150Schmidt/*Undritz* (Fn. 24), § 276a Rn. 4.

151Uhlenbruck/*Hirte* (Fn. 105), § 35 Rn. 305; Jaeger/*Windel*, InsO, § 80 Rn. 30; offengelassen von BGH, Urt. v. 9.3.2017 - IX ZR 177/15 , ZInsO 2017, 704 Rn. 9.

II. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Eine allgemeine Gesellschafterhaftung kann im Eigenverwaltungsverfahren nicht aus dem ohnedies gem. § 276a InsO suspendierten unternehmerischen Einfluss des Gesellschafters hergeleitet werden.

1. Unzulässige Zahlungen

Die Grundsätze der Kapitalerhaltung (§ 30 GmbHG) gelten auch im Zeitraum des Eigenverwaltungsverfahrens. Unter Verstoß von § 30 GmbHG bewirkte Zahlungen sind folglich von den Gesellschaftern zu erstatten.[152] Solche Zahlungen dürften mit Rücksicht auf das Gläubigerinteresse zudem als evident insolvenzzweckwidrig zu bewerten sein.[153] Verfügungen des Insolvenzverwalters sind unwirksam, welche dem Insolvenzzweck der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung (vgl. § 1 Satz 1 InsO) offenbar zuwiderlaufen, bei denen der Verstoß also für einen verständigen Beobachter ohne Weiteres ersichtlich ist.[154] Mithin wäre auch ein sonstiger, zumindest bereicherungsrechtlicher Erstattungsanspruch begründet.[155] Ebenso unterliegt der Gesellschafter einer Haftung nach § 826 BGB , sofern er einen existenzvernichtenden Eingriff vornimmt.[156] Ferner besteht ein Erstattungsanspruch, wenn die Gesellschaft verbotswidrige Auszahlungen nach § 199 InsO an den Gesellschafter erbringt.[157]

2. Darlehen

Wird ein Gesellschafterdarlehen vor Verfahrenseröffnung gewährt, erleidet es im Insolvenzverfahren den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO . Dies gilt auch für eine etwa nach Antragstellung gegebene kurzfristige Zwischenfinanzierung. Vermieden werden kann die Nachrangigkeit durch eine Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten. Falls der Kredit erst nach Verfahrenseröffnung ausgereicht wird, finden die Restriktionen des §§ 39 Abs. 1 Nr. 5 , 135 InsO keine Anwendung, sodass eine Masseforderung gegeben ist.[158]

III. Offene Handelsgesellschaft (OHG)

Für das Regelinsolvenzverfahren ist anerkannt, dass Schuldner der durch Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters nach Verfahrenseröffnung begründeten Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO) der Insolvenzschuldner ist, da sich die Haftung während des Verfahrens jedoch auf die Gegenstände der Insolvenzmasse beschränkt. Diese Grundsätze gelten allgemein, also bei der Insolvenz einer natürlichen Person, aber auch einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit. Die Gesellschafter einer OHG haften darum nicht persönlich für die Kosten des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft und die von dem Verwalter in diesem Verfahren begründeten Masseverbindlichkeiten.[159]

Da der Gesellschafter bei der Eigenverwaltung die Geschäftsführung weiter ausübt, könnte man abweichend von vorstehenden Erwägungen zu der Folgerung einer Haftung für die von ihm veranlassten Verbindlichkeiten gelangen. Im Eigenverwaltungsverfahren ist der Gesellschafter aber nicht als Teilhaber,

sondern gem. § 276a InsO in seiner Funktion als Mitglied der Geschäftsleitung zur Geschäftsführung berufen. Deshalb hat der Gesellschafter die Masse fremdnützig zu verwalten. Ist kein Raum für gesellschaftsrechtliche Einflussrechte auf die Geschäftsführung, haften die Gesellschafter folgerichtig nicht nach § 128 HGB .[160] Verletzt der Gesellschafter Geschäftsführungspflichten, haftet er im Innenverhältnis nach § 280 BGB . Entgegen § 708 BGB gilt ein objektiver Sorgfaltsmaßstab; eine Billigung der Maßnahme durch die Gesellschafter wirkt im Blick auf § 276a InsO nicht haftungsbefreiend.[161] Da § 276a InsO nicht bereits im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung gilt,[162] bleibt die Haftung aus § 128 HGB für Verbindlichkeiten aus diesem Verfahrensstadium bestehen.

D. Geltendmachung der Ansprüche

Die Bestimmung des § 280 InsO sieht vor, dass neben der Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) die Verfolgung von Gesamtschäden (§ 92 InsO) sowie der persönlichen Haftung der Gesellschafter (§ 93 InsO) von dem Sachwalter wahrgenommen wird. Es erscheint eine Auslegung vorzugswürdig und interessengerecht, dem Sachwalter die Geltendmachung aller Schadensersatzansprüche gegen Organvertreter und Gesellschafter zuzuweisen.

I. Inhalt der Verweisungsnormen

1. § 92 InsO

Ansprüche der Gläubiger auf Ersatz des Gesamtschadens, den sie gemeinsam durch eine Verminderung der Insolvenzmasse erlitten haben, können gem. § 92 InsO nur von dem Insolvenzverwalter verfolgt werden. § 92 InsO enthält keine Anspruchsgrundlage, sondern regelt die Einziehung einer aus einer anderen Rechtsgrundlage herrührenden Forderung. Die Norm erfasst nur solche Schadensersatzansprüche, die auf einer Verkürzung der Insolvenzmasse beruhen; ihr Zweck ist es, eine gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen des wegen Masseverkürzung haftpflichtigen Schädigers zu sichern. Maßgebliche Voraussetzung des Einziehungsrechts ist folglich eine Verminderung

---

152 *Brinkmann*, DB 2012, 1369, 1372.

153 *Brinkmann*, DB 2012, 1369, 1372.

154 BGH, Urt. v. 20.3.2008 - IX ZR 68/06 , NJW-RR 2008, 1074 Rn. 4.

155 *Brinkmann*, DB 2012, 1369, 1372.

156 Vgl. BGH, Urt. v. 16.7.2007 - II ZR 3/04 , BGHZ 173, 246 = ZInsO 2007, 881 .

157 *Haas*, in: Gottwald (Fn. 61), § 90 Rn. 57.

158 *Spliedt* (Fn. 26), Rn. 9.133.

159 BGH, Urt. v. 24.9.2009 - IX ZR 234/07 , ZInsO 2009, 2198 Rn. 10 ff.

160 *Haas*, in: Gottwald (Fn. 61), § 90 Rn. 61; *ders.*, ZHR 178 (2014), 603, 617 f.; a.A. MünchKomm-InsO/*Klöhn* (Fn. 58), § 276a Rn. 35.

161 *Haas*, in: Gottwald (Fn. 61), § 90 Rn. 61 f.

162 *Pape*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2012, § 276a Rn. 6.

der Insolvenzmasse, die sich in einer Verringerung der Aktiva oder in einer Vermehrung der Passiva manifestieren kann.[163]

2. § 93 InsO

Nach § 93 InsO kann im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Personengesellschaft die persönliche Haftung des Gesellschafters für Verbindlichkeiten der Gesellschaft während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur von dem Insolvenzverwalter der Gesellschaft geltend gemacht werden. Bei der gerichtlichen Geltendmachung der Gesellschafterhaftung wird der Insolvenzverwalter als gesetzlicher Prozessstandschafter der einzelnen Gläubiger tätig, weil der in Anspruch genommene Gesellschafter durch Zahlung an ihn konkrete Gläubigerforderungen zum Erlöschen bringt.[164] Die Ermächtigung nach § 93 InsO gilt für die unmittelbare unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit; sie kann nicht auf beliebige andere Fälle gesamtschuldnerischer Haftung wie die Haftung aus § 133 UmwG übertragen werden.[165]

II. Folgerungen

Die Bestimmung des § 92 InsO erfasst Gesamtschäden, die als Vermehrung der Aktiva oder Passiva durch Pflichtverletzungen der eigenverwaltenden Geschäftsleiter verursacht wurden. Dagegen beschränkt sich § 93 InsO auf die Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft. Diese Bestimmung sollte im Rahmen des § 280 InsO auf jegliche Gesellschafterhaftung ausgedehnt werden, weil es sich um typische Fälle eines Interessenwiderstreits im Verhältnis zu dem Geschäftsführer handelt, in denen der Grundsatz der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners durchbrochen werden sollte.[166]

1. Gesamtschaden

Bestimmte Ansprüche der Gesellschaft sollten wegen der Gefahr einer Unvoreingenommenheit nicht von den Geschäftsleitern geltend gemacht werden.[167] Zur Anwendung des § 92 InsO genügt es, wenn die Insolvenzgläubiger gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens vor oder nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Schaden erlitten haben.[168] Pflichtverletzungen der Geschäftsleiter begründen wegen der daraus folgenden Verbindlichkeit einen Gesamtschaden der Gesellschaft. Ansprüche wegen eines Gesamtschadens aus § 92 InsO richten sich darum typischerweise gegen die Organe der Gesellschaft, welche die Eigenverwaltung durchführen.[169] Es kann aber nicht verlangt werden, dass der Schuldner einer Forderung selbst gegen sich vorgeht.[170] Zur Vermeidung einer Interessenkollision hat anstelle der verbliebenen Organe der Sachwalter Ansprüche gegen Organmitglieder einer Kapitalgesellschaft wegen Pflichtverletzungen zu verfolgen.[171] Mithin obliegt die Geltendmachung der Ansprüche gegen Geschäftsleiter aus § 43 Abs. 2 GmbHG , § 92 Abs. 2 AktG dem Sachwalter.[172] Dabei sollte es keinen Unterschied machen, ob die Ansprüche vor oder nach Eröffnung des Eigenverwaltungsverfahrens entstanden sind. Gleiches sollte für - notwendigerweise vorinsolvenzrechtliche - Ansprüche aus § 64 GmbHG [173] und aus § 823 Abs. 2 BGB , § 15a InsO [174] gelten.

Macht sich der Geschäftsleiter infolge von Pflichtverletzungen in der Eigenverwaltung nach §§ 60 , 61 InsO haftbar, ist dieser Schaden ebenfalls durch den Sachwalter geltend zu machen. Mindert der Insolvenzverwalter durch ein pflichtwidriges Verhalten die Insolvenzmasse, handelt es sich um einen Gesamtschaden (§ 92 InsO) der Gemeinschaft der Gläubiger. Der Schaden ist von dem hierfür gem. § 60 InsO verantwortlichen Insolvenzverwalter durch Zahlung an die Insolvenzmasse auszugleichen. Der Gemeinschaftsschaden kann nicht durch einen der betroffenen Masse- oder Insolvenzgläubiger verfolgt werden; vielmehr obliegt die Durchsetzung während des Insolvenzverfahrens einem Sonderverwalter oder neu bestellten Insolvenzverwalter.[175] Diese Grundsätze sind auf die Eigenverwaltung mit der Maßgabe zu übertragen, dass Schadensersatzansprüche aus §§ 60 , 61 InsO gegen den Geschäftsführer von dem Sachwalter durchzusetzen sind.

Anders verhält es sich indessen für einen Einzelschaden, der infolge einer Pflichtwidrigkeit in der Person eines bestimmten Gläubigers entstanden ist. Ein solcher Schaden ist etwa verwirklicht, wenn der Insolvenzverwalter Aus- und Absonderungsrechte einzelner Berechtigter verletzt. Den daraus resultierenden Einzelschaden hat der Geschädigte, weil an ihn anstelle der Masse Ersatz zu leisten ist, und nicht der Sachwalter zu verfolgen.[176]

2. Gesellschafterhaftung

Die Bestimmung des § 93 InsO ist auf eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit zugeschnitten, etwa die Kommanditistenhaftung aus § 171 Abs. 2 HGB .[177] Die Vorschrift sollte im Rahmen der Eigenverwaltung generell Ansprüche gegen die Gesellschafter einer GmbH erfassen.[178] Hierfür streitet der Gedanke, dass der Sachwalter gem. § 280 InsO

163BGH, Beschl. v. 14.7.2011 - IX ZB 210/10, ZInsO 2011, 1453 Rn. 11.

164BGH, Beschl. v. 12.7.2012 - IX ZR 217/11 , ZInsO 2012, 1587 Rn. 9.

165BGH, Beschl. v. 20.6.2013 - IX ZR 221/12 , ZInsO 2013, 1471 Rn. 1.

166FK-InsO/*Foltis*, 8. Aufl., § 280 Rn. 1.

167MünchKomm-InsO/*Kirchhof* (Fn. 58), § 280 Rn. 1.

168BGH, Urt. v. 16.3.2017 - IX ZR 253/15 , ZInsO 2017, 827 Rn. 10.

169*Ringstmeier* (Fn. 66), § 280 Rn. 1.

170FK-InsO/*Foltis* (Fn. 166), § 280 Rn. 2.

171MünchKomm-InsO/*Kirchhof* (Fn. 58), § 280 Rn. 3.

172*Brinkmann*, DB 2012, 1369; FK-InsO/*Foltis* (Fn. 166), § 280 Rn. 2.

173 *Haas*, in: Gottwald (Fn. 61), § 90 Rn. 81; HK-InsO/*Landfermann* (Fn. 136), § 280 Rn. 4.

174 *Pape* (Fn. 142), § 280 Rn. 2.

175 BGH, Beschl. v. 14.5.2009 - IX ZR 93/08 , ZInsO 2009, 2008 Rn. 6.

176 BGH, Beschl. 10.7.2008 - IX ZB 172/07 , ZInsO 2008, 921 Rn. 13.

177 *Haas*, in: Gottwald (Fn. 61), § 90 Rn. 80.

178 *Spliedt* (Fn. 26), Rn. 9.51.

sämtliche Insolvenzanfechtungsansprüche und mithin insbesondere Anfechtungsansprüche gegen Gesellschafter (§ 135 InsO) zu verfolgen hat.[179] Für Ansprüche im Zusammenhang mit der Gewährung von Gesellschafterhilfen sollte folgerichtig stets der Sachwalter zuständig sein.[180] Dies hätte die wünschenswerte Folge, dass sich sämtliche Ansprüche gegen Organe und Gesellschafter in der Hand des Sachwalters vereinigen.

III. Besonderheiten bei der GmbH

1. Entbehrlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses für Inanspruchnahme von Geschäftsführern und Gesellschaftern

Demgegenüber wäre ein enges Verständnis des § 280 InsO gerade im Bereich der GmbH untunlich. Ersatzansprüche gegen Gesellschafter und Geschäftsführer können gem. § 46 Nr. 8 GmbHG nur auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses durchgesetzt werden. Ein Gesellschafterbeschluss ist materielles Erfordernis für die Geltendmachung der Forderung, sodass eine ohne Beschluss der Gesellschafter erhobene Klage wegen Fehlens einer materiellen Anspruchsvoraussetzung als unbegründet abzuweisen ist.[181] Es bedarf keiner näheren Darlegung, dass die Gesellschafter gerade in der Insolvenz schwerlich geneigt sein werden, einen solchen Beschluss zu fassen. Dementsprechend wird das Beschlusserfordernis als entbehrlich erachtet, wenn die Geltendmachung des Anspruchs im weitesten Sinne zum Zweck der Gläubigerbefriedigung geboten ist.[182] Darum bedarf es für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs gegen Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH dann keines Beschlusses der Gesellschafterversammlung, wenn über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.[183] Vielmehr kann der Insolvenzverwalter unmittelbar den Anspruch verfolgen. Ebenso hängt die Einforderung rückständiger Einlagen gem. § 46 Nr. 2 GmbHG von einem Gesellschafterbeschluss ab. Auch hier wird ein Beschluss als entbehrlich erachtet, wenn der Anspruch in der Insolvenz von dem Verwalter betrieben wird. Sobald die Liquidität für die Gläubigerbefriedigung im Rahmen des Insolvenzverfahrens zur Verfügung stehen muss, ist der Zufluss des Eigenkapitals nicht mehr Gegenstand des unternehmerischen Ermessens. Dementsprechend ist der Insolvenzverwalter an gesetzliche oder satzungsrechtliche Einschränkungen, die Art oder Zeitpunkt der Geltendmachung der Ansprüche betreffen und ihre Durchsetzung erschweren, nicht gebunden.[184] Diese Folgerungen zur Entbehrlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses gelten in gleicher Weise für die Eigenverwaltung, weil § 276a InsO Weisungen der Gesellschafter an die Geschäftsleiter untersagt.

2. Übergang der Anspruchsverfolgung von Geschäftsleiter auf Sachwalter

Das Gesetz bezweckt in diesen Konstellationen eine Beschränkung der Geschäftsführerkompetenz,[185] um eine unbefangene Vertretung der Gesellschaft sicherzustellen, welche von sachfremden Erwägungen unbeeinflusst ist und sachdienliche Gesellschaftsbelange wahrt.[186] Die Gefahr einer Interessenkollision wäre umso größer, wenn in der Insolvenz die Verfolgung eines Anspruchs nicht von einem Gesellschafterbeschluss abhinge und der Geschäftsleiter - der vielfach zugleich Gesellschafter ist - entgegen der Intention des Gesetzes nach eigenem Ermessen vorgehen dürfte. Sofern die internen Mitwirkungsrechte der Gesellschafterversammlung nach § 276a InsO suspendiert sind, muss in der Insolvenz zugleich die damit korrespondierende Zuständigkeit der Geschäftsleitung, die durch die Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses gezügelt werden soll, entfallen.[187] Aus dieser Erwägung ist im Regelverfahren der Insolvenzverwalter und im Eigenverwaltungsverfahren der Sachwalter zur Verwirklichung der Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH berufen.

E. Fazit

Das Eigenverwaltungsverfahren kann seinen Zweck der Erleichterung einer Sanierung nur erfüllen, wenn die Gläubiger in gleicher Weise wie in einem Regelverfahren gesichert sind. Ansprüche aus § 64 GmbHG , § 92 AktG sind gegen Geschäftsleiter gegeben, die bis zur zeitlichen Grenze der Verfahrenseröffnung verbotene

Zahlungen veranlassen. Geschäftsleiter trifft vor und nach Verfahrenseröffnung eine Schadensersatzpflicht aus § 43 Abs. 2 GmbHG , § 93 Abs. 2 AktG im Innenverhältnis zu der Gesellschaft. Gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft haften die Geschäftsleiter aus §§ 60 , 61 InsO . Die Geltendmachung der Ansprüche obliegt dem Sachwalter. Die Gesellschafter sind gem. § 276a InsO nach Verfahrenseröffnung zu Einflussnahmen auf die Geschäftsleiter nicht mehr berechtigt. Die Abberufung und Bestellung von Organmitgliedern dürfen sie nur im Einverständnis mit dem Sachwalter vornehmen.

179FK-InsO/*Foltis* (Fn. 166), § 280 Rn. 2.

180MünchKomm-InsO/*Kirchhof* (Fn. 58), § 280 Rn. 3.

181BGH, Urt. v. 14.7.2004 - VIII ZR 224/02 , ZInsO 2004, 1203, 1204, 1205 .

182Scholz/*Schmidt* (Fn. 10), § 46 Rn. 152; *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon (Fn. 10), § 46 Rn. 52.

183BGH, Urt. v. 14.7.2004 - VIII ZR 224/02 , ZInsO 2004, 1203, 1204, 1205 .

184BGH, Urt. v. 10.5.1982 - II ZR 89/81 , BGHZ 84, 47, 48 ; BGH, Urt. v. 15.10.2007 - II ZR 216/06 , ZInsO 2008, 42 Rn. 18.

185BGH, Urt. v. 20.11.1958 - II ZR 17/57 , BGHZ 28, 355, 357 ; Scholz/*Schmidt* (Fn. 10), § 46 Rn. 139.

186Vgl. BGH, Urt. v. 16.10.2006 - II ZR 7/05 , NJW-RR 2007, 98 Rn. 5.

187Vgl. BGH, Urt. v. 15.10.2007 - II ZR 216/06 , ZInsO 2008, 42 Rn. 18.