



Herzlich willkommen

Foto: Atelier Altenkirch

Kollision von Zahlungs- und Massesicherungspflicht

Volker Sander

Bundesgerichtshof, II. Zivilsenat

Erfurt, 28. September 2023

Kollision von Zahlungs- und Massesicherungspflicht



Foto: Atelier Altenkirch

1. Einführung
2. Rechtslage vor dem SanInsFoG
3. Rechtslage mit dem SanInsFoG
 - a) Vor Eintritt der Insolvenzreife
 - b) Nach Eintritt der Insolvenzreife



Einführung

- Gläubigerschutz beim haftungsbeschränkten Rechtsträger
 - Kapitalaufbringung (§§ 54, 66 AktG, §§ 14, 19 GmbHG)
 - Kapitalerhaltung (Schutz vor Zugriffen der Gesellschafter)
 - Kapitalerhaltung ieS (§§ 57, 62 AktG, §§ 30, 31 GmbHG)
 - Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch Zahlungen an Gesellschafter (§ 92 Abs. 2 Satz 3 AktG aF; § 64 Satz 3 GmbHG aF, § 15b Abs. 5 InsO)
 - Verbot von existenzvernichtenden Eingriffen (§ 826 BGB)
 - Schutz vor sittenwidriger Gläubigerschädigung (§ 826 BGB)
 - BGH, Urteil vom 9. Juli 1979 – II ZR 211/76, WM 1979, 853 juris Rn. 30 zur AG – Gläubigerschädigung bei Sanierung
 - BGH, Urteil vom 16. März 1992 – II ZR 152/91, ZIP 1992, 694 juris Rn. 10 – Einseitige Risikoverlagerung auf die Gläubiger durch Fehlkalkulation
- Regelmäßig kein Schutz vor Verlusten
 - Kein garantierter Haftungsfonds, insbesondere keine Haftung bei Unterkapitalisierung (BGH, Urteil vom 28. April 2008 – II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 Rn. 13 - GAMMA)
 - Risikoexternalisierung
 - Schutz durch gleichgerichtete Interessen
 - Schutz der eigenen Investition
 - Gewinnorientierung

Einführung

- Gläubigerschutz beim haftungsbeschränkten Rechtsträger
- **Massesicherungs- und Marktaustrittspflicht**
 - Zahlungsverbot bei Insolvenzreife (z.B. § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG aF, § 64 Satz 1 GmbHG aF, § 15b InsO)
 - Überschuldung (§ 19 Abs. 2 InsO)
 - Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 InsO)
 - Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO)
 - Insolvenzgericht verhütet den Gläubigern nachteilige Veränderung der Vermögenslage vor Entscheidung (§ 21 Abs. 1 Satz 1 InsO)
 - Verfahrenseröffnung mit Vermögensbeschlagnahme und Verfahrensziel Gläubigerbefriedigung (§ 1 Satz 1 InsO)

Einführung

- Gläubigerschutz beim haftungsbeschränkten Rechtsträger
- Massesicherungs- und Marktaustrittspflicht
- Gläubigerinteressen in der Unternehmenskrise
 - Gefährdung/Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen schon vor Insolvenzreife
 - Geringe Quote auch bei pflichtgemäßem Verhalten
 - Gläubiger tragen Risiko fehlerhafter Fortführungsprognose
 - Bewertungsverluste bei Zerschlagung
 - Liquidationskosten
 - Risikoaffinität bei Kapitalverlust

Rechtslage vor dem SanInsFoG

- Vor Insolvenzreife
 - Gläubigerschutz als Reflex der Pflichten im Innenverhältnis
 - Krisenfrüherkennung (§ 91 Abs. 2 AktG)
 - Sanierungspflicht (§ 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG)
 - Einberufungspflicht bei Kapitalverlust (§ 92 Abs. 1 AktG, § 49 Abs. 3 GmbHG)
 - Anreize für Gläubigerschutz
 - Frühzeitiger Zugang zum Insolvenzverfahren (§ 18 Abs. 1 und 2 InsO)
 - Aussicht auf Sanierung und mehr Flexibilität durch Insolvenzplan (§§ 217 ff. InsO)
 - Selbstständigkeit in der Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO)
 - Haftungsbewehrte Sanktionen
 - Pflicht zur Überwachung der wirtschaftlichen und finanziellen Situation der Gesellschaft (BGH, Urteil vom 6. November 2018 – II ZR 11/17, BGHZ 220, 162 Rn. 14) – Gf. muss Zahlungsverbot und Marktaustrittspflicht erkennen
 - Haftungsrisiken bei fehlerhafter Fortführungsprognose (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO)

Rechtslage vor dem SanInsFoG

- Vor Insolvenzreife
- Nach Insolvenzreife
 - Drohende Zahlungsunfähigkeit begründet bei Vermögensunterdeckung regelmäßig Überschuldung (BGH, Urteil vom 19. November 2019 - II ZR 53/18, ZInsO 2020, 373 Rn. 27)
 - Zahlungsverbot (z.B. § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG aF, § 64 Satz 1 GmbHG aF)
 - Ausnahme sorgfaltsgerechte Zahlungen (§ 92 Abs. 2 Satz 2 AktG aF; § 64 Satz 2 GmbHG aF)
 - Verbot, das Unternehmen auf Kosten und Gefahr der Gläubigersamtheit mit dem Risiko weiterer Masseminderungen fortzuführen. Allenfalls soweit ausnahmsweise eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht werden würde, können Zahlungen zur Vermeidung noch größerer Nachteile mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sein und damit das Verschulden entfallen lassen (BGH, Beschluss vom 21. Mai 2019 – II ZR 337/17, ZIP 2019, 1719 Rn. 18)
 - Keine Haftung bei Zahlung rückständiger oder laufender Umsatz- und Lohnsteuern und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung wegen Interessenkollision (BGH, Urteil vom 14. Mai 2007 – II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 Rn. 11 f.; Urteil vom 25. Januar 2011 – II ZR 196/09, ZIP 2011, 422 Rn. 12 f.)
 - Antragspflicht (§ 15a InsO)
 - Unverzüglich nach Insolvenzreife, spätestens innerhalb von drei Wochen
 - Frist darf nur ausgeschöpft werden, wenn Beseitigung der Insolvenzreife innerhalb der Frist wahrscheinlich ist (BGH, Urteil vom 9. Juli 1979 - II ZR 118/77, BGHZ 75, 96, 111 f.; Beschluss vom 30. Juli 2003 - 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307, 309; Beschluss vom 17. Juli 2008 - IX ZB 225/07, NZI 2008, 557 Rn. 10)

Änderung von Zahlungsverbot und Marktaustrittspflicht durch das SanInsFoG

- Insolvenzreife
 - Änderung der Prognosezeiträume
 - Regelmäßig 24 Monate bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 Abs. 2 Satz 2 InsO)
 - 12 Monate bei Überschuldung (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO)
 - Folgen
 - Keine Antragspflicht, solange Fortführung in den nächsten 12 Monaten wahrscheinlich ist
 - Sanierungs- und Restrukturierungsoption (StaRUG)

Änderung von Zahlungsverbot und Marktaustrittspflicht durch das SanInsFoG

- Insolvenzreife
- Antragsfrist (§ 15a Abs. 1 Satz 2 InsO)
 - Verlängerung der Antragsfrist auf 6 Wochen bei Überschuldung



Änderung von Zahlungsverbot und Marktaustrittspflicht durch das SanInsFoG

- Insolvenzreife
- Antragsfrist (§ 15a Abs. 1 Satz 2 InsO)
- Änderung des Zahlungsverbots (§ 15b InsO)
 - Privilegierung von Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang in der Antragsfrist (§ 15b Abs. 2 Sätze 1 und 2 InsO)
 - Privilegierung von Zahlungen mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 15b Abs. 2 Satz 3 InsO)
 - Keine Verletzung steuerrechtlicher Zahlungspflichten bei Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis bis zur Entscheidung über den Insolvenzantrag, wenn Antragspflichtiger seinen Verpflichtungen nach § 15a InsO nachkommt (§ 15b Abs. 8 Satz 1 InsO)

Änderung von Zahlungsverbot und Marktaustrittspflicht durch das SanInsFoG

- Insolvenzreife
- Antragsfrist (§ 15a Abs. 1 Satz 2 InsO)
- Änderung des Zahlungsverbots (§ 15b InsO)

➤ Kernfragen:

1. Vor Insolvenzreife:

Kann sich eine Pflicht zur Massesicherung schon vor Eintritt der Insolvenzreife ergeben?

Änderung von Zahlungsverbot und Marktaustrittspflicht durch das SanInsFoG

- Insolvenzreife
- Antragsfrist (§ 15a Abs. 1 Satz 2 InsO)
- Änderung des Zahlungsverbots (§ 15b InsO)

➤ Kernfragen:

1. Vor Insolvenzreife:

Kann sich eine Pflicht zur Massesicherung schon vor Eintritt der Insolvenzreife ergeben?

2. Nach Insolvenzreife:

Welches Verständnis vom „ordnungsgemäßen Geschäftsgang“ ist unter Berücksichtigung von Massesicherungspflicht und den vom Gesetzgeber eröffneten Handlungsoptionen nach Eintritt der Insolvenzreife vorzugswürdig?

Vor Insolvenzreife: Krisenfrüherkennung und -management

§ 1 StaRUG Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement bei haftungsbeschränkten Unternehmensträgern

(1) ¹Die Mitglieder des zur Geschäftsführung berufenen Organs einer juristischen Person (Geschäftsleiter) **wachen fortlaufend über Entwicklungen, welche den Fortbestand der juristischen Person gefährden können.** ²Erkennen sie solche Entwicklungen, **ergreifen sie geeignete Gegenmaßnahmen** und **erstatten** den zur Überwachung der Geschäftsleitung berufenen Organen (Überwachungsorganen) unverzüglich **Bericht.** ³Berühren die zu ergreifenden Maßnahmen die Zuständigkeiten **anderer Organe**, wirken die Geschäftsleiter unverzüglich auf deren **Befassung** hin.

- Gläubigerschützende Ausrichtung nach Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit?
- Ist § 1 StaRUG nach der Streichung von §§ 2, 3 StaRUG „letzter Mohikaner der Vorbereitungsphase“ ? (*Skauradszun/Amort*, DB 2021, 1317 f.)

§§ 2 f. StaRUGE

§ 2 Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit

(1) **Ist die juristische Person** oder die Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit im Sinne von § 15a Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 der Insolvenzordnung **drohend zahlungsunfähig** (§ 18 der Insolvenzordnung), **wahren die Geschäftsleiter die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger**. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Geschäftsleiter vernünftigerweise davon ausgehen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen die Interessen der Gläubiger zu wahren.

(2) Die Mitglieder der Überwachungsorgane wachen über die Einhaltung der Pflicht der Geschäftsleiter nach Absatz 1. **Beschlüsse und Weisungen der Überwachungsorgane und anderer Organe sind unbeachtlich**, soweit sie der nach Absatz 1 gebotenen Wahrung der Gläubigerinteressen entgegenstehen.

(...)

§ 3 Haftung

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

(...)

(4) Ein **Verzicht** der juristischen Person oder der Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit auf Ersatzansprüche, die aus der Verletzung von Pflichten nach § 2 Absatz 1 bis 3 resultieren, **oder ein Vergleich** über diese Ansprüche ist **unwirksam**, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Dies gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige sich zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens über sein Vermögen mit seinen Gläubigern vergleicht, wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird oder wenn für den Ersatzberechtigten ein Insolvenzverwalter handelt.

(...)

Vor Insolvenzreife: Krisenfrüherkennung und -management

- Gesetzeswortlaut
 - Keine Aussage und kein Anhaltspunkt, dass Pflichten im Außenverhältnis begründet werden
 - Kein Verweis auf § 9b Abs. 1 GmbHG oder § 15b Abs. 4 Sätze 4 und 5 InsO

Vor Insolvenzreife: Krisenfrüherkennung und -management

- Gesetzeswortlaut

- Systematik

- Bei der GmbH herrscht interessenmonistischer Ansatz vor, bei AG interessenpluralistischer Ansatz, der auch die Berücksichtigung von Gläubigerinteressen einschließt (Henze, BB 2000, 209, 212)
- Verstoß gegen Überwachungspflicht kann Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG (vgl. MünchKommGmbHG/Fleischer, 3. Aufl., § 43 Rn. 61; Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl., Rn. 168) oder § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG (BeckOGK.Aktg/Fleischer, 1.7.23, § 93 Rn. 75 ff.) auslösen aber keine entsprechende Anwendung von § 43 Abs. 3 GmbHG (Scholz/Verse, GmbHG, 12. Aufl., § 43 Rn. 8); bei der AG aber Gläubigerschutz durch § 93 Abs. 5 Satz 3 AktG bei „gröblicher Pflichtverletzung“
- Begrenzung der Dispositionsbefugnisse der Gesellschafter bei der GmbHG wird diskutiert (BGH, Urteil vom 23. März 1981 - II ZR 27/80, ZIP 1981, 609, 610; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl., § 43 Rn. 64)
- Vergleich mit § 43 Abs. 1 StaRUG spricht gegen allgemeine Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen

Vor Insolvenzreife: Krisenfrüherkennung und -management

- Gesetzeswortlaut
- Systematik
- Gesetzgebungsverfahren
 - § 1 Abs. 1 StaRUG soll nach der Begründung des Gesetzes soll bereits geltendes Recht einer positiven Regelung zuführen (BT-Drs. 19/24181, S. 103)
 - Entwurfsfassung (§§ 2f. StaRUGE) stieß auf deutliche Kritik im Schrifttum (Rechtsunsicherheit für Geschäftsleiter) und ist nicht Gesetz geworden
 - Gesetzgeber hat Regelungsbedarf nach Streichung von §§ 2 f. StaRUGE nur für den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen gesehen (§ 43 Abs. 1 StaRUG)
 - Gesetzgeber wollte Vorgaben der Richtlinie (EU) 2019/1023 (Restrukturierungsrichtlinie) umsetzen
 - Bericht Rechtsausschuss (BT-Drs. 19/25353, S. 6.)

„Der Ausschuss geht aber davon aus, dass das Bedürfnis nach Gläubigerschutz, das mit der Rückbildung der davon betroffenen gläubigerschützenden Haftungsnormen einhergeht, durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen aufgefangen werden wird.“

Vor Insolvenzreife: Krisenfrüherkennung und -management

- Gesetzeswortlaut
- Systematik
- Gesetzgebungsverfahren
- Thesen:
 - Keine vorrangige Berücksichtigung von Gläubigerinteressen und keine Pflicht zum angemessenen Ausgleich in der GmbH (Weisungsrecht der Gesellschafter in der GmbH besteht grundsätzlich fort)
 - Streichung der §§ 2 f. StaRUGE erfolgte in der Erwartung, dass „Bedürfnis nach Gläubigerschutz“ durch gesellschaftsrechtliche Haftungsnormen aufgefangen wird
 - „Bedürfnis nach Gläubigerschutz“ muss jedenfalls im Umfang der die Richtlinie (EU) 2019/1023 (Restrukturierungsrichtlinie) Rechnung getragen werden
 - Verletzung der Pflicht zur Berücksichtigung von Gläubigerinteressen kann durch gesellschaftsrechtliche Haftungsnormen angemessen sanktioniert werden (GmbH: § 43 Abs. 3 Satz 2 und 3 GmbHG analog; AG: § 93 Abs. 5 AktG) – Befassungspflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 3 StaRUG rechtfertigt nicht den Umkehrschluss auf ein umfassendes Weisungsrecht

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

Artikel 19 Pflichten der Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Unternehmensleitung bei einer wahrscheinlichen Insolvenz

mindestens Folgendes gebührend berücksichtigt:

- a) **die Interessen der Gläubiger**, Anteilsinhaber und sonstigen Interessenträger,
- b) die **Notwendigkeit, Schritte einzuleiten, um eine Insolvenz abzuwenden**, und
- c) die Notwendigkeit, **vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten zu vermeiden, das die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gefährdet**.

Entstehungsgeschichte Korch, ZGR 2019, 1050, 1057 f.;

weitergehender Kommissionsvorschlag <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0723>

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
 - Art. 19 Buchst. a) RRL
- Gebührende Berücksichtigung von Gläubigerinteressen nach Eintritt einer wahrscheinlichen Insolvenz

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen

- Art. 19 Buchst. a) RRL
- Erwägungsgrund 71 Satz 1 RRL

„Wenn dem Schuldner die Insolvenz droht, kommt es auch darauf an, die **berechtigten Interessen der Gläubiger vor Managemententscheidungen zu schützen**, die sich auf die Zusammensetzung des Schuldnervermögens auswirken können, **insbesondere wenn diese Entscheidungen eine weitere Wertminderung des Vermögens bewirken könnten**, das für Restrukturierungsmaßnahmen oder für die Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht.“

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen

- Art. 19 Buchst. a) RRL
- Erwägungsgrund 71 Satz 1 RRL
- Erwägungsgrund 71 Satz 4 und 5 RRL

„Diese **Richtlinie zielt nicht darauf ab, eine Rangfolge** zwischen den verschiedenen Parteien **festzulegen**, deren Interessen gebührend berücksichtigt werden müssen. Die Mitgliedstaaten sollten jedoch in der Lage sein, eine solche Rangfolge festzulegen.“

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
 - Art. 19 Buchst. a) RRL
 - Erwägungsgrund 71 Satz 1 RRL
 - Erwägungsgrund 71 Satz 4 und 5 RRL
- Restrukturierungsrichtlinie gibt weder vorrangige Berücksichtigung von Gläubigerinteressen noch eine Pflicht zum angemessenen Ausgleich vor
- Gebot der Rücksichtnahme: Ausrichtung der unternehmerischen Entscheidung an den Interessen der Gruppe der Anteilseigner ist grundsätzlich erlaubt, solange die Interessen anderer, ebenfalls geschützter Gruppen hierdurch nicht sachwidrig außer Acht gelassen werden

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
 - Bestandsfähigkeitsprüfung/Sanierungspflicht
 - Art. 19 Buchst. a) und b) RRL
- Gebührende Berücksichtigung der Notwendigkeit von Schritten zur Insolvenzabwendung und von Gläubigerinteressen

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
- Bestandsfähigkeitsprüfung/Sanierungspflicht

- Art. 19 Buchst. a) und b) RRL
- Erwägungsgrund 3 Sätze 5 und 6 RRL

„Gleichzeitig **sollten nicht bestandsfähige Unternehmen ohne Überlebenschance so schnell wie möglich abgewickelt werden**. Wenn ein Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten nicht wirtschaftlich bestandsfähig ist oder seine wirtschaftliche Bestandsfähigkeit nicht ohne Weiteres wiederhergestellt werden kann, könnten **Restrukturierungsmaßnahmen zu einer Beschleunigung und Anhäufung von Verlusten zum Nachteil der Gläubiger, der Arbeitnehmer und sonstiger Interessenträger sowie der Wirtschaft als Ganzes führen**.

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
- Bestandsfähigkeitsprüfung/Sanierungspflicht
 - Art. 19 Buchst. a) und b) RRL
 - Erwägungsgrund 3 Sätze 5 und 6 RRL
 - Erwägungsgrund 70 RRL

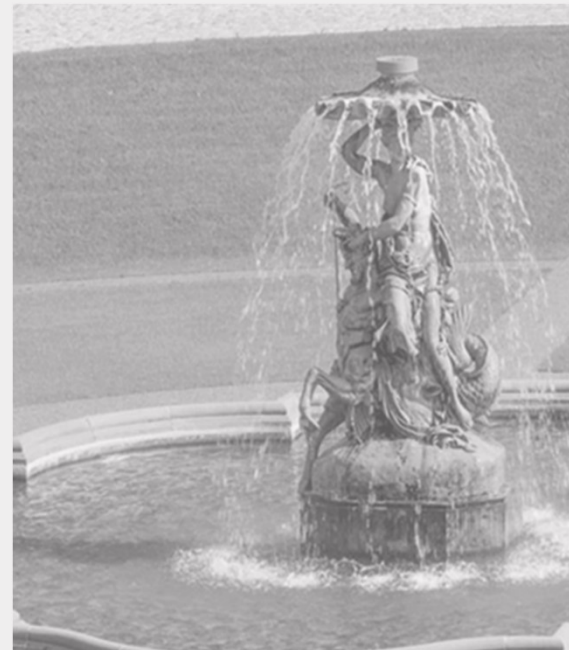
Um die präventive Restrukturierung weiter zu fördern, muss gewährleistet sein, dass Unternehmensleitungen nicht davon abgehalten werden, **vertretbare Geschäftsentscheidungen zu treffen oder vertretbare wirtschaftliche Risiken einzugehen**, vor allem wenn dies die Aussichten auf eine Restrukturierung potenziell bestandsfähiger Unternehmen verbessert. Wenn ein Unternehmen in finanzielle Schwierigkeiten gerät, **sollte die Unternehmensleitung Schritte einleiten, um Verluste möglichst gering zu halten und eine Insolvenz abzuwenden**, wie zum Beispiel: (...) **Schutz der Vermögenswerte des Unternehmens**, um einen möglichst hohen Wert zu sichern und den Verlust wesentlicher Vermögenswerte zu verhindern; Analyse der Struktur und der Funktionen des Unternehmens, um die **Bestandsfähigkeit zu prüfen und die Ausgaben zu senken**; (...) **Fortsetzung der Geschäftstätigkeit, wenn dies unter den gegebenen Umständen sinnvoll ist**, um einen möglichst hohen Wert als fortgeführtes Unternehmen zu sichern; (...).

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
- Bestandsfähigkeitsprüfung/Sanierungspflicht
 - Art. 19 Buchst. a) und b) RRL
 - Erwägungsgrund 3 Sätze 5 und 6 RRL
 - Erwägungsgrund 70 RRL
- Weite Einschätzungsprärogativen zur Einschätzung von Bestandsfähigkeit und künftiger Geschäftsentwicklung
- Keine Unternehmensfortführung, wenn Bestandsfähigkeit offensichtlich nicht mehr gegeben ist
- Keine allgemeine Sanierungspflicht (Gesellschafter können über Marktaustritt selbst bestimmen)
- Aber: Keine Unternehmensfortführung, wenn gebotene Gegenmaßnahmen unterbleiben und unweigerlich weitere Verluste entstehen („Weiterwirtschaften“)

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
 - Bestandsfähigkeitsprüfung/Sanierungspflicht
 - Geeignete Gegenmaßnahmen
 - Art. 19 Buchst. a) und c) RRL
- Keine vorsätzliche oder grob fahrlässige Bestandsgefährdung und gebührende Berücksichtigung von Gläubigerinteressen



Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
- Bestandsfähigkeitsprüfung/Sanierungspflicht
- Geeignete Gegenmaßnahmen
 - Art. 19 Buchst. a) und c) RRL
 - Erwägungsgrund 70 Satz 1 RRL

„Um die präventive Restrukturierung weiter zu fördern, muss gewährleistet sein, dass Unternehmensleitungen nicht davon abgehalten werden, **vertretbare Geschäftsentscheidungen zu treffen oder vertretbare wirtschaftliche Risiken einzugehen**, vor allem wenn dies die Aussichten auf eine Restrukturierung potenziell bestandsfähiger Unternehmen verbessert.“

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
- Bestandsfähigkeitsprüfung/Sanierungspflicht
- Geeignete Gegenmaßnahmen
 - Art. 19 Buchst. a) und c) RRL
 - Erwägungsgrund 70 Satz 1 RRL
 - Erwägungsgrund 71 Satz 2 RRL

„Es ist daher notwendig, sicherzustellen, dass die Unternehmensleitung es unter diesen Umständen vermeidet, **vorsätzliche oder grob fahrlässige Handlungen vorzunehmen, die auf Kosten der Anteilsinhaber zu persönlichen Vorteilen führen**, und vermeidet, Transaktionen unter Marktwert zuzustimmen oder Maßnahmen zu treffen, die eine unfaire Bevorzugung eines oder mehrerer Interessenträger zur Folge haben.“

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
- Bestandsfähigkeitsprüfung/Sanierungspflicht
- Geeignete Gegenmaßnahmen
 - Art. 19 Buchst. a) und c) RRL
 - Erwägungsgrund 70 Satz 1 RRL
 - Erwägungsgrund 71 Satz 2 RRL
- Weite Einschätzungsprärogativen zur Einschätzung der Eignung von Gegenmaßnahmen und künftiger Geschäftsentwicklung
- Pflichtwidrig ist die evidente und unvertretbare Erhöhung des Gefahrenpotentials und die sachfremde Missachtung berechtigter Drittinteressen, insbesondere solchen der Gläubiger

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
- Bestandsfähigkeitsprüfung/Sanierungspflicht
- Geeignete Gegenmaßnahmen
- Weisungen der Gesellschafter (GmbH)
 - Erwägungsgrund 71 Satz 6 RRL
 - „Diese Richtlinie sollte die nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Entscheidungsprozesse in einem Unternehmen unberührt lassen.“

Vor Insolvenzreife: Mindestgläubigerschutz nach der Restrukturierungsrichtlinie

- Berücksichtigung von Gläubigerinteressen
- Bestandsfähigkeitsprüfung/Sanierungspflicht
- Geeignete Gegenmaßnahmen
- Weisungen der Gesellschafter (GmbH)
 - Erwägungsgrund 71 Satz 6 RRL
 - „Diese Richtlinie sollte die nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Entscheidungsprozesse in einem Unternehmen unberührt lassen.“
 - Unterliegen weisungsbefugte Gesellschafter ihrerseits den Richtlinienvorgaben für die Unternehmensleitung?
 - Formale Trennung zwischen Unternehmensleitung und Gruppe der Anteilseigner
 - Erwägungsgrund 36 RRL-E: Personen, die für Entscheidungen über die Führung des Unternehmens zuständig sind
 - Umfassendes Weisungsrecht ohne eigene Bindung weisungsbefugter Gesellschafter ließe Richtlinienvorgaben weitgehend leerlaufen

Nach Insolvenzreife: Was ist der
„ordnungsgemäße Geschäftsgang“?



Das Zahlungsverbot nach § 15b InsO

§ 64 GmbHG Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 43 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung.

§ 15b InsO Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung; Verjährung

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

(2) 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 Insolvenzsorge oder zur Vorbereitung eines Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben. Zahlungen, die im Zeitraum zwischen der Stellung des Antrags und der Eröffnung des Verfahrens geleistet werden, gelten auch dann als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar, wenn diese mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters vorgenommen wurden.

(3) 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.

(4) Werden entgegen Absatz 1 Zahlungen geleistet, sind die Antragspflichtigen der juristischen Person zur Erstattung verpflichtet. Ist der Gläubigerschaden 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 zahlungsfähig 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.

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

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

(7) 1Die Ansprüche aufgrund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren. 2Besteht zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung eine Börsennotierung, verjähren die Ansprüche in zehn Jahren.

(8) 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.

§ 15b InsO - Ausnahme (Abs. 1 Satz 2)

Ausnahme (Abs. 1 Satz 2)

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

Anordnung/Fiktion mit Vorbehalt (Abs. 2 Satz 1)

(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.

Konkretisierung für Antragsfrist (Abs. 2 Satz 2)

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.

Konkretisierung für Eröffnungsverfahren (Abs. 2 Satz 3)

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.

Vorbehalt bei Verletzung der Antragspflicht (Abs. 3)

(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.

§ 15b InsO - Pflichtenkollision (Abs. 8)

Ausnahme zu § 69 AO (Abs. 8 Satz 1)

Eintritt der Insolvenzreife bis Entscheidung über Antrag

ohne Verletzung der Antragsfrist

Einschränkung/Erweiterung (?) bei Verletzung der Antragspflicht (Abs. 8 Satz 2)

Keine Anwendung bei Nichteröffnung infolge Pflichtverletzung (Abs. 8 Satz 3)

(8) 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.

§ 15b InsO – Zugang zur Ausnahme „ordnungsgemäßer Geschäftsgang“ vor Antragstellung

Abs. 2 Satz 1: 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.

- In dem für eine rechtzeitige Antragstellung maßgeblichen Zeitraum
 - Insolvenzreife (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung)
 - **Antragsfrist**
 - **Ohne schuldhaftes Zögern (!)**
 - Spätestens 3 Wochen bei ZU, 6 Wochen bei Überschuldung (§ 4a SanInsKG [8 Wochen])
 - Frist eröffnet, wenn Aussicht besteht, Insolvenzreife **in der Frist (!)** zu überwinden
- Maßnahmen zur
 - nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife
 - Vorbereitung eines Insolvenzantrags
- Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters

§ 15b InsO – Ausnahme „ordnungsgemäßer Geschäftsgang“

- Wortlaut

- „ordnungsgemäß“ ist ein den **Rahmenbedingungen entsprechender** Geschäftsgang, also derjenige, der unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens und des Ziels der Beseitigung der Insolvenzreife angemessen ist
- Konkretisierung „insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen“ spricht dafür, dass **jedenfalls Zahlungspflichten** erfüllt werden dürfen, die **durch die Geschäftsführung nach Eintritt** der Insolvenzreife entstehen
- Kein Anhaltspunkt für Beschränkung auf „zwingend gebotene Masseschmälerungen“

§ 15b InsO – Ausnahme „ordnungsgemäßer Geschäftsgang“

- Wortlaut

- Systematik

- Parallelvorschriften § 2 Abs. 1 Nr. 1 SanInsKG, § 89 Abs. 3 StaRUG bieten nur wenig Anhaltspunkt, weil den Rahmenbedingungen entsprechend zu bestimmen ist, was ordnungsgemäß ist (z.B. geht § 2 Abs. 1 Nr. 1 SanInsKG von einem an sich lebensfähigen Unternehmen aus)
- Kein differenziertes Modell für die Privilegierung einzelner Verbindlichkeiten (vgl. §§ 53 bis 55 InsO, aber § 15b Abs. 8 InsO)
- Gläubiger tragen Risiken des Versuchs, Insolvenzreife zu überwinden (liegt Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs im wohlverstandenen Gläubigerinteresse?)

§ 15b InsO – Ausnahme „ordnungsgemäßer Geschäftsgang“

- Wortlaut
- Systematik
- Entstehungsgeschichte
 - Gesetzgeber wollte für Geschäftsleiter, die Insolvenzantragspflicht nicht verletzen, einen großzügigeren Maßstab etablieren und „ordnungsgemäße Fortführung“ absichern (RegE Drs. 19/24181, S. 194)

§ 15b InsO – Ausnahme „ordnungsgemäßer Geschäftsgang“

- Wortlaut
- Systematik
- Entstehungsgeschichte
- Sinn und Zweck
 - Insolvenzvermeidung liegt angesichts hoher Kosten typischerweise im Gläubigerinteresse
 - Chance auf Überwindung der Insolvenzreife in der Frist muss Risiko von Masseschmälerungen rechtfertigen
 - Fortsetzung des Geschäftsbetriebs führt zwangsläufig dazu, dass Verkehrsschutzinteressen betroffen sind
 - Gefahr von Konfliktsituationen bei Einzelbetrachtung

§ 15b InsO – Ausnahme „ordnungsgemäßer Geschäftsgang“

- Wortlaut
- Systematik
- Entstehungsgeschichte
- Sinn und Zweck
- Thesen:
 - Laufende Verbindlichkeiten aus Geschäftsfortführung (erlaubt)
 - Lieferung und Leistung
 - Löhne und Gehälter
 - Gesetzliche Verbindlichkeiten
 - Altverbindlichkeiten (grundsätzlich nicht erlaubt)
 - Rückzahlung von (Gesellschafter-) Darlehen (grundsätzlich nicht erlaubt)



Antworten

1. Vor Insolvenzreife:

Kann sich eine Pflicht zur Massesicherung schon vor Eintritt der Insolvenzreife ergeben?

Grundsätzlich besteht vor Insolvenzreife weiterhin keine Massesicherungspflicht. Es gilt aber ein Gebot der Rücksichtnahme gegenüber den Gläubigern, aus dem sich im Einzelfall entsprechende Pflicht ableiten können.

2. Nach Insolvenzreife:

Welches Verständnis vom „ordnungsgemäßen Geschäftsgang“ ist unter Berücksichtigung von Massesicherungspflicht und den vom Gesetzgeber eröffneten Handlungsoptionen nach Eintritt der Insolvenzreife vorzugswürdig?

Vorzugswürdig ist nicht eine auf die einzelne Zahlung bezogene, sondern eine generalisierende Betrachtung, die danach fragt, ob die Aufrechterhaltung des Geschäfts entsprechend den Rahmenbedingungen (wirtschaftliche Situation und Insolvenzabwendung) den Interessen der Gläubiger entspricht.



Vielen Dank

für Ihre Aufmerksamkeit!

Foto: Atelier Altenkirch