

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

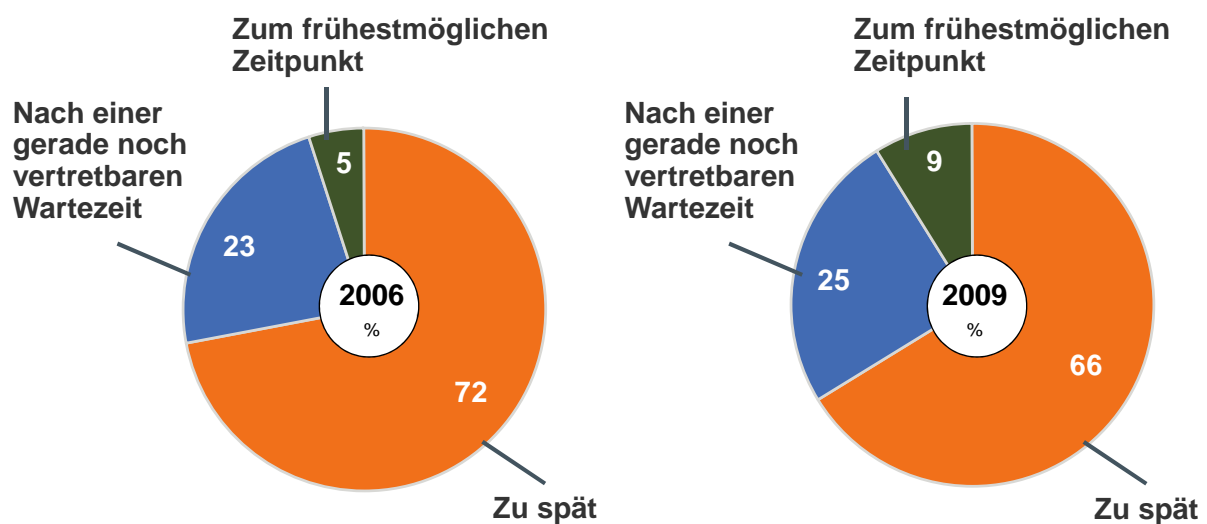
**Geschäftsführerhaftung gemäß § 64 GmbHG:  
Neue Erkenntnisse zum Ausgleich  
masseschmälernder Zahlungen**

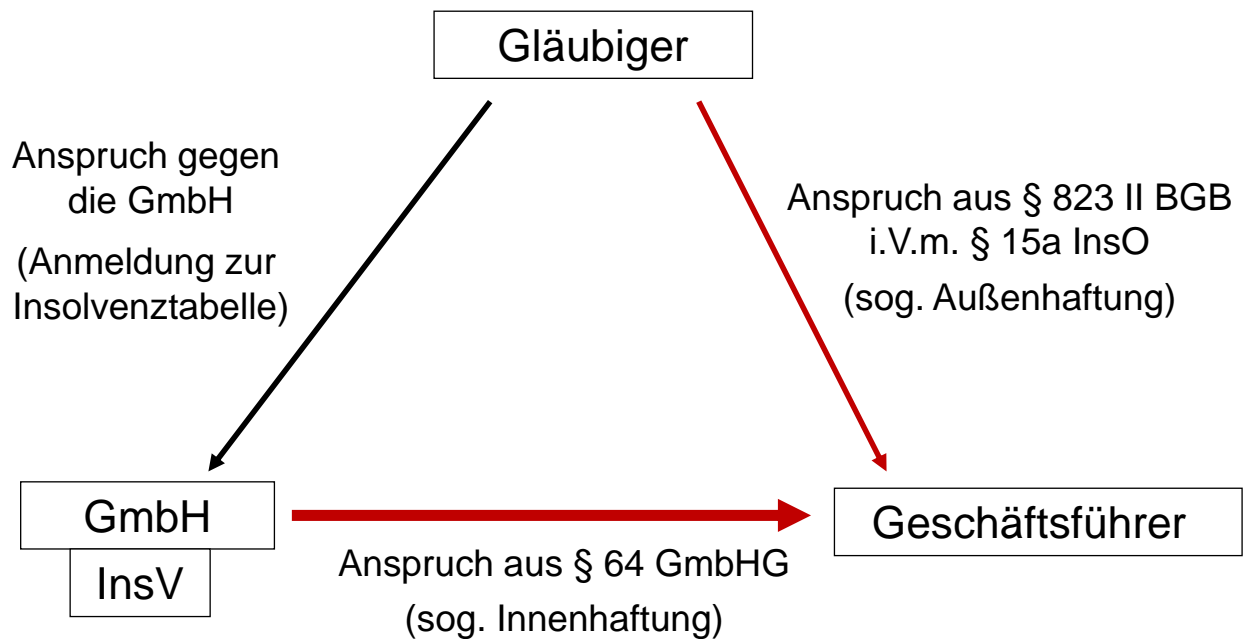
DB-Fachtagung Unternehmenssanierung  
am 16. Februar 2018 in Düsseldorf

www.georg-bitter.de

**Insolvenzverschleppung**

**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.)

## 1. 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

## 1. 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 EuInsVO (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 EuInsVO, wenn sie vom Insolvenzverwalter erhoben wird

## 1. Haftungsadressat

- Problem: Geschäftsführer einer Auslandsgesellschaft
- EuGH v. 10.12.2015 – RS C-594/14, ZIP 2015, 2468 – Kohlhaas
  - insolvenzrechtliche Qualifikation des § 64 GmbHG nach Art. 4 I EuInsVO
  - 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

## 2. Begriff der „Zahlung“

- bare Leistung an einzelne Gläubiger
- unbare Leistung vom *kreditorischen* Konto an einzelne Gläubiger
  - ❖ Auch bei Lastschriftabbuchung (Grund: fehlender Widerruf)
- Warenlieferung an einzelne Gläubiger
- BGHZ 143, 184: Einzug von Kundenschecks auf ein *debitorisches* Bankkonto
- BGH ZIP 2007, 1006: Zahlungen von Gesellschaftsschuldnern 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

## 2. Begriff der „Zahlung“

- 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)

## 3. 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

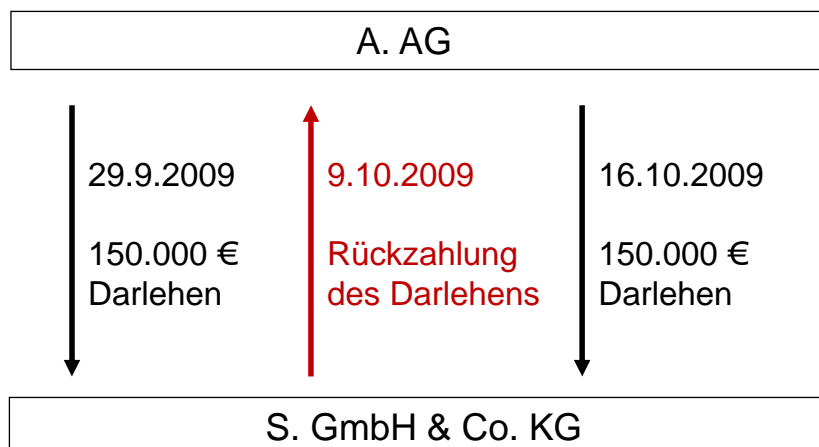
## 4. Hauptproblem: Haftungsumfang

- 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.; *Altmeyden*, 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

## 5. Aktiventausch – Grundzüge

- 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)
  - **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

## 5. Aktiventausch – Grundzüge

- BGH DB 2017, 1959 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 10 f.) :

Auch in Fällen des Aktiventausch liegt „zunächst eine zur Ersatzpflicht führende Zahlung vor. **Durch den Ausgleich entfällt vielmehr der aufgrund der Zahlung bestehende Anspruch gegen den Geschäftsführer.**“

„Da der die Erstattungspflicht auslösende Vorgang in der Schmälerung der Masse durch die einzelne Zahlung besteht, ist nicht jeder beliebige weitere Massezufluss als Ausgleich dieser Masseschmälerung zu berücksichtigen. Vielmehr **ist ein unmittelbarer wirtschaftlicher, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang mit der Zahlung erforderlich**, damit der Massezufluss der an und für sich erstattungspflichtigen Masseschmälerung zugeordnet werden kann.“

## 5. Aktiventausch – Grundzüge

- BGH DB 2017, 1959 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 12 ff.):

„Die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO aF sind insoweit aber nicht entsprechend anwendbar.“ (Rn. 12)

Argument: unterschiedlicher Zweck des Anfechtungsrechts (§§ 129 ff. InsO), insbesondere des § 142 InsO, einerseits und der Massesicherungspflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG andererseits

„Anders als § 142 InsO soll der Wegfall der Erstattungspflicht bei einer ausgleichenden Gegenleistung nach einer Zahlung im Sinne des § 64 Satz 1 GmbHG ... nicht eine weitere Teilnahme der Schuldnerin am Geschäftsverkehr ermöglichen. Ab Insolvenzreife darf der Geschäftsführer – abgesehen von der Ausnahme nach § 64 Satz 2 GmbHG – keine Zahlungen mehr leisten, sondern hat Insolvenzantrag zu stellen.“ (Rn. 15)

## 6. Aktivtausch ↔ Bargeschäft

- Unterschiede zwischen Aktivtausch und Bargeschäft i.S.v. § 142 InsO:
  - Das Bargeschäft erfasst auch Fälle der Vorleistung von Seiten des Geschäftspartners; für § 64 Satz 1 GmbHG ist das sehr zweifelhaft.
  - Das Bargeschäft gilt nur bei *gleichwertiger* Gegenleistung, während bei § 64 Satz 1 GmbHG auch eine partielle Gegenleistung angerechnet werden muss (BGHZ 203, 218, Leitsatz 1: „soweit“).
  - Bei § 64 Satz 1 GmbHG kann auch eine vom Geschäftspartner mehr als 30 Tage später erbrachte Gegenleistung angerechnet werden, da nur „ein unmittelbarer wirtschaftlicher, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang“ gefordert wird (⇒ Folie 13).
  - Ergebnis: richtig ist eher eine (partielle) Orientierung an den Grundsätzen zu § 129 InsO (vgl. dazu ausführlich *Bitter*, KTS 2016, 455 ff.)

## 7. Aktivtausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- BGH DB 2017, 1959 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 18 ff.) :

Gegenleistung muss im relevanten Zeitpunkt (Zugang zur Masse) durch die Gläubiger verwertbar sein. (Rn. 18)

Bei der Wertbemessung sind Liquidationswerte anzusetzen. (Rn. 19)

Eine reine Dienst- oder Arbeitsleistung genügt als Gegenleistung regelmäßig nicht, weil sie die Aktivmasse nicht erhöht. (Rn. 18)

Auch geringwertige Verbrauchsgüter (wie beispielsweise Kaffee) sind für die Gläubiger regelmäßig nicht verwertbar und damit als Gegenleistung ungeeignet. (Rn. 20)



## 7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- Einzelfälle denkbarer Gegenleistungen
  - Errichtung eines Hauses: Kompensation nur im Umfang des gelieferten Baumaterials, nicht auch im Wert der Pläne von Architekten und Baustatikern oder der Arbeitsleistung der Handwerker?
  - Anbieter von Fachseminaren: keine Kompensation bei Dienstleistung der Referenten oder der Lieferung des Essens durch den Caterer, obwohl das Seminar mit Gewinn abgeschlossen wird?
  - Beratungsleistungen: generell keine Kompensation für Rechtsberatung, die Erstellung von Jahresabschlüssen, Sanierungsgutachten etc.?

## 7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- Frage: Beweis zulässig, dass durch die Dienst- oder Arbeitsleistung ein Produkt hergestellt wurde, dessen Wert den Preis für die Dienst- oder Arbeitsleistung übersteigt?
  - **Problem**: oft kein direkter Zusammenhang zwischen einer Dienst- oder Arbeitsleistung und einem konkreten „Produkt“
  - *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1142: Beweis dürfte selten gelingen
- **Zusatzproblem**: Reihenfolge der Leistungen ⇒ Vertragspartner leistet oft vor ⇒ frühere Leistung kann keinen noch gar nicht entstandenen Anspruch der GmbH entfallen lassen (so aber das Konzept des BGH oben Folie 13)
- **Frage**: Lösung über § 64 Satz 2 GmbHG?
  - m.E. beim Aktiventausch keine Anwendung von Satz 2 neben der vom BGH angenommenen (teleologischen) Einschränkung von Satz 1

## 7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- Frage: Entstehung einer Forderung zugunsten der GmbH als Ausgleich?
  - offen BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 = DB 2015, 55 (Rn. 16).
  - ablehnend *Casper*, ZIP 2016, 793, 797 m.w.N. in Fn. 35
  - befürwortend *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1142 bei kurzfristiger Verwertbarkeit
  - zweifelhafte Vereinbarkeit mit der oben auf Folie 13 dargelegten Ansicht aus BGH DB 2017, 1959 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 10: Anspruchsentstehung durch Leistung; Ausschluss durch Ausgleich), da dann bei gegenseitigen Verträgen die Kompensation schon in der *Begründung* des Gegenleistungsanspruchs läge oder spätestens darin, dass dieser Anspruch mit Erbringung der eigenen Leistung werthaltig wird

## 7. Aktiventausch – Anforderungen an die Gegenleistung

- Frage: Wertbestimmung
  - Grundsatz: Liquidationswerte (s.o. Folie 16)
    - ⇒ *Casper*, ZIP 2016, 793, 797; *Kordes*, NZG 2017, 1140, 1142: widerlegliche Vermutung, dass der gezahlte Preis der Gegenleistung entspricht
    - ⇔ Kritik: auf der Basis von Liquidationswerten kaum richtig, wenn damit Zerschlagungswerte gemeint sind
  - Ansatz von Fortführungswerten, wenn eine Fortführung gesichert oder jedenfalls wahrscheinlich erscheint?
    - ⇒ offen BGH DB 2017, 1959 = WM 2017, 1661 = ZIP 2017, 1619 (Rn. 20)

## 8. Kein Aktiventausch in Durchleitungsfällen

- 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.“

## 8. Kein Aktiventausch in Durchleitungsfällen

- Parallele zur Kollision § 64 GmbHG ⇔ § 266a StGB (Folien 26 f.), aber strafrechtliche Subsumtion des BGH bei § 266 StGB zweifelhaft
- Bestätigt in BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 18)  
Einziehung 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
- Eigene Ansicht: Pflichtenkollision entlastet vor Insolvenzantrag gar nicht

### 9. Aktivtausch bei Leistung vom debitorischen Konto

- 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 12) 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?

### 10. 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 23)

## 11. 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 29)
- enger BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 24): wenn durch Betriebs-einstellung 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 26 f.

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

- BGHSt 48, 307 = NJW 2003, 3787  
keine Strafbarkeit nach § 266a StGB bei Unterlassen der Abführung an die Sozialkasse in der 3-Wochen-Frist des § 64 I GmbHG a.F. = § 15a I InsO n.F.
- 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)  
Massesicherungspflicht aus § 64 II GmbHG a.F. berührt die 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)

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

- BGH NJW 2007, 2118 (II. Zivilsenat – Änderung der Rspr.)  
Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bei Insolvenzreife 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

## 13. Anwendung des § 64 GmbHG nach Antragstellung

- 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 (*Brinkmann*, DB 2012, 1369)
- These 2: Gebot der Massesicherung steht neben der Antragspflicht  
⇒ Anwendung auch nach dem Insolvenzantrag möglich (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.

## 13. Anwendung des § 64 GmbHG nach Antragstellung

- Lösung über § 64 Satz 2 GmbHG
  - BGH ZIP 2008, 72 (s.o. Folie 25): bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung)
    - ⇒ für das Eröffnungsverfahren richtige und insoweit auszuweitende, sonst jedoch zweifelhafte Rechtsprechung
  - keine rechtliche, sondern allenfalls tatsächliche Vermutung für sorgfalts-gemäßes Verhalten bei Zustimmung des vorläufigen Sachwalters/Insolvenzverwalters und/oder des vorläufigen Gläubigerausschusses; bei gemeinsamem Pflichtverstoß Gesamtschuld denkbar
  - ab Insolvenzantrag besteht im Pflichtenmaßstab (nicht aber in der Rechtsfolge) eine Parallele zur Haftung aus § 43 GmbHG

## 13. Anwendung des § 64 GmbHG nach Antragstellung

- 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
- aber BFH DB 2018, 37 = ZIP 2018, 22: Der Geschäftsführer haftet auch im Regeleröffnungsverfahren trotz Anordnung eines allgemeinen Zustimmungsvorbehaltes (sog. schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter) grundsätzlich für nicht abgeführte Umsatzsteuer. Argument: keine Kollision mit § 64 Satz 1 GmbHG wegen § 64 Satz 2 GmbHG

### ➤ Eigene Ansicht

- Rechtsprechung des 5. Strafsenats zum Vorrang des § 266a StGB vor § 64 GmbHG (Folie 26) betrifft nur den Zeitraum vor Insolvenzantrag (A. Schmidt, ZIP 2017, 1357, 1359)
- 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 nach der Antragstellung eine Sanierung im geordneten Verfahren erstrebt wird und nicht nur ein letzter eigener Sanierungsversuch in der 3-Wochen-Frist in Rede steht (dazu BGHSt 48, 307 = NJW 2003, 3787: fehlende Strafbarkeit in der Drei-Wochen-Frist des heutigen § 15a I InsO)?

### 13. Anwendung des § 64 GmbHG nach Antragstellung

#### ➤ Thesen

- a) Eine allgemeine teleologische Reduktion des § 64 GmbHG im Eröffnungsverfahren ist nicht veranlasst. Bei starker vorläufiger Insolvenzverwaltung entfällt die Haftung jedoch wegen des Fortfalls der Geschäftsführungsbefugnis.
- b) Zahlungen, die – in Fällen schwacher vorläufiger Insolvenzverwaltung, vorläufiger Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren – zur Betriebsfortführung im Interesse der Gläubiger erforderlich sind, fallen unter § 64 Satz 2 GmbHG. Diese Ausnahme vom Zahlungsverbot greift nach dem Insolvenzantrag weiter als vorher; der Pflichtenmaßstab entspricht sodann dem des § 43 GmbHG nach Eintritt der materiellen Insolvenz.



## 13. Anwendung des § 64 GmbHG nach Antragstellung

### ➤ Thesen

- c) Das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG setzt sich im Eröffnungsverfahren gegen § 266a StGB und § 69 AO durch, weil es in der insolvenzrechtlichen Wertung durch die Regeln zum Eröffnungsverfahren und die (fast) zwingende Anfechtbarkeit eventuell geleisteter Zahlungen gestützt wird.
- d) Das Verschulden entfällt, wenn der Geschäftsführer der verfehlten Rechtsprechung (insbes. des BFH) folgt und die Zahlungen leistet.
- e) Das Bedürfnis für eine Anwendung des § 64 Satz 1 GmbHG sinkt, wenn man in der (vorläufigen) Eigenverwaltung – richtigerweise – die §§ 60, 61 InsO entgegen OLG Düsseldorf, ZIP 2017, 2211 = DB 2017, 2730 analog auf die Geschäftsführung anwendet.