

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

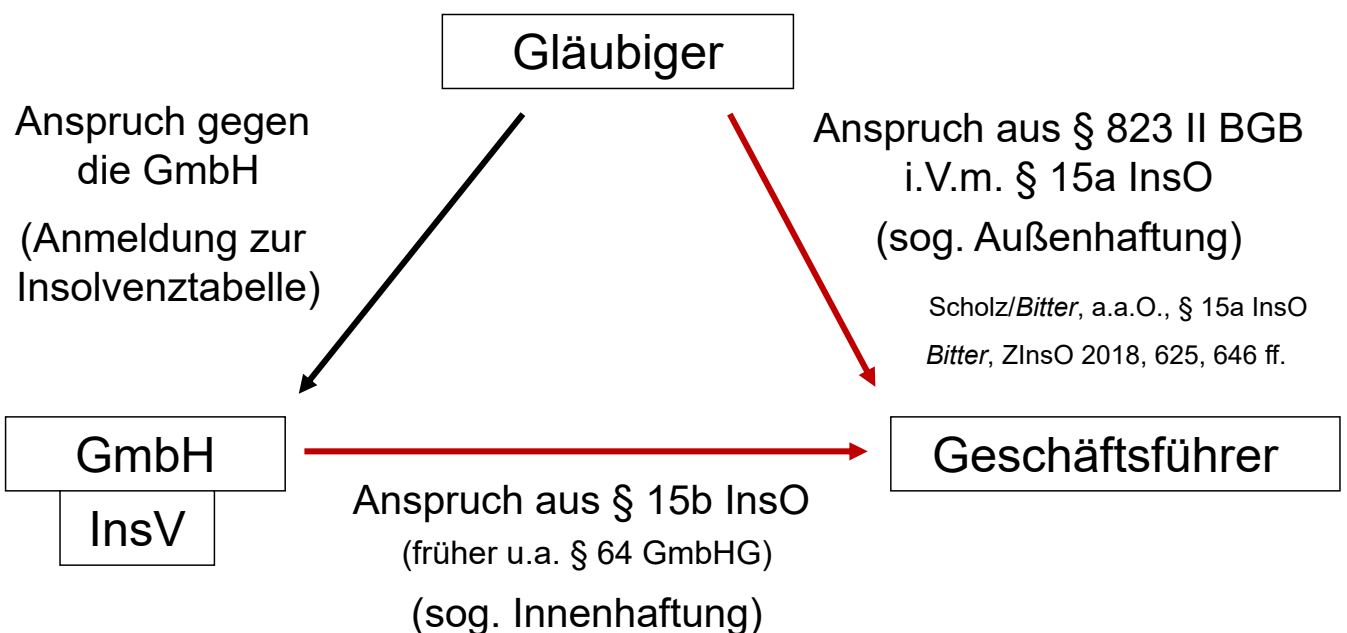
Anwendungsprobleme des § 15b InsO

Rechtsdurchsetzung zwischen Einzel- und Gesamtkompensation

Fortbildungsveranstaltung in der Kanzlei
Dr. Beck & Partner GbR – Rechtsanwälte und
Insolvenzverwalter am 19. Juli 2024 in Nürnberg

www.georg-bitter.de

Überblick: Außen- und Innenhaftung



Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 15b InsO

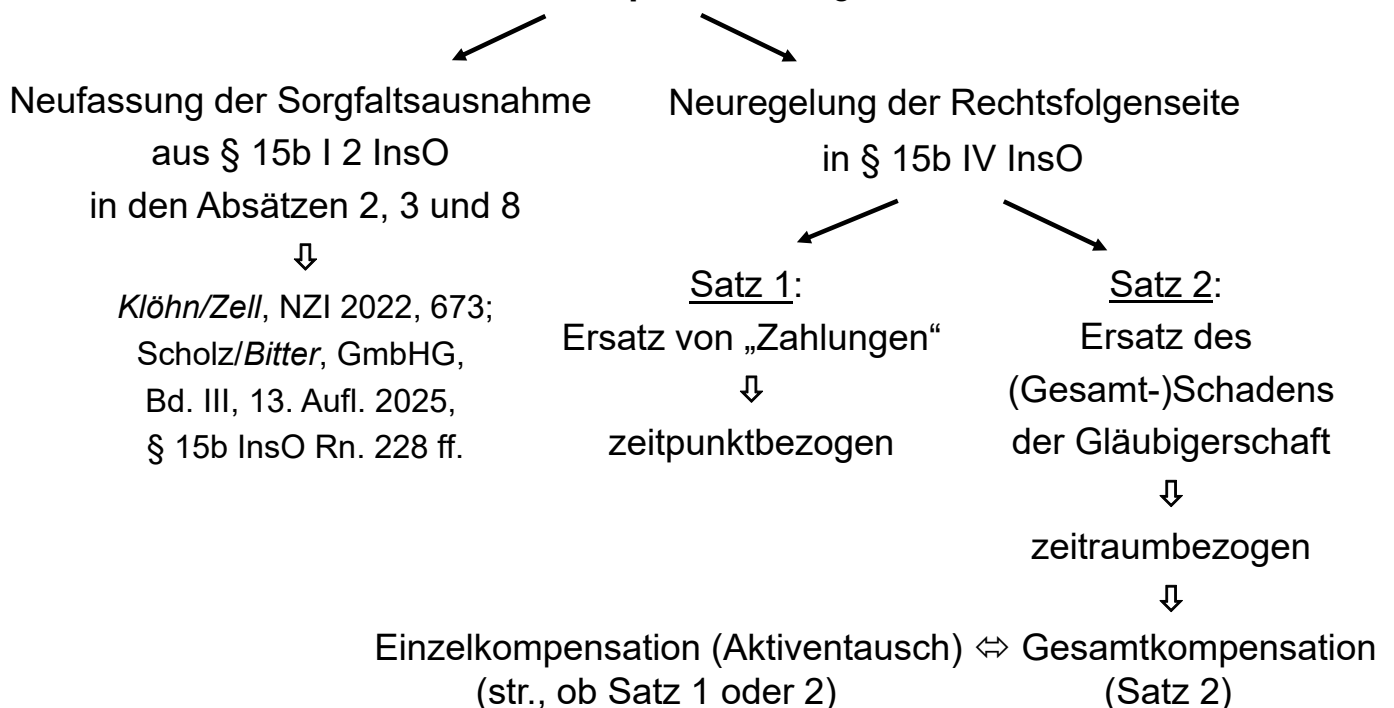
Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 573 ff.

Bitter, ZIP 2021, 321, 324 ff.; GmbHR 2022, 57 ff.; ZIP 2024, 153 ff.

1. Einzel- und Gesamtbetrachtung im neuen Recht
2. Einzel- oder Gesamtkompensation nach § 15b IV 2 InsO?
3. Vorbehalt in Höhe der „ersparten“ Insolvenzquote?
4. Haftung nur Zug um Zug gegen Abtretung von Anfechtungsansprüchen?
5. Verjährung nach § 15b VII InsO
6. Zahlungsbegriff beim debitorischen Konto
7. Relevanz der Leistungsreihenfolge und der Person des Leistenden bei Kompensation?
8. Relevanz der Passiva bei der Gesamtbetrachtung?
9. Zeitpunkt der Wertbestimmung bei Kompensationen
10. Fazit

Einzel- und Gesamtbetrachtung im neuen Recht

Zwei Problemschwerpunkte des § 15b InsO



Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

Normtext von Absatz 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. ...“

Begründung des RegE-SanInsFoG zu Absatz 4

Vermutung eines Gesamtgläubigerschadens in Höhe der verbotswidrig geleisteten Zahlungen

Einzel- oder Gesamtkompensation nach § 15b IV 2 InsO?

Frage 1: **Bezieht sich der Gegenbeweis** in Abs. 4 Satz 2 **auf die einzelne erbrachte Zahlung** (so insbes. *Kleindiek*, in Kayser/Thole, HK-InsO, 11. Aufl. 2023, § 15b Rn. 104 ff.) **oder auf den Gesamtschaden während des Zeitraums der Insolvenzreife** bzw. Insolvenzverschleppung (h.M.; vgl. z.B. *Trenker*, KTS 2023, 495, 510; *K. Schmidt/Herchen*, in K. Schmidt, InsO, 20. Aufl. 2023, § 15b Rn. 30: „periodische Verringerung der Befriedigungsaussichten“; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 15b InsO Rn. 328 ff.; *Bitter*, ZIP 2024, 153, 155 m.w.N. zum Streitstand)?

Frage 2: Geht man von einer Gesamtbetrachtung aus (h.M.), wie ist dann dieser Gläubiger(gesamt)schaden zu berechnen?

⇒ Drei Modelle der Berechnung ⇒ b.w.

Drei Schadenskonzepte im Rahmen der Gesamtkompensation

(Nachweise bei *Bitter*, ZIP 2024, 153, 156 in Fn. 35, 39, 40)

(1) Quotenverminderungsschaden i.S.v. § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO

- Betrag zur Auffüllung der Insolvenzmasse, sodass die hypothetische Insolvenzquote bei rechtzeitigem Insolvenzantrag erreicht wird

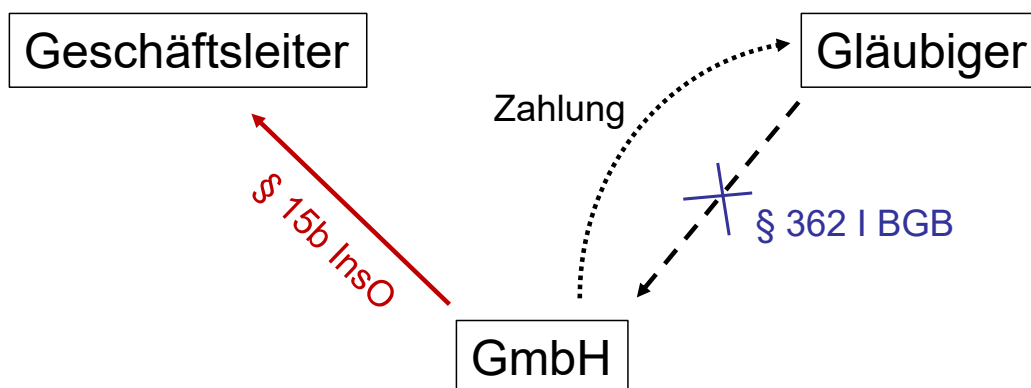
(2) Vermögensverlust während des Zeitraums der Insolvenzreife

- (bilanzieller) Fehlbetrag aus Sicht der Gesellschaft

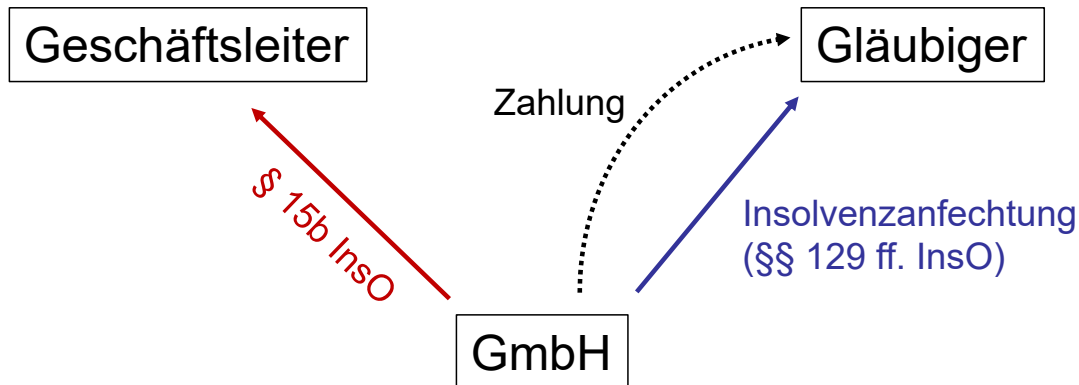
(3) Saldo aller Ab- und Zuflüsse (*Klöhn/Zell*, NZG 2022, 836 ff.)

- Veränderung nur der Aktivseite unter Ausblendung der Passiva

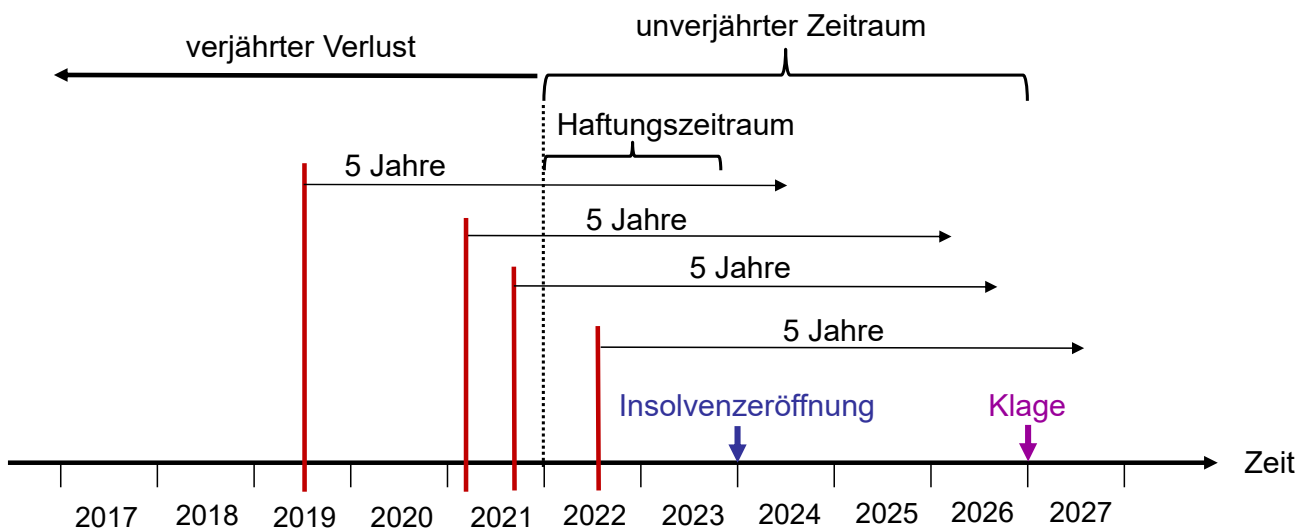
❖ Rechenbeispiele bei *Trenker*, KTS 2023, 495, 509 ff.



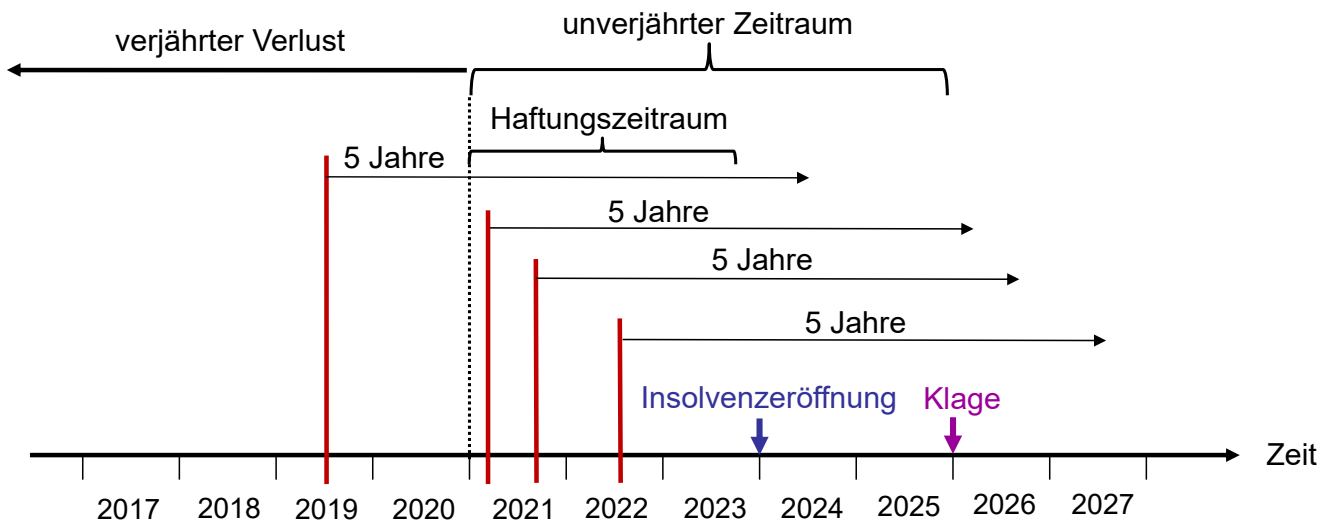
- bei Einzelbetrachtung: Ausgleich für die „ersparte“ Insolvenzquote (BGHZ 146, 264 = ZIP 2001, 235, Leitsatz 3)
- bei Gesamtbetrachtung: kein Vorbehalt in Höhe der „ersparten“ Insolvenzquote (Begr. zu § 15b IV InsO, BT-Drucks. 19/24181, 195; *Bitter*, ZIP 2024, 153, 156 ff.)



- bei Einzelbetrachtung: Erstattung Zug um Zug gegen Abtretung des Anfechtungsanspruchs (vgl. z.B. *Gehrlein*, ZHR 181 [2017], 482, 544 m.w.N.)
- bei Gesamtbetrachtung: kein Anspruch auf Abtretung, falls Anfechtungsansprüche bei der Schadensbemessung berücksichtigt (*Bitter*, ZIP 2024, 153, 158)



- bei Einzelbetrachtung: Verjährungsbeginn mit jeder einzelnen Zahlung (BGH ZIP 2009, 956; OLG Düsseldorf ZIP 2023, 1999, 2004)
- bei Gesamtbetrachtung str.: Verjährungsbeginn (1) mit Ende der Verschleppung oder (2) mit Insolvenzeröffnung/Ablehnung mangels Masse; a.A. *Bitter*, ZIP 2024, 153, 159 f.: keine Haftung für Teilverlust, der vor mehr als 5 Jahren entstanden ist



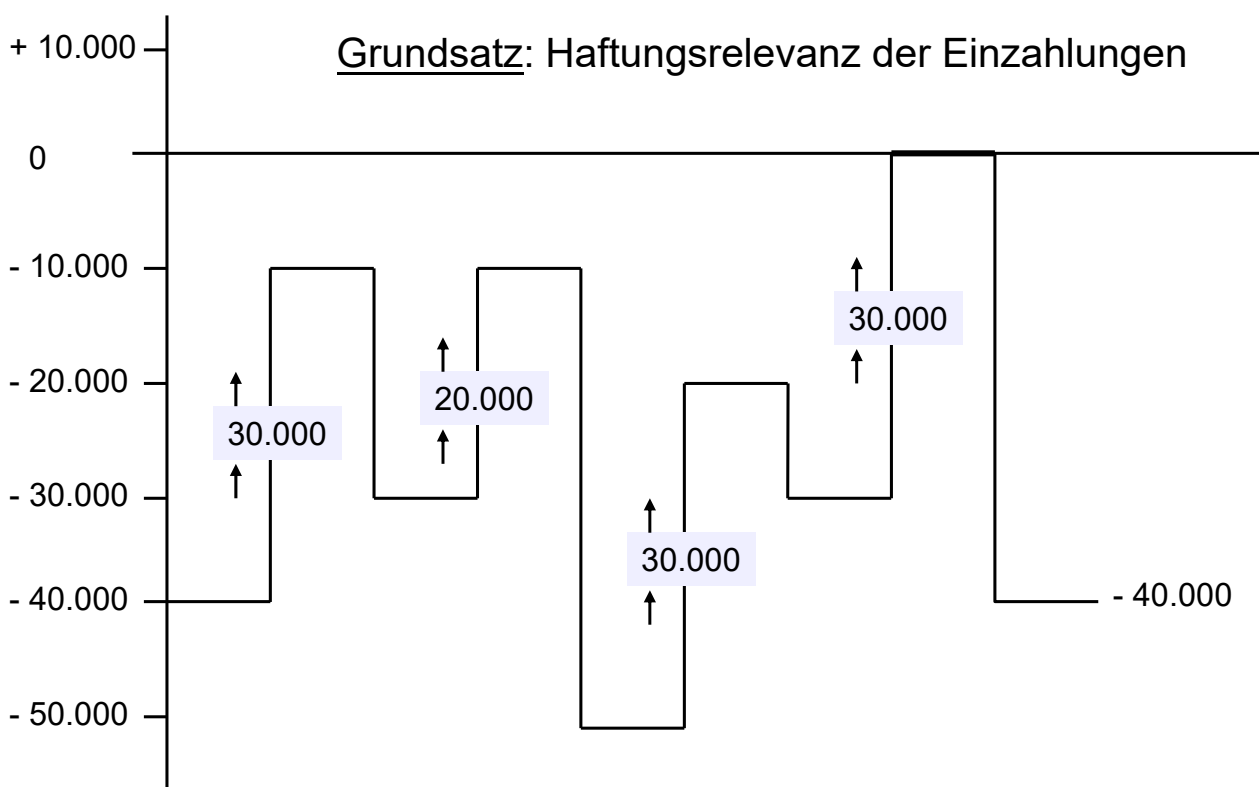
- bei Einzelbetrachtung: Verjährungsbeginn mit jeder einzelnen Zahlung (BGH ZIP 2009, 956; OLG Düsseldorf ZIP 2023, 1999, 2004)
- bei Gesamtbetrachtung str.: Verjährungsbeginn (1) mit Ende der Verschleppung oder (2) mit Insolvenzeröffnung/Ablehnung mangels Masse; a.A. *Bitter*, ZIP 2024, 153, 159 f.: keine Haftung für Teilverlust, der vor mehr als 5 Jahren entstanden ist

1. Kontoeingang beim debitorischen Konto als „Zahlung“

- BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184: Einzug von Kundenschecks auf ein *debitorisches* Bankkonto
 - ❖ Zahlung an die Bank durch Rückführung der Kreditlinie
- BGH ZIP 2007, 1006: Zahlungen von Gesellschaftsschuldern auf ein *debitorisches* Bankkonto der GmbH (Grund der Haftung: fehlende „Umleitung“ der Beträge auf ein kreditorisch geführtes Konto)
 - ❖ bestätigend BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 16)
- Skizze auf Folie 14

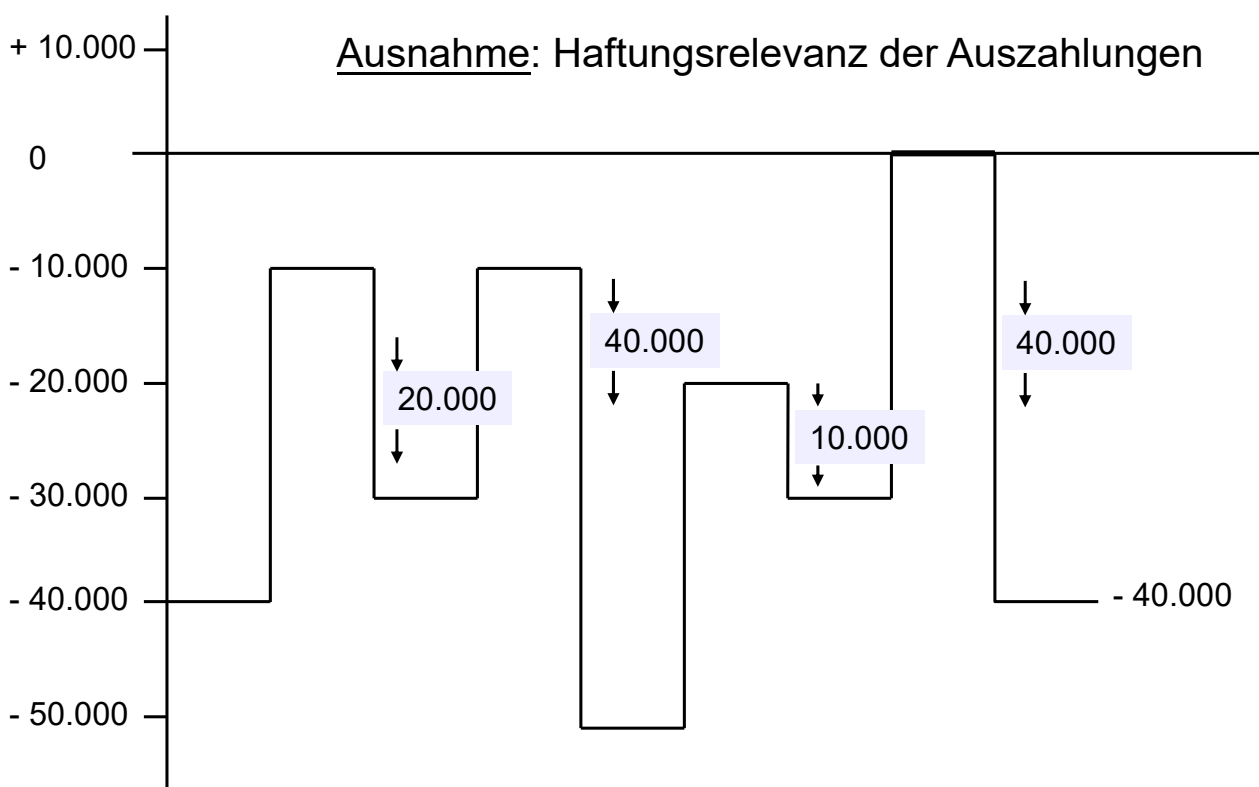
2. Kontoausgang beim debitorischen Konto keine „Zahlung“

- BGH ZIP 2007, 1006 (Rn. 8); ZIP 2010, 470 (Rn. 10); BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 32): bloßer Gläubigertausch ⇒ Die Forderung der Bank aus dem Kontokorrentkredit tritt an die Stelle der Forderung des befriedigten Gläubigers
- Kritik: fehlende Trennung des Deckungs- und Valutaverhältnisses (und dies auch nur beim Zahlungsausgang vom debitorischen Konto)
 - ❖ richtig: Leistung der Bank an den Insolvenzschuldner (= potentielle Masse) + Abfluss von dort an den befriedigten Gläubiger
 - ❖ zur Insolvenzanfechtung: *Bitter*, in FS G. Fischer, 2008, S. 15, 29 ff.; *Gehrlein*, ZHR 181 (2017), 484, 518 f.
- Skizze auf Folie 14



3. Ausnahme = Umkehr der Haftungsrelevanz für debitorische Konten bei bestehender Sicherheit der Bank für die Kreditlinie

- Die Auszahlung ist kein Gläubigertausch, soweit die zuvor freie Sicherheit (wieder) haftet (BGH ZIP 2011, 422 [Rn. 26]).
- Der Eingang ist keine Masseschmälerung, weil die Leistung auf ein Absonderungsrecht der Bank erfolgt und somit im Umfang des Eingangs die Sicherheit frei wird (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 25 f.]).
 - Anfechtbarkeit der Sicherheit ist unerheblich (BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 [Rn. 27 ff.])
- zusammenfassend BGH ZIP 2016, 974 = DB 2016, 1245 (Rn. 38 ff.)
- Skizze auf Folie 16

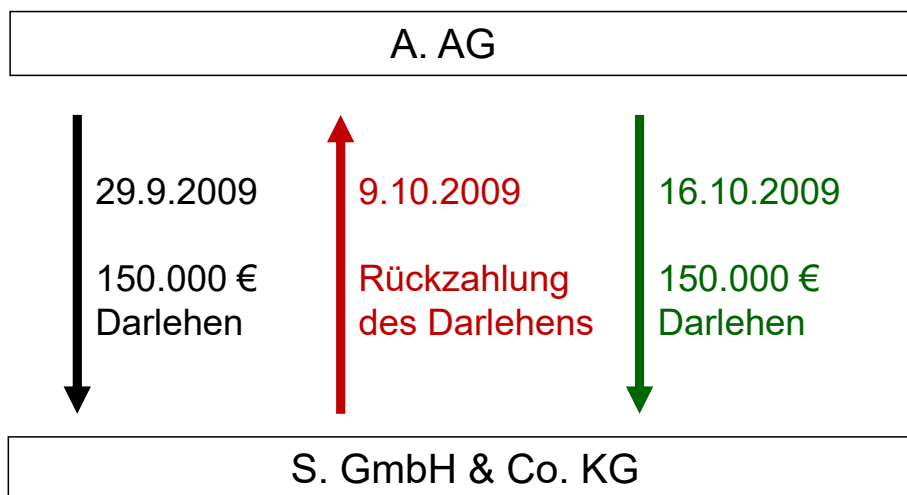


4. Problem: Unterbricht eine auf die Kontoeingänge gestützte Klage die Verjährung, wenn das Gericht die Kontoausgänge für haftungsrelevant hält?

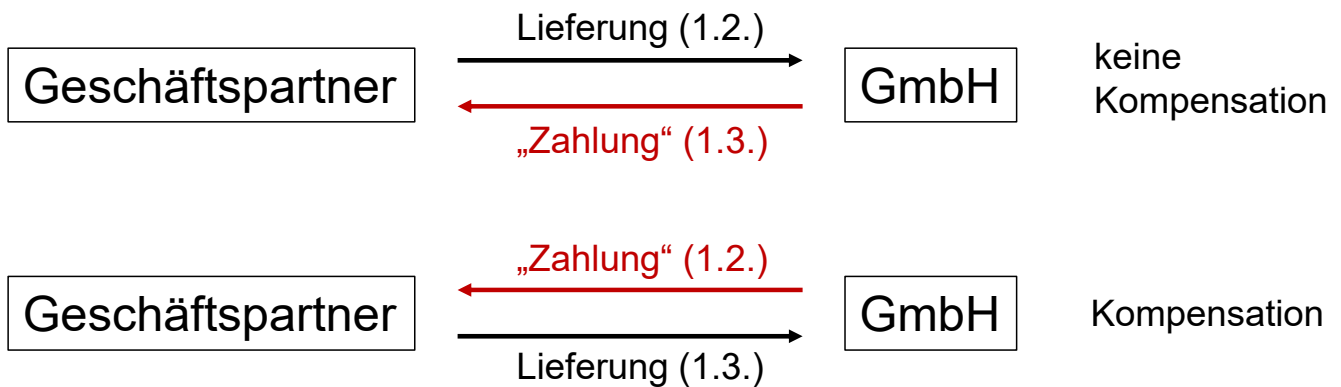
- verneinend OLG Köln MDR 2019, 111, 113 (juris-Rn. 463 ff.)
- kritisch zu dieser „Verjährungsfalle“ bei § 64 GmbHG a.F. Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 130: Insolvenzverwalter soll die Klage alternativ auf die Ein- oder Ausgänge stützen (in diesem Sinne möglicherweise BGHZ 227, 221 = ZIP 2020, 2453 [Rn. 39]), wenn es sich insoweit um denselben Streitgegenstand handelt (vgl. BGH ZIP 2007, 1006 [Rn. 11])
- selber Streitgegenstand jedenfalls bei § 15b InsO, da die Einzelzahlungen nicht mehr Haftungs-, sondern nur noch Vermutungstatbestand sind

Relevanz der Leistungsreihenfolge und der Person des Leistenden bei Kompensation?

BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71



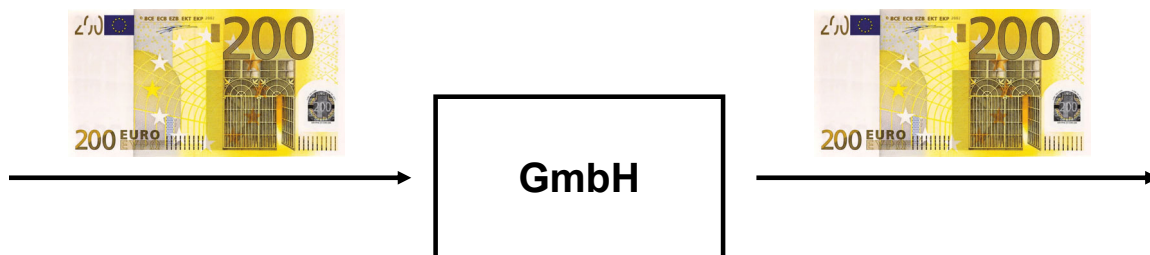
Kompensation nicht schon durch erneute Abrufmöglichkeit ab 9.10.2009, sondern erst mit erneuter Darlehensgewährung am 16.10.2009



BGHZ 227, 221 = ZIP 2020, 2453 (Rn. 41 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.

kein Aktiventausch in Durchleitungsfällen nach der Rspr. zu § 64 GmbHG a.F.



BGH ZIP 2003, 1005 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.03 (*Bitter*)

„Der Geschäftsführer einer GmbH verletzt seine Pflicht, das Gesellschaftsvermögen zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller künftigen Insolvenzgläubiger zusammenzuhalten, auch dann, wenn er bei Insolvenzreife der Gesellschaft Mittel von einem Dritten zu dem Zweck erhält, eine bestimmte Schuld zu tilgen, und kurze Zeit später dementsprechend die Zahlung an den Gesellschaftsgläubiger bewirkt.“

Achtung: Irrelevanz der Leistungsreihenfolge sowie der Person des Leistenden bei der Gesamtbetrachtung (*Bitter*, ZIP 2024, 153, 161 f.)

- Verlust = Saldo aller Vor- und Nachteile der Geschäftstätigkeit
- *per definitionem* zählt nur, was am Ende der Periode in der Gesamtsumme aller Zu- und Abflüsse und sonstigen Vermögensveränderungen wie Verbrauch, Abnutzung oder Verlust fehlt



Achtung: auch hier Änderung der Rechtslage bei Gesamtkompensation, da eine Beschädigung oder Zerstörung nach h.M. keine „Zahlung“ darstellt

- bei Einzelbetrachtung: fehlende Berücksichtigung zusätzlicher Passiva; Argument: neue Verbindlichkeit ≠ „Zahlung“, da keine Schmälerung der vorhandenen Aktivmasse (BGHZ 138, 211, 216 f. = ZIP 1998, 776, 778 = juris-Rn. 12; BGH ZIP 2017, 1619 Rn. 13)
- bei Gesamtbetrachtung: streitige Bedeutung der Passiva
 - nur die Veränderung der Aktivmasse (Zu- und Abflüsse) ist relevant (*Klöhn/Zell*, NZG 2022, 836 ff.; s. auch *Klöhn*, in MünchKomm. StaRUG, 2023, § 15b InsO Rn. 64 ff.; ähnlich *Altmeyen*, ZIP 2022, 1413 ff.: Verlust an verteilungsfähiger Masse)
 - ganz h.M.: Veränderung der gesamten Vermögenslage unter Einschluss der Passiva (periodenbezogener Vermögensverlust oder Quotenverminderungsschaden ⇒ Folie 7); Befriedigungschancen der Gläubiger sind entscheidend (vgl. *Bitter*, ZIP 2024, 153, 162)

- bei Einzelkompensation: Bewertung zum Zeitpunkt des Massezuflusses (BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (LS 2); ebenso OLG Düsseldorf ZIP 2022, 1438, 1439)
- bei Gesamtbetrachtung: Bewertungszeitpunkt bislang offen
 - Zeitpunkt des Insolvenzantrags, da Ende der Insolvenzverschleppung und nachfolgende Zahlungen im Eröffnungsverfahren i.d.R. privilegiert (Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 15b InsO Rn. 344 f.)
 - Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Klöhn, in MünchKomm. StaRUG, 2023, § 15b InsO Rn. 75)
 - Tag der letzten mündlichen Verhandlung im Haftungsprozess

- Das neue Recht (§ 15b InsO) ist komplexer als das alte (§ 64 GmbHG a.F.). Grund dafür ist die Positionierung des Gesetzgebers im Mittelfeld zwischen Einzel- und Gesamtbetrachtung. Die aus dem alten Recht bekannte zeitpunktbezogene Betrachtung einzelner Vermögensabflüsse unter Anrechnung von konkret dem jeweiligen Vermögensabfluss zuordenbaren Vermögenszuflüssen (Aktivtausch = **Einzelkompensation**) wird kombiniert mit einer zeitraumbezogenen Betrachtung, in welcher die Masseabflüsse viel weitergehend durch jegliche, nicht konkret einer „Zahlung“ zuordenbare Massezuflüsse ausgeglichen werden können (**Gesamtkompensation**).
- Die schon bisher feststellbare Tendenz, sich im Zweifel durch einen Vergleich zwischen Insolvenzverwalter und Geschäftsleitung zu einigen, dürfte nochmals zunehmen. Im Vergleich sollte auch geregelt werden, ob und in welcher Höhe der Geschäftsführer nach seiner Erstattungsleistung eine Forderung im Insolvenzverfahren verfolgen darf und ob Anfechtungsansprüche auf ihn übergehen.

- *Altmeyen*, Die fortgesetzten Irrtümer über die Zahlungsverbote, ZIP 2021, 1
- *Altmeyen*, Abschied vom „Quotenschaden“, ZIP 2022, 1413
- *Altmeyen*, Haftung für verbotene Zahlungen nach § 15b InsO, ZIP 2023, 721
- *Baumert*, § 15b InsO – offene Praxisfragen beim korrigierenden Eingriff des Gesetzgebers in die Rechtsprechung des II. Senats, NZG 2021, 443
- *Berberich*, Analogie zu § 15b Abs. 8 InsO bei der Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB), ZInsO 2021, 1313
- *Bitter*, Neues Zahlungsverbot in § 15b InsO-E und Streichung des § 64 GmbHG – Überraschender Fortschritt im Regierungsentwurf eines SanInsFoG, GmbHR 2020, 1157
- *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

- *Bitter*, Massesicherung nach Insolvenzreife – Der neue § 15b InsO!, GmbHR 2022, 57
- *Bitter*, Einzel- und Gesamtbetrachtung bei der Haftung aus § 15b InsO, ZIP 2024, 153
- *Brinkmann*, Die Haftung der Geschäftsleiter in der Krise nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), ZIP 2020, 2361
- *Cahn*, Das Zahlungsverbot nach Insolvenzreife und seine Grenzen, Der Konzern 2022, 221
- *Desch*, Das neue Restrukturierungsrecht, 2021, § 6
- *Ganter*, Verantwortung nach §15b I, IV InsO für Auszahlungen vom gepfändeten oder verpfändeten Bankkonto, NZI 2024, 200
- *Gehrlein*, Neuregelung und Konzentration der Zahlungsverbote in § 15b InsO, DB 2020, 2393
- *Klöhn/Zell*, Wie ist der „Schaden der Gläubigerschaft“ in § 15 b IV 2 InsO zu bestimmen?, NZG 2022, 836
- *Klöhn/Zell*, Sorgfaltsgemäße Zahlungen nach Insolvenzreife im neuen § 15b InsO, NZI 2022, 673

- *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
- *H.-F. Müller*, Die Berücksichtigung von Gegenleistungen im Regime der Zahlungsverbote, in FS Gehrlein, 2022, S. 377 (= ZInsO 2022, 2553)
- *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
- *Sander*, Die Kollision von Zahlungs- und Massesicherungspflicht, ZInsO 2022, 1544
- *Sander*, Die Pflichten des GmbH-Geschäftsführers in Krise und Insolvenz nach dem SanInsFoG, ZHR 188 (2024), 8

- *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
- *A. Schmidt*, Zum Umfang der Geschäftsleiterhaftung gemäß § 15b Abs. 4 InsO - Geringerer Schaden, Kompensation der Masseschmälerung, Quotenvorbehalt, ZRI 2024, 93
- *Schmittmann*, Steuerliche Privilegierung der vorläufigen Eigenverwaltung, Haftung der Geschäftsleiter für Steuerzahlungen und Haftung von Berufsträgern nach dem SanInsFoG-RegE, ZRI 2020, 649
- *Thole*, Die Geschäftsleiterhaftung im StaRUG und nach § 15b InsO n.F., BB 2021, 1347
- *Trenker*, Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich, KTS 2023, 495

Zur Historie des Zahlungsverbots

- *Mock*, Die Insolvenzantragspflicht und das Zahlungsverbot: österreichische Erblasten?, in FS Gehrlein, 2022, S. 335 (= ZInsO 2022, 2605)

Anhang 1

Gesellschafterbeschluss beim Insolvenz-/StaRUG-Verfahren

Gesellschafterbeschluss als Voraussetzung des Insolvenzantrags nach § 18 InsO

- OLG München v. 21.3.2013 – 23 U 3344/12, ZIP 2013, 1121

Leitsatz: Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer Publikums-KG kann der KG nach § 43 Abs. 2 GmbHG haften, wenn er ohne Zustimmung der KG-Gesellschafter einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG wegen drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) stellt.

juris-Rn. 55: „Selbst wenn jedoch im Zeitpunkt der Insolvenzantragsstellung von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit auszugehen gewesen sein sollte, hätte der Beklagte mit der Antragsstellung ohne Einholung eines zustimmenden Beschlusses der Gesellschafter der Klägerin seine Geschäftsleiterpflichten verletzt. Nach herrschender Meinung in der Literatur darf ein Geschäftsführer nämlich gegen den Willen der Gesellschafter keinen Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit stellen (...). Ein solcher **Gesellschafterbeschluss** ist zwar **im Außenverhältnis keine Voraussetzung der Antragstellung** oder Verfahrenseröffnung. ...“

... Im **Innenverhältnis** einer von Zahlungsunfähigkeit bedrohten Gesellschaft ist das antragsberechtigte Organ jedoch zur Einholung eines entsprechenden Beschlusses verpflichtet, da es sich nicht um eine Geschäftsführungsmaßnahme, sondern um **ein den Gesellschaftszweck änderndes [...] Grundlagengeschäft** handelt (...). Die drohende Zahlungsunfähigkeit löst keine – ohne schuldhaftes Zögern zu erfüllende (§ 15a Abs. 1 InsO) – Insolvenzantragspflicht aus, sondern berechtigt die Gesellschaft lediglich zur Antragstellung und das Insolvenzgericht zur Verfahrenseröffnung (§ 18 Abs. 2 InsO). Dementsprechend droht dem antragsberechtigten Organ keine Haftung wegen Insolvenzverschleppung (...). In den Vordergrund treten damit die **Interessen der Gesellschafter als wirtschaftliche Eigentümer des Gesellschaftsunternehmens**. Aus deren Sicht gleicht eine Insolvenzverfahrenseröffnung letztlich einer Auflösung der Gesellschaft, ...“

- Problem: Die drohende Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 18 InsO a.F. begründete regelmäßig eine negative Fortführungsprognose im Rahmen des § 19 InsO, da die Voraussetzungen (fast) identisch waren.
- Folge: bilanzielle Überschuldungsmessung nach Liquidationswerten
⇒ Gesellschaft zumeist überschuldet ⇒ Antragspflicht i.S.v. § 15a InsO
- Mittelbereich eines bestehenden *Antragsrechts* trotz fehlender *Antragspflicht* existierte faktisch kaum
- Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 109 m.w.N.

1. Zeitliche Entzerrung von § 18 InsO und § 19 InsO

- Begrenzung des Prognosezeitraums in § 19 InsO auf 12 Monate:
„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.“
- Festlegung des Prognosezeitraums in § 18 InsO auf i.d.R. 24 Monate
- Folge: Öffnung eines „Sanierungsfensters“ zw. 12 und 24 Monaten

2. Positive Fortführungsprognose auch bei prognostisch erwartbarer Umsetzung eines Sanierungskonzepts (z.B. im StaRUG-Verfahren)

- *wirtschaftliche* Insolvenz wird *rechtlich* für irrelevant erklärt

Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 18 InsO Rn. 4 ff., § 19 InsO Rn. 32 ff., 38 ff.

- **dafür** z.B. AG Hamburg v. 17.3.2023 – 61c RES 1/23, ZIP 2023, 1038, bestätigt durch LG Hamburg v. 20.4.2023 – 304 T 15/23, ZIP 2023, 2646 = NZG 2023, 1133; LG Berlin v. 31.5.2023 – 100 O 18/23, ZIP 2023, 1910; *Jungmann*, ZRI 2021, 209, 210, 213 m.w.N. in Fn. 43 (vgl. aber auch – inhaltlich m.E. gegenteilig – S. 223); *Baumert*, FD-InsR 2023, 458448 m.w.N. zum Streitstand; *Bayer*, GmbHR 2023, 918 f. m.w.N.; wohl auch AG Charlottenburg v. 31.7.2023 – 36f RES 1604-23, ZIP 2023, 2008, das allerdings einen nachträglich eingeholten Gesellschafterbeschluss genügen lässt
- **differenzierend** *Brinkmann*, KTS 2021, 303, 310, 315 ff., der einerseits zwischen GmbH und AG, andererseits zwischen Erforderlichkeit und Bindungswirkung des Beschlusses unterscheidet; vgl. auch *Brinkmann*, EWIR 2023, 597, 598; *Gehrlein*, BB 2022, 1096 ff.

- **dagegen** AG Dresden v. 9.8.2023 – 572 RES 1/23, ZIP 2023, 2316 – „Softline AG“ m. zust. Anm. *Paulus*, EWiR 2023, 728 f.; *Skauradszun/Amort*, DB 2021, 1317, 1320 ff.; *Mock*, NZI 2023, 585 ff. m.w.N.; *Skauradszun/Harnack*, DZWIR 2023, 511 ff. m.N. zum Streitstand in Fn. 20 f.; *Baschnagel*, Restructuring Support Agreements, S. 197 ff. mit umfassenden Angaben zum Streitstand in Fn. 1422 ff.
- **für Fälle, in denen die Restrukturierung zur Vermeidung der Insolvenz alternativlos ist**, auch *Herding/Krafczyk*, ZRI 2023, 750 ff.; insoweit für die AG ablehnend auch AG Nürnberg v. 21.6.2023 – RES 397/23, ZIP 2023, 2317 m. Anm. *Brinkmann*, EWiR 2023, 663 (Kritik an der Begründung, nicht aber am Ergebnis); zwischen den Krisenstadien differenzierend auch *Madaus*, NZI 2023, 930, 931 f.; unentschlossen *Balthasar*, NZI-Beilage 1/2021, S. 18, 20 ff. mit Fazit S. 22
- Eigener Standpunkt: *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 18 InsO Rn. 22 ff.; ferner § 15a InsO Rn. 285 ff. zur Diskussion um den sog. *shift of duties*

- Literatur: *Balthasar*, Allgemeine Zugangsvoraussetzungen zu den Restrukturierungsinstrumenten, NZI-Beilage 1/2021, S. 18; *Baschnagel*, Restructuring Support Agreements, 2023, S. 197 ff.; *Brinkmann*, Die Solvenzsicherungspflicht der Geschäftsleiter – Zur Haftungs- und Organisationsverfassung der juristischen Person nach dem StaRUG, KTS 2021, 303, 315 ff.; *Fehrenbach*, Die Beteiligung der Gesellschafter beim Eigenantrag der Gesellschaft auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, ZIP 2020, 2370; *Fuhrmann/Heinen/Schilz*, Die gesellschaftsrechtlichen Aspekte des StaRUG – Drei Fragen an die Restrukturierungsanzeige nach § 31 I StaRUG, NZG 2021, 684; *Gehrlein*, Rechte der Gesellschafter im Restrukturierungsverfahren, BB 2022, 1096; *Herding/Krafczyk*, Die Einbeziehung der Anteilseigner bei der Anzeige des Restrukturierungsvorhabens im „kritischen“ und „idealen“ Restrukturierungsfenster, ZRI 2023, 750; *Jungmann*, Die Ausrichtung der Pflichten von Gesellschaftsorganen an den Interessen der Residualberechtigten – Zur Notwendigkeit eines rechtsdogmatisch tragfähigen Fundaments des Restrukturierungsrechts, ZRI 2021, 209; *Kleindiek*, Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit und Gesellschafterentscheid, in FS Karsten Schmidt, Band I, 2019, S. 655; *Krüger*, Insolvenzbetragene Pflichten von Unternehmensleitung und Beratern nach der sog. Restrukturierungsrichtlinie RL (EU) 2019/1023 und dem StaRUG, 2023, S. 185 ff. (zur GmbH), 200 ff. (zur AG); *Rauhut*, Die Gesellschafter unter dem StaRUG, NZI-Beilage 1/2021, S. 52; *Schäfer*, Muss die Hauptversammlung einem Schutzschirmverfahren zustimmen?, ZIP 2020, 1950; *Skauradszun/Amort*, Krisenfrüherkennung und -management, Organkompetenzen und die Frage nach der Restrukturierungsverschleppungshaftung, DB 2021, 1317, 1320 ff.; *Skauradszun/Harnack*, Prüfungsumfang des Restrukturierungsgerichts bei Anzeigen und Aufhebungen nach §§ 31, 33 StaRUG, DZWIR 2023, 511.
- Eigener Standpunkt: *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 18 InsO Rn. 22 ff.

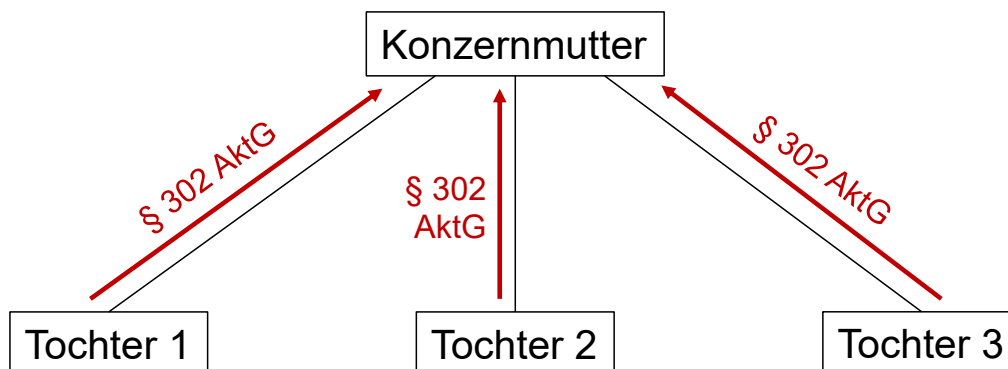
Anhang 2

Insolvenzgründe

- Zahlungsunfähigkeit bei Verlustausgleichspflicht gemäß § 302 AktG
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung

Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 InsO – ernsthaftes Einfordern bei § 302 AktG –

- *Bitter/Berberich*, Feststellung der Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 InsO bei Verpflichtung der Konzernmuttergesellschaft zum Verlustausgleich (§ 302 AktG), ZIP 2022, 2577 ff.



Problem: zivilrechtliche Fälligkeit des § 302 AktG mit Bilanzstichtag (BGHZ 142, 382)

Frage: Wann ist die Forderung insolvenzrechtlich i.S.v. § 17 InsO fällig?

- **Ausgangspunkt:** zivilrechtliche Fälligkeit ist nicht mit insolvenzrechtlicher Fälligkeit im Rahmen des § 17 InsO gleichzusetzen, weil Ansprüche vom Gläubiger ggf. nicht „ernsthaft eingefordert“ sind
 - ⇒ Die Forderung eines Gläubigers, der – im Sinne einer außerinsolvenzlichen Durchsetzungssperre – für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in eine spätere oder „nachrangige“ Befriedigung eingewilligt hat, darf bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht berücksichtigt werden, auch wenn keine rechtlich bindende Vereinbarung getroffen worden ist oder die Vereinbarung nur auf die Einrede des Schuldners berücksichtigt würde und vom Gläubiger einseitig aufgekündigt werden könnte.
 - ⇒ BGH v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, BGHZ 173, 286, 292 (Rn. 18) = ZIP 2007, 1666, 1668 (Rn. 18) = juris-Rn. 17; dazu erläuternd *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1009; siehe auch *Bitter/Berberich*, ZIP 2022, 2577, 2578

- BGH v. 29.10.2020 – 5 StR 618/19, ZInsO 2020, 2710

„Zahlungsunfähig ist, wer nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 InsO). Wird – wie hier – ein befristetes Darlehen durch Zeitablauf fällig, ist die Tilgungsverpflichtung des Schuldners bei der Prüfung seiner Zahlungsunfähigkeit auch dann zu berücksichtigen, wenn der Darlehensgeber ihn nicht im Sinne eines Einforderns konkret zur Rückzahlung aufgefordert hat (vgl. BGH v. 22.11.2012 – IX ZR 62/10, NZI 2013, 129, 130 [= ZIP 2013, 79]).

Ungeachtet dessen dient das Merkmal des „ernstlichen Einforderns“ nach der Rechtsprechung ohnehin allein dem Zweck, solche Forderungen auszunehmen, die rein tatsächlich – also auch ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung – gestundet sind (vgl. BGH a.a.O.; Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 86/16, NJW 2018, 1089, 1090). Der Senat neigt daher der Auffassung zu, wonach die Fälligkeit von Forderungen im insolvenzrechtlichen Sinn nicht voraussetzt, dass die geschuldete Leistung „ernsthaft eingefordert“ wird (vgl. BGH v. 23.5.2007 – 1 StR 88/07, NStZ 2007, 643, 644; a.A. BGH v. 16.5.2017 – 2 StR 169/15, wistra 2017, 495, 498; vgl. auch *Baumert* NJW 2019, 1486, 1487 f.).“

- OLG Düsseldorf v. 20.1.2020 – I-12 U 23/19, ZIP 2020, 2140

Leitsätze:

1. Ficht der Insolvenzverwalter die Tilgung einer fremden Schuld als unentgeltliche Leistung nach § 134 Abs. 1 InsO an, hat er die Wertlosigkeit der getilgten Forderung darzulegen und zu beweisen. Stützt er sich zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit des Forderungsschuldners (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO) auf eine Liquiditätsbilanz, müssen die darin enthaltenen Forderungen **ernsthaft eingefordert** sein. Das ist **bei einer geduldeten Überziehung der Kontokorrentkreditlinie** hinsichtlich des Rückzahlungsanspruchs der Bank **nicht der Fall**.

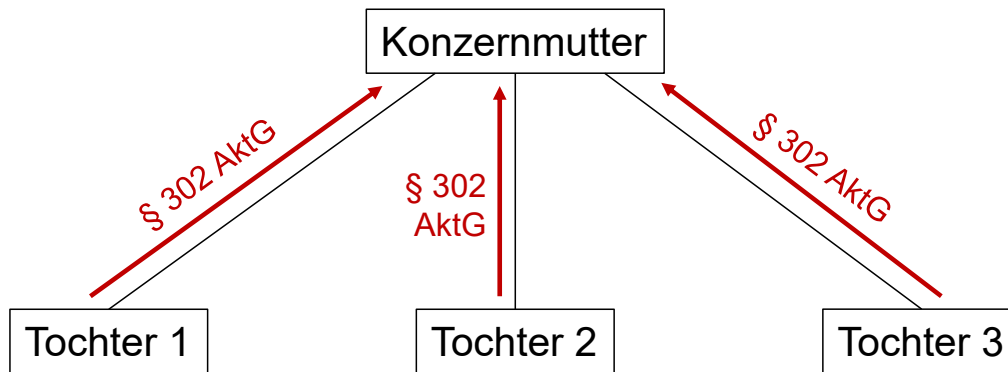
2. Stellt die Bank ihrem Kunden, der die Kreditlinie überzogen hat, den vertraglich vereinbarten höheren Überziehungszinssatz in Rechnung und lässt zudem weitere Verfügungen zu Lasten des Kontos zu, spricht dies für eine **geduldete Kontoüberziehung** und **nicht** für eine im Rahmen der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit grundsätzlich unbeachtliche „**erzwungene Stundung**“.

- OLG Düsseldorf v. 20.1.2020 – I-12 U 23/19, ZIP 2020, 2140

juris-Rn. 19: „... Das Landgericht hat ... zutreffend ausgeführt, dass es an einem ernsthaften Einfordern fehlt, wenn die Bank die Überziehung der Kreditlinie geduldet hat (vgl. BGH v. 22.11.2012 – IX ZR 62/10, NZI 2013, 129 Rn. 13; BeckOK InsO/Wolfer, 15. Ed., § 17 Rn. 9; K. Schmidt/K. Schmidt, InsO, 19. Aufl., § 17 Rn. 11; Brinkmann, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl., Rn. 5.13). Die Bank kann in Höhe der geduldeten Kontenüberziehung zwar jederzeit die Rückführung der fälligen Verbindlichkeiten verlangen, solange sie dies allerdings nicht getan und zur Rückzahlung aufgefordert hat, ist der Überziehungsbetrag nicht fällig im Rechtssinne. Denn **die Bank bringt erst durch das Rückzahlungsverlangen zum Ausdruck, dass sie nicht länger zu einer geduldeten Überziehung bereit ist** (Hölzle in: Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht, 2. Aufl., Kap. 3 Insolvenzantragsgründe, Rn. 48).“

- w.N. (auch zur Gegenansicht) bei Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 17 InsO Rn. 9 (in der 12. Aufl. 2021: Vor § 64 Rn. 9)

- *Bitter/Berberich*, Feststellung der Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 InsO bei Verpflichtung der Konzernmuttergesellschaft zum Verlustausgleich (§ 302 AktG), ZIP 2022, 2577 ff.



Problem: zivilrechtliche Fälligkeit des § 302 AktG mit Bilanzstichtag (BGHZ 142, 382)

Frage: Wann ist die Forderung insolvenzrechtlich i.S.v. § 17 InsO fällig?

- ❖ OLG Frankfurt v. 17.1.2018 – 4 U 4/17, ZIP 2018, 488 – „Arcandor“
 - kein „ernsthaftes Einfordern“ wegen tatsächlicher Stundung zum Bilanzstichtag
 - Irrelevanz einer zivilrechtlichen Unzulässigkeit der Stundung
 - Irrelevanz des Schutzzwecks von § 302 AktG, da Herkunft der vorhandenen Mittel unerheblich (sogar bei Erlangung aus einer Straftat)

- ❖ OLG Düsseldorf v. 20.12.2018 – 10 U 70/18, ZIP 2019, 2122 – „Arcandor“
 - am Bilanzstichtag noch keine Gläubigerhandlung, aus der sich der Wille ergibt, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen = kein ernsthaftes Einfordern
 - keine sofortige Fälligkeit aller gesetzlichen Ansprüche im Rahmen des § 17 InsO
 - Abgrenzung vom Fall der Fälligkeit eines befristeten Kredits nach Zeitablauf (BGH v. 22.11.2012 – IX ZR 62/10, NZI 2013, 129 = ZIP 2013, 79 ⇒ Folie 40)
 - Irrelevanz der Verpflichtung zur Einforderung des Verlustausgleichs
 - Irrelevanz einer zivilrechtlichen Unzulässigkeit der Stundung
 - Relevanz der konkreten Handhabung im Konzern

- ❖ *Bitter/Berberich*, ZIP 2022, 2581 ff.
 - Grundsatz: keine insolvenzrechtliche Fälligkeit am Bilanzstichtag
 - Höhe des Verlustausgleichsanspruchs vor Auf- bzw. Feststellung der Bilanz noch nicht konkret bezifferbar ⇒ tatsächlicher Abfluss von Finanzmitteln noch nicht zu erwarten
 - allgemeine Abhängigkeit der Zahlungsunfähigkeit vom Verhalten der Gesellschaftsorgane (z.B. Kreditaufnahme)
 - gesetzliche Ansprüche kein allgemeiner Sonderfall sofortiger insolvenzrechtlicher Fälligkeit ⇒ Abgrenzung von Ansprüchen aus Delikt

❖ *Bitter/Berberich*, ZIP 2022, 2581 ff.

- Konkretisierung des Zeitpunkts der insolvenzrechtlichen Fälligkeit
 - zunehmende Bestimmbarkeit des Verlustausgleichsbetrags mit Auf- und Feststellung der Bilanz ⇒ endgültige Bezifferbarkeit erst mit verbindlicher Feststellung
 - keine insolvenzrechtliche Fälligkeit bei Stundung des Ausgleichsanspruchs
 - Irrelevanz der Personalunion in der Geschäftsführung von Mutter- und Tochtergesellschaft ⇒ Vergleich zu konzerninternen Darlehen / Festlegung von Fälligkeitszeitpunkten bei konzerninternem Leistungsaustausch
 - erwartbarer Mittelrückfluss aufgrund der Cash-Pool-Abrede
 - Sonderfall: Abschlagszahlungen auf den Verlustausgleich

➤ Grundlagen

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579 ff.
- ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 19 InsO (in der 12. Aufl. 2021: Vor § 64 Rn. 38 ff.)

Wortlaut des § 19 II 1 InsO: „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 [bis Ende 2023: vier] Monaten** ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. ...“

Stufe 1 (Regeltatbestand): bilanzielle Betrachtung

- ⇒ Überschuldungsbilanz (nach Liquidationswerten), nicht Handelsbilanz

Stufe 2 (Ausnahme): positive Fortführungsprognose

- ⇒ bei positiver Prognose ist die bilanzielle Überschuldung rechtlich irrelevant

- Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung durch Einbuchung des Anspruchs aus einer internen „Patronatserklärung“ (Verlustdeckungszusage) auf der **Aktivseite** der Überschuldungsbilanz
 - Werthaltigkeit des Anspruchs
 - Umfang: Differenz zw. Passiva und Aktiva zu Liquidationswerten
 - Wirksamkeit im Insolvenzfall
 - keine Möglichkeit der Kündigung / Aufhebung mit gänzlicher Enthftung
 - Verzicht auf Rückzahlungsanspruch oder „qualifizierter Nachrang“
 - Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
- ❖ Literatur: *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 465 ff.; Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 19 InsO Rn. 65 (in der 12. Aufl. 2021: Vor § 64 Rn. 78)

- Eignung einer *Patronatserklärung* zur Begründung einer positiven Fortführungsprognose?
 - grundsätzlich (+), weil reine Zahlungsfähigkeitsprognose
 - Mindestbedingung wohl: verbindlicher Zahlungsanspruch (harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons ← vgl. aber auch Folien 54, 59
 - Problem: (jederzeitige) Kündbarkeit ⇒ 2-stufige Prüfung:
 - (1) Wille der Vertragsparteien = Privatautonomie (BGHZ 187, 69 – „Star 21“)
 - (2) Eignung zur Begründung einer positiven Prognose
 - ⇒ bei überwiegender Wahrscheinlichkeit, dass die Zahlungsfähigkeit im gesamten Prognosezeitraum erhalten bleibt
 - ⇒ fehlt bei Beschränkung der Liquiditätszusage auf die Phase einer (völlig ergebnisoffenen) Prüfung der Sanierungsfähigkeit

- Schädlichkeit einer Befristung, wenn die Zahlungsfähigkeit nach Ablauf des Befristungszeitraums nicht anderweitig gesichert ist
- Liquiditätsgewinn nur bei Verzicht des Patrons auf Rückzahlung (verlorener Zuschuss) oder bei langfristiger Stundung des Rückzahlungsanspruchs
 - ➔ Rangrücktritt i.S.v. § 39 II InsO irrelevant für die Fortführungsprognose
- Ausgestaltung als Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB m.E. nicht erforderlich; eine fehlende Bereitschaft zur Bindung im Interesse der Gläubiger beeinflusst aber ggf. das Wahrscheinlichkeitsurteil negativ
- ❖ Literatur: *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428, 470 ff.; *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 19 InsO Rn. 24 ff., 47 ff. (in der 12. Aufl. 2021: Vor § 64 Rn. 62 ff.)

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643

Leitsatz 2: Eine weiche Patronatserklärung kommt als Mittel zur Vermeidung der rechnerischen Überschuldung nicht in Betracht. Wenn sich in der Ertrags- und Finanzplanung bereits Liquiditätslücken abzeichnen, lässt sich eine positive Fortführungsprognose bei einer bereits in der Krise befindlichen Gesellschaft damit nur ausnahmsweise begründen.

Rn. 69: „Dem Geschäftsleiter ist bei der Beantwortung der Frage, ob eine **positive Fortführungsprognose** gestellt werden kann, ein **Beurteilungsspielraum** zuzubilligen. Bei der Prüfung, ob der Geschäftsleiter seinen Beurteilungsspielraum überschritten hat, darf die Vermögenssituation der Gesellschaft **nicht aus der Rückschau beurteilt** werden, sondern es ist auf die **Erkenntnismöglichkeiten** eines ordentlichen Geschäftsleiters **in der konkreten Situation** abzustellen “

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643
- Rn. 74: „Handelt es sich bei dem Comfort Letter, wie der Beklagte meint, um eine **harte Patronatserklärung**, war die Schuldnerin **rechnerisch schon nicht überschuldet**. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Patronatserklärung, in der sich eine Patronin gegenüber einer Tochtergesellschaft rechtsverbindlich verpflichtet, die Tochtergesellschaft in der Weise auszustatten, dass sie stets in der Lage ist, ihren finanziellen Verbindlichkeiten zu genügen (...), die insolvenzrechtliche Überschuldung vermeiden (BGH v. 20.9.2020 – II ZR 296/08, BGHZ 187, 69 Rn. 18 – STAR 21).“
- Rn. 75: „... Mangels in der Überschuldungsbilanz aktivierbarer Forderung kommt eine **weiche Patronatserklärung** als Mittel zur Vermeidung der rechnerischen Überschuldung nicht in Betracht (*Uhlenbruck/Mock*, InsO, 15. Aufl., § 19 Rn. 111; ...; *Bitter*, ZHR 181 [2017], 428, 440; ...).“

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643
- Rn. 77: „... Die einer Fortbestehensprognose zugrundeliegende Ertrags- und Finanzplanung bildet **zukünftige Zahlungsströme** ab, über deren Eintritt oder Ausfall lediglich eine **mit Unsicherheiten behaftete Vorhersage** möglich ist. Das Bestehen eines Rechtsanspruchs führt zwar regelmäßig dazu, dass der entsprechende Mittelzufluss ohne Weiteres in der Liquiditätsplanung Eingang finden kann. Allein maßgeblich ist dieser Gesichtspunkt jedoch nicht, wie sich nicht zuletzt darin zeigt, dass **etwaige Erträge aus der Geschäftstätigkeit** der Gesellschaft **ebenso in der Finanzplanung angesetzt werden können**, obgleich auf diese ebenfalls kein Rechtsanspruch besteht (...).“

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643

Rn. 79: „Trotz Fehlens eines rechtlich verbindlichen Ausstattungsanspruchs ist eine **weiche Patronatserklärung** ein Umstand, dem im Rahmen der Beurteilung, ob gleichwohl die Fortführung des Unternehmens noch überwiegend wahrscheinlich ist (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 InsO a.F.), Bedeutung zukommen und der nicht außer Betracht bleiben kann, wenn es darum geht, ob die Geschäftsleitung sich noch innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums gehalten hat. Eine **positive Fortführungsprognose** im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 InsO a.F. **scheidet nicht bereits deshalb aus, weil** die Aufrechterhaltung der Liquidität der Gesellschaft von der Zurverfügungstellung ausreichender finanzieller Mittel durch Dritte, etwa einem Gesellschafter, abhängt, auf die **die Gesellschaft (noch) keinen rechtlich verbindlichen Anspruch hat.**“

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643

Rn. 81: „... Ließe man zu, dass ein Tochterunternehmen eine positive Fortbestehensprognose ohne Weiteres auf eine [weiche] Patronatserklärung stützen könnte, eröffnete man dem Mutterunternehmen die Möglichkeit, in der Krise ihrer Tochtergesellschaft die Insolvenz der Tochter auf Kosten der übrigen Gläubiger zu verzögern, ohne ein zusätzliches eigenes Haftungsrisiko übernehmen zu müssen. Deshalb **wird das aus einer lediglich weichen Patronatserklärung folgende unverbindliche Versprechen des Patrons**, die Tochter mit ausreichender Liquidität zu versorgen, **nur in Ausnahmefällen in der Ertrags- und Finanzplanung Berücksichtigung finden können.** ...“

- BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 = ZIP 2021, 1643
- Rn. 82: „... **Außergewöhnliche Umstände**, die im Ausnahmefall eine abweichende Beurteilung rechtfertigen mögen, etwa, weil **der Patron** mit der Ausstattung der Gesellschaft ganz überwiegend **keine Gewinnerzielung anstrebt** und aus übergeordneten Gründen zur Übernahme von Verlusten bereit bzw. **etwa im Bereich der Daseinsvorsorge** verpflichtet ist, sind vom Geschäftsleiter substantiiert darzulegen und zu beweisen. Dafür genügt der Hinweis darauf, dass der Patron in der Vergangenheit finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt hat, mögen diese auch erheblich gewesen sein, für sich genommen nicht (a.A. ...).“

- OLG Düsseldorf v. 20.7.2021 – I-12 W 7/21, ZIP 2021, 1665

Leitsätze:

1. Bei einem **Start-Up Unternehmen** sind die Grundsätze, die der Bundesgerichtshof für eine **positive Fortbestehensprognose** im Rahmen der Überschuldungsprüfung aufgestellt hat (vgl. z.B. BGH v. 23.1.2018 – II ZR 246/15, ZIP 2018, 576 Rn. 23), nicht uneingeschränkt anwendbar. Erforderlich ist, dass das Unternehmen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in der Lage ist, seine im Prognosezeitraum fälligen Zahlungsverpflichtungen zu decken, wobei die dafür erforderlichen Mittel auch von Dritten (Fremdkapitalgeber oder Eigentümer) zur Verfügung gestellt werden können.

2. ... (b.w.)

- OLG Düsseldorf v. 20.7.2021 – I-12 W 7/21, ZIP 2021, 1665

Leitsätze:

2. Hat ein **finanzkräftiger Investor** das Unternehmen bereits **in der Vergangenheit** mit erheblichen Beträgen **finanziell unterstützt** und seinen Willen bekundet, in der Gründungsphase bei Vorlage einer nachvollziehbaren Planung und Nachweis des Finanzbedarfs jeweils weitere Finanzmittel zur Verfügung zu stellen, darf der Geschäftsführer von einer positiven Prognose ausgehen, solange ein nachvollziehbares operatives Konzept vorliegt, das irgendwann eine Ertragsfähigkeit des Unternehmens erwarten lässt, und nicht konkret wahrscheinlich ist, dass der Finanzierer das Start-Up Unternehmen nicht weiterfinanzieren wird. Ein **rechtlich gesicherter und damit einklagbarer Anspruch** auf die Finanzierungsbeiträge ist für die positive Fortbestehensprognose **nicht erforderlich**.

- OLG Düsseldorf v. 9.2.2022 – 12 U 54/21, ZIP 2022, 1061

Leitsätze:

1. Bei einem **Start-Up Unternehmen** müssen im Rahmen der Überschuldungsprüfung die Anforderungen an die **Fortführungsprognose** im Lichte der Besonderheiten derartiger Unternehmen betrachtet werden. Ausreichend – aber auch erforderlich – ist, dass das Unternehmen mit überwiegender, d.h. mehr als 50%iger Wahrscheinlichkeit in der Lage ist, seine im Prognosezeitraum fälligen Zahlungsverpflichtungen aufgrund der Bereitstellung oder Zusage externer Finanzierungsmittel zu decken.

2. Eine **erfolgsversprechende Marktentwicklung** stellt einen Umstand dar, aus dem sich eine positive Fortführungsprognose ergeben kann. Das setzt eine nachvollziehbare, **realistische (Finanz-)Planung mit einem operativen Konzept** voraus, das die geplante Geschäftsausrichtung erfolgsversprechend erscheinen lässt.

Die Zusage eines finanzkräftigen Investors, der das Unternehmen bereits in der Vergangenheit mit Darlehen finanziell unterstützt hat, vermag eine positive Fortführungsprognose jedenfalls nur dann zu begründen, wenn dieser die Bereitstellung weiterer Mittel von der Vorlage einer aktuellen, nachvollziehbaren und realistischen Planung abhängig gemacht hat und aufgrund dessen bis zu einer erfolgsversprechenden Marktentwicklung **die Finanzierung durch weitere Darlehen des Investors gesichert erscheint** (Ergänzung zu OLG Düsseldorf v. 20.7.2021 – I-12 W 7/21, ZIP 2021, 1665).

3. Fehlt es hieran und hängt die Bereitstellung weiterer finanzieller Mittel in jedem Einzelfall allein vom Willen des Geldgebers ab, kann sich der Geschäftsführer nicht darauf verlassen, dass die Finanzierung bis zur erfolgreichen Etablierung des Unternehmens am Markt gesichert ist.

- OLG Düsseldorf v. 16.8.2023 – I-12 U 59/22, ZIP 2023, 1999, 2002 ff.
Leitsatz 2: Bei einem Start-Up Unternehmen sind die Grundsätze, die der Bundesgerichtshof für eine positive Fortbestehensprognose i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO aufgestellt hat, nicht uneingeschränkt anwendbar (Anschluss an Senatsbeschlüsse vom 20. Juli 2021, I-12 W 7/12 und 17. Januar 2022, I-12 W 17/12).

➤ OLG Schleswig v. 29.9.2021 – 9 U 11/21, ZIP 2022, 899

Rn. 26: „Gegen die Annahme einer Überschuldung spricht auch die vom Beklagten substantiiert vorgetragene **Verlustdeckungszusage des Mutterkonzerns A. Holding AG** gegenüber der Schuldnerin. Zwar konnte der Beklagte eine derartige Erklärung in Schriftform nicht vorlegen. Hierbei ist jedoch zum einen die Beweisnot des Beklagten zu berücksichtigen, die daraus herrührt, dass bei dem Brand sämtliche Geschäftsunterlagen der Schuldnerin vernichtet wurden. Zum anderen **war eine schriftliche Vereinbarung angesichts der personellen und wirtschaftlichen Verstrickung der Unternehmen des Konzerns vorliegend nicht erforderlich**. Der Beklagte war maßgeblich an jedem der drei Unternehmen beteiligt; konkret hielt er die Mehrheit der Anteile des Mutterkonzerns A. Holding AG, die alleinige Gesellschafterin der Schuldnerin wie auch des Schwesterunternehmens war. Er hätte daher ohne weiteres einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss der Unternehmen herbeiführen können. ...“

➤ OLG Schleswig v. 29.9.2021 – 9 U 11/21, ZIP 2022, 899

Rn. 28: „Insgesamt ergeben sich aus den Kontoauszügen eine finanzielle Verstrickung der Unternehmen und die nicht nur finanzielle Abhängigkeit der Schuldnerin von dem Schwester- und Mutterunternehmen. Nach den unbestrittenen Angaben des Beklagten war die Schuldnerin lediglich ein **Dienstleistungsunternehmen**, das für die Mutter- und Schwesterfirma tätig wurde und daher von diesen durch Stellung von Produktions- und Finanzmitteln „am Leben gehalten“ wurde. **Liquiditätsengpässe der Schuldnerin wurden stets von dem Schwesterkonzern ausgeglichen**, wie sich aus der Anlage B27 ergibt. ... Die vom Beklagten damit substantiiert dargelegte Verlustdeckungszusage bzw. **Patronatsvereinbarung zwischen Mutter- und Tochterunternehmen** führt dazu, dass nicht von einer Überschuldung der Schuldnerin auszugehen ist (BGH v. 20.9.2010 – II ZR 296/08, NJW 2010, 3442, 3443, Rn. 18; K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 19 Rn. 42; Baumbach/Hueck-Haas, GmbH-Gesetz, aaO, Vorbemerkung vor § 64 Rn. 47).“

© 2024

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