

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG

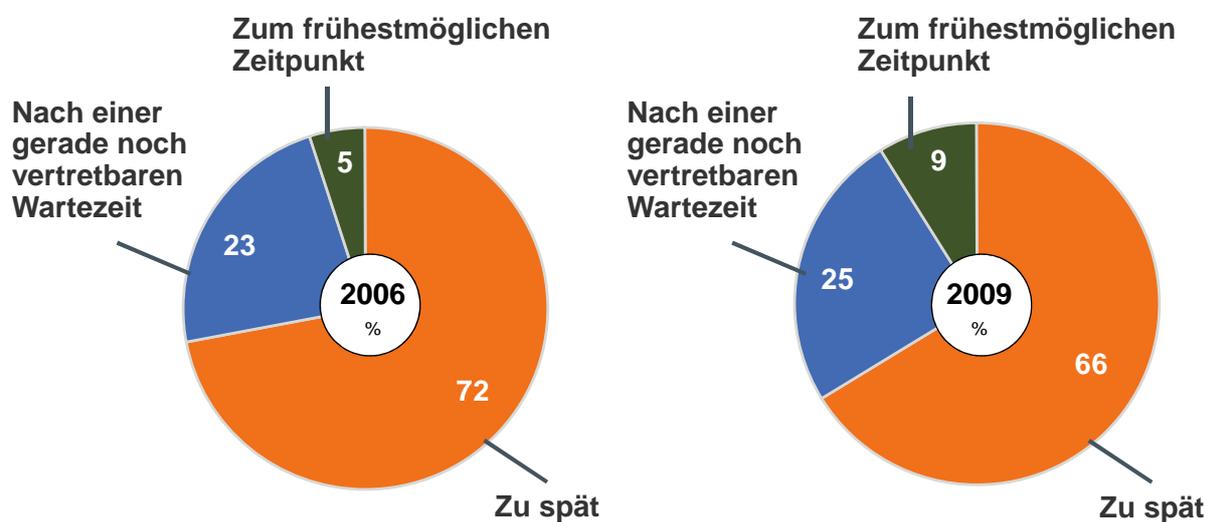
– Sinn und Unsinn der aktuellen  
BGH-Rechtsprechung –

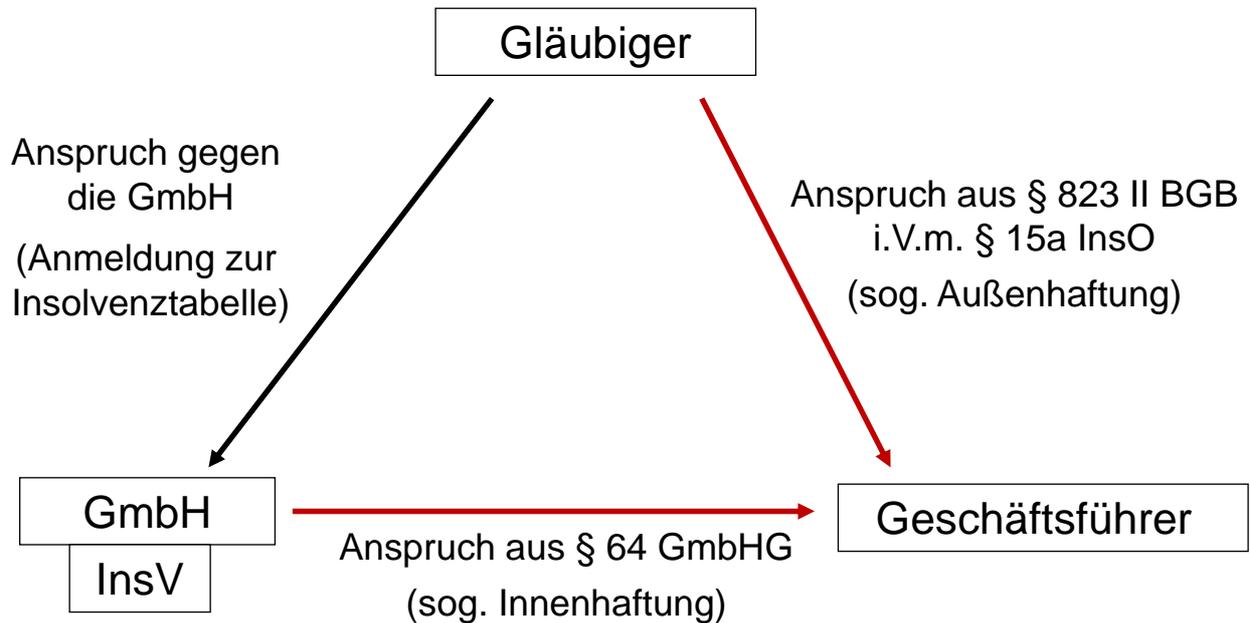
Vortrag bei der Hypovereinsbank in München  
am 13. Oktober 2016

www.georg-bitter.de

## Insolvenzverschleppungshaftung

### Zeitpunkt der Antragstellung (im Vergleich 2006 – 2009)





## 1. Differenzierung nach Außen- und Innenhaftung

- Außenhaftung: § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
  - Innenhaftung: § 64 GmbHG (für AG: §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
- ⇔ Innenhaftung bei zu frühem Antrag: § 43 II GmbHG
- ❖ OLG München ZIP 2013, 1121: Antrag nach § 18 InsO ohne Zustimmung der Gesellschafter

## 2. Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung
- b) Subjektiv: fahrlässige Unkenntnis der Insolvenzgründe (h.M.)
  - ❖ zusammenfassend BGH ZIP 2016, 1119 = WM 2016, 974 (Rn. 32 ff.)

### 3. Exkurs: Überschuldung

#### a) Fortführungsprognose

- ⇒ Inhalt der Fortführungsprognose: subjektiver Fortführungswille + objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft
- ⇒ Prognose muss „zumindest vertretbar“ darzustellen sein (BAG ZIP 2014, 1976, 1979, Rn. 29 – „Karstadt“)
- ⇒ Prognosezeitraum: laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr
  - Grund: Prognoseunsicherheit bei noch weitergehendem Blick
  - Aber: Berücksichtigung auch weiter in der Zukunft liegender Ereignisse, wenn die Prognoseunsicherheit fehlt
  - Beispiel: PIK-Finanzierung: Heute steht schon fest, dass ein großer Betrag in 3 oder 4 Jahren fällig wird und dann nicht refinanziert werden kann.

### 3. Exkurs: Überschuldung

#### a) Fortführungsprognose

- ⇒ Problem: Positive Fortführungsprognose trotz fehlender Ertragsfähigkeit (*Bitter/Kresser*, ZIP 2012, 1733 ff.)
  - AG Hamburg ZIP 2012, 1776: Ertragsfähigkeit für positive Prognose erforderlich; aber Sonderfall: Rentnergesellschaft mit absehbarer Aufzehrung der Vermögenssubstanz
  - Ertragsfähigkeit m.E. nicht generell zu fordern
  - ❖ Beispiel: werthaltiger Verlustausgleichsanspruch
  - ❖ Beispiel: subventionierter Betrieb in öffentlicher Hand
  - ❖ Beispiel: Start-up-Unternehmen in der Anfangsphase
  - Sicherung der *Liquidität* ist letztlich entscheidend

### 3. Exkurs: Überschuldung

#### b) Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:

- Rn. 19: Für die Nichtberücksichtigung einer Forderung im Überschuldungsstatus gemäß § 19 II 2 InsO ist neben dem Rangrücktritt für das eröffnete Verfahren eine vorinsolvenzliche Zahlungssperre erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“).
- Rn. 32: verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzzreife
- Rn. 35: keine freie Aufhebbarkeit des Rangrücktritts, da Vertrag zugunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
- *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 905 f.: § 266 StGB als Folge?
- *Bitter*, ZHR 2017 zur Übertragbarkeit auf Patronatserklärungen

### 4. Innenhaftung (§ 64 Satz 1 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Haftungsadressat
  - GmbH-Geschäftsführer (für AG-Vorstand: §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
  - BGH ZIP 2009, 860: auch Mitglieder eines gesetzlich verpflichtenden Aufsichtsrats wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht (vgl. § 116 AktG i.V.m. §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
    - Anlass für Überwachung, wenn Arbeitnehmer vorhanden sind: Verbot der Zahlung von Löhnen + Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung
  - BGHZ 187, 60 – „Doberlug“: i.d.R. keine Haftung der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats (arg: § 52 GmbHG verweist nicht auf § 93 III AktG; Schaden i.S.v. § 93 II AktG fehlt regelmäßig)
  - BGH ZIP 2010, 1080: keine analoge Anwendung beim Verein

#### 4. Innenhaftung (§ 64 Satz 1 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Haftungsadressat
  - Problem: Geschäftsführer einer Auslandsgesellschaft
  - BGH v. 2.12.2014 – II ZR 119/14, ZIP 2015, 68 (**EuGH-Vorlage**)
    - nach deutschem Verständnis ist § 64 GmbHG eine insolvenzrechtliche Norm (Rn. 8 ff.)
    - nach deutschem Verständnis Anwendbarkeit auf die Ltd. (Rn. 11)
    - insolvenzrechtliche Qualifikation auch nach Art. 4 I EulnsVO (Rn. 18 f.)
    - Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften ist kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, da nur ein Fehlverhalten geregelt wird, nicht die Verlegung des Verwaltungssitzes (Rn. 20 f.; a.A. *Mock*, NZI 2015, 85)
  - EuGH v. 4.12.2014 – RS C-295/13, ZIP 2015, 196: Klage am COMI nach Art. 3 I EulnsVO, wenn sie vom Insolvenzverwalter erhoben wird

#### 4. Innenhaftung (§ 64 Satz 1 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Haftungsadressat
  - Problem: Geschäftsführer einer Auslandsgesellschaft (Fortsetzung)
  - EuGH v. 10.12.2015 – RS C-594/14, ZIP 2015, 2468 – Kohlhaas
    - insolvenzrechtliche Qualifikation des § 64 GmbHG nach Art. 4 I EulnsVO
    - Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften ist kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, weil nicht an die deutschen Mindestkapitalvorschriften angeknüpft, sondern nur für Zahlungen nach Insolvenzreife gehaftet wird (Rn. 27). § 64 GmbHG regelt damit nicht den Marktzutritt, sondern nur die Ausübung der Tätigkeit (Rn. 28)
  - ebenso schon *Bitter*, WM 2004, 2190; *Bitter*, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 299 (Download unter [www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de))
  - BGH v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, ZIP 2016, 821 = WM 2016, 786

#### 4. Innenhaftung (§ 64 Satz 1 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

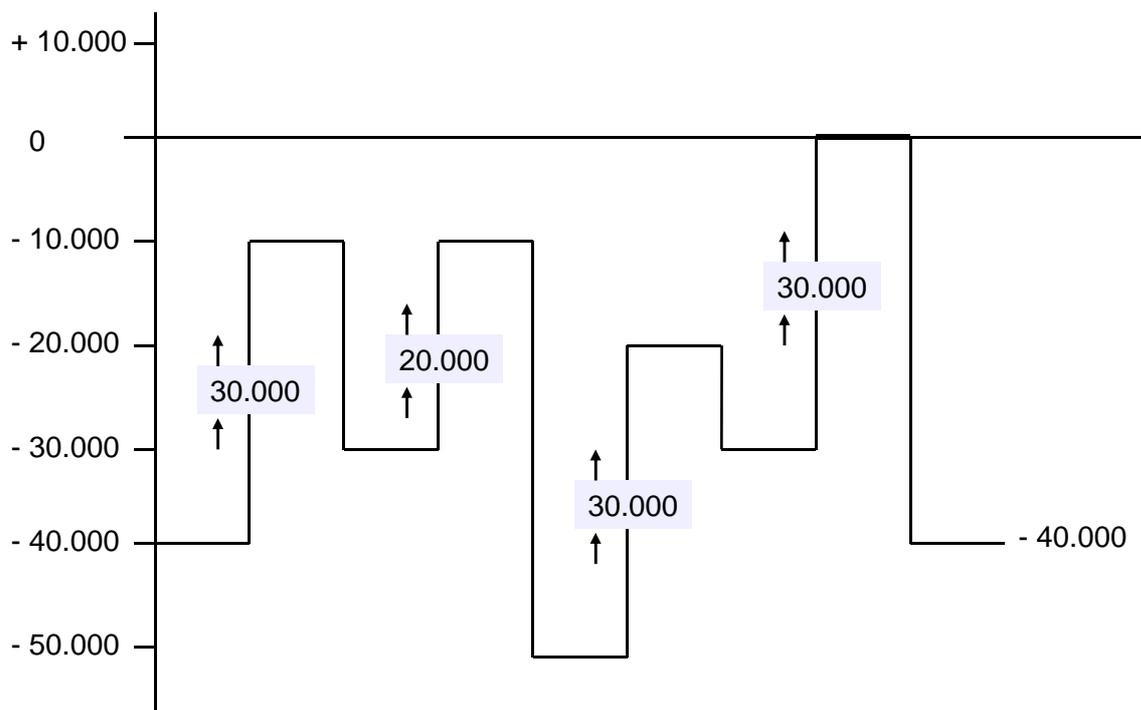
- Begriff der „Zahlung“
  - bare Leistung an einzelne Gläubiger
  - unbare Leistung vom *kreditorischen* Konto an einzelne Gläubiger
  - Warenlieferung an einzelne Gläubiger
  - BGHZ 143, 184: Einzug von Kundenschecks auf ein *debitorisches* Bankkonto
  - BGH ZIP 2007, 1006: Zahlungen von Gesellschaftsschuldern auf ein *debitorisches* Bankkonto der GmbH (Grund: fehlende „Umleitung“; vgl. auch BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480, Rn.16)
    - ❖ Ausnahme: Sicherheit der Bank für die Kreditlinie ⇨ Folien 21-23

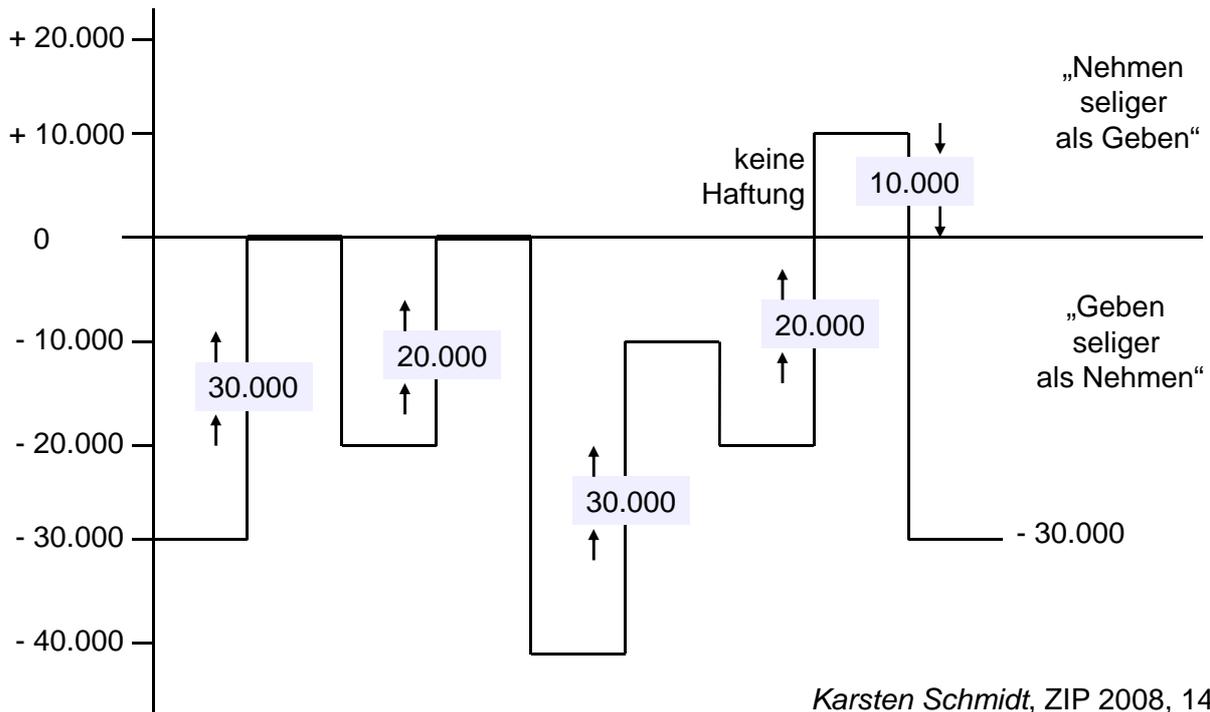
#### 4. Innenhaftung (§ 64 Satz 1 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Begriff der „Zahlung“
  - Lastschriftabbuchung vom *kreditorischen* Konto der GmbH (Grund: fehlender Widerruf)
  - OLG München ZIP 2013, 778: Verrechnung wegen „Cross-Pledge“
  - BGH ZIP 2009, 956: ggf. nicht bei Pfändung des Gesellschaftskontos (vgl. auch OLG München ZIP 2011, 277)

#### 4. Innenhaftung (§ 64 Satz 1 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Hauptproblem: Haftungsumfang  $\Rightarrow$  Schaubilder b.w.
  - Rechtsprechung und h.M.: grundsätzlich Ersatz einzelner „Zahlungen“
    - ❖ BGH ZIP 2007, 1501; *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153 ff. m.w.N.
  - Literatur z.T.: Ersatz der Masseschmälerung
    - ❖ *Karsten Schmidt*, NZG 2015, 129 ff.; *Bitter*, WM 2001, 666 ff. und Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.; *Altmeyen*, ZIP 2015, 949 ff. u.a.
  - Neu: BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 26): keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang  $\Rightarrow$  Folien 16 ff.
- Problem: Zahlung vom debitorischen Konto
  - ❖ BGH ZIP 2007, 1006 (Rn. 8); ZIP 2010, 470 (Rn. 10); BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 32): bloßer Gläubigertausch

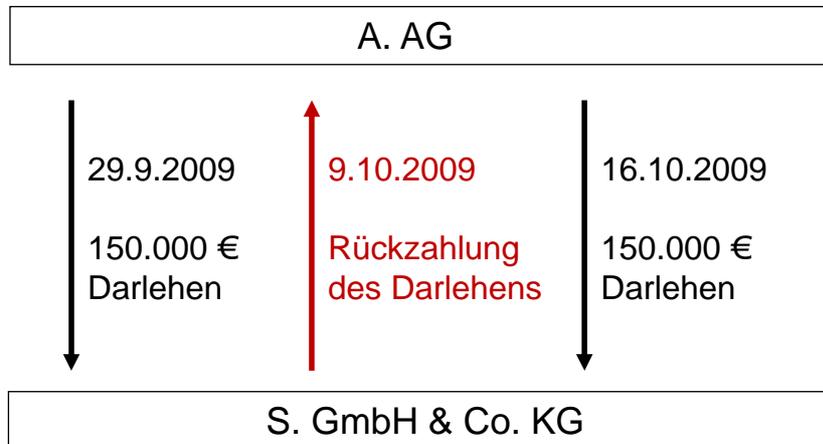




#### 4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Aktiventausch (str., ob Satz 2 oder Reduktion von Satz 1)
  - BGH NJW 2003, 2316, 2317 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.03 (Bitter):  
„Allenfalls dann, wenn mit den von dem Geschäftsführer bewirkten Zahlungen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist und dort verblieben ist, kann erwogen werden, eine Masseverkürzung und damit einen Erstattungsanspruch gegen das Organmitglied zu verneinen [...]“
  - BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71
    - keine Ersatzpflicht bei Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang (vgl. auch BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 26] für die Leistung auf ein Absonderungsrecht ⇒ Folie 21)
    - Der als Ausgleich erhaltene Gegenstand muss nicht noch bei Insolvenzeröffnung vorhanden sein.

BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



Kompensation nicht schon durch erneute Abrufmöglichkeit ab 9.10.2009, sondern erst mit erneuter Darlehensgewährung am 16.10.2009

#### 4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Aktiventausch
  - Anwendung der zu § 142 InsO anerkannten Grundsätze str.
    - Problem 1: Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 GmbHG ist das zweifelhaft
    - Problem 2: Das Bargeschäft gilt nur bei *gleichwertiger* Gegenleistung, während bei § 64 GmbHG auch eine partielle Gegenleistung angerechnet werden muss (BGHZ 203, 218, Leitsatz 1: „soweit“)
    - Problem 3: Anrechnung auch einer vom Geschäftspartner mehr als 30 Tage später erbrachten Gegenleistung bei § 64 GmbHG
    - Ergebnis: Übertragbarkeit problematisch (*Altmeyden*, ZIP 2015, 949 ff.; a.A. *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 177, 180 ff.); richtig ist eher eine (partielle) Orientierung an den Grundsätzen zu § 129 InsO (vgl. dazu *Bitter*, KTS Heft 4/2016; Vortrag beim VID-Kongress am 3.11.2016)

#### 4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Aktiventausch
  - BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480:
    - Rn. 32: keine Kompensation der Rückführung einer Kreditlinie durch erneute Kreditgewährung, da Auszahlung **im debitorischen Bereich** nur ein Gläubigertausch ist, kein Massezufluss (m.E. zweifelhaft)
    - BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (Folie 17) betrifft offenbar nur Zahlungshin- und -rückflüsse auf und von **kreditorischen** Konten
    - Rn. 33: Kompensation aber bei (1) Separierung der erneut in Anspruch genommenen Mittel oder (2) Verwendung der Mittel für die Zahlung an einen (Neu-)Gläubiger, wenn im Gegenzug ein werthaltiger Gegenstand in die Masse gelangt
    - Frage 1: Reicht die Separierung für eine (logische) Sekunde?
    - Frage 2: Folgen für die Direktlieferung von Waren?

#### 4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Aktiventausch
  - Kompensation durch Anfechtbarkeit / erfolgte Anfechtung?
  - bei (haftungsbewährter) Zahlung vom **kreditorischen** Konto kein Haftungsausschluss durch (ggf. inzwischen verfristete) Anfechtungsmöglichkeit (BGHZ 131, 325 = ZIP 1996, 420), aber Kompensation durch die tatsächlich erfolgreiche Anfechtung (BGH ZIP 2014, 1523 [Rn. 14])
  - Kompensation des (haftungsbewährten) *Eingangs* auf einem **debitorischen** Konto durch Anfechtung gegen die Bank (BGHZ 206, 52 [Rn. 30]).
  - bei – nach dem Eingang – erfolgreicher Auszahlung vom **debitorischen** Konto keine Kompensation durch spätere Anfechtung der Zahlung (BGH ZIP 2014, 1523 [Rn. 14 ff.]; zust. *Cadmus*, KTS 2015, 143 ff. mit zweifelhafter Abgrenzung zu den Fällen der Mittelverwendung für werthaltige Gegenstände ⇒ Folie 19)

#### 4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Umkehr der Haftungsrelevanz für debitorische Konten bei bestehender Sicherheit der Bank für die Kreditlinie
  - Die Auszahlung ist kein Gläubigertausch, soweit die zuvor freie Sicherheit (wieder) haftet (BGH ZIP 2011, 422 [Rn. 26]).
  - Der Eingang ist keine Masseschmälerung, weil die Leistung auf ein Absonderungsrecht der Bank erfolgt und somit im Umfang des Eingangs die Sicherheit frei wird (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 25 f.]).
    - Anfechtbarkeit der Sicherheit ist unerheblich (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 27 ff.])
  - zusammenfassend BGH ZIP 2016, 1119 = WM 2016, 974 (Rn. 38 ff.)

#### 4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Umkehr der Haftungsrelevanz für debitorische Konten bei bestehender Sicherheit der Bank für die Kreditlinie
  - Rückausnahme für Sicherungsabtretung, wenn Forderung nach Insolvenzureife entsteht / werthaltig gemacht wird (BGHZ 206, 52 [Rn. 21 ff.]; BGH ZIP 2016, 1119 = WM 2016, 974 [Rn. 42 ff.])
    - Frage: Gilt das auch beim Werthaltigmachen mit Geldern der Bank?
    - Beweislast für werthaltige Sicherheit bei Geschäftsführer (BGHZ 206, 52 [Rn. 34]; BGH ZIP 2016, 1119 = WM 2016, 974 [Rn. 45]; a.A. *Habersack/Foerster*, ZGR 2016, 153, 168 f.)

#### 4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Umkehr der Haftungsrelevanz für debitorische Konten bei bestehender Sicherheit der Bank für die Kreditlinie
  - Rückausnahme von der Rückausnahme (= Wiederherstellung der Ausnahmesituation) für den Fall, dass die sicherungsbedingte Forderung durch die Lieferung von Ware entsteht oder werthaltig gemacht wird, die zuvor im Sicherungseigentum der Bank stand (BGH ZIP 2016, 364 m. Anm. *Altmeyden*)
    - aber ggf. Zahlung beim Erwerb der sicherungsübereigneten Ware (BGH ZIP 2016, 364 [Rn. 26])
  - Fazit: Modell des BGH ist äußerst komplex und für die Praxis kaum mehr handhabbar; vgl. *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.

#### 4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Durchleitungsfälle
  - BGH NJW 2003, 2316 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.03 (*Bitter*)

„Der Geschäftsführer einer GmbH verletzt seine Pflicht, das Gesellschaftsvermögen zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller künftigen Insolvenzgläubiger zusammenzuhalten, auch dann, wenn er bei Insolvenzreife der Gesellschaft Mittel von einem Dritten zu dem Zweck erhält, eine bestimmte Schuld zu tilgen, und kurze Zeit später dementsprechend die Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger bewirkt.“
  - BGH NJW 2008, 2504 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.09 (*Bitter*)

Die Haftung ist nach Satz 2 ausgeschlossen, „wenn der Geschäftsführer bei den Auszahlungen angesichts des Zusammentreffens der Massesicherungspflicht mit der – durch § 266 StGB strafbewehrten – Pflicht zur weisungsgemäßen Verwendung der fremden Gelder mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehandelt hat.“

#### 4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Durchleitungsfälle
  - Parallele zur Kollision § 64 GmbHG ⇔ § 266a StGB (Folien 27 f.), aber strafrechtliche Subsumtion des BGH bei § 266 StGB zweifelhaft
  - Bestätigt in BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 18)  
Einzahlung von Beträgen, die aufgrund einer Sicherungszession der Bank zustehen (**Fremdgelder**), auf einem nicht bei jener Bank geführten Konto und anschließende Weiterleitung an die Bank
  - OLG München ZIP 2008, 2169 (bestätigt durch BGH BB 2010, 1609)  
mehrfache Haftung, wenn derselbe Geldbetrag durch mehrere Gesellschaften gelaufen ist und eine Treuepflicht i.S.v. § 266 StGB fehlt, weil **keine Weiterleitung von Fremdgeldern** vorliegt

#### 4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Vereinbarkeit der Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (Satz 2)
  - BGH ZIP 2008, 72: bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung)
    - ❖ m.E. zweifelhaft für den Zeitraum vor Antragstellung (⇒ Folie 30)
  - enger BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 24): wenn durch Betriebseinstellung eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht würde
  - OLG Brandenburg ZIP 2016, 923, 925 u. 926 (juris-Rn. 39 u. 59): Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs im Rahmen eines ernsthaften Sanierungsversuchs unter Beachtung des Zahlungsverbots
  - Sonderfall: Sozialversicherungsbeiträge + Steuern ⇒ Folien 27 f.

## 5. Verhältnis des § 64 GmbHG zu § 266a StGB (§ 69 AO)

- ❖ BGH NJW 2005, 2546 (II. Zivilsenat)
  - § 266a StGB begründet in der Insolvenz keinen Vorrang der Ansprüche der Sozialkasse ⇒ Haftung aus § 64 II GmbHG a.F. bei Abführung
- ❖ BGH NJW 2005, 3650 (5. Strafsenat)
  - Grundsatz der Massesicherung aus § 64 II GmbHG a.F. berührt Strafbarkeit aus § 266a StGB nicht, wenn der Insolvenzantrag pflichtwidrig nicht gestellt wird
- ❖ BFH ZIP 2007, 1604
  - Anschluss an die Rspr. des 5. Strafsenats (zur Haftung aus § 69 AO)

## 5. Verhältnis des § 64 GmbHG zu § 266a StGB (§ 69 AO)

- ❖ BGH NJW 2007, 2118 (II. Zivilsenat – Änderung der Rspr.)
  - Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bei Insolvenzzureife entspricht der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ⇒ keine Ersatzpflicht aus § 64 II GmbHG a.F.
- ❖ BFH ZIP 2009, 122
  - Haftung auch in der 3-Wochen-Frist
- ❖ BGH ZIP 2009, 1468 (II. Zivilsenat)
  - keine Privilegierung bei Zahlung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung (arg.: anders als bei Arbeitnehmerbeiträgen besteht keine Strafbarkeit des Geschäftsführers)
- ❖ BGH ZIP 2011, 422 (II. Zivilsenat)
  - Privilegierung bei Zahlung rückständiger Umsatz- und Lohnsteuer

## 6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren (sehr str.)

- Streitstand: Scholz/*Karsten Schmidt*, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, § 64 Rn. 25
- These 1: § 64 Satz 1 GmbHG als Tatbestand der Insolvenzverschleppung
  - ⇒ keine Anwendung mehr nach Insolvenzantrag
- These 2: Gebot der Massesicherung steht neben der Antragspflicht
  - ⇒ Anwendung auch nach dem Insolvenzantrag möglich (wohl h.M.)
- Argumente:
  - ⇒ Wortlaut des § 64 Satz 1 GmbHG enthält keine Begrenzung
  - ⇒ Pflicht zur Massesicherung auch im Eröffnungsverfahren sinnvoll
  - ⇒ Aber: keine Anwendung bei starkem vorläufigem Verwalter (selten)
  - ⇒ Unternehmensfortführung im Eröffnungsverfahren wird nicht unmöglich gemacht wegen § 64 Satz 2 GmbHG ⇒ b.w.

## 6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Lösung über § 64 Satz 2 GmbHG
  - BGH ZIP 2008, 72 (s.o. Folie 27): bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung)
    - ⇒ für das Eröffnungsverfahren richtige und insoweit auszuweitende, sonst jedoch zweifelhafte Rechtsprechung
  - keine Vermutung für sorgfaltsgemäßes Verhalten bei Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, vielmehr Gesamtschuld denkbar
  - ab Insolvenzantrag Parallele zur Haftung aus § 43 GmbHG

## 6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Sonderfrage: Zahlungen i.S.v. § 266a StGB + Steuerzahlungen
- Bei Anwendbarkeit des § 64 GmbHG im Eröffnungsverfahren (wohl h.M.) kann sich nach Antragstellung tatsächlich jene Pflichtenkollision ergeben, die für die Zeit vor Antragstellung nur herbeigeredet ist !!!
- bisher m.E. kein Strafurteil des BGH zur Nichtabführung gemäß § 266a StGB nach dem Insolvenzantrag
- Fragen:
  - Vorrang der Massesicherungspflicht nach dem Insolvenzantrag?
  - Insolvenzweckwidrigkeit von Zahlungen an Finanzämter und Sozialkassen im Eröffnungsverfahren, weil sie nicht der Betriebsfortführung im Interesse aller Gläubiger dienen?

## 6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Übertragbarkeit von BGHSt 48, 307 = NJW 2003, 3787 zur fehlenden Strafbarkeit in der 3-Wochen-Frist (heute: § 15a InsO)?
  - (–) z.B. *Thole*, DB 2015, 662, 666 (Hinweis u.a. auf BFH ZIP 2009, 122; aber Erfüllungsverbot aufgrund gesetzlicher Wertungen des Eröffnungsverfahrens)
  - (+) z.B. *Kahlert*, ZIP 2012, 2089, 2090
- Sinn des § 64 GmbHG: Erhaltung der verteilungsfähigen Vermögensmasse im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger und Verhinderung bevorzugter Befriedigung einzelner Gläubiger
- Einheitlichkeit der Rechtsordnung
- Erst-recht-Schluss, weil Sanierung im geordneten Verfahren erstrebt

## 6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Alternative Lösungsansätze
  - Anfechtungslösung: erst zahlen, dann später die Zahlung anfechten (vgl. den Fall des OLG Dresden NZI 2014, 703 m. Anm. *Schmittmann*)
    - ❖ *Frind*, ZInsO 2015, 22, 26: Nähe zur Untreue wegen Unsicherheit späterer Rückgewähr (Vertrauenseinwand + Insolvenz des Gegners)
    - ❖ *Thole*, DB 2015, 662, 668: Welchen Sinn macht die Annahme einer straf-/haftungsbewehrten Zahlungspflicht bei regelmäßiger Anfechtbarkeit?
    - ❖ Problem: Insolvenzanfechtung bei vorläufiger Eigenverwaltung (vgl. dazu BGH ZIP 2016, 1295: keine Anfechtung bei Anordnung der Begründung von Masseverbindlichkeiten gemäß § 270b Abs. 3 InsO)

## 6. Anwendung des § 64 GmbHG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- Alternative Lösungsansätze
  - Übertragung der Kassenführung auf den Sachwalter (sehr str.)
    - pro: AG Hamburg ZIP 2014, 2102; *Frind*, ZInsO 2015, 22 + EWIR 2015, 651
    - contra: AG Hannover ZIP 2015, 1111; *Undritz/Schur*, ZIP 2016, 549, 557 f.
  - Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts für Steuerzahlungen + Arbeitnehmerbeiträge (sehr str.)
    - pro: AG Düsseldorf ZInsO 2014, 2389
    - contra: AG Hannover ZIP 2015, 1111
- Grundfrage: Sanierungssubvention durch die öffentliche Hand
  - a) gewollt?
  - b) rechtlich zulässig oder unzulässige Beihilfe nach Art. 107, 108 AEUV?
    - ⇒ kritisch *Brückl/Bellmann*, ZInsO 2015, 1173 ff., zur Beihilfe insbes. S. 1179 f.

© 2016

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V.

[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)