

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Neuausrichtung der Geschäftsführerhaftung in der Insolvenz

**– Neues Zahlungsverbot in § 15b InsO / Anzeige
der Insolvenzreife während der Restrukturierung
und Haftung nach §§ 42, 43 StaRUG –**

Vortrag auf der ZIS-Sonderveranstaltung zur Reform
des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts
am 19. Februar 2021

www.georg-bitter.de

Gliederung

- I. Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht
- II. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)
- III. Haftung im präventiven Restrukturierungsrahmen
(§§ 42, 43 StaRUG)

Hinweis 1: Die Publikation des Vortrags erfolgt am 19.2.2021 in ZIP 2021, 321 ff. (Heft 7/2021)

Hinweis 2: Ein ausführlicherer Foliensatz/Vortrag findet sich auf www.georg-bitter.de ⇒ "Lehrstuhlinhaber"
beim Vortrag vom 28.1.2021, als Video zu finden auf YouTube unter "Lehrstuhl Prof. Dr. Georg Bitter"

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); *Bitter*, ZIP 2021, 321, 323

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) ...

Kommentar: keine wesentliche Änderung im Vergleich zum jetzigen Recht

2. Überschuldung (§ 19 InsO)

- ❖ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 38 ff., zur Neufassung durch das SanInsFoG Rn. 58.1 ff. (Online-Aktualisierung); *Bitter*, GmbHG 2021, R16, R17; *Bitter*, ZIP 2021, 321, 323 f.

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) Kritik an der Neuregelung

- ⇒ Gesetzgeber verkennt das teleologische Fundament des modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriffs
 - keine Antragspflicht trotz bilanzieller Überschuldung bei Wahrscheinlichkeit einer *dauerhaften* Zahlungsfähigkeit
- ⇒ gesetzliche Aufforderung zur Blindheit gegenüber absehbaren Entwicklungen, die weiter als 12 Monate in der Zukunft liegen?
- ⇒ 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-Aktualisierung)

3. Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO)

- ❖ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 276 ff., zur Neufassung durch das SanInsFoG Rn. 254.1 f. (Online-Aktualisierung); *Bitter*, GmbHG 2021, R16, R17; *Bitter*, ZIP 2021, 321, 324

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. ...**

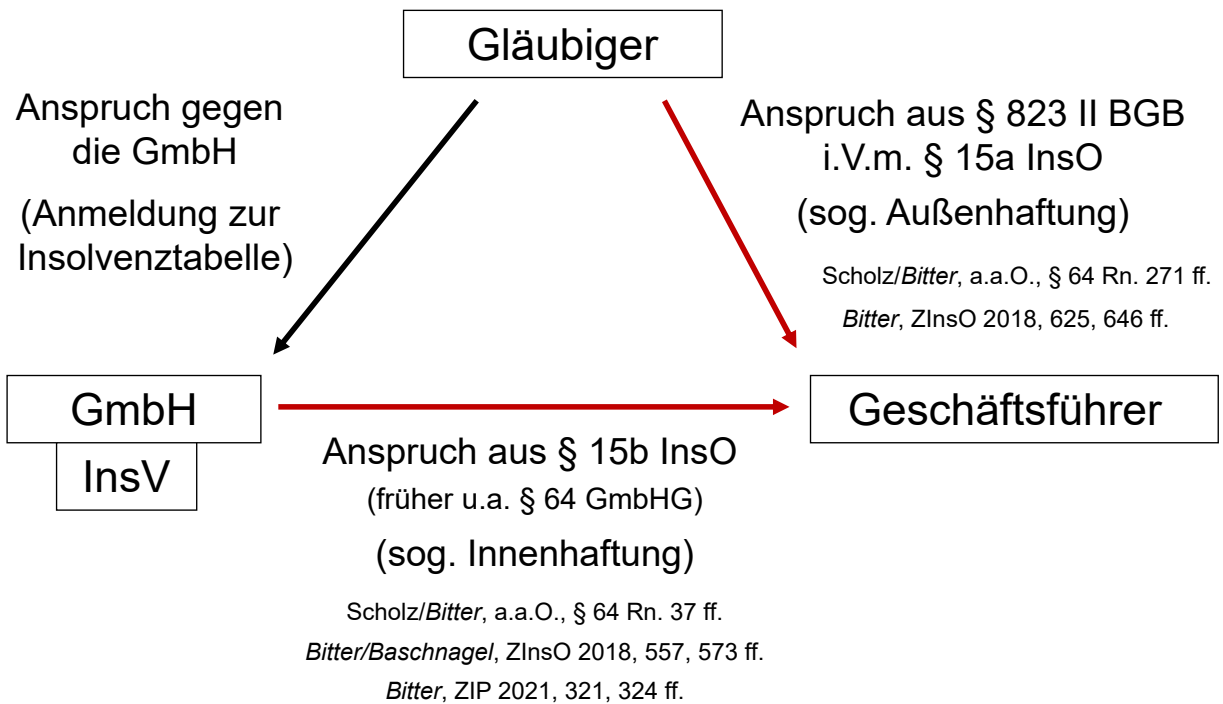
(2) ...

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. Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht
- II. **Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)**
- III. Haftung im präventiven Restrukturierungsrahmen
(§§ 42, 43 StaRUG)



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

a) Normtext

(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.

1. 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. 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.

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

a) Normtext

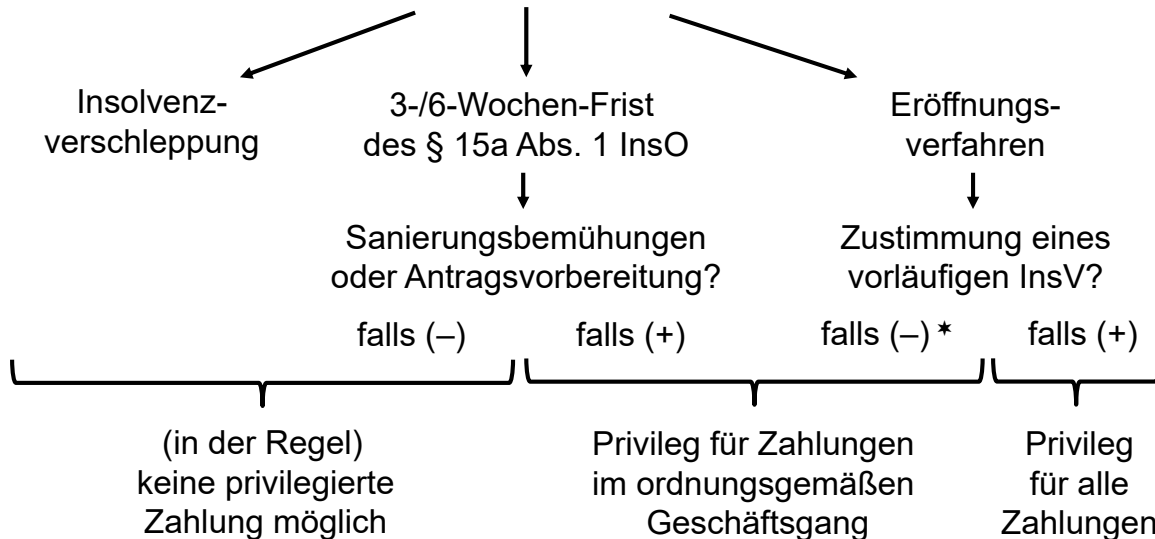
(3) Ist der nach § 15a Absatz 1 Satz 1 und 2 für eine rechtzeitige Antragstellung maßgebliche Zeitpunkt verstrichen und hat der Antragspflichtige keinen Antrag gestellt, sind Zahlungen in der Regel nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.

2. 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 Aktiventausch 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)

Anwendbarkeit der Sorgfaltsausnahme aus § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO
differenziert nach Stadium des Insolvenzgeschehens



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

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

c) 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

Das
Drama
beginnt!

- ⇒ 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
- ⇒ 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

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

d) 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 II. Zivilsenats 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 in die vom BGH unnötig geöffnete Lücke gestoßen ist

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

e) 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.“

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

f) 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

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

g) 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); *Bitter*, ZIP 2021, 321, 328

3. 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.

3. 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.; *Altmeyden*, ZIP 2015, 949 ff. u.a.

Details: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 20 ff., 99 ff.; zum neuen Recht *Bitter*, ZIP 2021, 321, 328 ff.

3. 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 und *Bitter*, ZIP 2021, 321, 328 f. (immerhin ein „Schritt in die richtige Richtung“)

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

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

- ⇒ 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
 - Mittelweg: Anpassung der Rechtsprechung zum Aktiventausch ⇒ b.w.
 - ❖ *Bitter*, ZIP 2021, 321, 329 ff.

3. 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.; zum neuen Recht: *Bitter*, ZIP 2021, 321, 329 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 und Ausbau, da die Rechtsprechung zum Aktiventausch auf der Linie des neuen § 15b Abs. 4 InsO liegt

3. 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)

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

c) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktiventausch?

⇒ 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

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

⇒ Problemfall: fortgesetzte laufende Lieferbeziehung

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

c) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktiventausch?

⇒ 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.

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

c) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktiventausch?

⇒ fehlende Überzeugungskraft der engen Grenzen des Aktiventauschs:

- 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.?

3. 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 12 ff.)
- ⇒ **Problem:** Was soll in Fällen der Insolvenzverschleppung gelten?
 - *Gehrlein*, DB 2020, 2393 f.: Gefahr, dass es bei der Rspr. bleibt
 - *Bitter*, ZIP 2021, 321, 330: Heranziehung des allgemeinen Gedankens aus § 15b Abs. 4 InsO (keine Ersatzpflicht bei fehlendem Schaden)

4. 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.

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

BGH v. 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.“

❖ Anmerkung von *Bitter*, GmbHR 2021, 137 ff. (vorab als Blog-Beitrag v. 8.12.2020 unter <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2020/12/8/>)

Brinkmann, ZIP 2020, 2361, 2367 und *Bitter*, ZIP 2021, 321, 331: Einordnung als auf Schadensersatz gerichteter Haftpflichtanspruch nach § 15b Abs. 4 InsO noch deutlicher

6. 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)

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

⇒ Vortrag vom 28.1.2021 (Folien 56 ff.) + b.w.

- ⇒ **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 ... §§ 110 bis 114, **116 des Aktiengesetzes in Verbindung mit § 93 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 des Aktiengesetzes**, ... **entsprechend anzuwenden**, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.“
- ❖ *Bitter*, ZIP 2021, 321, 332

- I. Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht
- II. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)
- III. **Haftung im präventiven Restrukturierungsrahmen (§§ 42, 43 StaRUG)**

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) ... (Insolvenzantrag als Erfüllung der Anzeigepflicht)

(3) ... (Strafbarkeit)

(4) ... (Wiederaufleben der Antragspflicht bei Ende des StaRUG-Verfahrens)

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

b) „Anzeigeverschleppungshaftung“

- ⇒ Außenhaftung aus § 823 Abs. 2 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; *Bitter*, ZIP 2021, 321, 333
- ⇒ (theoretischer) Anspruch auf Ersatz des Quotenverminderungsschadens als Gesamtschaden über § 92 InsO
 - ❖ *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361, 2368 (auch zur problem. Übertragbarkeit von BGHZ 138, 211)

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

a) 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) ... (Verzicht + Vergleich)

(3) ... (Verjährung)

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

b) 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

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

c) 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*) ⇒ § 2 StaRUG-E
- ⇒ daneben § 15b InsO bei Insolvenzreife i.S.d. §§ 17, 19 InsO anwendbar
 - ❖ *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361, 2368; *Bitter*, ZIP 2021, 321, 334
 - 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 22 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.

- *Altmeyden*, 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
- ***Bitter*, Geschäftsführerhaftung in der Insolvenz – Alles neu durch SanInsFoG und StaRUG?, ZIP 2021, 321 (Heft 7/2021 v. 19.2.2021)**
- *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, ZRI 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



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.
www.zis.uni-mannheim.de