

Massesicherung nach Insolvenzzreife – Der neue § 15b InsO!

VGR – Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

Jahrestagung am 5.11.2021

Thesen

1. Die Neufassung des Massesicherungsgebots in § 15b InsO sollte der II. Zivilsenat des BGH zum Anlass nehmen, seine bisherige Rechtsprechung zu § 64 GmbHG a.F. zu korrigieren. Eine Fortführung der bisherigen Grundsätze widerspräche dem im SanInsFoG klar zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers.

Zur Sorgfaltsausnahme des § 15b Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, 3, 8 InsO

2. Die Konkretisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO (früher § 64 Satz 2 GmbHG) in den Absätzen 2, 3 und 8 des § 15b InsO bringt eine doppelte und richtige Korrektur der Rechtsprechung des II. Zivilsenats mit sich:

a) Der *pflichtwidrig* die Insolvenz verschleppende Geschäftsleiter profitiert (grundsätzlich) nicht mehr vom Privileg der Sorgfaltsausnahme, auch nicht bei der straf- und haftungsbewehrten Abführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB) und Steuern (§§ 34, 69 AO).

b) Der *pflichtgemäß* i.S.v. § 15a Abs. 1 InsO handelnde Geschäftsführer wird demgegenüber privilegiert: Im Drei-/Sechs-Wochen-Zeitraum des § 15a Abs. 1 InsO und im Eröffnungsverfahren sind grundsätzlich alle Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erlaubt. Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn ein objektiv denkender Gläubiger der Zahlung im Interesse einer vorläufigen Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zugestimmt hätte. Die enger begrenzte Notgeschäftsführung gibt es nicht mehr. Im Drei-/Sechs-Wochen-Zeitraum und im Eröffnungsverfahren treten außerdem die genannten straf- und haftungsbewehrten Abführungsgebote grundsätzlich hinter dem Massesicherungsgebot zurück, um (nur) die *pflichtgemäß* handelnden Geschäftsleiter in dieser Phase der *unverschuldeten* Pflichtenkollision zu entlasten, und zwar in umgekehrter Richtung als es der BGH-Rechtsprechung entsprach.

3. Die auf Steuerzahlungen begrenzte Regelung des § 15b Abs. 8 InsO ist analog auf die Abführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB) anzuwenden. Ob der Gesetzgeber angesichts der Rechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH in Bezug auf § 266a StGB (BGHSt 48, 307) insoweit von vorneherein kein Regelungsbedürfnis gesehen hat (so *Berberich*, ZInsO 2021, 1313, 1317) oder ihm die (Parallel-)Problematik in der außergewöhnlichen Hektik des Gesetzgebungsverfahrens entgangen ist und deshalb eine unbewusste Regelungslücke vorliegt (so *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R18; vgl. auch *Bitter*, ZIP 2021, 321, 328), kann im Ergebnis dahinstehen. Angesichts der niemals bestrittenen Vergleichbarkeit der Interessenlage kann jedenfalls nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber des SanInsFoG die Zahlung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB) anders behandelt wissen wollte als die haftungsbewehrte Abführung von Steuerzahlungen (§§ 34, 69 AO).

Zur Rechtsfolge des § 15b Abs. 4 Sätze 1 und 2 InsO

4. Auf der Rechtsfolgenseite des Zahlungsverbots nähert § 15b Abs. 4 Sätze 1 und 2 InsO die Rechtslage in Deutschland per Gesetz jenen Grundsätzen an, die in Österreich bereits seit gut vier Jahren auf der Basis der Rechtsprechung des OGH Wien gelten (Urteil v. 26.9.2017 – 6 Ob 164/16k im Anschluss an Scholz/*Karsten Schmidt*, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 64 Rn. 16, 63, 68). Haftungsrelevant ist nun im Ergebnis der allen Gläubigern gemeinschaftlich entstandene Schaden („Schaden der Gläubigerschaft“), der jedoch in Höhe der verbotswidrig geleisteten Einzelzahlungen widerleglich vermutet wird. Dieses Konzept überzeugt zwar insoweit nicht, als die Einzelzahlungen keinerlei Bezug zu dem Gesamtgläubigerschaden haben und deshalb nicht als Vermutungstatbestand taugen; es handelt sich im Vergleich zur bislang h.M. jedoch immerhin um einen „Schritt in die richtige Richtung“ (vgl. *Bitter*, GmbHR 2020, 1157, 1158 und *Bitter*, ZIP 2021, 321, 328 f.).

5. Entgegen der Annahme des OGH Wien und einer auch in Deutschland verbreiteten These sollte der in § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO genannte „Schaden der Gläubigerschaft“ nicht mit dem sog. Quotenverminderungsschaden gleichgesetzt werden, der im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 15a, 92 InsO – weitgehend theoretisch – für ersatzfähig erklärt wird (so aber *Wolfer*, in BeckOK InsO, 24. Ed. 15.7.2021, § 15b Rn. 33 f.; *Baumert*, NZG 2021, 443, 448 mit Fn. 94; *Desch/Hochdorfer*, in: Desch, Das neue Restrukturierungsrecht, 2021, § 6 Rn. 62 ff.: „Differenz der maximalen hypothetischen und minimalen tatsächlichen Quote“). Vielmehr ist auf den durch die verspätete Insolvenzantragstellung verursachten Vermögensverlust abzustellen, welchen der IX. Zivilsenat im Jahr 2013 in einem Haftungsprozess gegen einen fehlerhaft beratenden Steuerberater für ersatzfähig erklärt hat (*Bitter*, ZIP 2021, 321, 329 mit Hinweis auf BGH ZIP 2013, 1332; zust. *Müller*, GmbHR 2021, 737, 743, Rn. 13).

6. Der neu entflammte Streit um die richtige dogmatische Einordnung des Zahlungsverbots in § 15b InsO, in welchem teils unter Betonung des § 15b Abs. 4 Satz 1 InsO weiter von einem Ersatzanspruch eigener Art ausgegangen wird, während andere unter Hinweis auf § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO (richtigerweise) die Einordnung als insolvenzrechtlicher Schadensersatzanspruch (im Sinne der Gesamtbetrachtungslehre) vertreten, führt im Ergebnis kaum weiter. Entscheidend für die Prozesspraxis wird zukünftig sein, welche Anforderungen die Gerichte im Rahmen des § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO an die Darlegungs- und Substantiierungslast des Geschäftsführers stellen. Diese sollten nicht überspannt werden, um dem in jener Norm zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers zu einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung zugunsten der Geschäftsführer zum Durchbruch zu verhelfen.

7. Der Gegenbeweis des § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO sollte nicht auf die komplette Geschäftstätigkeit während des ganzen Zeitraums der Insolvenzverschleppung bezogen werden. Vielmehr sollte es den Geschäftsleiter bereits entlasten, wenn er darlegen und beweisen kann, dass die konkrete Zahlung Teil eines während der Insolvenzreife durchgeführten, jedoch mit Gewinn abgeschlossenen Geschäftsvorgangs/Gesamtprojekts ist. Insoweit sind die bisherigen Grundsätze zum Aktivtausch auszuweiten, insbesondere auch Dienstleistungen als kompensationsfähig anzusehen. Ferner sind *neue* Leistungen, die im Rahmen einer laufenden Geschäftsbeziehung nach der „Zahlung“ einer *alten* Leistung erbracht werden, haftungsmindernd anzurechnen.