

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Geschäftsführerhaftung nach dem SanInsFoG

ARGE Handels- und Gesellschaftsrecht
des Freiburger Anwaltverein e.V.

am 25.11.2021

www.georg-bitter.de

Gliederung

Vorbemerkung: Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht

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

Hinweis 1: 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"

Hinweis 2: Die Publikation des Vortrags erfolgte in ZIP 2021, 321 ff. (Heft 7/2021 vom 19.2.2021). Die weitere Entwicklung seit dieser Publikation wird in dem hiesigen Vortrag aufgenommen. Eine Publikation erfolgt im Sammelband der VGR-Tagung vom 5.11.2021 (erhältlich in Kürze vorab über juris)

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)

- ❖ 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.; *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
- ❖ *Bitter*, ZIP 2021, 321, 323 f.

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; *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) ...

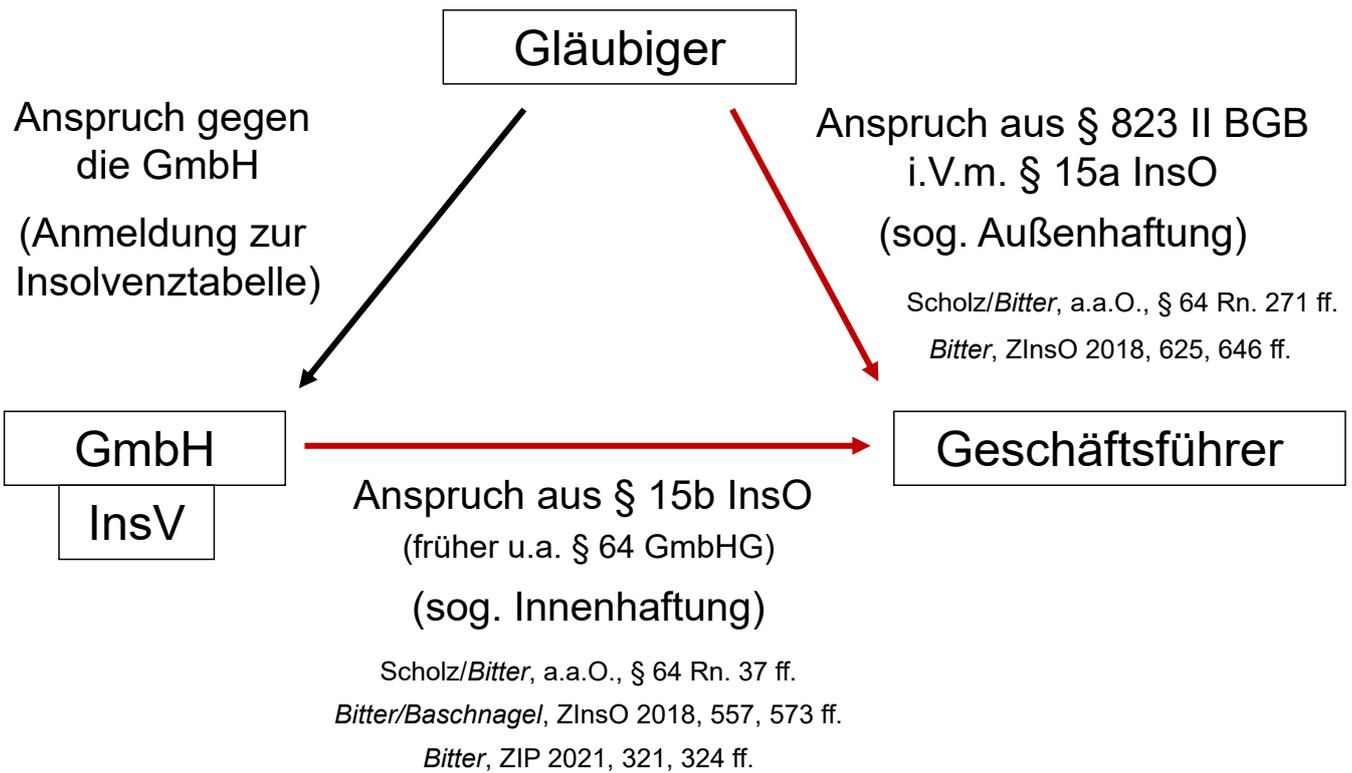
3. Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO)

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.

Vorbemerkung: Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht

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



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
→ Folien 16 ff.

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

c) Zeitlicher Anwendungsbereich

Problem: zunächst sehr allgemeine gesetzliche Regel

Art. 103m 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.

- ⇒ Bedeutung für § 15b InsO fraglich

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

c) Zeitlicher Anwendungsbereich

⇒ Umfassende Debatte in der Literatur

- *Bitter*, ZIP 2021, 321, 332; *Baumert*, NZG 2021, 443, 445; *Bork/Knobloch*, ZRI 2021, 240; *Hackenberg/Beck*, ZInsO 2021, 413; *Hentschel/Ruster*, ZInsO 2021, 637; *Wolfer*, in BeckOK InsO, 23. Ed. 15.4.2021, § 15b Rn. 41 f.; knapp *Bork/Kebekus*, in KPB, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 3; *A. Schmidt*, ZRI 2021, 389

⇒ Frage: Wegfall jeglicher Sanktion für alle Zahlungen bis Ende 2020?

⇒ Problem bei Anwendung des § 103m InsO a.F.: Rückwirkende Anwendung des neuen Rechts auf abgeschlossene Sachverhalte, soweit das Insolvenzverfahren ab 1.1.2021 eröffnet wird

⇒ h.L.: Anwendung des § 64 GmbHG (und der Parallelnormen) auf alle Zahlungen bis 31.12.2020; Anwendung des § 15b InsO auf alle Zahlungen ab 1.1.2021

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

c) Zeitlicher Anwendungsbereich

⇒ Ergänzung des Art. 103m EGIInsO im MoPeG (Art. 36)

„§ 15b der Insolvenzordnung in der Fassung des Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256) ist erstmals auf Zahlungen anzuwenden, die nach dem 31. Dezember 2020 vorgenommen worden sind. Auf Zahlungen, die vor dem 1. Januar 2021 vorgenommen worden sind, sind die bis zum 31. Dezember 2020 geltenden gesetzlichen Vorschriften weiterhin anzuwenden.“

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

c) Zeitlicher Anwendungsbereich

⇒ **Begründung zur Neufassung des Art. 103m EGIInsO im MoPeG**

„Es wird klargestellt, dass durch die Zusammenführung der §§ 64 GmbHG, 130a und 177a HGB, 92 Absatz 2 AktG und 99 GenG durch das Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256) im neuen § 15b InsO mit Wirkung zum 1. Januar 2021 nicht etwa die Ersatzpflicht für vor dem 1. Januar 2021 geleistete Zahlungen weggefallen ist, sondern diese weiterhin besteht und sich nach den bisherigen Vorschriften richtet.“

(BT-Drucks. 19/31105, S. 8 der Vorabfassung)

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

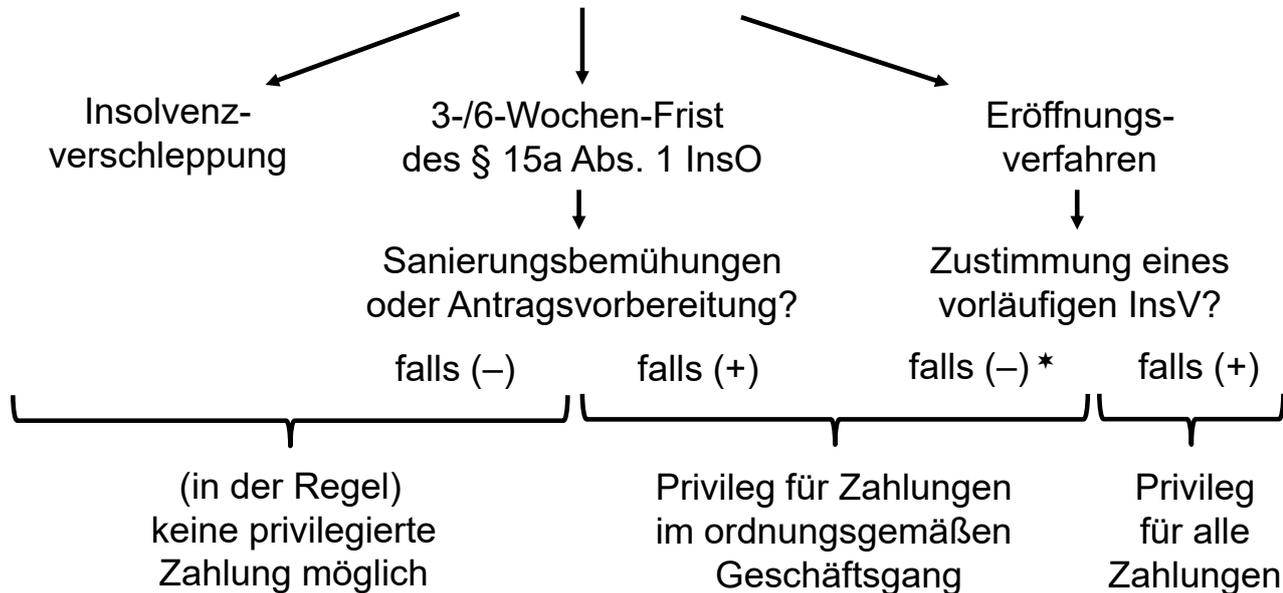
(3) Ist der nach § 15a Absatz 1 Satz 1 und 2 für eine rechtzeitige Antragstellung maßgebliche Zeitpunkt verstrichen und hat der Antragspflichtige keinen Antrag gestellt, sind Zahlungen in der Regel nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.

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) Erlaubte Zahlungen bei fehlender Insolvenzverschleppung

- ⇒ *Bitter*, ZIP 2021, 321, 326: Alle Zahlungen, denen ein objektiv denkender Gläubiger im Interesse einer vorläufigen Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zugestimmt hätte; Beispiele: Bezahlung von Löhnen und Mieten; Bestellung von Waren und Dienstleistungen; Betankung von Fahrzeugen; nicht: schlichte Erfüllung von Altverbindlichkeiten und Rückführung von Gesellschafterdarlehen
- ⇒ zust. *Bork/Kebehus*, in *KPB*, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 43
- ⇒ deutlich restriktiver *Baumert*, NZG 2021, 443, 446 f. mit Kritik am Gesetz
- ⇒ Mittelposition bei *Thole*, BB 2021, 1347, 1353
- ⇒ Begrenzung auf Zahlungen, die einer Überbrückung für wenige Wochen dienen (= keine umfangreichen Investitionen) *Müller*, GmbHR 2021, 737, 739 (Rn. 5)

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

d) Restfälle erlaubter Zahlungen bei Insolvenzverschleppung?

- ⇒ zurückhaltend Bitter, ZIP 2021, 321, 326
- ⇒ befürwortend *Gehrlein*, DB 2020, 2393, 2396 (Anlehnung an § 744 Abs. 2 BGB, § 21 Abs. 2 WEG; Beheizung von Gebäuden im Winter; Prämien der Brandschutzversicherung); zust. *Müller*, GmbHR 2021, 737, 740 (Rn. 8); vgl. auch *Thole*, BB 2021, 1347, 1353 („bedenkenswerter Vorschlag“); ferner *Bork/Kebekus*, in KPB, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 52 („äußerst strenger Maßstab“: Abwehr unmittelbar drohender Schäden; ggf. Zahlungen an existenziell wichtige Lieferanten oder an Arbeitnehmer)

3. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

a) Bisherige Rechtsprechung des II. Senats des BGH

BGH NJW 2007, 2118: Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bei Insolvenzreife entspricht der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ⇒ keine Ersatzpflicht aus § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.

3. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

b) 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 (BFH ZIP 2009, 122; BFHE 259, 423 = ZIP 2018, 22; BFH ZIP 2020, 911)

3. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

c) Lösung des Problems 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. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

d) 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 Insolvenzureife

3. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

e) Frage: Was ist mit dem parallelen Konflikt zu § 266a StGB?

- ⇒ Die Debatte zu § 266a wurde zwar in der Begründung des Gesetzes angesprochen, nicht aber ausdrücklich im Gesetz (§ 15b Abs. 8 InsO)
 - ❖ sehr kritisch *Rönnau/Wegner*, ZInsO 2021, 1137, 1146 f.: „völlig unklar“; „unbegreiflich“; „nun ist das Chaos perfekt“
- ⇒ **Problem:** Analogie zu § 15b Abs. 8 InsO oder Gegenschluss?
 - ❖ *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17 f.
 - ❖ ausführlich *Berberich*, ZInsO 2021, 1313 ff.

3. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

e) Frage: Was ist mit dem parallelen Konflikt zu § 266a StGB?

- ⇒ 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. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

e) Frage: Was ist mit dem parallelen Konflikt zu § 266a StGB?

- ⇒ weitere Befürworter der Analogie:
 - ❖ *Hodgson*, NZI-Beilage 1/2021, S. 85, 86 f.; *Müller*, GmbHR 2021, 737, 739 (Rn. 6; jedenfalls fehlendes Verschulden bis zur Klärung der Rechtslage); *Rönnau/Wegner*, ZInsO 2021, 1137, 1148 („gut vertretbar“)
 - ❖ ausführlich *Berberich*, ZInsO 2021, 1313 ff. (Regelungsbedarf bestand insbes. bei der steuerrechtlichen Haftung)
 - ❖ i.E. ähnlich *Desch/Hochdorfer*, in: Desch, Das neue Restrukturierungsrecht, 2021, § 6 Rn. 55 f. (aber sicherheitshalber zahlen und später anfechten)
 - ❖ offen *Heinrich*, NZI 2021, 258 ff., insbes. S. 262 (Gesetzgeber muss handeln)

3. Pflichtenkollision zwischen Massesicherungspflicht und Abführungsgeboten aus § 266a StGB und §§ 34, 69 AO

e) Frage: Was ist mit dem parallelen Konflikt zu § 266a StGB?

⇒ Gegner der Analogie:

- ❖ *Baumert*, NZG 2021, 443, 449; *A. Schmidt*, ZRI 2021, 389, 393 (deshalb Abführung weiter sorgfaltsgemäß [m.E. sehr zweifelhaft]); *Thole*, BB 2021, 1347, 1353 (deshalb weiter „Zahlen und anfechten“); *Bork/Kebeke*, in *KPB*, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 56 mit Fn. 167 (fehlende Regelungslücke); vgl. auch *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361, 2366 zum RegE.

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

- ⇒ 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.; *Altmeyen*, 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.

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

b) Begründung des RegE-SanInsFoG zu Absatz 4

- ⇒ **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“)

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

c) dogmatische Einordnung des § 15b InsO str.

⇒ wie bisher Anspruch eigener Art

- ❖ *Bork/Kebekus*, in *KPB*, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 5, 64 ff. [Abs. 4 regelt nur eine „Obergrenze“]; *A. Schmidt*, *ZRI* 2021, 389, 394 f. [schlichte Kodifikation der bisherigen BGH-Rechtsprechung]; *Wolfer*, in *BeckOK InsO*, 23. Ed. 15.4.2021, § 15b Rn. 26

⇒ besonders ausgestalteter, insolvenzrechtlicher Schadensersatzanspruch

- ❖ *Müller*, *GmbHR* 2021, 737, 741 (Rn. 11)
- ❖ ähnlich *Desch/Hochdorfer*, in: *Desch*, *Das neue Restrukturierungsrecht*, 2021, § 6 Rn. 61 und 67 („im Kern ein Schadensersatzanspruch“); *Lieder/Wagner*, *ZGR* 2021, 495, 525 f.

⇒ Absage an die Einzelbetrachtung des BGH; neue Regelungstechnik fällt deutlich in das Lager der Gesamtbetrachtung

- ❖ *Hodgson*, *NZI-Beilage* 1/2021, S. 85, 87

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

d) Schadensbemessung

⇒ Identität des Gesamtgläubigerschadens mit dem sog. Quotenverminderungsschaden bei § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO?

- bejahend *Wolfer*, in *BeckOK InsO*, 23. Ed. 15.4.2021, § 15b Rn. 31 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“)
- verneinend *Bitter*, *ZIP* 2021, 321, 329 (Hinweis auf BGH *ZIP* 2013, 1332 zur Steuerberaterhaftung); *Müller*, *GmbHR* 2021, 737, 743 (Rn. 13); *Lieder/Wagner*, *ZGR* 2021, 495, 526 f.
- vgl. zum Unterschied beider Ansätze *Scholz/Bitter*, *GmbHG*, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 103

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

e) Darlegungs- und Beweislast

- ⇒ 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“); optimistischer *Müller*, GmbHR 2021, 737, 743 (kein „totes Recht“)
 - niedrige Anforderungen = „Blockade“ des Prozesses durch Anträge auf Einholung von Sachverständigengutachten
 - ❖ ablehnend *Müller*, GmbHR 2021, 737, 743
 - Mittelweg: Anpassung der Rechtsprechung zum Aktivtausch ⇒ b.w.
 - ❖ *Bitter*, ZIP 2021, 321, 329 ff.

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

f) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktivtausch?

- ❖ 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 Aktivtausch auf der Linie des neuen § 15b Abs. 4 InsO liegt

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

f) 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

f) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktiventausch?

⇒ BGH v. 27.10.2020 – II ZR 355/18, BGHZ 227, 221 = ZIP 2020, 2453, Rn. 41 ff. mit (zu Unrecht) krit. Bespr. *Altmeyden*, 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

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

f) 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. 20)
- 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

f) 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.?

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

f) Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktiventausch?

- ⇒ Änderung der BGH-Rechtsprechung durch das neue Recht?
 - ❖ ablehnend A. Schmidt, ZRI 2021, 389, 394 f. (schlichte Fortschreibung)
- ⇒ 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 16 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); vgl. für Dienstleistungen auch Thole, BB 2021, 1347, 1353

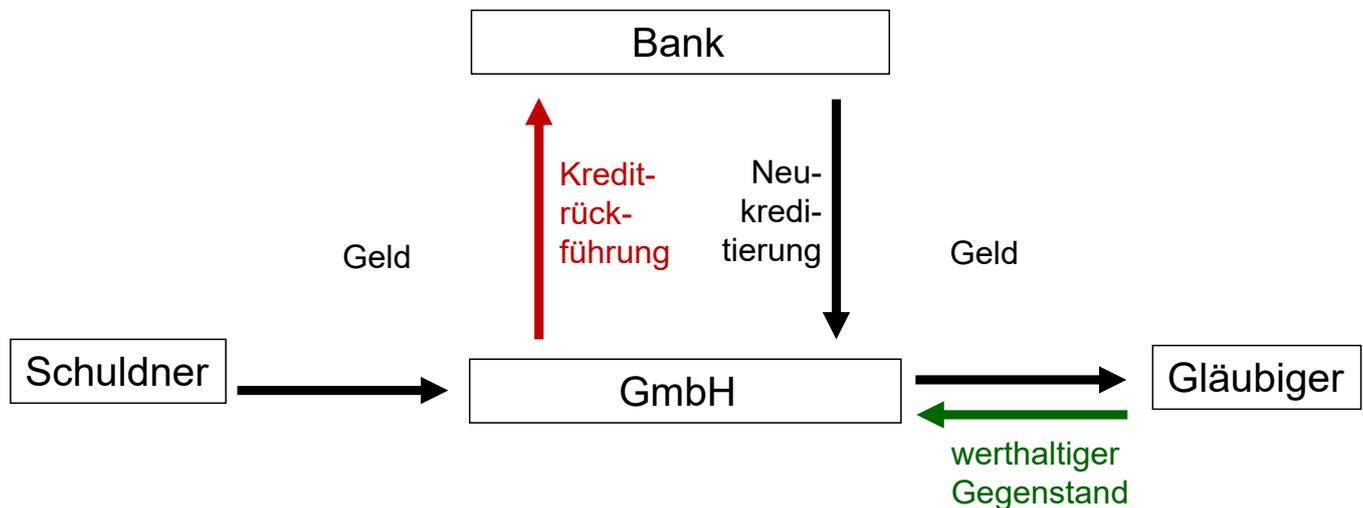
4. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b Abs. 4 InsO

g) Kompensation bei mit Gewinn abgeschlossenem Gesamtprojekt?

- ⇒ Vorschlag bei Bitter, ZIP 2021, 321, 330
- ⇒ zustimmend Lieder/Wagner, ZGR 2021, 495, 527; Bork/Kebeke, in KPB, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 71: aber i.d.R. zur Betriebsfortführung erforderlich und deshalb bereits nicht pflichtwidrig [m.E. zweifelhaft wegen § 15b III InsO]
- ⇒ zurückhaltend Thole, BB 2021, 1347, 1353
- ⇒ ablehnend Müller, GmbHR 2021, 737, 743 (Rn. 17: Restriktionen des § 15b Abs. 2 InsO werden unterlaufen); A. Schmidt, ZRI 2021, 389, 395 (hinreichender Schutz über § 15b Abs. 2 InsO)
 - ❖ Argumentation m.E. zweifelhaft, weil Abs. 2 privilegierte Zahlungen betrifft, Abs. 4 Satz 2 hingegen den Haftungsbetrag bei Insolvenzverschleppung regelt

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

h) Konsequenzen für Zahlungen auf das/vom debitorischen Konto?



BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 148 (Rn. 32 f.)

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. Persönlicher 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*); knapp *Bitter*, ZIP 2021, 321, 331; a.A. *Müller*, GmbHR 2021, 737, 741; offen *Desch/Hochdorfer*, in: Desch, Das neue Restrukturierungsrecht, 2021, § 6 Rn. 71

8. 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.“

Dazu *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; ähnlich *Desch/Hochdorfer*, in: Desch, Das neue Restrukturierungsrecht, 2021, § 6 Rn. 76; vgl. i.E. ebenso *Bork/Kebekus*, in KPB, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 5

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)

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; zust. *Bork/Kebekus*, in KPB, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 12; krit. *Baumert*, NZG 2021, 443, 448

Vorbemerkung: Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht

I. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)

II. Geschäftsführung im Gläubigerinteresse?

III. Organpflichten und Haftung im präventiven
Restrukturierungsrahmen (§§ 42, 43 StaRUG)

IV. Haftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung
(§ 276a Abs. 2, 3 InsO)

1. 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 ...

1. 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)

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

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

- ⇒ unklares Verhältnis zu den im Gesellschaftsrecht verankerten Sanierungspflichten
- ⇒ Bedürfnis nach Gläubigerschutz wird durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen aufgefangen

Frage: Folge der Streichung der §§ 2 f. StaRUG-E?

Fortgeltung des *shift of duties* trotz fehlender gesetzlicher Kodifizierung?

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

b) Stellungnahme

- ⇒ Fortgeltung der schon zuvor zunehmend anerkannten Pflichtenstellung im Gläubigerinteresse bei (materieller) Insolvenz (sog. *shift of duties*)
 - ❖ dafür *Bitter*, ZIP 2021, 321 f.; *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17; ähnlich *Bea/Dressler*, NZI 2021, 67 ff. (mit Hinweis auf § 1 StaRUG)
 - ❖ ähnlich *Gehrlein*, BB 2021, 66, 67: Aufforderung des Gesetzgebers, die Wahrung der Gläubigerinteressen bei § 43 GmbHG und § 93 AktG zu berücksichtigen
 - ❖ dagegen *Scholz*, ZIP 2021, 219 ff. (aber mögliches Defizit in der Umsetzung der Richtlinie); *Guntermann*, WM 2021, 214 ff.; *Jungmann*, ZRI 2021, 209 ff. (aber rechtspolitisch befürwortend); *Kuntz*, ZIP 2021, 597 ff.; *Desch/Hochdorfer*, in: *Desch*, Das neue Restrukturierungsrecht, 2021, § 6 Rn. 21; *Korch*, GmbHR 2021, 793 ff. (aber Gläubigerinteressen berücksichtigt in richtlinienkonformer Auslegung)
 - ❖ i.E. offen *Mohammed*, ZInsO 2021, 1262 zur „Polithistorie“

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

c) Relevanz der Streitfrage

- ⇒ Bindung der Geschäftsführung an Gesellschafterweisungen?
- ❖ *Bea/Dressler*, NZI 2021, 67, 69 (drohende Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzgrund schlägt auf die Weisungsbefugnis der Gesellschafter durch, weil die Gesellschafter (partiell) „out of the money“ sind; §§ 32, 43 StaRUG als klare Ausformung des *shift of duties*)
 - ❖ *Ristelhuber*, NZI 2021, 417, 418 und *Korch*, GmbHR 2021, 793, 796 (keine Bindung an gegen § 43 I 1 StaRUG verstoßende Weisungen)
 - ❖ *Thole*, BB 2021, 1347, 1349 (jedenfalls Existenzvernichtung als Grenze; Vorrang des Gläubigerschutzes jedenfalls nach Anzeige der Restrukturierungssache)

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

c) Relevanz der Streitfrage

- ⇒ Pflicht der Geschäftsführer zur Einholung einer Gesellschafterweisung vor Einleitung eines StaRUG-Verfahrens?
- ❖ *Ristelhuber*, NZI 2021, 417, 418 ff. (h.M. verweist auf OLG München ZIP 2013, 1121; Weisungsrecht der Gesellschafter hinsichtlich des „Wie“ der Restrukturierung)
 - ❖ *Thole*, BB 2021, 1347, 1350 (Parallele zu § 18 InsO; einfache Mehrheit reicht; Wirkung der [fehlenden] Zustimmung nur im Innenverhältnis)

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

d) Bedeutung des § 1 StaRUG?

Wortlaut:

(1) Die Mitglieder des zur Geschäftsführung berufenen Organs einer juristischen Person (Geschäftsleiter) wachen fortlaufend über Entwicklungen, welche den Fortbestand der juristischen Person gefährden können. Erkennen sie solche Entwicklungen, ergreifen sie geeignete Gegenmaßnahmen und erstatten den zur Überwachung der Geschäftsleitung berufenen Organen (Überwachungsorganen) unverzüglich Bericht. Berühren die zu ergreifenden Maßnahmen die Zuständigkeiten anderer Organe, wirken die Geschäftsleiter unverzüglich auf deren Befassung hin.

(2) Bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit im Sinne von § 15a Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 der Insolvenzordnung gilt Absatz 1 entsprechend für die Geschäftsleiter der zur Geschäftsführung berufenen Gesellschafter.

(3) Weitergehende Pflichten, die sich aus anderen Gesetzen ergeben, bleiben unberührt.

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

d) Bedeutung des § 1 StaRUG?

⇒ Berücksichtigung des § 1 StaRUG bei einer Ausrichtung der Geschäftsleitung auf das Gläubigerinteresse?

❖ dafür *Brünkmans*, ZInsO 2021, 125, 126; *Bitter*, ZIP 2021, 321, 322; *Bea/Dressler*, NZI 2021, 67 ff.; *Ristelhuber*, NZI 2021, 417, 419

❖ zurückhaltend *Thole*, BB 2021, 1347, 1348 f.

⇒ Inhaltliche Präzisierung des § 1 StaRUG steht allerdings noch aus

❖ *Schwintowski*, NZG 2021, 901 ff. mit Kritik an der nebulösen Regelung

Vorbemerkung: Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht

- I. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)
- II. Geschäftsführung im Gläubigerinteresse?
- III. Organpflichten und Haftung im präventiven Restrukturierungsrahmen (§§ 42, 43 StaRUG)**
- IV. Haftung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung (§ 276a Abs. 2, 3 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 m.w.N.; *Kranzfelder/Ressmann*, ZInsO 2021, 191, 193 f.

⇒ (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 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 wahrt**. 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*) ⇒ Folie 54
- ❖ *Bitter*, ZIP 2021, 321, 333 f.; *Thole*, BB 2021, 1347, 1351; *Kranzfelder/Ressmann*, ZInsO 2021, 191 f.; wohl auch *Eckert/Holze/Ippen*, NZI 2021, 153, 157; a.A. *Scholz*, ZIP 2021, 219, 222 f.
- ⇒ 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 30 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.

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

d) Anwendbarkeit der business judgement rule?

- ❖ *Scholz*, ZIP 2021, 219, 224: „Anleihe“ bei der BJR möglich, aber Ausrichtung auf die Gläubigerinteressen
 - ❖ *Thole*, BB 2021, 1347, 1351: keine Anwendung der BJR, aber Ermessensspielraum wie bei § 60 InsO
- ⇒ zu den m.E. geringen Unterschieden siehe Folie 75

Vorbemerkung: Insolvenzzgründe und Insolvenzantragspflicht

- I. Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)
- II. Geschäftsführung im Gläubigerinteresse?
- III. Organpflichten und Haftung im präventiven Restrukturierungsrahmen (§§ 42, 43 StaRUG)
- IV. 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)

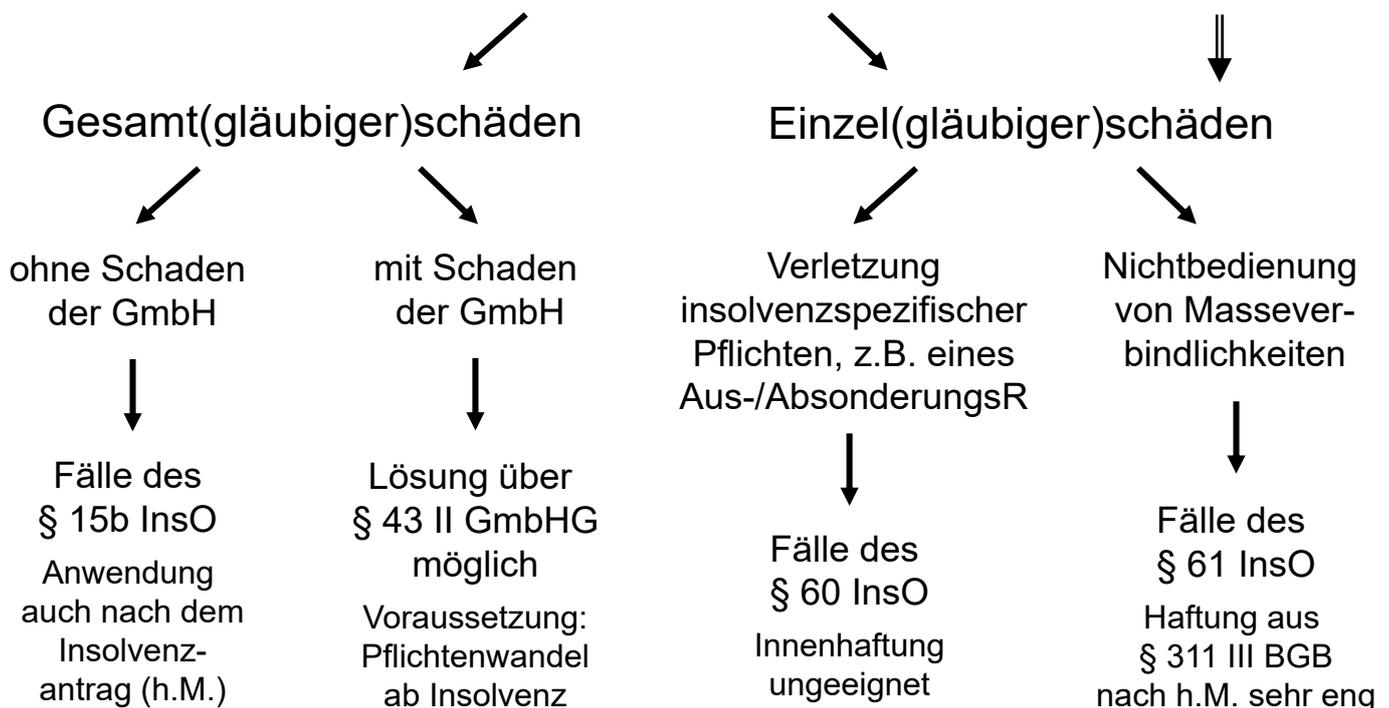
1. Übernahme von BGHZ 218, 290 und der bisher (wohl) h.M.

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 30 ff.)
 - ❖ Literatur zum bisherigen Recht: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 458 ff., insbes. Rn. 460
 - ❖ zum neuen Recht *Bitter*, ZIP 2021, 321, 335 f. m.w.N.; *Thole*, BB 2021, 1347, 1354; *Bork/Kebekus*, in *KPB, InsO*, Stand: März 2021, § 15b Rn. 55

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, BGHZ 225, 90 = ZIP 2020, 1080 zwar (–), aber stattdessen gilt ein „vom Insolvenzzweck geprägter Ermessensspielraum“ (Rn. 33)
 - praktischer Unterschied m.E. marginal (Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 518; dazu kritisch *Kuntz*, ZIP 2021, 597, 607 ff.)
 - 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., Rn. 37)

- *Altmeyden*, Die fortgesetzten Irrtümer über die Zahlungsverbote, ZIP 2021, 1
- *Baumert*, § 15b InsO – offene Praxisfragen beim korrigierenden Eingriff des Gesetzgebers in die Rechtsprechung des II. Senats, NZG 2021, 443
- *Bea/Dressler*, Business Judgement Rule versus Gläubigerschutz? – Praktische Erwägungen zur Organhaftung im Kontext des StaRUG, NZI 2021, 67
- *Berberich*, Analogie zu § 15b Abs. 8 InsO bei der Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB), ZInsO 2021, 1313
- *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

- *Brinkmann*, Die Haftung der Geschäftsleiter in der Krise nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), ZIP 2020, 2361
- *Desch*, Das neue Restrukturierungsrecht, 2021, § 6
- *Gehrlein*, Neuregelung und Konzentration der Zahlungsverbote in § 15b InsO, DB 2020, 2393
- *Guntermann*, StaRUG: Neuausrichtung der Geschäftsleiterpflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit, WM 2021, 214
- *Jungmann*, Die Ausrichtung der Pflichten von Gesellschafterorganen an den Interessen der Residualberechtigten, ZRI 2021, 209
- *Korch*, Restrukturierungshaftung der Geschäftsleiter nach dem StaRUG
- *Kuntz*, Geschäftsleiterhaftung bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach StaRUG, ZIP 2021, 597
- *Lieder/Wagner*, Masseschmälerung durch Forderungseinziehung auf debitorische Konten – Alte Probleme im neuen Gewand? – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 11.2.2020 – II ZR 427/18 sowie BGH, Urt. v. 27.10.2020 – II ZR 355/18, ZGR 2021, 495

- *H.-F. Müller*, Die Begrenzung der Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen durch das SanInsFoG, GmbHR 2021, 737
- *Poertzgen*, Insolvenzverschleppung in Zeiten von COVInsAG, StaRUG und SanInsFoG, ZInsO 2020, 2509
- *Rönnau/Wegner*, (Weitere) Reform des Insolvenzrechts durch das SanInsFoG – Was bleibt von der Vorrangrechtsprechung?, ZInsO 2021, 1137
- *A. Schmidt*, Die neue Geschäftsleiterhaftung gem. § 15b InsO im Lichte der Rechtsprechung zu § 64 Satz 1 GmbHG a.F. – was bleibt, was ist neu?, ZRI 2021, 389
- *Schmittmann*, Steuerliche Privilegierung der vorläufigen Eigenverwaltung, Haftung der Geschäftsleiter für Steuerzahlungen und Haftung von Berufsträgern nach dem SanInsFoG-RegE, ZRI 2020, 649
- *Scholz*, Die Krisenpflichten von Geschäftsleitern nach Inkrafttreten des StaRUG, ZIP 2021, 219
- *Thole*, Die Geschäftsleiterhaftung im StaRUG und nach § 15b InsO n.F., BB 2021, 1347
- *Wollring/Quitau*, Plandispositive Geschäftsführerhaftung? – Die Entlastung von Geschäftsführern im Insolvenz- und Restrukturierungsplan, ZRI 2021, 616

© 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