

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

**Geschäftsführerhaftung in der Insolvenz  
– Alles neu durch SanInsFoG  
und StaRUG? –**

PLUTA Hybrid-Veranstaltung  
am 28. Januar 2021 in Stuttgart

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

## Gliederung

- I. Geschäftsführung im Gläubigerinteresse?
- II. Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht
- III. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)
- IV. Haftung im präventiven Restrukturierungsrahmen  
(§§ 42, 43 StaRUG)
- V. Haftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung  
(§ 276a Abs. 2, 3 InsO)

## 1. Grundlagen

- ⇒ Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG steht zur Disposition der Gesellschafter; daher keine Haftung bei Weisung der Gesellschafter / keine Haftung des (wirtschaftlichen) Alleingesellschafter-Geschäftsführers
  - ❖ BGHZ 142, 92 (Golfplatz); BGH NJW 2000, 1571; s. auch BGHSt 54, 52 = ZIP 2009, 1860 (Rn. 24 ff.) zu § 266 StGB
- ⇒ Gläubigerschutz grundsätzlich nur über § 43 Abs. 3 GmbHG
- ⇒ Aber: Zunehmende Ansicht in der Literatur, die einen Pflichtenumschwung in der (materiellen) Insolvenz bejaht (*shift of duties*)
  - Zeitpunkt des Pflichtenumschwungs streitig: materielle Insolvenz; Insolvenzantrag; Insolvenzeröffnung
- ❖ Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 29 ff., 461 ff.

## 2. Zunächst geplante Einführung der §§ 2 f. StaRUG-E

### § 2 StaRUG. Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit

(1) Ist die juristische Person oder die Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit im Sinne von § 15a Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 der Insolvenzordnung **drohend zahlungsunfähig (§ 18 der Insolvenzordnung), wahren die Geschäftsleiter die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger. ...**

(2) Die Mitglieder der Überwachungsorgane wachen über die Einhaltung der Pflicht der Geschäftsleiter nach Absatz 1. ...

(3) ... (Führungslosigkeit)

(4) Vorbehaltlich der Pflicht nach Absatz 1 berücksichtigen die Geschäftsleiter nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen auch die Interessen der an dem Schuldner beteiligten Personen und der sonstigen Beteiligten ...

## 2. Zunächst geplante Einführung der §§ 2 f. StaRUG-E

### § 3 StaRUG. Haftung

(1) Ein **Geschäftsleiter**, welcher seine Pflicht nach § 2 Absatz 1 verletzt, haftet der juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit für den entstandenen Schaden, es sei denn, er hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten.

(2) Absatz 1 gilt auch für **Mitglieder der Überwachungsorgane**, welche ihre Pflicht nach § 2 Absatz 2 verletzen.

(3) ... (Führungslosigkeit)

(4) ... (Verzicht + Vergleich)

(5) ... (Verjährung)

## 3. Streichung der §§ 2 f. StaRUG-E im Rechtsausschuss

### a) Begründung des Rechtsausschusses (BT-Drucks. 19/25353)

- ⇒ unklares Verhältnis zu den im Gesellschaftsrecht verankerten Sanierungspflichten
- ⇒ keine Entstehung von Haftungslücken durch die Streichung, obwohl die an die Überschuldung anknüpfenden Haftungs- und Sanktionsnormen wegen der Verkürzung des Prognosezeitraums (⇒ Folien 12 ff.) an Gewicht verlieren
- ⇒ Bedürfnis nach Gläubigerschutz wird durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen aufgefangen

## 3. Streichung der §§ 2 f. StaRUG-E im Rechtsausschuss

### b) Stellungnahme

- ⇒ Fortgeltung der schon zuvor zunehmend anerkannten Pflichtenstellung im Gläubigerinteresse bei (materieller) Insolvenz ⇒ Folie 3
  - ❖ *Bitter*, GmbH 2021, R16, R17
  - ❖ Gehrlein, BB 2021, 66, 67: Aufforderung des Gesetzgebers, die Wahrung der Gläubigerinteressen bei § 43 GmbHG und § 93 AktG zu berücksichtigen
- ⇒ **Problem:** keine Haftung nach diesen Grundsätzen, wenn eine Überschuldung i.S.v. § 19 InsO und damit eine materielle Insolvenz gerade nicht mehr vorliegt, weil der Überschuldungstatbestand nun eingeschränkt wurde ⇒ Folien 12 ff.
  - ❖ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 58.2 (Online-Aktualisierung)

- I. Geschäftsführung im Gläubigerinteresse?
- II. Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht
- III. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)
- IV. Haftung im präventiven Restrukturierungsrahmen (§§ 42, 43 StaRUG)
- V. Haftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung (§ 276a Abs. 2, 3 InsO)

### 1. Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)

- ❖ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 107 ff., zur Neufassung durch das SanInsFoG Rn. 115.1 (Online-Aktualisierung)

#### a) Normtext des § 18 InsO (Ergänzung im Fettdruck)

(1) Beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Eröffnungsgrund.

(2) Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. **In aller Regel ist ein Prognosezeitraum von 24 Monaten zugrunde zu legen.**

(3) ...

### 1. Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)

#### b) Bisher anerkannte Grundsätze zur Fortführungsprognose

- ⇒ Berücksichtigung auch von Forderungen, die im Prognosezeitraum fällig werden können (z.B. durch Kündigung eines Darlehens)
- ⇒ Dauer der Prognose theoretisch bis zur letzten Fälligkeit aller „bestehenden“ Verbindlichkeiten; aber Prognose i.d.R. nur für einen überschaubaren Zeitraum realistisch
  - Prognosezeitraum nach h.M. (Faustregel): laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr
  - entscheidend bleibt jedoch immer der betriebswirtschaftlich überschaubare Zeitraum

### 1. Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)

#### c) Begründung zum RegE-SanInsFoG

- ⇒ Unsicherheiten hinsichtlich der Dauer des Prognosezeitraums der drohenden Zahlungsunfähigkeit werden durch die Fixierung auf in der Regel 24 Monate beseitigt
- ⇒ Anknüpfung an Geschäftsjahre kann sich unter Planungsgesichtspunkten anbieten; hieraus resultierten jedoch unterschiedliche Prognosezeiträume von knapp über 12 Monate bis knapp unter 24 Monate; dies vermag nicht zu überzeugen
- ⇒ „in der Regel“ = in Einzelfällen kürzer oder länger ⇒ Berücksichtigung von Besonderheiten des Schuldners/Geschäftsbetriebs
- ⇒ Ergebnis: keine (wesentliche) Änderung im Vergleich zu früher

### 2. Überschuldung (§ 19 InsO)

- ❖ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579 ff.
- ❖ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 38 ff.
- ❖ Zur Neufassung durch das SanInsFoG siehe die Online-Aktualisierung bei *Scholz/Bitter*, a.a.O., Vor § 64 Rn. 58.1 ff. und *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17

#### a) Normtext des § 19 InsO (Ergänzung in Fettdruck)

- (1) Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.
- (2) Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens **in den nächsten zwölf Monaten** ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. ...

### 2. Überschuldung (§ 19 InsO)

#### b) Bisher anerkannte Grundsätze zur Fortführungsprognose

- ⇒ Inhalt der Fortführungsprognose nach h.M.: subjektiver Fortführungswille + objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft
    - ❖ a.A. Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 54 ff.
  - ⇒ Prognosezeitraum: laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr (h.M.)
    - Grund: Prognoseunsicherheit bei noch weitergehendem Blick
    - Aber: Berücksichtigung auch weiter in der Zukunft liegender Ereignisse, wenn die Prognoseunsicherheit fehlt
- Beispiel 1: PIK-Finanzierung: Heute steht fest, dass ein großer Betrag in 3 Jahren fällig wird und nicht refinanziert werden kann.
- Beispiel 2: Pensionsverpflichtungen, die nur noch für einige Jahre durch Aufzehrung der Substanz bedient werden können

### 2. Überschuldung (§ 19 InsO)

#### c) Begründung zum RegE-SanInsFoG

- ⇒ Beibehaltung der Überschuldung als zwingender Antragsgrund
  - Zwang zu vorausschauender Planung
- ⇒ Verkürzung des Prognosezeitraums auf 12 Monate (im Anschluss an *Brinkmann*) zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Länge des Prognosezeitraums + zur besseren Handhabbarkeit in der Praxis
- ⇒ keine Regelungs-/Haftungslücke wegen § 2 StaRUG-E (trotz dort fehlender Antragspflicht)
- ⇒ tatbestandlicher Überschneidungsbereich zu § 18 InsO reduziert
  - im Restüberschneidungsbereich: positive Prognose in § 19 InsO auch aus wahrscheinlicher Umsetzung eines Sanierungsvorhabens

### 2. Überschuldung (§ 19 InsO)

#### c) Kritik an der Neuregelung

- ⇒ Ausgleich durch § 2 StaRUG ist entfallen wegen Streichung jener Norm im Rechtsausschuss des Bundestags
  - Verweis auf *gesellschaftsrechtliche* Haftung überzeugt nicht ⇒ Folie 7
- ⇒ Gesetzgeber verkennt das teleologische Fundament des modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriffs
  - keine Antragspflicht trotz bilanzieller Überschuldung bei Wahrscheinlichkeit einer *dauerhaften* Zahlungsfähigkeit
- ⇒ Verkürzung nicht gerechtfertigt, wenn Prognoseunsicherheit nicht besteht
  - Frage nach einer teleologischen Reduktion der 12-Monats-Frist bei fehlender Prognoseunsicherheit
- ❖ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 58.1 ff. (Online-Aktualis.)

### 3. Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO)

- ❖ Überblick bei *Bitter*, ZInsO 2018, 625, 646 f.
- ❖ Details bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 276 ff.
- ❖ Zur Neufassung durch das SanInsFoG siehe die Online-Aktualisierung bei Scholz/*Bitter*, a.a.O., § 64 Rn. 254.1 f. und *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17

#### a) Normtext des § 15a InsO (Änderung/Ergänzung in Fettdruck)

(1) Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern einen Eröffnungsantrag zu stellen. Der Antrag ist spätestens **drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung zu stellen.** ...

(2) ...

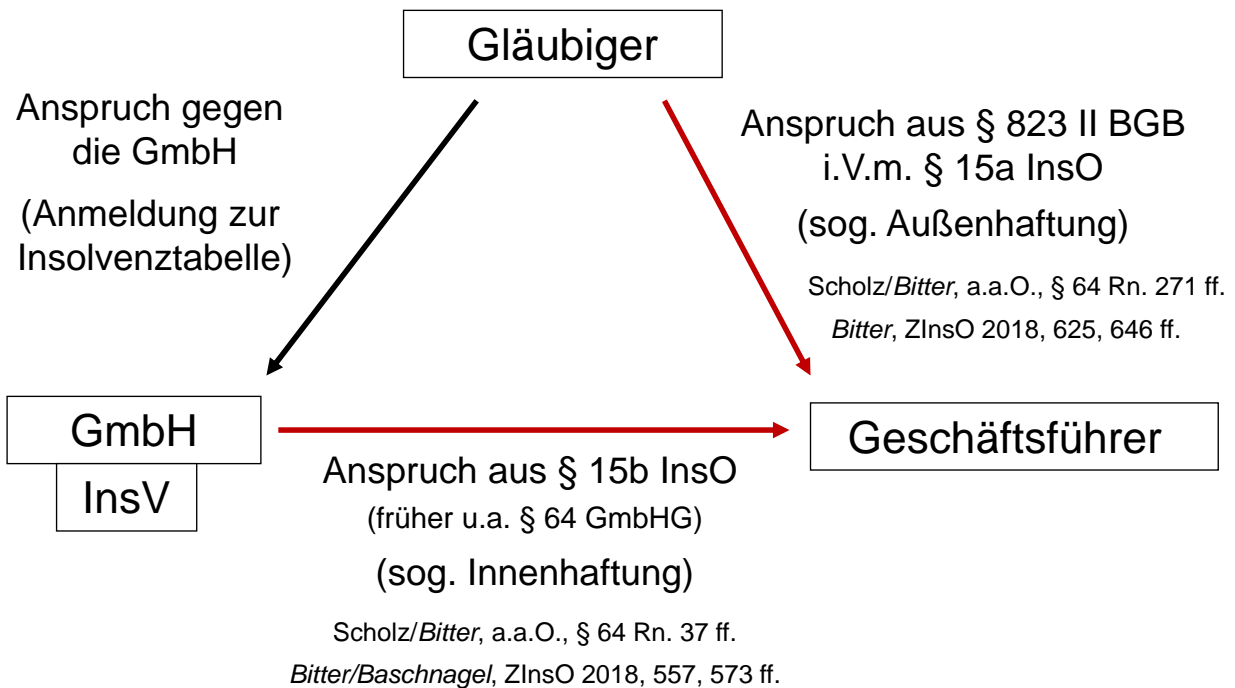


### 3. Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO)

#### b) Begründung zum RegE-SanInsFoG (zur Verlängerung der Maximalfrist für den Antrag bei Überschuldung)

- ⇒ Die Verlängerung soll es dem Schuldner ermöglichen, laufende Sanierungsbemühungen außergerichtlich noch zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen oder ggf. eine Sanierung im präventiven Restrukturierungsrahmen oder auf der Grundlage eines Eigenverwaltungsverfahrens ordentlich und gewissenhaft vorzubereiten.

- I. Geschäftsführung im Gläubigerinteresse?
- II. Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht
- III. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)**
- IV. Haftung im präventiven Restrukturierungsrahmen  
(§§ 42, 43 StaRUG)
- V. Haftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung  
(§ 276a Abs. 2, 3 InsO)



#### 1. Zeitlicher Anwendungsbereich des § 15b InsO

a) Allgemeine gesetzliche Regel:

**Art. 103 EGIInsO. Überleitungsvorschrift zum Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz**

Auf Insolvenzverfahren, die vor dem 1. Januar 2021 beantragt worden sind, sind die bis dahin geltenden Vorschriften weiter anzuwenden.

b) Anwendung auf § 15b InsO?

m.E. keine Anwendbarkeit, da es sich bei § 15b InsO nicht um eine insolvenzverfahrensrechtliche Vorschrift handelt. Es gilt die zur Zeit der Vornahme der Handlung geltende Haftungsregel.

Sinnvolle Lösung: Interpretation des § 64 Satz 1 GmbHG im Sinne der neuen Regelung in § 15b InsO, um Friktionen zu vermeiden, insbesondere bei über den 1.1.2021 andauernden Insolvenzverschleppungen.

## 2. Neufassung des Zahlungsverbots in § 15b Abs. 1 InsO

### a) Normtext (Änderung im Rechtsausschuss in Fettdruck)

(1) Die **nach** § 15a Absatz 1 Satz 1 **antragspflichtigen** Mitglieder des Vertretungsorgans und Abwickler einer juristischen Person dürfen nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung der juristischen Person keine Zahlungen mehr für diese vornehmen. Dies gilt nicht für Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.

## 2. Neufassung des Zahlungsverbots in § 15b Abs. 1 InsO

### b) Begründung zum RegE-SanInsFoG:

- ⇒ Übernahme der bisher im Gesellschaftsrecht kodifizierten Verbote
  - § 64 Satz 1 GmbHG enthielt das Verbot nur mittelbar
- ⇒ keine Anwendbarkeit auf Vereine und Stiftungen
- ⇒ „Zahlung“ wie bisher weit auszulegen; nicht auf Geldleistung beschränkt
- ⇒ Absatz 1 Satz 2 übernimmt im Grundsatz die bisher bestehenden Ausnahmeregelungen (u.a. in § 64 Satz 2 GmbHG)
  - aber Konkretisierung der Ausnahme in § 15b Abs. 2 und 3 InsO

## 2. Neufassung des Zahlungsverbots in § 15b Abs. 1 InsO

### c) Begründung zur Anpassung im Rechtsausschuss

⇒ Klarstellung, dass bei Vereinen und Stiftungen keine Zahlungsverbote bestehen. Jetzt Anknüpfung an eine nach § 15a InsO bestehende Antragspflicht.

### d) Stellungnahme

⇒ Die „Klarstellung“ in Abs. 1 führt eher zu Unklarheit: Jetzt ist das Missverständnis möglich, dass die Zahlungsverbote eine (aktuelle) Antragspflicht voraussetzen. Richtigerweise beginnt das Zahlungsverbot auch in Zukunft (vorbehaltlich von Abs. 2) mit dem objektiven Eintritt der Insolvenzreife, nicht erst mit Ablauf der 3-/6-Wochen-Frist.

❖ *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17 f.; vgl. aber auch *Gehrlein*, DB 2020, 2393, 2394

## 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

### a) Normtext

(2) Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen, gelten vorbehaltlich des Absatzes 3 als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar. Im Rahmen des für eine rechtzeitige Antragstellung maßgeblichen Zeitraums nach § 15a Absatz 1 Satz 1 und 2 gilt dies nur, solange die Antragspflichtigen Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife oder zur Vorbereitung eines Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben. Zahlungen, die im Zeitraum zwischen der Stellung des Antrags und der Eröffnung des Verfahrens geleistet werden, gelten auch dann als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar, wenn diese mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters vorgenommen wurden.

#### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

##### a) Normtext

(3) Ist der nach § 15a Absatz 1 Satz 1 und 2 für eine rechtzeitige Antragstellung maßgebliche Zeitpunkt verstrichen und hat der Antragspflichtige keinen Antrag gestellt, sind Zahlungen in der Regel nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.

#### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

##### b) Begründung zum RegE-SanInsFoG:

- ⇒ Abweichung von der Rechtsprechung des BGH in zweierlei Hinsicht:
- ⇒ bei fehlender Insolvenzverschleppung (laufende 3-/6-Wochen-Frist oder nach Antragstellung) großzügigerer Maßstab für die Sorgfaltsausnahme
  - keine Begrenzung auf sog. Notgeschäftsführung
  - Rspr. zum fehlenden Aktivtausch bei Dienstleistungen zu eng
- ⇒ bei Insolvenzverschleppung i.d.R. keine Anwendung der Sorgfaltsausnahme mehr
  - auch keine Privilegierung mehr bei Zahlung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB) und Steuern (§§ 34, 69 AO)

#### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

c) Bisherige Rechtsprechung zur sog. „Notgeschäftsführung“  
= Zahlungen zur Nachteilsabwendung:

- ⇒ BGH ZIP 2008, 72: § 64 Satz 2 GmbHG bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung)
- ⇒ 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

#### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

d) Problem der bisherigen Rechtsprechung zur „Notgeschäftsführung“

- ⇒ Sonderbehandlung bei Strom/Gas/Wasser zweifelhaft; Übertragbarkeit auf andere Dauerschuldverhältnisse (Arbeitnehmer, Versicherer etc.)
- ⇒ Aber: Privilegierung bei Insolvenzverschleppung nicht gerechtfertigt
- ⇒ eigentliche Bedeutung der Sorgfaltsausnahme im Eröffnungsverfahren + im 3-Wochen-Zeitraum; dort dann aber großzügigere Anwendung
- ⇒ Literatur: *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6, 7; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 575 und 588 f.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 167 ff., zur Neufassung durch das SanInsFoG Rn. 163.1 der Online-Aktualisierung; *Bitter*, GmbHR 2020, 1157, 1159

#### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

##### e) Lösung des Gesetzgebers

⇒ grundsätzlich keine Sorgfaltsausnahme bei Insolvenzverschleppung

Frage: bleiben noch Restfälle der Zulässigkeit?

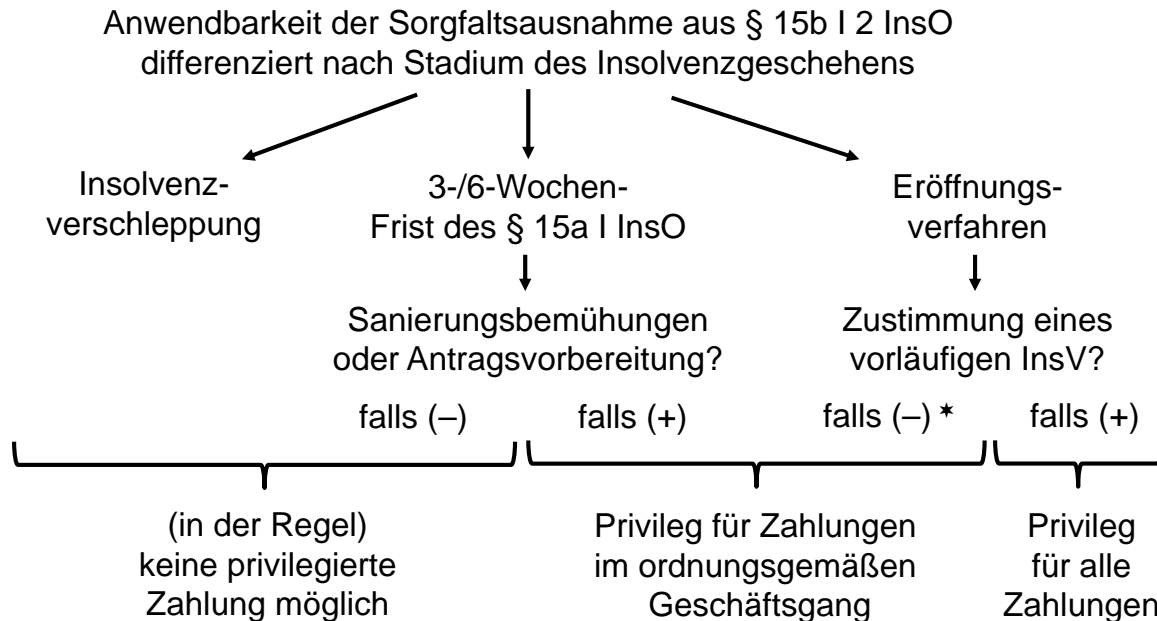
- *Gehrlein*, DB 2020, 2393, 2396: restriktive Anwendung auch im Zeitraum einer Insolvenzverschleppung (Anlehnung an § 744 Abs. 2 BGB, § 21 Abs. 2 WEG); *ebenso Born*, NZG 2020, 521, 527 f. zu § 64 Satz 2 GmbHG
- für Österreich *Trenker*, JBI 2018, 434, 436 f.: Zulässigkeit der Zahlung von Prämien für die Versicherung elementarer Gefahren wie Feuerschutz
- m.E. zweifelhaft, weil die Dauer der Fortzahlung solcher Prämien durch die Verschleppung unzulässig verlängert wird
  - ❖ *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 170 in Fn. 508

#### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

##### e) Lösung des Gesetzgebers

⇒ großzügige Sorgfaltsausnahme bei fehlender Insolvenzverschleppung

- zwei Fälle: (1) im Insolvenzeröffnungsverfahren; (2) im 3-/6-Wochen-Zeitraum des § 15a Abs. 1 InsO mit Einschränkung (= nur bei sorgfaltsgemäßen Sanierungs-/Antragsbemühungen)
- Maßstab analog § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG: Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen
  - ❖ Literatur: *Gehrlein*, DB 2020, 2393 f.
- Zahlung bei Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters immer sorgfaltsgemäß



\* a.A. bei nicht bestelltem InsV *Gehrlein*, DB 2020, 2393, 2395

### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

#### f) Bisherige Rechtsprechung zum Verhältnis des § 64 GmbHG zu § 266a StGB und §§ 34, 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 Abs. 1 GmbHG a.F. = § 15a Abs. 1 InsO n.F.
- ⇒ BGH NJW 2005, 2546 (II. Zivilsenat): § 266a StGB begründet in der Insolvenz keinen Vorrang der Ansprüche der Sozialkasse ⇒ Haftung aus § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. bei Abführung
- ⇒ BGH NJW 2005, 3650 (5. Strafsenat): Massesicherungspflicht aus § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. berührt die Strafbarkeit aus § 266a StGB nicht, wenn der Insolvenzantrag pflichtwidrig nicht gestellt wird



### III. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)

- ⇒ BFH ZIP 2007, 1604: Anschluss an die Rspr. des 5. Strafsenats (zur Haftung aus § 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 Abs. 2 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; Argument: anders als bei Arbeitnehmerbeiträgen besteht keine Strafbarkeit des Geschäftsführers
- ⇒ BGH ZIP 2011, 422 (II. Zivilsenat): Privilegierung bei Zahlung rückständiger Umsatz- und Lohnsteuer

### III. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)

- ⇒ BFHE 259, 423 = 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
- ⇒ bestätigend BFH ZIP 2020, 911 für nicht abgeführte Lohnsteuer

#### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

##### g) Problem der bisherigen Rechtsprechung zu §§ 266a StGB, 34, 69 AO

- ⇒ fehlerhafte Privilegierung einer vor dem Insolvenzantrag selbst verschuldeten Pflichtenkollision durch den BGH
  - einzig sorgfaltsgemäßes Verhalten des Geschäftsführers: Stellung des Insolvenzantrags bei Insolvenzreife, nicht Betriebsfortführung
- ⇒ unnötiges „Zurückrudern“ des BGH schafft Probleme im Zeitraum nach dem Insolvenzantrag, in dem es die Pflichtenkollision tatsächlich gibt, ferner in der 3-/6-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 InsO, seit der BFH ZIP 2009, 122 in die vom BGH unnötig geöffnete Lücke gestoßen ist

#### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

##### g) Problem der bisherigen Rechtsprechung zu §§ 266a StGB, 34, 69 AO

- ⇒ Richtig wäre ein Erst-recht-Schluss aus BGHSt 48, 307 (fehlende Strafbarkeit in der 3-Wochen-Frist) auf das Eröffnungsverfahren: nach der Antragstellung wird eine Sanierung im geordneten Verfahren erstrebt, nicht nur ein letzter eigener Sanierungsversuch  
(*Kahlert*, ZIP 2012, 2089, 2090; *Bork*, KTS 2017, 189, 202 f.)
  - Problem: Erst-recht-Schluss überzeugte nur bei Unanwendbarkeit des § 64 Satz 2 GmbHG = Geltung des § 64 Satz 1 GmbHG
- ❖ Literatur: *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 f.; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 589 f. und 591 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 171 ff., zur Neufassung durch das SanInsFoG Rn. 179.1, 181.1, 184.1 der Online-Aktualisierung; *Bitter*, GmbHR 2020, 1157, 1159 f.; *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17 f.

#### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

##### g) Lösung des Problem durch Absätze 3 und 8

- ⇒ Absatz 3: kein Privileg im Zustand der Insolvenzverschleppung
- ⇒ Absatz 8: Auflösung der Pflichtenkollision bei *fehlender* Verschleppung:  
„Eine Verletzung steuerrechtlicher Zahlungspflichten liegt nicht vor, wenn zwischen dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 oder der Überschuldung nach § 19 und der Entscheidung des Insolvenzgerichts über den Insolvenzantrag Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt werden, sofern die Antragspflichtigen ihren Verpflichtungen nach § 15a nachkommen. Wird entgegen der Verpflichtung nach § 15a ein Insolvenzantrag verspätet gestellt, gilt dies nur für die nach Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters oder Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung fällig werdenden Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis. Wird das Insolvenzverfahren nicht eröffnet und ist dies auf eine Pflichtverletzung der Antragspflichtigen zurückzuführen, gelten die Sätze 1 und 2 nicht.“

#### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

##### h) Begründung des Rechtsausschusses zu § 15b Abs. 8 InsO

- ⇒ Ziel: handhabbare Auflösung der Pflichtenkollision zwischen dem steuerrechtlichen Abführungsgebot und der Pflicht zur Massesicherung
- ⇒ Entlastung der *pflichtgemäß* handelnden Geschäftsführer
- ⇒ Vorrang der Massesicherungspflicht = insolvenzrechtlicher Gedanke einer Unzulässigkeit selektiver Zahlung einzelner Verbindlichkeiten
- ⇒ schon bisher keine Haftung bei Ablehnung der Zahlung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter
- ⇒ Vermeidung von Ausweichstrategien (erst zahlen, dann anfechten)
- ⇒ bei zu später Antragstellung Entlastung erst ab dem zu späten Antrag (= Anreiz zu nachträglicher Pflichterfüllung); Haftung aus § 69 AO ferner für Nichtzahlungen vor Insolvenzreife

### 3. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

- i) Frage: Was ist mit dem parallelen Konflikt zu § 266a StGB?
- ⇒ Problem: Analogie oder Gegenschluss?
  - ⇒ m.E. liegt eine unbewusste Regelungslücke nahe
    - Zeitdruck im Gesetzgebungsverfahren
    - RefE hatte sich bereits zu sehr auf die Steuerthematik konzentriert
    - Steuerthemen standen im Mittelpunkt der Diskussion des RegE
  - ⇒ vergleichbare Interessenlage unproblematisch (s. bisherige BGH-Rspr.)
  - ❖ Literatur: *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17 f.; knapp Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 181.1 (Online-Aktualisierung)

### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

a) Normtext

(4) Werden entgegen Absatz 1 Zahlungen geleistet, sind die Antragspflichtigen der juristischen Person zur Erstattung verpflichtet. Ist der Gläubigerschaft der juristischen Person ein geringerer Schaden entstanden, beschränkt sich die Ersatzpflicht auf den Ausgleich dieses Schadens. Soweit die Erstattung oder der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der juristischen Person erforderlich ist, wird die Pflicht nicht dadurch ausgeschlossen, dass dieselben in **Befolgung eines Beschlusses** eines Organs der juristischen Person gehandelt haben. Ein **Verzicht** der juristischen Person auf Erstattungs- oder Ersatzansprüche oder ein **Vergleich** der juristischen Person über diese Ansprüche ist unwirksam. Dies gilt nicht, wenn der Erstattungs- oder Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht, wenn die Erstattungs- oder Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird oder wenn ein Insolvenzverwalter für die juristische Person handelt.

#### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

##### b) Begründung des RegE-SanInsFoG zu Absatz 4 mit Stellungnahme

- ⇒ Zusammenfassung der bisherigen Zahlungsverbote
- ⇒ Der bestehende Streit über die Rechtsnatur des Anspruchs wird nicht entschieden; beide Ansätze werden miteinander verbunden.
  - Rspr. und h.M.: Einzelbetrachtung = Ersatz einzelner „Zahlungen“
    - ❖ z.B. BGH ZIP 2007, 1501; BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 11)
  - Gegenansicht: Ersatz der Masseschmälerung (Gesamtbetrachtung)
    - ❖ *Karsten Schmidt*, NZG 2015, 129 ff.; *Bitter*, WM 2001, 666 ff. und Beilage zu ZIP 22/2016, S. 6 ff.; *Altmeppen*, ZIP 2015, 949 ff. u.a.
  - Details: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 20 ff., 99 ff.

#### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

##### b) Begründung des RegE-SanInsFoG zu Absatz 4 mit Stellungnahme

- ⇒ Vermutung eines Gesamtgläubigerschadens in Höhe der verbotswidrig geleisteten Zahlungen
  - Verweis auf RG v. 30.11.1938 – II 39/18, RGZ 159, 211, 229 f.
  - ebenso OGH Wien v. 26.9.2017 – 6 Ob 164/16k, Ziff. 2.3.2. – 2.3.4.
  - dazu (kritisch) Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 108, 202 (einzelne Zahlungen haben keinerlei Bezug zu dem Gesamtgläubigerschaden und taugen daher nicht als Vermutungstatbestand); *Bitter*, GmbHR 2020, 1157, 1158 (immerhin ein „Schritt in die richtige Richtung“)

#### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

##### b) Begründung des RegE-SanInsFoG zu Absatz 4 mit Stellungnahme

- ⇒ Wird der Gegenbeweis vom Geschäftsführer erbracht, muss diesem nicht mehr ein Verfolgungsrecht in Höhe der Forderung des befriedigten Gläubigers zugesprochen werden.
  - ❖ vgl. Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 199
- ⇒ Entscheidend für die Prozesspraxis wird m.E. zukünftig sein, welche Anforderungen die Gerichte an die Darlegungs- und Substantiierungslast des Geschäftsführers stellen.
  - hohe Anforderungen = Gegenbeweis ohne große Bedeutung
    - ❖ vgl. *Gehrlein*, DB 2020, 2393, 2398 + 2399 („alles bleibt beim alten“)
  - niedrige Anforderungen = „Blockade“ des Prozesses durch Anträge auf Einholung von Sachverständigengutachten

#### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

##### b) Begründung des RegE-SanInsFoG zu Absatz 4 mit Stellungnahme

- ⇒ Für die Unbeachtlichkeit von Weisungen der Gesellschafter, für einen Verzicht und Vergleich gelten die bisher nach § 64 Satz 4 i.V.m. § 43 Abs. 3 Sätze 2 und 3 GmbHG anerkannten Grundsätze.
  - ❖ vgl. zum bisherigen Recht Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 204 ff., insbes. zur Ausnahme des Insolvenzverwalters vom Vergleichs-/Verzichtsverbot (jetzt erstmals übernommen in den Gesetzestext mit Hinweis in der Gesetzesbegründung auf BGH v. 14.6.2018 – IX ZR 232/17, BGHZ 219, 98, Rn. 21 ff.)

#### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

##### c) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktiventausch?

- ❖ Literatur zum bisherigen Recht: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 136 ff.
- ⇒ 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.**
- ⇒ Fortgeltung, da die Rechtsprechung zum Aktiventausch auf der Linie des neuen § 15b Abs. 4 InsO liegt

#### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

##### c) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktiventausch?

- ⇒ BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 10 f.)

„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.“ (Rn. 11)
- ⇒ **Problem im neuen Recht:** Die einzelne Zahlung ist nur noch für den Vermutungstatbestand relevant, nicht für die eigentliche Rechtsfolge (Ersatz des Gesamtschadens der Gläubiger)



#### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

##### c) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktivtausch?

⇒ BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 12 ff.)

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

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

⇒ Fortgeltung auch im neuen Recht

#### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

##### c) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktivtausch?

⇒ BGH v. 27.10.2020 – II ZR 355/18, ZIP 2020, 2453, Rn. 41 ff. (für BGHZ vorgesehen) mit (zu Unrecht) krit. Bespr. *Altmeyen*, ZIP 2021, 1 ff.

Leitsatz: „Eine masseschmälernde Zahlung aus dem Vermögen einer insolvenzreifen Gesellschaft gemäß § 64 Satz 1 GmbHG kann grundsätzlich nicht durch eine Vorleistung des Zahlungsempfängers kompensiert werden.“

❖ ebenso zuvor *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 147

⇒ Fortgeltung im neuen Recht, da aus dem Grundprinzip der Zahlungsverbote entwickelt, Masseschmälerungen zu verhindern



#### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

##### c) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktivtausch?

⇒ BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 18 ff.)

- Die 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)

❖ Kritik bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 151 ff.

#### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

##### c) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktivtausch?

⇒ fehlende Überzeugungskraft der engen Grenzen des Aktivtauschs:

- 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.?

#### 4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

##### c) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktivtausch?

- ⇒ Änderung der BGH-Rechtsprechung durch das neue Recht?
- ⇒ Gesetzgeber lehnt die BGH-Grundsätze zur Nichtberücksichtigung von Dienstleistungen nur für die Zeiträume fehlender Insolvenzverschleppung ab (Begründung RegE-SanInsFoG zu § 15b Abs. 2 und 3) ⇒ Ausweitung der Sorgfaltsausnahme durch § 15b Abs. 2 Satz 1 InsO (⇒ Folien 24 ff.)
- ⇒ **Problem:** Was soll in Fällen der Insolvenzverschleppung gelten?
  - *Gehrlein*, DB 2020, 2393 f.: Gefahr, dass es bei der Rspr. bleibt
  - m.E. Heranziehung des allgemeinen Gedankens aus § 15b Abs. 4 InsO (keine Ersatzpflicht bei fehlendem Schaden)

#### 5. Insolvenzverursachungshaftung (§ 15b Abs. 5 InsO)

##### a) Normtext

(5) Absatz 1 Satz 1 und Absatz 4 gelten auch für Zahlungen an Personen, die an der juristischen Person beteiligt sind, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der juristischen Person führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. Satz 1 ist auf Genossenschaften nicht anwendbar.

##### b) Begründung zum RegE-SanInsFoG

- ⇒ Übernahme der Regelung aus § 64 Satz 3 GmbHG u.a.
- ⇒ keine Änderung der Rechtslage intendiert; deshalb Herausnahme der Genossenschaften
- ❖ vgl. zum bisherigen Recht, insbes. zur geringen Bedeutung der Norm Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 230 ff.

#### 6. Anwendungsbereich (§ 15b Abs. 6 InsO)

##### a) Normtext

(6) Die Absätze 1 bis 5 gelten auch für die nach § 15a Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 zur Stellung des Antrags verpflichteten organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter.

##### b) Begründung zum RegE-SanInsFoG

- ⇒ Erstreckung der Haftungsregeln – dem Vorbild der Insolvenzantragspflicht folgend – auf alle Gesellschaften, für deren Verbindlichkeiten keine natürliche Person (un-)mittelbar haftet (insbes. GmbH & Co. KG)
- ❖ vgl. zum (identischen) Anwendungsbereich des bisherigen Rechts Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 40 ff.

#### 7. Verjährung (§ 15b Abs. 7 InsO)

##### a) Normtext

(7) Die Ansprüche aufgrund der vorstehenden Bestimmungen **verjähren in fünf Jahren**. Besteht zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung eine Börsennotierung, verjähren die Ansprüche in zehn Jahren.

##### b) Begründung zum RegE-SanInsFoG

- ⇒ 10-Jahres-Frist bei Börsennotierung wie § 93 Abs. 6 AktG
- ❖ vgl. zum bisherigen Recht, insbes. zum streitigen Zeitpunkt des Verjährungsbeginns Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 208 ff.: bei Gesamtbetrachtung keine Haftung für den in verjährter Zeit entstandenen Teilverlust (gegen *Karsten Schmidt*)

#### 8. D&O-Versicherung für Ansprüche aus § 15b InsO

BGH vom 18.11.2020 – IV ZR 217/19, ZIP 2020, 2510

Leitsatz: „Der in § 64 Satz 1 GmbHG geregelte Anspruch der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer auf Ersatz von nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleisteten Zahlungen ist ein gesetzlicher Haftpflichtanspruch auf Schadensersatz i.S.v. Nr. 1.1 ULLA.“

Dazu *Bitter*, GmbHR 3/2021 (vorab als Blog-Beitrag v. 8.12.2020 unter <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2020/12/8/>)

*Brinkmann*, ZIP 2020, 2361, 2367: Einordnung als auf Schadensersatz gerichteter Haftpflichtanspruch nach § 15b Abs. 4 InsO noch deutlicher

#### 9. Haftung der Aufsichtsräte (§ 116 AktG)

##### a) Normtext des § 116 AktG (Änderung in Fettdruck)

Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder **gelten** § 93 mit Ausnahme des Absatzes 2 Satz 3 über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder **und § 15b der Insolvenzordnung** sinngemäß. ...

##### b) Begründung des Rechtsausschusses

⇒ Notwendige Folgeänderung zur Aufhebung von § 92 Abs. 2 und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG (= Zahlungsverbot für AG-Vorstände)

#### 9. Haftung der Aufsichtsräte (§ 116 AktG)

c) Problem: Fortführung der bisherigen Differenzierung zwischen obligatorischem und fakultativem Aufsichtsrat?

⇒ Bisherige Rechtsprechung:

- BGH ZIP 2009, 860: Mitglieder eines gesetzlich verpflichtenden Aufsichtsrats haften wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht (vgl. § 116 AktG i.V.m. §§ 93 Abs. 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 AktG a.F.)
- BGHZ 187, 60 – „Doberlug“: i.d.R. keine Haftung der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats (arg: § 52 GmbHG verweist nicht auf § 93 Abs. 3 AktG a.F.; Schaden i.S.v. § 93 Abs. 2 AktG fehlt regelmäßig)
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 75 f.

#### 9. Haftung der Aufsichtsräte (§ 116 AktG)

c) Problem: Fortführung der bisherigen Differenzierung zwischen obligatorischem und fakultativem Aufsichtsrat?

⇒ **Problem im neuen Recht**: Verweist § 52 Abs. 1 GmbHG nun über § 116 AktG mittelbar auch auf den dort eingefügten § 15b InsO?

⇒ Wortlaut des § 52 Abs. 1 GmbHG: „Ist nach dem Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat zu bestellen, so sind § 90 Abs. 3, 4, 5 Satz 1 und 2, § 95 Satz 1, § 100 Abs. 1 und 2 Nr. 2 und Abs. 5, § 101 Abs. 1 Satz 1, § 103 Abs. 1 Satz 1 und 2, §§ 105, 107 Absatz 3 Satz 2 und 3 und Absatz 4, §§ 110 bis 114, **116 des Aktiengesetzes in Verbindung mit § 93 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 des Aktiengesetzes**, § 124 Abs. 3 Satz 2, §§ 170, 171, 394 und 395 des Aktiengesetzes **entsprechend anzuwenden**, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.“

- I. Geschäftsführung im Gläubigerinteresse?
- II. Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht
- III. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)
- IV. Haftung im präventiven Restrukturierungsrahmen (§§ 42, 43 StaRUG)**
- V. Haftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung (§ 276a Abs. 2, 3 InsO)

### 1. Hintergrund: Pflichten des Schuldners (§ 32 StaRUG)

#### Normtext

(1) Der Schuldner betreibt die Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers und **wahrt dabei die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger**. ...

(3) Während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache ist der Schuldner verpflichtet, dem Restrukturierungsgericht den **Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit** im Sinne des § 17 Absatz 2 der Insolvenzordnung **unverzüglich anzuzeigen**. Handelt es sich bei dem Schuldner um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, für deren Verbindlichkeiten keine natürliche Person als unmittelbarer oder mittelbarer Gesellschafter haftet, **steht der Zahlungsunfähigkeit eine Überschuldung** im Sinne des § 19 Absatz 2 der Insolvenzordnung **gleich**.

### 2. Anzeige von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung; Strafvorschrift (§ 42 StaRUG)

#### a) Normtext

(1) Während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache ruht die Antragspflicht nach § 15a Absatz 1 bis 3 der Insolvenzordnung und § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Antragspflichtigen sind jedoch verpflichtet, dem Restrukturierungsgericht den Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Absatz 2 der Insolvenzordnung oder einer Überschuldung im Sinne des § 19 Absatz 2 der Insolvenzordnung ohne schuldhaftes Zögern anzuzeigen.

(2) Die Stellung eines den Anforderungen des § 15a der Insolvenzordnung genügenden Insolvenzantrags gilt als rechtzeitige Erfüllung der Anzeigepflicht nach Absatz 1 Satz 2.

### 2. Anzeige von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung; Strafvorschrift (§ 42 StaRUG)

#### a) Normtext (Fortsetzung)

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 2 den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung nicht oder nicht rechtzeitig anzeigt. Handelt der Täter fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Die Sätze 1 und 2 sind nicht anzuwenden auf Vereine und Stiftungen, für die die Pflicht nach Absatz 1 Satz 1 gilt.

(4) Wenn die Anzeige der Restrukturierungssache nach § 31 Absatz 4 ihre Wirkung verliert, leben die nach Absatz 1 Satz 1 ruhenden Antragspflichten wieder auf.



### 2. Anzeige von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung; Strafvorschrift (§ 42 StaRUG)

#### b) Begründung zum RegE-SanInsFoG

- ⇒ Ersetzung der Insolvenzantragspflicht durch eine Anzeigepflicht
  - Suspendierung der Antragspflicht durch die Richtlinie geboten
  - Anzeigepflicht durch die Richtlinie nicht vorgegeben, aber möglich
  - Anzeigepflicht der Gesellschafter bei Führungslosigkeit
- ⇒ Inhaltliche Identität der die Geschäftsleiter treffenden Anzeigepflicht aus § 42 StaRUG mit der Pflicht des Schuldners aus § 32 Abs. 3 StaRUG

### 2. Anzeige von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung; Strafvorschrift (§ 42 StaRUG)

#### c) „Anzeigeverschleppungshaftung“

- ⇒ Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 42 Abs. 1 S. 2 StaRUG bei Verletzung der Anzeigepflicht, insbes. für Neugläubigerschäden
  - ❖ *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361, 2368; *Gehrlein*, BB 2021, 66, 75
- ⇒ (theoretischer) Anspruch auf Ersatz des Quotenverminderungsschadens als Gesamtschaden über § 92 InsO
  - ❖ *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361, 2368 (auch zur fraglichen Übertragbarkeit von BGHZ 138, 211)



### 3. Pflichten und Haftung der Organe (§ 43 StaRUG)

#### a) Normtext des zunächst geplanten § 45 RegE-StaRUG

Handelt es sich bei dem Schuldner um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit im Sinne des § 15a Absatz 1 Satz 3, Absatz 2 der Insolvenzordnung, **haben Gläubiger gegen die Geschäftsleiter des Schuldners einen Anspruch auf Ersatz des Schadens**, der ihnen infolge einer während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache schuldhaft begangenen **Verletzung der Pflichten aus § 2 Absatz 1** entstanden ist. § 3 Absatz 1 Satz 2, Absatz 5 ist anwendbar.

❖ Literatur: *Seibt/Bulgrin*, DB 2020, 2226, 2232 (zu § 43 RefE-StaRUG)

### 3. Pflichten und Haftung der Organe (§ 43 StaRUG)

#### b) Begründung des RegE-StaRUG

- ⇒ Anknüpfung an Pflichtenprogramm des § 2 und § 34 Abs. 1 StaRUG-E
  - Konkretisierung auch der Geschäftsleiterpflichten durch § 34 Abs. 1 StaRUG-E (jetzt § 32 Abs. 1 StaRUG)
  - Nutzung des Restrukturierungsrahmens deutet Gläubigergefahr an; daher erhöhte Verpflichtung zur Wahrung der Gläubigerinteressen
- ⇒ Außenhaftung nach dem Haftungsmodell des § 60 InsO
- ⇒ Ersatz des Quotenverminderungsschadens und der Einzelschäden der Gläubiger

### 3. Pflichten und Haftung der Organe (§ 43 StaRUG)

#### c) Normtext nach dem Beschluss des Rechtsausschusses

(1) Handelt es sich bei dem Schuldner um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit im Sinne des § 15a Absatz 1 Satz 3, Absatz 2 der Insolvenzordnung, **wirken dessen Geschäftsleiter darauf hin, dass der Schuldner** die Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreibt und **die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger wahr**. Für die Verletzung dieser Pflicht **haften sie dem Schuldner** in Höhe des den Gläubigern entstandenen Schadens, es sei denn sie haben die Pflichtverletzung nicht zu vertreten.

(2) ... b.w.

### 3. Pflichten und Haftung der Organe (§ 43 StaRUG)

#### c) Normtext nach dem Beschluss des Rechtsausschusses (Fortsetzung)

(2) Ein **Verzicht** des Schuldners auf Ansprüche nach Absatz 1 Satz 2 oder ein Vergleich über diese Ansprüche ist unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Dies gilt nicht, wenn sich der Ersatzpflichtige zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens über sein Vermögen mit seinen Gläubigern vergleicht, wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird oder wenn für den Ersatzberechtigten ein Insolvenzverwalter handelt.

(3) Ansprüche nach Absatz 1 Satz 2 **verjähren** in fünf Jahren. Ist der Schuldner zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung eine börsennotierte Gesellschaft, verjähren die Ansprüche in zehn Jahren.

### 3. Pflichten und Haftung der Organe (§ 43 StaRUG)

#### d) Begründung der Neufassung im Rechtsausschuss

- ⇒ Anknüpfung an das Pflichtenprogramm des § 32 Abs. 1 StaRUG; (Mit-)Verpflichtung der Geschäftsleiter als selbstverständliche Folge der Legalitätspflicht
- ⇒ Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft: Gesamtschaden der Gläubiger
- ⇒ Absätze 2 und 3 entsprechen den Grundsätzen gesellschaftsrechtlicher Haftung bei der Verletzung gläubigerschützender Pflichten.

### 3. Pflichten und Haftung der Organe (§ 43 StaRUG)

#### e) Einordnung ins Haftungssystem

- ⇒ § 43 StaRUG als Konkretisierung der Pflichten aus § 43 GmbHG unter Berücksichtigung eines Pflichtenwandels weg vom Gesellschafterinteresse hin zum Gläubigerinteresse (*shift of duties*) ⇒ Folie 3
- ⇒ daneben § 15b InsO bei Insolvenzreife i.S.d. §§ 17, 19 InsO anwendbar
  - ❖ *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361, 2368
    - Vorteil für Anspruchsteller (späterer Insolvenzverwalter) in der Rechtsfolge des § 15b Abs. 4 InsO: Anknüpfung an einzelne Zahlungen mit Beweislast des Geschäftsführers für geringeren Gesamtschaden der Gläubiger ⇒ Folien 40 ff.
    - Beachte § 89 Abs. 3 StaRUG (b.w.)

### Wortlaut des § 89 Abs. 3 StaRUG:

(3) Hat der Schuldner eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nach § 32 Absatz 3 angezeigt, so gilt bis zur Aufhebung der Restrukturierungssache nach § 33 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 jede Zahlung im ordnungsgemäßen Geschäftsgang, insbesondere Zahlungen, die für die Fortführung der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit und die Vorbereitung und Umsetzung des angezeigten Restrukturierungsvorhabens erforderlich sind, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar. Das gilt nicht für Zahlungen, die bis zu der absehbar zu erwartenden Entscheidung des Restrukturierungsgerichts zurückgehalten werden können, ohne dass damit Nachteile für eine Fortsetzung des Restrukturierungsvorhabens verbunden sind.

- I. Geschäftsführung im Gläubigerinteresse?
- II. Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht
- III. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)
- IV. Haftung im präventiven Restrukturierungsrahmen (§§ 42, 43 StaRUG)
- V. Haftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung (§ 276a Abs. 2, 3 InsO)**

### 1. Übernahme von BGHZ 218, 290 und der bisher (wohl) h.M.

#### a) Normtext des § 276a InsO

(1) ... (= bisheriger § 276a InsO)

(2) Ist der Schuldner als juristische Person verfasst, so **haften auch die Mitglieder des Vertretungsorgans nach Maßgabe der §§ 60 bis 62**. Bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit gilt dies für die zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter. Ist kein zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigter Gesellschafter eine natürliche Person, gilt dies für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung ermächtigten Gesellschafter. Satz 3 gilt sinngemäß, wenn es sich bei den organschaftlichen Vertretern um Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit handelt, bei denen keine natürliche Person zur organschaftlichen Vertretung ermächtigt ist, oder wenn sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

### 1. Übernahme von BGHZ 218, 290 und der bisher (wohl) h.M.

#### a) Normtext

(3) Die Absätze 1 und 2 finden **im Zeitraum zwischen der Anordnung** der vorläufigen Eigenverwaltung oder der Anordnung vorläufiger Maßnahmen nach § 270c Absatz 3 **und der Verfahrenseröffnung** entsprechende Anwendung.

- ❖ vgl. zur bisher (wohl) h.M.: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 208 f. m.w.N. in Fn. 854 (Anwendung des bisherigen § 276a InsO in der vorläufigen Eigenverwaltung), § 64 Rn. 453 ff., 468 ff., insbes. Rn. 476 (Anwendung der §§ 60, 61 in der vorläufigen Eigenverwaltung)

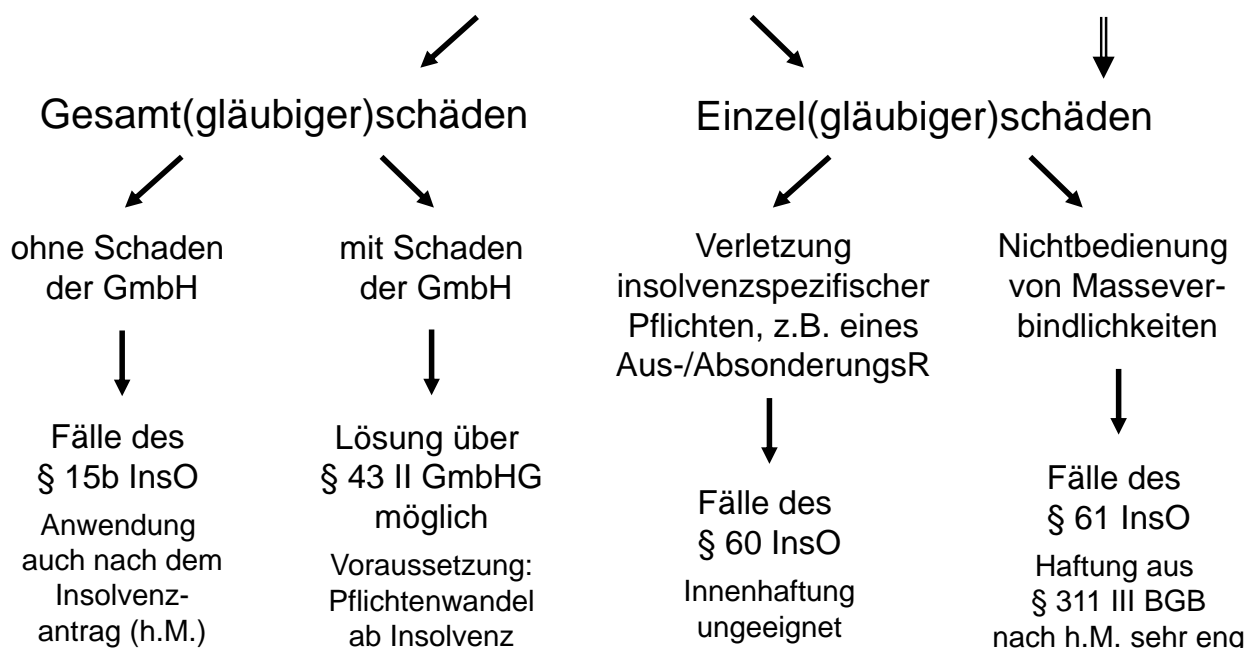
### 1. Übernahme von BGHZ 218, 290 und der bisher (wohl) h.M.

#### b) Begründung des RegE-SanInsFoG

- ⇒ Schließung der haftungsrechtlichen Lücke im Fall der Eigenverwaltung im Anschluss an die im Urteil des BGH v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 anerkannten Grundsätze; Geschäftsleiter als Haftungsadressaten wie bei sonstigen insolvenzbezogenen Pflichten, z.B. aus § 15a InsO und § 64 Satz 1 GmbHG (vgl. die Begründung zu § 276a InsO)
- ⇒ Anwendbarkeit auch bei vorläufiger Eigenverwaltung und bei Anordnung anderer Sicherungsmaßnahmen über Absatz 3

### 2. Haftungsprobleme im Gesamtüberblick

### BGHZ 218, 290



### 2. Haftungsprobleme im Gesamtüberblick

#### a) Anwendbarkeit des § 15b InsO neben § 276a Abs. 2 und 3 InsO?

- ⇒ Begründung zu § 15b Abs. 2 und 3 InsO (RegE-SanInsFoG):  
**Vorrang des § 276a Abs. 2 und 3 vor § 15b InsO**
- ⇒ **Problem:** Haftungsrechtliche Privilegierung der Geschäftsleiter in der (vorläufigen) Eigenverwaltung, da keine Vermutung des Gesamtgläubigerschadens in Höhe der einzelnen Zahlungen (vgl. zur Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO Folien 40 ff.)
  - ❖ Literatur zum bisherigen Recht: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 458 ff., insbes. Rn. 460

### 2. Haftungsprobleme im Gesamtüberblick

#### b) Anwendbarkeit des § 43 Abs. 2 GmbHG neben § 276a Abs. 2 und 3 InsO?

- ⇒ keine Äußerung in der Begründung des RegE-SanInsFoG ⇒ Verhältnis des § 276a Abs. 2 und 3 zu § 43 Abs. 2 GmbHG weiter unklar
  - ❖ Literatur zum bisherigen Recht: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 461 ff., insbes. Rn. 467

### 3. Anwendbarkeit der *business judgment rule*?

- ⇒ bei Anwendbarkeit des § 93 AktG bzw. § 43 GmbHG (+)
- ⇒ bei Anwendung des § 60 InsO nach BGH v. 12.3.2020 – IX ZR 125/17, ZIP 2020, 1080 zwar (–), aber stattdessen gilt ein „vom Insolvenzszweck geprägter Ermessensspielraum“ (Rz. 33)
  - praktischer Unterscheid m.E. marginal (Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 518)
  - Jedenfalls gilt: Die handelnde Person muss ihre **Entscheidung auf der Grundlage angemessener Information** getroffen haben (vgl. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG; ebenso für § 60 InsO BGH, a.a.O., Rz. 37)

- *Altmeppen*, Die fortgesetzten Irrtümer über die Zahlungsverbote, ZIP 2021, 1
- *Bitter*, Neuregelung und Konzentration der Zahlungsverbote in § 15b InsO, GmbHR 2020, 2393
- *Bitter*, Reform des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts zum 1.1.2021 in Kraft getreten, GmbHR 2021, R16
- *Brinkmann*, Die Haftung der Geschäftsleiter in der Krise nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), ZIP 2020, 2361
- *Gehrlein*, Neuregelung und Konzentration der Zahlungsverbote in § 15b InsO, DB 2020, 2393
- *Poertzgen*, Insolvenzverschleppung in Zeiten von COVInsAG, StaRUG und SanInsFoG, ZInsO 2020, 2509
- *Schmittmann*, Steuerliche Privilegierung der vorläufigen Eigenverwaltung, Haftung der Geschäftsleiter für Steuerzahlungen und Haftung von Berufsträgern nach dem SanInsFoG-RegE, ZInsO 2020, 649



© 2021

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)