

Prof. Dr. Georg Bitter

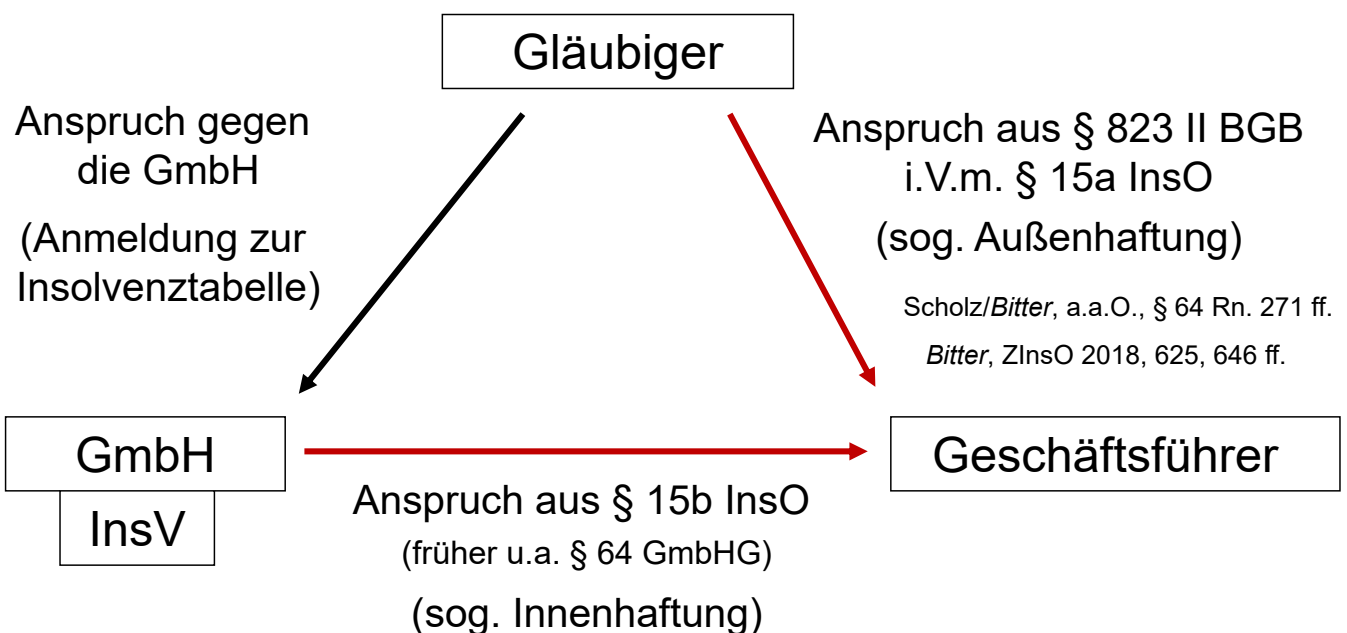
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Insolvenzgründe, Insolvenzantragspflicht und Haftung

Lehrgang „Insolvenzrecht“
der Bielefelder Fachlehrgänge
am 16. Mai 2023 in Westerland/Sylt

www.georg-bitter.de

Überblick: Außen- und Innenhaftung



Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 37 ff.

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

Bitter, ZIP 2021, 321, 324 ff.; GmbHHR 2022, 57 ff.

I. Insolvenzgründe

- Darlegung der Zahlungsunfähigkeit durch Liquiditätsbilanz/Finanzstatus
- „ernsthaftes Einfordern“ – Kredit + Verlustausgleich gemäß § 302 AktG
- Zahlungseinstellung
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung

II. Geschäftsleiterhaftung aus § 15b InsO, u.a.

- Anwendungsbereich und Haftungsadressat
- Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 2 InsO mit Präzisierung in Abs. 2, 3 und 8
- Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

III. Außenhaftung aus § 826 BGB

➤ BGH v. 28.6.2022 – II ZR 112/21, ZIP 2022, 1606

Leitsatz: Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO muss nicht durch Aufstellung einer Liquiditätsbilanz, sondern kann auch mit anderen Mitteln dargelegt werden.

Rn. 12: „Von einer Zahlungsunfähigkeit ist regelmäßig auszugehen, wenn die innerhalb von **drei Wochen** nicht zu beseitigende **Liquiditätslücke des Schuldners 10 % oder mehr** beträgt, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134, 145; ...).“

- BGH v. 28.6.2022 – II ZR 112-21, ZIP 2022, 1606

Rn. 13: „Es ist unerheblich, dass sich der Kläger zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit nicht auf eine **Liquiditätsbilanz** bezieht und deshalb Liquiditätslücke und Liquiditätsdeckungsgrad nicht **unter Berücksichtigung des Verhältnisses der Summe von Aktiva I und Aktiva II zur Summe von Passiva I und Passiva II** errechnet (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.2017 – II ZR 88/16, BGHZ 217, 129, Rn. 62). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass die Zahlungsunfähigkeit auch auf andere Weise dargelegt werden kann als durch eine solche Zeitraumbetrachtung. So wird es für zulässig erachtet, die Zahlungsunfähigkeit durch einen **Liquiditätsstatus auf den Stichtag in Verbindung mit einem Finanzplan für die auf den Stichtag folgenden drei Wochen**, in dem tagesgenau Einzahlungen und Auszahlungen gegenübergestellt werden, darzutun (vgl. BGH, Urteil v. 28.4.2022 – IX ZR 48/21, WM 2022, 1287 Rn. 18).

...

- BGH v. 28.6.2022 – II ZR 112-21, ZIP 2022, 1606

.... Es spricht auch nichts dagegen, zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit **mehrere tagesgenaue Liquiditätsstatus in aussagekräftiger Anzahl** aufzustellen, in denen ausgehend von dem am Stichtag eine erhebliche Unterdeckung ausweisenden Status an keinem der im Prognosezeitraum liegenden bilanzierten Tag die Liquiditätslücke in relevanter Weise geschlossen werden kann (vgl. HambKommlnsO/Schröder, 9. Aufl., § 17 Rn. 51).“

Problem 1: Begriffliches Wirrwarr: Liquiditätsbilanz/Liquiditätsstatus/Finanzplan

Problem 2: Inhaltliche Unterschiede: Deckungsgrad bei einer „Liquiditätsbilanz“ unter Addition der Summe aus Aktiva I und II bzw. Passiva I und II ist unrealistisch höher als auf Basis eines Finanzplans („Volumeneffekt“) ⇒ b.w.

⇒ Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 28 ff.

Beispiel zum „Volumeneffekt“

⇒ Steffan/Poppe/Oberg, ZIP 2022, 1961, 1963

	Liquiditätsstatus t_0	Zugang Wochen 1 bis 3	Liquiditätsbilanz t_3
Verfügbare liquide Mittel	100	500	600
Fällige Verbindlichkeiten	150	500	650
Liquiditätslücke absolut	- 50	0	- 50
relativ	33 %		8 %

Aktiva 1 (links) and Aktiva 2 (rechts) are indicated by red lines pointing to the 'Verfügbare liquide Mittel' row.
 Passiva 1 (links) and Passiva 2 (rechts) are indicated by red lines pointing to the 'Fällige Verbindlichkeiten' row.

	t_0	Erfül- lung	Zugang Woche 1	t_1	Erfül- lung	Zugang Woche 2	t_2	Erfül- lung	Zugang Woche 3	t_3
Verfügbare liquide Mittel	100	0	150	150	0	200	200	0	150	150
Fällige Verbindlichkeiten	150	50	150	200	50	200	250	50	150	200
Liquiditätslücke absolut	- 50	- 50	0	- 50	- 50	0	- 50	- 50	0	- 50
relativ	33 %	100 %		25 %	100 %		20 %	100 %		25 %

Curved arrows indicate the flow of payments: from 'Fällige Verbindlichkeiten' to 'Erfüllung' and from 'Erfüllung' to 'Verfügbare liquide Mittel'.

- **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**.

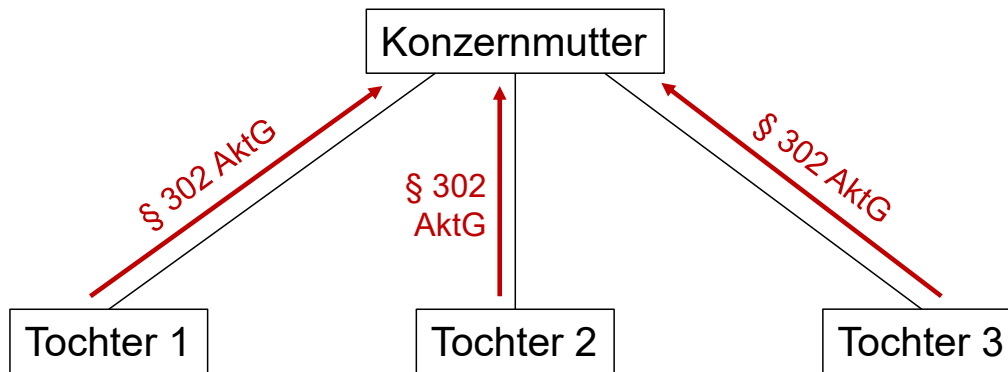
2. Stellt die Bank ihrem Kunden, der die Kreditlinie überzogen hat, den vertraglich vereinbarten höheren Überziehungszinssatz in Rechnung und lässt zudem weitere Verfügungen zu Lasten des Kontos zu, spricht dies für eine **geduldete Kontoüberziehung** und **nicht** für eine im Rahmen der Feststellung 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, 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 10)
 - 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

➤ **Zahlungseinstellung – Grundlagen**

- ⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. III, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 32 ff.
 - Zahlungseinstellung begründet die (widerlegliche) Vermutung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 II 2 InsO: „in der Regel anzunehmen“)
 - Vorteile der Vermutung
 - keine Aufstellung einer sog. Liquiditätsbilanz im Eröffnungsverfahren
 - Erleichterung der Insolvenzanfechtung
 - Erleichterung des Haftungsprozesses gegen Geschäftsführer (vgl. zuletzt OLG Düsseldorf, ZIP 2023, 869 ff., Leitsatz 1)

➤ Zahlungseinstellung – Grundlagen

- Definition: Zahlungseinstellung ist ein **nach außen hervortretendes Verhalten des Schuldners**, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, mindestens eine nicht unwesentliche fällige Forderung zu erfüllen
- Zusammenfassung: *Gehrlein*, ZInsO 2018, 354 ff.
- Indizien: Vortrag beim 3. Sylter Insolvenzrechtslehrgang 2020 am 19./20. Mai 2020 in Westerland/Sylt
⇒ www.georg-bitter.de ⇒ „Lehrstuhlinhaber“ ⇒ „Vorträge“

➤ BGH v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 = ZIP 2021, 1447

Leitsätze:

5. Eine besonders aussagekräftige Grundlage für die **Feststellung der Zahlungseinstellung** ist die Erklärung des Schuldners, aus Mangel an liquiden Mitteln nicht zahlen zu können; fehlt es an einer solchen Erklärung, müssen die für eine Zahlungseinstellung sprechenden sonstigen Umstände ein der Erklärung entsprechendes Gewicht erreichen.
6. Stärke und Dauer der **Vermutung für die Fortdauer der festgestellten Zahlungseinstellung** hängen davon ab, in welchem Ausmaß die Zahlungsunfähigkeit zutage getreten ist; dies gilt insbesondere für den Erkenntnishorizont des Anfechtungsgegners.

- BGH v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 = ZIP 2021, 1447

Rn. 41: „... Anlass besteht ... zu einer Konkretisierung des durch den Tatrichter bei der Feststellung der Zahlungseinstellung anzulegenden Maßstabs. Entscheidend ist die am **Beweismaß des § 286 ZPO** zu messende, in umfassender und widerspruchsfreier Würdigung des Prozessstoffs zu gewinnende **Überzeugung, der Schuldner könne aus Mangel an liquiden Zahlungsmitteln nicht zahlen**. Eine besonders aussagekräftige Grundlage für diese Überzeugung ist die **eigene Erklärung des Schuldners**. Erklärt der Schuldner, eine fällige und nicht unbedeutende Verbindlichkeit binnen drei Wochen (...) nicht – und zwar auch nicht nur ratenweise – begleichen zu können, wird in aller Regel von einer Zahlungseinstellung des Schuldners im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung auszugehen sein. Dies gilt **erst recht, wenn der Schuldner darüber hinaus ausdrücklich erklärt, zahlungsunfähig zu sein**. Fehlt es an einer (ausdrücklichen) Erklärung des Schuldners, müssen die für eine Zahlungseinstellung sprechenden Umstände ein der Erklärung entsprechendes Gewicht erreichen. **Zahlungsverzögerungen allein, auch wenn sie wiederholt auftreten, reichen dafür häufig nicht**. Es müssen dann Umstände hinzutreten, die mit hinreichender Gewissheit dafürsprechen, dass die Zahlungsverzögerung auf der fehlenden Liquidität des Schuldners beruht.“

- BGH v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 = ZIP 2021, 1447

Rn. 42: „Die **zusätzlich erforderlichen Umstände** können darin zu sehen sein, dass der Schuldner Forderungen solcher Gläubiger nicht begleicht, auf deren (weitere) Leistungserbringung er zur Aufrechterhaltung seines Geschäftsbetriebs angewiesen ist (...). Ferner kann der Mahn- und/oder Vollstreckungsdruck des Gläubigers der Zahlungsverzögerung ein größeres Gewicht verleihen (...). Ein schematisches Vorgehen verbietet sich auch hier. Maßgebend ist, dass die zusätzlichen Umstände im konkreten Einzelfall ein Gewicht erreichen, das der Erklärung des Schuldners entspricht, aus Mangel an liquiden Mitteln nicht zahlen zu können.“

Rn. 43: „Im Grundsatz hält der Senat auch daran fest, dass die **Fortdauer der einmal eingetretenen Zahlungseinstellung zu vermuten** ist (...).“

- BGH v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 = ZIP 2021, 1447

Rn. 44: „Allerdings ist die **Vermutung in der Vergangenheit zu undifferenziert angewandt** worden. Richtigerweise hängen Stärke und Dauer der Vermutung davon ab, in welchem **Ausmaß die Zahlungsunfähigkeit** zutage getreten ist. Dies gilt insbesondere für den Erkenntnishorizont des Anfechtungsgegners. ...“

Rn. 45: „... Die Zahlungseinstellung ist nur bezogen auf eine einzige **(Haupt-)Forderung** offenbar geworden, die **verhältnismäßig geringfügig** war. Eine derartige Deckungslücke kann erfahrungsgemäß im laufenden Geschäftsbetrieb ohne tiefgreifende Sanierungsbemühungen beseitigt werden. Anders liegt der Fall, wenn aus dem Zahlungsverhalten des Schuldners oder anderer zur Kenntnis des Anfechtungsgegners gelangter Umstände auf Liquiditätsschwierigkeiten in einem Ausmaß zu schließen ist, das aus objektiver Sicht eine Sanierung außerhalb eines Insolvenzverfahrens ausgeschlossen oder ein Insolvenzverfahren unabwendbar erscheinen lässt. ...“

- BGH v. 10.2.2022 – IX ZR 148/19, ZIP 2022, 537

Leitsätze:

1. Wird die **Verbindlichkeit**, welche die Annahme einer Zahlungseinstellung des Schuldners trägt, **erfüllt oder gestundet**, und will der Verwalter die Vermutung der Fortdauer der Zahlungseinstellung für sich in Anspruch nehmen, kann er unter dem Gesichtspunkt der sekundären Darlegungslast gehalten sein, zum Zahlungsverhalten des Schuldners im Übrigen, insbesondere zu weiterhin nicht bedienten Verbindlichkeiten des Schuldners vorzutragen.

2. Bezieht sich ein im Wesentlichen gleichbleibendes, **dauerhaft schleppendes Zahlungsverhalten** des späteren Schuldners auch auf einen **Zeitraum, in dem der Schuldner seine Zahlungen unstreitig noch nicht eingestellt hatte**, kann aus dem Zahlungsverhalten nicht auf eine später eingetretene Zahlungseinstellung geschlossen werden.

➤ BGH v. 10.2.2022 – IX ZR 148/19, ZIP 2022, 537

Rn. 18: „Greift die **Fortdauervermutung** ein, hat nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Anfechtungsgegner die allgemeine Wiederaufnahme der Zahlungen darzulegen und zu beweisen (...). Damit wird dem Anfechtungsgegner in vielen Fällen Unmögliches abverlangt. ...“

Rn. 19: „Vor diesem Hintergrund hält es der Senat für angezeigt, die Anforderungen an den für die Entkräftung der Fortdauervermutung erforderlichen Vortrag durch eine **sekundäre Darlegungslast des Insolvenzverwalters** zu beschränken. ... Hierfür genügt es jedoch nicht schon, dass der Anfechtungsgegner sich auf eine allgemeine Wiederaufnahme der Zahlungen beruft. Erforderlich, um eine sekundäre Darlegungslast auszulösen, ist vielmehr, dass **der Anfechtungsgegner einen Umstand beweist oder ein solcher unstreitig ist, der eine Wiederaufnahme der Zahlungen im Allgemeinen als möglich erscheinen lässt**. Dies ist etwa anzunehmen, wenn die Verbindlichkeit, deren Nichtbedienung die Feststellung der Zahlungseinstellung trägt, nicht mehr herangezogen werden kann und dem Anfechtungsgegner Kenntnisse über das Zahlungsverhalten des Schuldners im Übrigen fehlen. ...“

➤ BGH v. 28.4.2022 – IX ZR 48/21, ZIP 2022, 1341

Leitsätze:

1. Die Zahlungseinstellung kann aus einem einzigen **Indiz** gefolgert werden, wenn dieses Indiz eine hinreichende Aussagekraft hat. Fehlt es an einem hinreichend aussagekräftigen einzelnen Indiz, kommt der Schluss auf eine Zahlungseinstellung nur in Betracht, wenn die Gesamtheit der Indizien die volle richterliche Überzeugung einer Zahlungseinstellung rechtfertigt.

2. Zahlt der Schuldner **Sozialversicherungsbeiträge** stets vollständig, aber im Wesentlichen gleichbleibend **durchgängig um einen bis weniger als zwei Monate verspätet**, stellt dies für sich genommen **kein ausreichendes Indiz** dar, um eine Zahlungseinstellung zu begründen.

- BGH v. 28.4.2022 – IX ZR 48/21, ZIP 2022, 1341

Rn. 29: „**Zahlungsverzögerungen allein, auch wenn sie wiederholt auftreten, reichen für eine Zahlungseinstellung häufig nicht.** Es müssen dann Umstände hinzutreten, die mit hinreichender Gewissheit dafürsprechen, dass die Zahlungsverzögerung auf fehlender Liquidität des Schuldners beruht (...). Solche Umstände können darin zu sehen sein, dass der Schuldner Forderungen solcher Gläubiger nicht begleicht, auf deren (weitere) Leistungserbringung er zur weiteren Aufrechterhaltung seines Geschäftsbetriebs angewiesen ist. Ferner kann der Mahn- und/oder Vollstreckungsdruck des Gläubigers der Zahlungsverzögerung ein größeres Gewicht verleihen. Ein schematisches Vorgehen verbietet sich. Maßgebend ist, dass die zusätzlichen Umstände im konkreten Einzelfall ein Gewicht erreichen, das der Erklärung des Schuldners entspricht, aus Mangel an liquiden Mitteln nicht zahlen zu können (...).“

- BGH v. 28.4.2022 – IX ZR 48/21, ZIP 2022, 1341

Rn. 31: „Die **mehr als halbjährige Nichtbegleichung von Sozialversicherungsbeiträgen** bildet nach ständiger Rechtsprechung ein erhebliches Beweisanzeichen für eine Zahlungseinstellung (...) das den Schluss allein tragen kann. Eine mehrmonatige – nicht notwendig sechsmonatige – Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen ist geeignet, eine Zahlungseinstellung naheulegen (...). Daher kann ein **Rückstand von mehr als vier vollen Monatsbeiträgen** bei einem einzigen Sozialversicherungsträger die Zahlungseinstellung begründen (...).“

Rn. 32: „Entrichtet der Schuldner die Sozialversicherungsbeiträge fortlaufend mit einer **Verzögerung von zwei bis drei Monaten**, kommt es regelmäßig darauf an, ob weitere für eine Zahlungseinstellung sprechende Umstände vorliegen (...). Erst recht haben **durchgängig um einen Monat verspätete Zahlungen**, auch wenn es sich um ein Indiz für eine Zahlungseinstellung handelt (...), allein keine ausreichende Aussagekraft, um den Schluss auf eine Zahlungseinstellung ziehen zu können (...).“

➤ Grundlagen

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579 ff.
- ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. III, 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 (Regelstatbestand): bilanzielle Betrachtung

- ⇒ Überschuldungsbilanz (nach Liquidationswerten), nicht Handelsbilanz

Stufe 2 (Ausnahme): positive Fortführungsprognose

- ⇒ bei positiver Prognose ist die bilanzielle Überschuldung rechtlich irrelevant

- Vortrag 2020: **Überschuldungsvermeidung durch Patronatserklärungen**
- 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, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 78

- Eignung einer *Patronatserklärung* zur Begründung einer positiven Fortführungsprognose?
 - grundsätzlich (+), weil reine Zahlungsfähigkeitsprognose
 - Mindestbedingung wohl: verbindlicher Zahlungsanspruch ← vgl. aber auch Folien 36, 40 (harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons
 - 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 (h.M.: das laufende und nächstfolgende Geschäftsjahr) 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, 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 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. **Liquiditätseingänge 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).“

- OLG Düsseldorf v. 27.6.2022 – 12 W 4/22, ZIP 2022, 2276

Rn. 31: „Die Voraussetzungen der Insolvenzreife gelten nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung auch dann als bewiesen, wenn der Geschäftsführer die ihm obliegende **Pflicht zur Führung und Aufbewahrung von Büchern und Belegen nach den §§ 238, 257 HGB, 41 GmbHG verletzt** hat und deshalb dem Insolvenzverwalter, der Ansprüche nach § 64 GmbHG a.F. geltend macht, die Darlegung näherer Einzelheiten nicht möglich ist.“

Weitere Nachweise zur Beweislast bei den Insolvenzgründen bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Band III, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 83 ff., zur Beweisvereitelung insbes. Rn. 92 mit Hinweis auf BGH v. 24.1.2012 – II ZR 119/10, ZIP 2012, 723 (Rn. 16 ff.)

- KG Berlin v. 10.8.2022 – (4) 161 Ss 104/22 (115/22), ZIP 2022, 1766

Leitsatz: § 15a Abs. 3 InsO ist auf eine englische Limited nicht anwendbar.

Aus den Urteilsgründen: „Der Senat folgt damit der herrschenden Auffassung im Schrifttum (...). Der Gegenansicht (...) ist zwar zuzugeben, dass der Gesetzgeber mit (zumindest) § 15a Abs. 1 InsO auch Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz und Betrieb im Inland erfassen wollte (vgl. BT-Drs. 16/6140, S. 55; ...). Einer Übertragung dieser Ausweitung auf § 15a Abs. 3 InsO steht jedoch der **eindeutige**, von Abs. 1 („juristische Person“) abweichende und auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaften und Genossenschaften beschränkte **Wortlaut der Norm** entgegen (...).“

I. Insolvenzgründe

- Darlegung der Zahlungsunfähigkeit durch Liquiditätsbilanz/Finanzstatus
- „ernsthaftes Einfordern“ – Kredit + Verlustausgleich gemäß § 302 AktG
- Zahlungseinstellung
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung

II. Geschäftsleiterhaftung aus § 15b InsO, u.a.

- Anwendungsbereich und Haftungsadressat
- Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 2 InsO mit Präzisierung in Abs. 2, 3 und 8
- Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

III. Außenhaftung aus § 826 BGB

1. Anwendungsbereich

Literatur: *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 573 ff.; *Bitter*, ZIP 2021, 321, 331;
Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 40 ff.

a) Erfasste Gesellschaftsformen

- § 15b I InsO: **Geschäftsleiter aller haftungsbeschränkten Gesellschaften** (juristische Personen ohne Verein + Stiftung; vgl. § 15a I, VII InsO)
- § 15b VI InsO: **Geschäftsleiter von Personengesellschaften, die im Ergebnis eine Haftungsbeschränkung aufweisen** (z.B. GmbH & Co. KG)
- früher: § 64 GmbHG für GmbH und UG (haftungsbeschränkt); §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG für AG; §§ 34 III Nr. 4, 99 GenG für eG; §§ 130a I 1, 177a HGB für oHG und KG ohne natürliche Person als persönl. haft. Gesellschafter; BGH ZIP 2010, 1080: keine Analogie beim Verein

1. Anwendungsbereich

b) Zeitlicher Anwendungsbereich

- BGH ZIP 2009, 860 (LS 1): **Anwendung ab Eintritt der Insolvenzreife**, nicht erst nach Ablauf der Drei-/Sechs-Wochen-Frist des § 15a I 1 InsO
 - bestätigend nun mittelbar § 15b II 2 InsO
- Anwendbarkeit nach dem Insolvenzantrag früher streitig, abhängig vom Schutzzweck des § 64 Satz 1 GmbHG a.F.
 - h.M.: Schutzfunktion = Erhaltung der verteilungsfähigen Masse ⇒ Anwendung grundsätzlich auch nach dem Antrag
 - ⇔ keine Anwendung bei starker vorläufiger Insolvenzverwaltung
 - Druckfunktion in Bezug auf die Antragstellung = Verhinderung der Insolvenzverschleppung ⇒ Unanwendbarkeit nach dem Antrag
- **Geltung im Eröffnungsverfahren folgt jetzt mittelbar aus § 15b II 3 InsO**

1. Anwendungsbereich

b) Zeitlicher Anwendungsbereich

- **Anwendbarkeit im eröffneten (Eigenverwaltungs-)Verfahren sehr str.**
 - h.M.: keine Anwendung, da Insolvenzmasse mit Verfahrenseröffnung konstituiert und Verfahren am Gläubigerinteresse ausgerichtet
 - Problem: Bei Eigenverwaltung fortbestehende Verfügungsbefugnis des Schuldners; keine Sicherheit für die Ausrichtung am Gläubigerinteresse
 - keine (klarstellende) Regelung im neuen § 15b InsO zur möglichen Anwendbarkeit im eröffneten Verfahren; daher Fortbestand des alten Streitstandes

1. Anwendungsbereich

c) Internationaler Anwendungsbereich

- EuGH v. 4.12.2014 – RS C-295/13, ZIP 2015, 196: Klage am COMI nach Art. 3 I EulnsVO, wenn sie vom Insolvenzverwalter erhoben wird
- BGH v. 2.12.2014 – II ZR 119/14, ZIP 2015, 68 (**EuGH-Vorlage**):
Erfassung auch von EU-Auslandsgesellschaften (insbes. Ltd.)
 - nach deutschem Verständnis ist § 64 GmbHG a.F. eine insolvenzrechtliche Norm (Rn. 8 ff.)
 - nach deutschem Verständnis Anwendbarkeit auf die Ltd. (Rn. 11)
 - insolvenzrechtliche Qualifikation auch nach Art. 4 I EulnsVO (Rn. 18 f.)
 - Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften ist kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, da nur ein Fehlverhalten geregelt wird, nicht die Verlegung des Verwaltungssitzes (Rn. 20 f.; a.A. *Mock*, NZI 2015, 85)

1. Anwendungsbereich

c) Internationaler Anwendungsbereich

- EuGH v. 10.12.2015 – RS C-594/14, ZIP 2015, 2468 – Kornhaas
 - **insolvenzrechtliche Qualifikation** des § 64 GmbHG a.F. nach Art. 4 I EulnsVO
 - Anwendung auf EU-Auslandsgesellschaften ist **kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit**, weil nicht an die deutschen Mindestkapitalvorschriften angeknüpft, sondern nur für Zahlungen nach Insolvenzzreife gehaftet wird (Rn. 27). § 64 GmbHG a.F. regelt damit nicht den Marktzutritt, sondern nur die Ausübung der Tätigkeit (Rn. 28)
- ebenso schon *Bitter*, WM 2004, 2190; *Bitter*, Jb.J.ZivRWiss. 2004, 2005, S. 299 (Download unter www.georg-bitter.de)
- BGH v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, ZIP 2016, 821 = WM 2016, 786
- gleiche Grundsätze gelten für § 15b InsO (*Bitter*, ZIP 2021, 321, 331)

2. Haftungsadressat

Literatur: Scholz/Bitter, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 61 ff.

- GmbH-Geschäftsführer (und entsprechende Organe der anderen erfassten Gesellschaftsformen ⇒ Folie 48)
- BGH ZIP 2009, 860: auch Mitglieder eines gesetzlich verpflichtenden Aufsichtsrats wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht (vgl. § 116 AktG i.V.m. §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG a.F.)
 - ⇒ Anlass für Überwachung, wenn Arbeitnehmer vorhanden sind: Verbot der Zahlung von Löhnen + Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung
- BGHZ 187, 60 – „Doberlug“: i.d.R. keine Haftung der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats (arg: § 52 GmbHG verweist nicht auf § 93 III AktG a.F.; Schaden i.S.v. § 93 II AktG fehlt regelmäßig)

2. Haftungsadressat

- Frage: Fortführung der bisherigen Differenzierung zwischen obligatorischem und fakultativem Aufsichtsrat im neuen Recht seit 1.1.2021?
- Problem im neuen Recht: Verweist § 52 I GmbHG nun über § 116 AktG mittelbar auch auf den dort eingefügten § 15b InsO?
- Wortlaut des § 52 I 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.“
- ❖ Für die Fortführung der bisherigen Differenzierung Bitter, ZIP 2021, 321, 332; zust. Bork/Kebeke, in KPB, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 12; krit. Baumert, NZG 2021, 443, 448; K. Schmidt/Herchen, in K. Schmidt, InsO, 20. Aufl. 2023, § 15b Rn. 18

3. Begriff der „Zahlung“

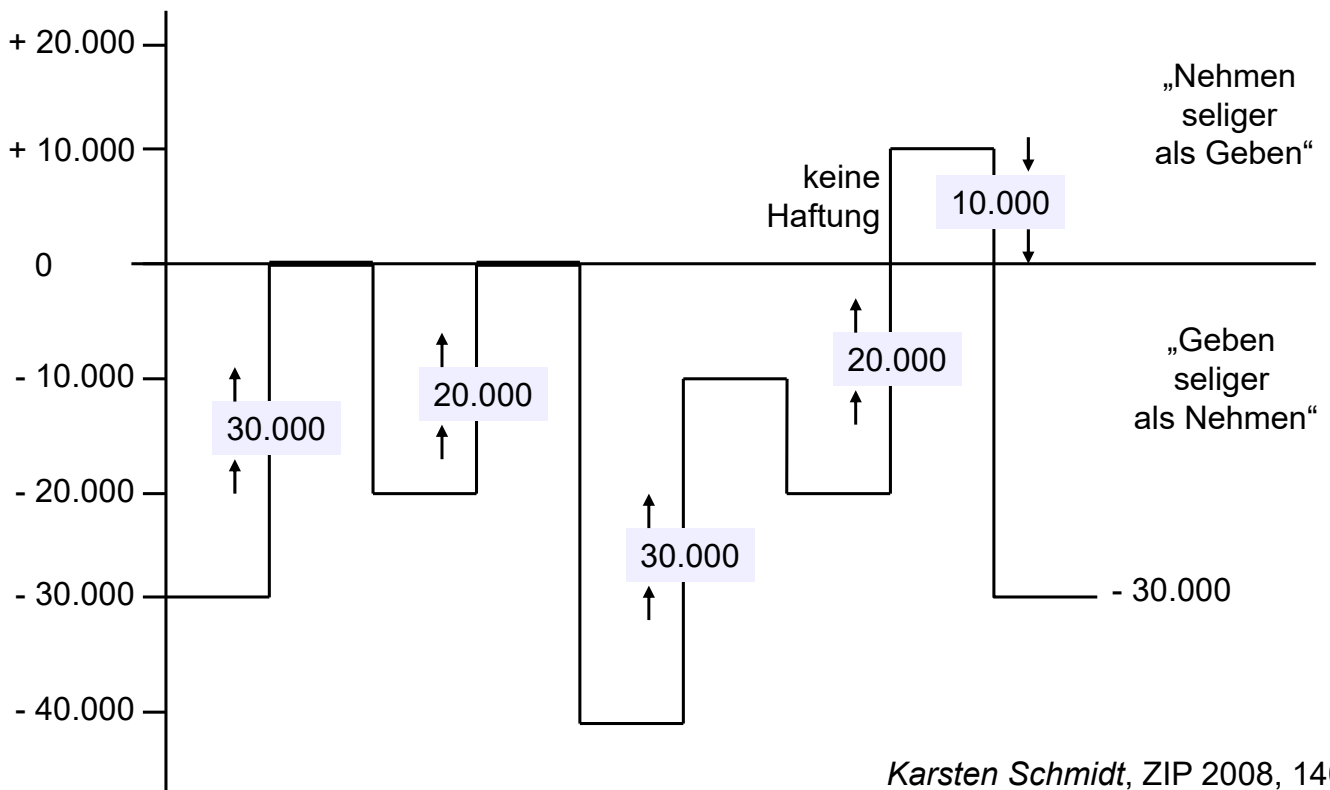
a) Jeder Vermögensabfluss aus dem Aktivvermögen

- bare Leistung an einzelne Gläubiger
- unbare Leistung vom *kreditorischen* Konto an einzelne Gläubiger
 - ❖ auch bei Lastschriftabbuchung (Grund: fehlender Widerruf)
- Warenlieferung oder sonstige (Dienst-)Leistung an einzelne Gläubiger
 - ⇕ ⇕ ⇕
- BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (Rn. 12): keine Haftung für nicht vom Organ veranlasste Masseschmälerung, insbes. bei zufälligem Untergang
- BGH ZIP 2009, 956: ggf. nicht bei Pfändung des Gesellschaftskontos (vgl. auch OLG München ZIP 2011, 277)

3. Begriff der „Zahlung“

b) Problemfall: debitorisches Konto

- Rechtsprechung zu § 64 GmbHG a.F. (Grundsatz mit Ausnahmen):
 - *Kontoeingang* auf debitorisches Konto = „Zahlung“ (an die Bank)
 - ❖ BGHZ 143, 184 = ZIP 2000, 184; BGH ZIP 2007, 1006;
BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn.16)
 - *Kontoausgang* beim debitorischen Konto ≠ „Zahlung“
 - ❖ BGH ZIP 2007, 1006 (Rn. 8); ZIP 2010, 470 (Rn. 10); BGHZ 206, 52 =
ZIP 2015, 1480 (Rn. 32): bloßer Gläubigertausch
- Fortgeltung für § 15b InsO noch offen
 - ❖ dafür *Cahn*, Der Konzern 2022, 221, 222 f.



I. Insolvenzgründe

- Darlegung der Zahlungsunfähigkeit durch Liquiditätsbilanz/Finanzstatus
- „ernsthaftes Einfordern“ – Kredit + Verlustausgleich gemäß § 302 AktG
- Zahlungseinstellung
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung

II. Geschäftsleiterhaftung aus § 15b InsO, u.a.

- Anwendungsbereich und Haftungsadressat
- **Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 2 InsO mit Präzisierung in Abs. 2, 3 und 8**
- Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

III. Außenhaftung aus § 826 BGB

4. Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 2 InsO

a) Normtext

(1) ¹Die 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.

²Dies gilt nicht für Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.

4. Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 2 InsO

b) Begründung zum RegE-SanInsFoG:

⇒ Absatz 1 Satz 2 übernimmt im Grundsatz die bisher bestehenden Ausnahmeregelungen (u.a. in § 64 Satz 2 GmbHG)

- aber Konkretisierung der Ausnahme in § 15b II, III InsO

5. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 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.

5. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 2 InsO in den Absätzen 2 und 3

a) Normtext

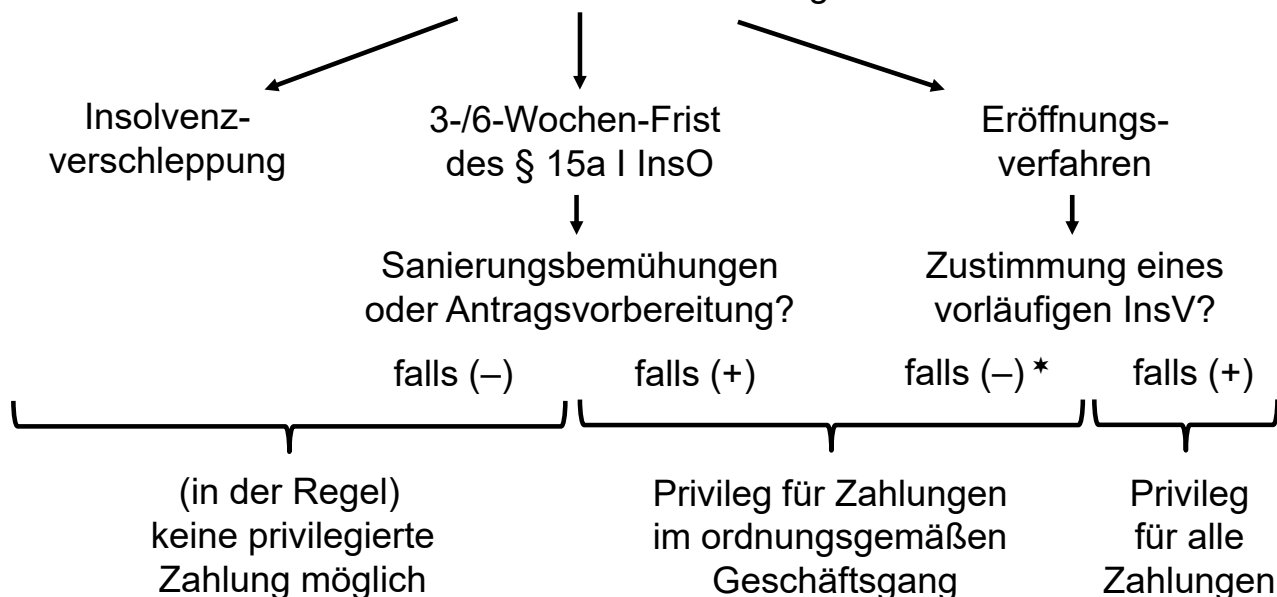
(3) Ist der nach § 15a Absatz 1 Satz 1 und 2 für eine rechtzeitige Antragstellung maßgebliche Zeitpunkt verstrichen und **hat der Antragspflichtige keinen Antrag gestellt**, sind Zahlungen in der Regel nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.

5. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 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 I 2 InsO differenziert nach Stadium des Insolvenzgeschehens


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

5. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 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/Kebekeus*, 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; *Klöhn/Zell*, NZI 2022, 673, 676 ff.
- ⇒ Begrenzung auf **Zahlungen, die einer Überbrückung für wenige Wochen dienen** (= keine umfangreichen Investitionen) *Müller*, GmbHR 2021, 737, 739 (Rn. 5)
- ⇒ Präzisierung bei *Bitter*, GmbHR 2022, 57, 59 ff. (Rn. 16-23)

5. Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 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 II BGB, § 21 II 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/Kebekeus*, 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)
- ⇒ Präzisierung + Vertiefung bei *Bitter*, GmbHR 2022, 57, 61 f. (Rn. 14–27); sehr ähnlich *Klöhn/Zell*, NZI 2022, 673 ff.

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

- ⇒ 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.“

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

a) Begründung des Rechtsausschusses zu § 15b VIII InsO

- ⇒ Ziel: handhabbare Auflösung der Pflichtenkollision zwischen dem steuerrechtlichen Abführungsgebot und der Pflicht zur Massesicherung
- ⇒ Entlastung der *plichtgemäß* handelnden Geschäftsführer
- ⇒ **Vorrang der Massesicherungspflicht** = insolvenzrechtlicher Gedanke einer Unzulässigkeit selektiver Zahlung einzelner Verbindlichkeiten
- ⇒ **Vermeidung von Ausweichstrategien (erst zahlen, dann anfechten)**

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

b) 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 VIII InsO)
 - ❖ sehr kritisch *Rönnau/Wegner*, ZInsO 2021, 1137, 1146 f.: „völlig unklar“; „unbegreiflich“; „nun ist das Chaos perfekt“
- ⇒ **Problem:** Analogie zu § 15b VIII InsO oder Gegenschluss?
 - ❖ *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17 f.; GmbHR 2022, 57, 63 ff.
 - ❖ ausführlich *Berberich*, ZInsO 2021, 1313 ff.

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

b) 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.)

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

b) 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 *Kleindiek*, in Kayser/Thole, HK-InsO, 11. Aufl. 2023, § 15b Rn. 84 ff.; *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)

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

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

⇒ Gegner der Analogie:

- ❖ AG Ludwigshafen, ZInsO 2023, 107 (fehlende Regelungslücke)
- ❖ *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“); *K. Schmidt/Herchen*, in K. Schmidt, InsO, 20. Aufl. 2023, § 15b Rn. 28; *Bork/Kebeke*, in KPB, InsO, Stand: März 2021, § 15b Rn. 56 mit Fn. 167 (fehlende Regelungslücke); *Sander*, ZInsO 2022, 1544, 1550 (fehlende Regelungslücke); vgl. auch *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361, 2366 zum RegE

I. Insolvenzgründe

- Darlegung der Zahlungsunfähigkeit durch Liquiditätsbilanz/Finanzstatus
- „ernsthaftes Einfordern“ – Kredit + Verlustausgleich gemäß § 302 AktG
- Zahlungseinstellung
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung

II. Geschäftsleiterhaftung aus § 15b InsO, u.a.

- Anwendungsbereich und Haftungsadressat
- Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 2 InsO mit Präzisierung in Abs. 2, 3 und 8
- **Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO**

III. Außenhaftung aus § 826 BGB

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV 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.

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV 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.; *Bitter*, GmbHR 2022, 57, 65 ff.

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV 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“)

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

c) dogmatische Einordnung des § 15b InsO str.

(1) wie bisher Anspruch eigener Art

Bork/Kebehus, 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, 29. Ed. 15.10.2022, § 15b Rn. 27

(2) 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.

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

Hodgson, NZI-Beilage 1/2021, S. 85, 87; a.A. *Casper*, in Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, Bd. III, 3. Aufl. 2021, Anh. § 62 Rn. 104 („Einzelbetrachtung ... als Grundsatz zementiert“)

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

d) Bemessung des Gläubiger(gesamt)schadens i.S.v. § 15b IV 2 InsO

Frage 1: **Bezieht sich der Gegenbeweis** in Abs. 4 Satz 2 **auf die einzelne erbrachte Zahlung** (so *Kleindiek*, in Kayser/Thole, HK-InsO, 11. Aufl. 2023, § 15b Rn. 104 ff.) **oder auf den Gesamtschaden während des Zeitraums der Insolvenzreife** bzw. Insolvenzverschleppung (so *K. Schmidt/Herchen*, in K. Schmidt, InsO, 20. Aufl. 2023, § 15b Rn. 30: „periodische Verringerung der Befriedigungsaussichten“; *Trenker*, demnächst in KTS)?

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.

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

d) Bemessung des Gläubiger(gesamt)schadens i.S.v. § 15b IV 2 InsO

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

Wolfer, in BeckOK InsO, 29. Ed. 15.10.2022, § 15b Rn. 33 f.; *Desch/Hochdorfer*, in: Desch, Das neue Restrukturierungsrecht, 2021, § 6 Rn. 62 ff. („Differenz der maximalen hypothetischen und minimalen tatsächlichen Quote“); *Trenker*, demnächst in KTS; im Ansatz auch *Baumert*, NZG 2021, 443, 448 mit Fn. 94 (vgl. aber auch *Baumert*, ZRI 2021, 962, 966)

(2) Vermögensverlust während des Zeitraums der Insolvenzreife

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.; *Cahn*, Der Konzern 2022, 221, 226; ähnlich *Altmeyden*, ZIP 2023, 721, 727 (⇔ Bilanzverlust)

(3) Saldo aller Ab- und Zuflüsse (= Veränderung nur der Aktivseite)

Klöhn/Zell, NZG 2022, 836 ff.; ähnlich *Altmeyden*, ZIP 2022, 1413 ff. (Verlust an verteilungsfähiger Masse)

➤ Rechenbeispiele bei *Trenker*, demnächst in KTS

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV 4 InsO

e) Dogmatik der Anrechnung von „Gegenleistungen“ str.

⇒ Frage: Wie ist eine die Masseschmälerung ausgleichende „Gegenleistung“ des Empfängers dogmatisch einzuordnen?

(1) Die „Zahlung“ i.S.v. § 15b I 1, IV 1 InsO entfällt.

Konzept der früher h.L. zu § 64 GmbHG a.F.

für das neue Recht *H.-F. Müller*, in FS Gehrlein, 2022, S. 377, 380 ff.; *Casper*, in Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, Bd. III, 3. Aufl. 2021, Anh. § 62 Rn. 105 f., 170; *K. Schmidt/Herchen*, in K. Schmidt, InsO, 20. Aufl. 2023, § 15b Rn. 22, 29; *Kleindiek*, in Kayser/Thole, HK-InsO, 11. Aufl. 2023, § 15b Rn. 26 m.w.N.

(2) Privilegierung über § 15b I 2 InsO

(3) Der Schaden entfällt i.S.v. § 15b IV 2 InsO.

Klöhn/Zell, NZG 2022, 836, 842; *Cahn*, Der Konzern 2022, 221, 224 f.

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

f) Darlegungs- und Beweislast

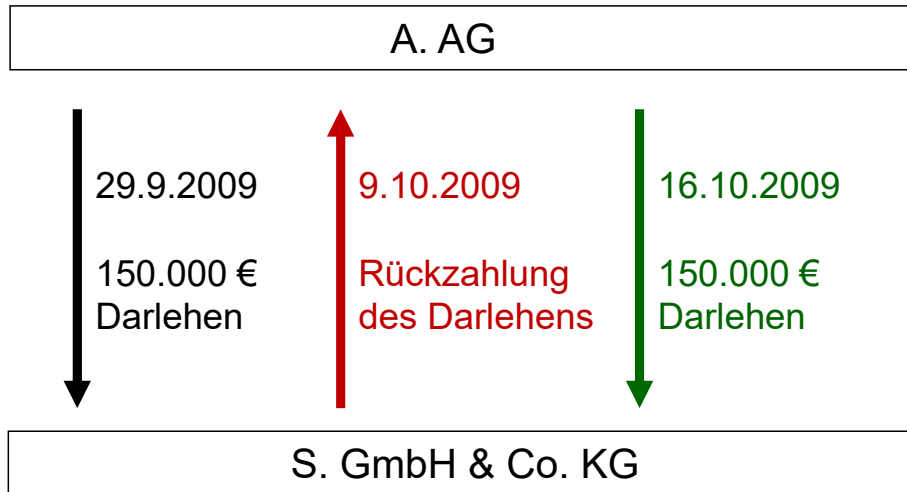
- ⇒ Entscheidend für die Prozesspraxis wird m.E. zukünftig sein, welche Anforderungen die Gerichte an die Darlegungs- und Substantiierungslast des Geschäftsführers stellen.
- hohe Anforderungen = Gegenbeweis ohne große Bedeutung
 - ❖ vgl. *Gehrlein*, DB 2020, 2393, 2398 + 2399 („alles bleibt beim alten“); 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 Aktiventausch ⇒ b.w.
 - ❖ *Bitter*, ZIP 2021, 321, 329 ff.; GmbHR 2022, 57, 66 ff.

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

g) Bisherige Rechtsprechung zum Aktiventausch

- ⇒ 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.**
- ⇒ Sachverhalt: b.w.

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

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

g) Bisherige Rechtsprechung zum Aktiventausch

⇒ BGH ZIP 2017, 1619

„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)

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

Argument: unterschiedlicher Zweck des Anfechtungsrechts

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

g) Bisherige Rechtsprechung zum Aktiventausch

- ⇒ BGH ZIP 2017, 1619 (Rn. 18 ff.); zust. OLG Düsseldorf, ZIP 2022, 1438
- Gegenleistung muss im relevanten Zeitpunkt (Zugang zur Masse) durch die Gläubiger verwertbar sein. (Rn. 18)
 - Bei der Wertbemessung sind **Liquidationswerte** anzusetzen. (Rn. 19)
 - Eine reine **Dienst- oder Arbeitsleistung genügt** als Gegenleistung **regelmäßig nicht**, weil sie die Aktivmasse nicht erhöht. (Rn. 18)
 - Auch geringwertige Verbrauchsgüter (wie beispielsweise Kaffee) sind für die Gläubiger regelmäßig nicht verwertbar und damit als Gegenleistung ungeeignet. (Rn. 20)

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

h) Aktiventausch im neuen Recht

- ⇒ Fortgeltung und Ausbau bisheriger Grundsätze, da die Rechtsprechung zum Aktiventausch auf der Linie des neuen § 15b IV InsO liegt
- ⇒ Die einzelne Zahlung ist aber nur noch für den Vermutungstatbestand relevant, nicht für die eigentliche Rechtsfolge (Ersatz des Gesamtschadens der Gläubiger)
- ⇒ Ausweitung der engen Rechtsprechung aus BGH ZIP 2017, 1619, Rn. 10 f., die auf der Einzelbetrachtung beruht:
- „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. ... “

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

h) Aktiventausch im neuen Recht

⇒ 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.?

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

h) Aktiventausch im neuen Recht

⇒ Änderung der BGH-Rechtsprechung durch das neue Recht?

- ❖ ablehnend A. *Schmidt*, ZRI 2021, 389, 394 f.; *Cahn*, Der Konzern 2022, 221, 227 f.

⇒ Gesetzgeber lehnt die BGH-Grundsätze zur Nichtberücksichtigung von Dienstleistungen nur für die Zeiträume fehlender Insolvenzverschleppung ab (Begründung RegE-SanInsFoG zu § 15b II, III) ⇒ Ausweitung der Sorgfaltsausnahme durch § 15b II 1 InsO (⇒ Folien 58 ff.)

⇒ **Problem**: Was soll in Fällen der Insolvenzverschleppung gelten?

- *Gehrlein*, DB 2020, 2393 f.: Gefahr, dass es bei der Rechtsprechung bleibt
- *Bitter*, ZIP 2021, 321, 330 und GmbHR 2022, 57, 67 f.: Heranziehung des allgemeinen Gedankens aus § 15b IV InsO (keine Ersatzpflicht bei fehlendem Schaden); vgl. für Dienstleistungen auch *Thole*, BB 2021, 1347, 1353

7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

i) Kompensation bei mit Gewinn abgeschlossenem Gesamtprojekt?

- ⇒ Vorschlag bei *Bitter*, ZIP 2021, 321, 330 und GmbHR 2022, 57, 68 ff.
- ⇒ zustimmend *Trenker*, demnächst in KTS; *Bork/Kebekeus*, 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; kritisch auch *Cahn*, Der Konzern 2022, 221, 226; *Casper*, in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, Bd. III, 3. Aufl. 2021, Anh. § 62 Rn. 173 f. (mit Ausnahmen)
- ⇒ ablehnend *Müller*, GmbHR 2021, 737, 743 (Rn. 17: Restriktionen des § 15b II InsO werden unterlaufen); *A. Schmidt*, ZRI 2021, 389, 395 (hinreichender Schutz über § 15b II InsO)
 - ❖ Argumentation m.E. zweifelhaft, weil Abs. 2 privilegierte Zahlungen betrifft, Abs. 4 Satz 2 hingegen den Haftungsbetrag bei Insolvenzverschleppung regelt

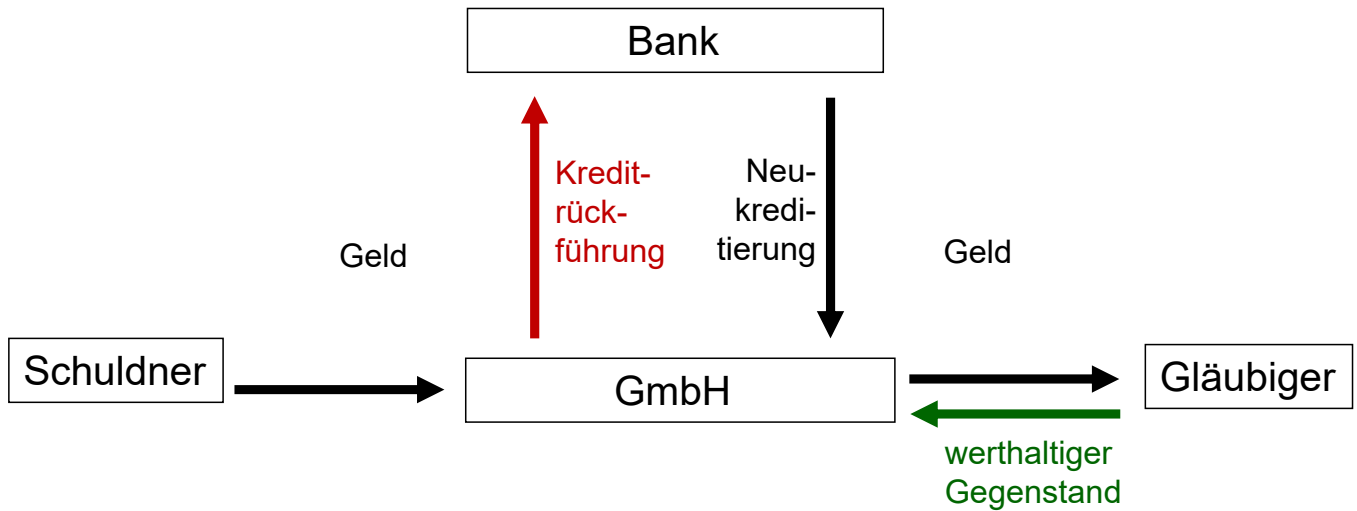
7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

j) Fortbestehende Relevanz der Reihenfolge der Leistungen?

- ⇒ BGH v. 27.10.2020 – II ZR 355/18, BGHZ 227, 221 = ZIP 2020, 2453, Rn. 41 ff. mit (zu Unrecht) krit. Bespr. *Altmeyen*, ZIP 2021, 1 ff.
Leitsatz: „Eine masseschmälernde Zahlung aus dem Vermögen einer insolvenzreifen Gesellschaft gemäß § 64 Satz 1 GmbHG kann grundsätzlich nicht durch eine Vorleistung des Zahlungsempfängers kompensiert werden.“
 - ❖ ebenso *Bitter*, GmbHR 2022, 57, 67 mit Differenzierung in Fn. 137; vor dem BGH schon *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 12. Aufl. 2021, § 64 Rn. 147; a.A. *H.-F. Müller*, in FS Gehrlein, 2022, S. 377, 384 f. m.w.N. (Anwendung der Maßstäbe des § 142 InsO)
- ⇒ grundsätzliche Fortgeltung im neuen Recht, da aus dem Grundprinzip der Zahlungsverbote entwickelt, Masseschmälerungen zu verhindern
- ⇒ Problemfall: fortgesetzte laufende Lieferbeziehung

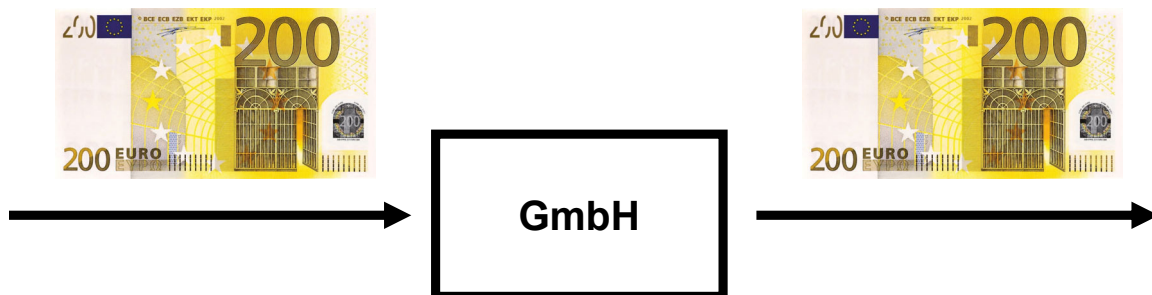
7. Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

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



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

8. Problemfall: Durchleitungsfälle



8. Problemfall: Durchleitungsfälle – kein Aktiventausch

- BGH NJW 2003, 2316 = 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.“
- Ergebnis richtig für einzelne Durchleitung: Masse wird zunächst vergrößert und später durch den Abfluss zulasten der Gläubigergesamtheit reduziert
⇒ zur Relevanz der Reihenfolge von Zu- und Abfluss s.o. Folie 90
- aber Überkompensation bei fortgesetzter Durchleitung von Beträgen: bei rechtzeitigem Insolvenzantrag wäre es zu den späteren Zuflüssen auch nicht mehr gekommen (*Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 587)

8. Problemfall: Durchleitungsfälle – Sorgfaltsausnahme?

- BGH NJW 2008, 2504 = WuB II C. § 64 GmbHG 1.09 (*Bitter*)
Die Haftung ist nach § 64 Satz 2 GmbHG ausgeschlossen, „wenn der Geschäftsführer bei den Auszahlungen angesichts des Zusammentreffens der Massesicherungspflicht mit der – durch § 266 StGB strafbewehrten – Pflicht zur weisungsgemäßen Verwendung der **fremden Gelder** mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehandelt hat.“
- bestätigt in BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (Rn. 18)
Einziehung von Beträgen, die aufgrund einer Sicherungszession der Bank zustehen (**Fremdgelder**), auf einem nicht bei jener Bank geführten Konto und anschließende Weiterleitung an die Bank
- OLG München ZIP 2008, 2169 (bestätigt durch BGH BB 2010, 1609)
mehrfache Haftung, wenn derselbe Geldbetrag durch mehrere Gesellschaften gelaufen ist und eine Treuepflicht i.S.v. § 266 StGB fehlt, weil **keine Weiterleitung von Fremdgeldern** vorliegt

8. Problemfall: Durchleitungsfälle – Sorgfaltsausnahme?

- Eigene Ansicht (Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 590 f.):
 - ❖ strafrechtliche Subsumtion des BGH bei § 266 StGB zweifelhaft
 - ❖ eine selbstverursachte Pflichtenkollision entlastet jedenfalls im Zeitraum vor dem pflichtwidrig nicht gestellten Insolvenzantrag generell nicht
- Keine Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung im neuen Recht wegen der klaren Anordnung in § 15b III InsO
 - ❖ a.A. A. Schmidt, ZRI 2021, 389, 393 f.

- 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, ZInsO 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
- *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
- *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 ff.
- *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
- *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
- *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, demnächst in KTS

Zur Historie des Zahlungsverbots

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

I. Insolvenzgründe

- Darlegung der Zahlungsunfähigkeit durch Liquiditätsbilanz/Finanzstatus
- „ernsthaftes Einfordern“ – Kredit + Verlustausgleich gemäß § 302 AktG
- Zahlungseinstellung
- (weiche) Patronatserklärung als Mittel der Überschuldungsvermeidung

II. Geschäftsleiterhaftung aus § 15b InsO, u.a.

- Anwendungsbereich und Haftungsadressat
- Sorgfaltsausnahme aus § 15b I 2 InsO mit Präzisierung in Abs. 2, 3 und 8
- Neubestimmung der Rechtsfolge in § 15b IV InsO

III. Außenhaftung aus § 826 BGB

➤ BGH v. 27.7.2021 – II ZR 164/20, ZIP 2021, 1856

Fall: Kläger gibt an die S. GmbH einen Auftrag für Fassadenarbeiten. Der Beklagte ist Geschäftsführer der S. GmbH.

Mängelbeseitigungsverlangen des Klägers gegenüber der S. GmbH

30.8.2016: Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens durch den Kläger

16.11.2016: LG ordnet die sachverständige Begutachtung an

5.12.2016: Strafbefehl gegen Beklagten wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung

14.12.2016: Insolvenzantrag

21.3.2017: Eröffnung des Insolvenzverfahrens

11.5.2017: Schriftliches Gutachten des Sachverständigen im Beweisverfahren

9.6.2017: Insolvenzverwalter meldet im Beweisverfahren: kein Geld für Vergütung

⇒ Kläger verlangt vom Beklagten Erstattung der Kosten des Beweisverfahrens

➤ BGH v. 27.7.2021 – II ZR 164/20, ZIP 2021, 1856

Leitsätze:

1. Die vorsätzliche Insolvenzverschleppung in der Absicht, das als unabwendbar erkannte Ende eines Unternehmens so lange wie möglich hinauszuzögern, erfüllt den Tatbestand einer sittenwidrigen Schädigung i.S.d. § 826 BGB, wenn dabei die Schädigung der Unternehmensgläubiger billigend in Kauf genommen wird.

2. Der Schutzbereich einer vorsätzlich sittenwidrigen Insolvenzverschleppung erfasst Personen, die vor Insolvenzureife in Vertragsbeziehungen mit einer GmbH getreten sind und durch einen gegen die mittlerweile unerkannt insolvenzreife Gesellschaft eingeleiteten Rechtsstreit oder ein gegen diese eingeleitetes selbstständiges Beweisverfahren mit Kosten belastet werden, für die sie bei der Gesellschaft keinen Ersatz erlangen können.

- BGH v. 27.7.2021 – II ZR 164/20, ZIP 2021, 1856

Rn. 26: „Die **Sittenwidrigkeit der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung** folgt regelmäßig bereits aus dem **vorsätzlichen Verstoß des Antragspflichtigen gegen seine Pflicht** (...). Wenn der Geschäftsführer die Insolvenzreife der Gesellschaft erkennt und das Unternehmen dennoch weiterführt, lässt das darauf schließen, dass er das unabweisbare Ende des Unternehmens zum Nachteil der Gläubiger nur hinauszögern will. Für Umstände, nach denen ein Verstoß gegen die guten Sitten ausnahmsweise ausscheidet, ist der beklagte Geschäftsführer darlegungsbelastet (...). Die Sittenwidrigkeit kann etwa dann entfallen, wenn der Geschäftsführer den Antrag unterlassen hat, weil er die Krise den Umständen nach als überwindbar und darum Bemühungen um ihre Behebung durch einen Sanierungsversuch als lohnend und berechtigt ansehen durfte (...).“

- BGH v. 27.7.2021 – II ZR 164/20, ZIP 2021, 1856

Rn. 28: „Ein **Schaden im Sinne der §§ 826, 249 BGB** ist dem Kläger durch die verspätete Stellung des Insolvenzantrags dann entstanden, wenn die rechtzeitige Antragstellung dazu geführt hätte, dass er das kostenauslösende selbständige Beweisverfahren gegen die S. GmbH nicht eingeleitet hätte (...).“

Rn. 30: „**Der Zurechnungszusammenhang** zwischen der Insolvenzverschleppung des Beklagten und den durch das selbständige Beweisverfahren dem Kläger entstandenen Kosten **entfällt auch dann nicht, wenn das Gewährleistungsverlangen des Klägers in der Sache nicht berechtigt war**. ... Der nach § 826 BGB wegen vorsätzlicher sittenwidriger Insolvenzverschleppung verantwortliche Geschäftsleiter einer GmbH haftet für solche Rechtsverfolgungskosten, für deren Verursachung ein **rechtfertigender Anlass** bestand oder die durch die Insolvenzverschleppung herausgefordert wurden und die sich weder als ungewöhnlich noch als gänzlich unangemessen darstellen.“

➤ BGH v. 27.7.2021 – II ZR 164/20, ZIP 2021, 1856

Rn. 46: „Die ... Kausalität der Verletzung der Insolvenzantragspflicht für die Sachverständigenkosten wird nicht dadurch unterbrochen, dass der Beklagte am 14. Dezember 2016 Insolvenzantrag stellte und das Insolvenzverfahren am 21. März 2017 eröffnet wurde. Zum einen wird ein selbständiges Beweisverfahren nicht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer der Parteien unterbrochen (...). Zum anderen wird von der Revision nicht behauptet und ist auch **nicht ersichtlich, dass der Kläger vor der erstmaligen Meldung des Insolvenzverwalters im selbständigen Beweisverfahren mit Schreiben vom 9. Juni 2017 Kenntnis von der Insolvenzreife der S. GmbH erlangte.** Ihm fehlte daher die rechtzeitige Information, um die Entscheidung zu treffen, ob er angesichts der schlechten wirtschaftlichen Situation der S. GmbH das Beweisverfahren vor Erstattung des schriftlichen Gutachtens durch den Sachverständigen am 11. Mai 2017 beendet.“

© 2023

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