

/ Geschäftsführerhaftung in Krise und Insolvenz

Sanierungspflichten der Geschäftsleitung

17. Mannheimer Insolvenzrechtstag des ZIS

Alicante
Berlin
Bratislava
Brüssel
Budapest
Bukarest
Dresden
Düsseldorf
Frankfurt/M.
Hamburg
London
Moskau
München
New York
Prag
Warschau

noerr.com

24.06.2022

Dr. Dorothee Prostedter

/ Sanierungspflichten der Geschäftsführung

/ Sanierungspflicht - Gibt es sie? Wo ist sie verankert? (1/2)

Bis 1.1.2021 – Diskutiert i.R.d. gesellschaftsrechtlichen Pflichten (§ 43 I GmbHG etc.)

- Pflicht zur Überwachung der wirtschaftlichen Lage (u.a. BGH Urt. v. 14.5.2007, II ZR 48/06)
- Einleitung von sich bietenden Sanierungsmaßnahmen bei Sanierungsfähigkeit (allenfalls Innenhaftung, § 43 II GmbHG)
- Unterlassen spekulativer Maßnahmen oder betriebsfremden Zwecken dienender Maßnahmen
- Innenhaftungskonzept, Fokus Gesellschafterinteresse
- Ggü. *Gesellschaftsgläubigern*, keine Pflicht der Geschäftsführer (und auch nicht Gesellschafter), die *Sanierung* außerhalb eines Insolvenzverfahrens *zu versuchen* (h.M.)

/ Sanierungspflicht - Gibt es sie? Wo ist sie verankert? (2/2)

Ab 1.1.2021 – Ausformuliert in § 1 StaRUG

§ 1 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.*

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

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

/ Pflichten gem. § 1 StaRUG (1/6)

Überwachungspflicht (§ 1 Abs. 1 S. 1 StaRUG)

- Zusammenführung von § 43 Abs. 1 GmbHG, § 91 Abs. 2 AktG
- Konkrete Ausformung abhängig von Größe, Branche, Struktur und Rechtsform des jeweiligen Unternehmens
- Keine generelle Pflicht zur Einführung eines formalisierten Früherkennungssystems
- Pflicht zur Liquiditätsplanung für 24 Monate? (dazu D'Avoine/Michels NZI 2022, 3)

/ Pflichten gem. § 1 StaRUG (2/6)

Berichtspflicht (§ 1 Abs. 2 S. 1 u. 3 StaRUG)

- Berichtspflicht gegenüber „Überwachungsorganen“
- ab „Erkennen bestandsgefährdender Entwicklungen“ (vor drohender ZU denkbar, u.a. *Thole*) (bei Nichterkennen ggf. Verletzung Überwachungspflicht)
- Pflicht, auf Befassung anderer Organe hinzuwirken, wenn deren Zuständigkeiten berührt sind
- Befassung ist nicht Beschlussfassung, aber auch gegenüber anderen Organen Pflicht zum Bericht (teleologische Erweiterung, u.a. *Thole*)
- Überwachungsorgane und andere Organe: Gesellschafterversammlung anderes Organ (Begr. RegE, S. 115)

/ Pflichten gem. § 1 StaRUG (4/6)

Pflicht zu geeigneten Gegenmaßnahmen (§ 1 Abs. 1 S. 2)

- Sanierungspflicht im Sinne einer Beseitigung der Bestandsgefährdung
- Eignung bereits bei Vermeidung drohender ZU (Verbesserung Renditefähigkeit nicht notw. (str.))
- Bei Wahl der Gegenmaßnahme (nicht bei „Ob“) Business Judgement Rule
- Pflicht zur Einleitung eines StaRUG Verfahrens ggf. gegen Gesellschafterinteresse? Zulässigkeit Weisung?
 - ▷ Keine Unzulässigkeit der Weisung (a.A. wenn StaRUG letzte Möglichkeit)
 - ▷ Keine Einleitung gegen Gesellschafterinteresse (Zustimmung erforderlich; jedenfalls wenn kein Pflichtantraggrund ohne StaRUG Verfahren)
 - ▷ Kein *shift of fiduciary duties*

/ Pflichten gem. § 1 StaRUG (5/6)

Kein *shift of fiduciary duties* in § 1 StaRUG hineinzulesen, weil...

- Bewusste Abkehr des Gesetzgebers durch Streichung von § 2 StaRUG RegE
 - ▷ wegen des unklaren Verhältnisses zu den gesellschaftsrechtlichen Sanierungspflichten
 - ▷ Gläubigerschutz durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen gedeckt
- § 1 StaRUG greift schon vor drohender ZU, zu weitgehender Eingriff
- § 32 StaRUG nur verfahrensbezogener *shift of duties*
- Einschränkung Weisungsmöglichkeit erst mit Anzeige Restrukturierungsvorhabens (selbst dann noch Möglichkeit der Abberufung des Geschäftsführers und Einsetzen neuen aus dem „Gesellschafterlager“)

/ Case Study - Durch StaRUG zur Loan-to-Own?

- Einfluss auf den GF: Risiko des vollständigen Verlusts der Anteile, da das StaRUG Eingriffe in die Rechte der Anteilsinhaber ermöglicht?
- Schranke: Verbot der Schlechterstellung des Anteilsinhabers gegenüber der Situation ohne Plan
- Geltendmachung im Rahmen der sofortigen Beschwerde gegen die Planbestätigung
- Überprüfung anhand Vergleichsrechnung, der grds. ein Fortführungsszenario zugrunde zu legen ist
- ABER: Beweislast für Unrechtmäßigkeit der Weisung beim GF (Fortbestehensprognose nur mit StaRUG positiv)
- Rechtsfolge § 43 Abs. 2 GmbH bei rechtmäßiger Weisung und dennoch Einleitung StaRUG Innenhaftung ggü. Gesellschaft (Schaden tbd)
- Risiko GF Direkthaftung ggü. Gesellschafter (§ 823 BGB, Mitgliedschaft)

/ Rechtsfolge bei Pflichtverletzung § 1 StaRUG

Außenhaftung, faktisch sanktionslos, oder...?

- Kein Schutzgesetz i.S.d. § 832 Abs. 2 BGB (klares Bekenntnis zum Innenhaftungskonzept, h.M. (nicht unstrittig))
- Aber: Hineinlesen in gesellschaftsrechtliche Haftungsnormen § 43 Abs. 2 GmbH etc. (Innenhaftung)

/ Pflichten in der Sanierungsphase insbes. § 15b InsO

/ At a Glance..

	Bis 31.12.2020	Seit 01.01.2021
Haftung ggü. Gesellschaft	§ 64 GmbHG	§ 15b I 1 InsO
	§§ 130a I, 177 1 HGB	
Enthftung	§§ 92 II, 93 III Nr. 6 AktG	§ 15b I 2 InsO
	§ 99 GenG	§ 15b II InsO
	Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbart sind (Ausfüllung durch Rspr.)	§ 15b VIII InsO
	§§ 2 IV, I Nr. 1, 1 II COVInsAG	§§ 2 V, I Nr. 1, 1 III COVInsAG

- Anwendbarkeit alten Rechts auf Zahlungen vor dem 01.01.2021 bei Insolvenzantragstellung nach dem 01.01.2021 (str.)

/ Änderung des allgemeinen Pflichtenmaßstabs (1/8)

Überblick

- Einführung des § 15b InsO iRd SanInsFoG mit Wirkung zum 01.01.2021 (Details des intertemporalen Rechts umstr.)
- Zahlungsverbote nach Eintritt der Insolvenzreife vereinheitlicht und rechtsformneutral geregelt
- eindeutige Qualifikation als insolvenzrechtliche Regelung
- Zweck: Schutz der Gläubigerschaft
- Stark vereinfachter Regelungsgehalt:
 - ▷ Haftung des Organs bei der Vornahme von Zahlungen/Leistungen für einen haftungsbeschränkten Rechtsträger (Ausnahme: Verein, Stiftung) ab dem Eintritt der materiellen Insolvenzreife und bis zur Insolvenzverfahrenseröffnung
 - ▷ Ausnahmen bei Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters
 - ▷ **Neu eingefügte Regelungen:**
 - Fiktion bei Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang
 - Vermutung der fehlenden Vereinbarkeit, wenn trotz Pflicht zur Insolvenzantragstellung kein Antrag gestellt wurde
 - Sonderregelung für die steuerlichen Zahlungspflichten
 - Rechtsfolge: Erstattung der Zahlung beschränkt auf den der Gläubigerschaft entstandenen Schaden

/ Änderung des allgemeinen Pflichtenmaßstabs (2/8)

Gesetzestext

§ 64 GmbHG a.F.	§ 15b InsO
	Absatz 1
<p>¹Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. ²Dies gilt nicht für Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.</p>	<p>(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.</p>
	Absatz 2
	<p>(2) ¹Zahlungen, 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. ²Im 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. ³Zahlungen, 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.</p>
	Absatz 3
	<p>(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.</p>

/ Änderung des allgemeinen Pflichtenmaßstabs (3/8)

Alte Rechtslage bis zum 31.12.2020



Neue Rechtslage ab dem 01.01.2021

Grundsatz: Verbot masseschmälernder Zahlungen (und sonstiger Leistungen)

- Masseschmälerung der einzelnen Zahlung anhand wirtschaftl. Gesamtbetrachtung zu prüfen, vgl. BGH, Urt. v. 4.7.2017 – II ZR 319/15 (sog. **Aktivtausch**; gilt nicht bei Vorleistung des Vertragspartners, vgl. BGH, Urt. v. 27.10.2020 – II ZR 355/18)

Ausnahme: Zahlung ist mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar. Dies ist der Fall, wenn...

- Zahlung zur **Erhaltung der Insolvenzmasse erforderlich** ist, wobei hieran hohe Anforderungen geknüpft werden
- entscheidend ist, ob Zahlung im wohlverstandenen **Interesse der Gläubiger** liegt, insb. wenn sie den sofortigen Zusammenbruch des Geschäftsbetriebs verhindern
- **Fiktion** für Zahlungen im **ordnungsgemäßen Geschäftsgang**, insb. zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes, wenn sich Geschäftsleiter i.Ü. pflichtgemäß verhält
- solange **Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung** der Insolvenzreife oder zur **Vorbereitung eines Insolvenzantrages** getroffen werden
- Ab **Insolvenzverschleppung gilt Vermutung**, dass Zahlung i.d.R. nicht mit Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar ist

/ Änderung des allgemeinen Pflichtenmaßstabs (4/8)

Begründung des Regierungsentwurfes, BT Drucks. 19/24181, S. 194 (Auszug):

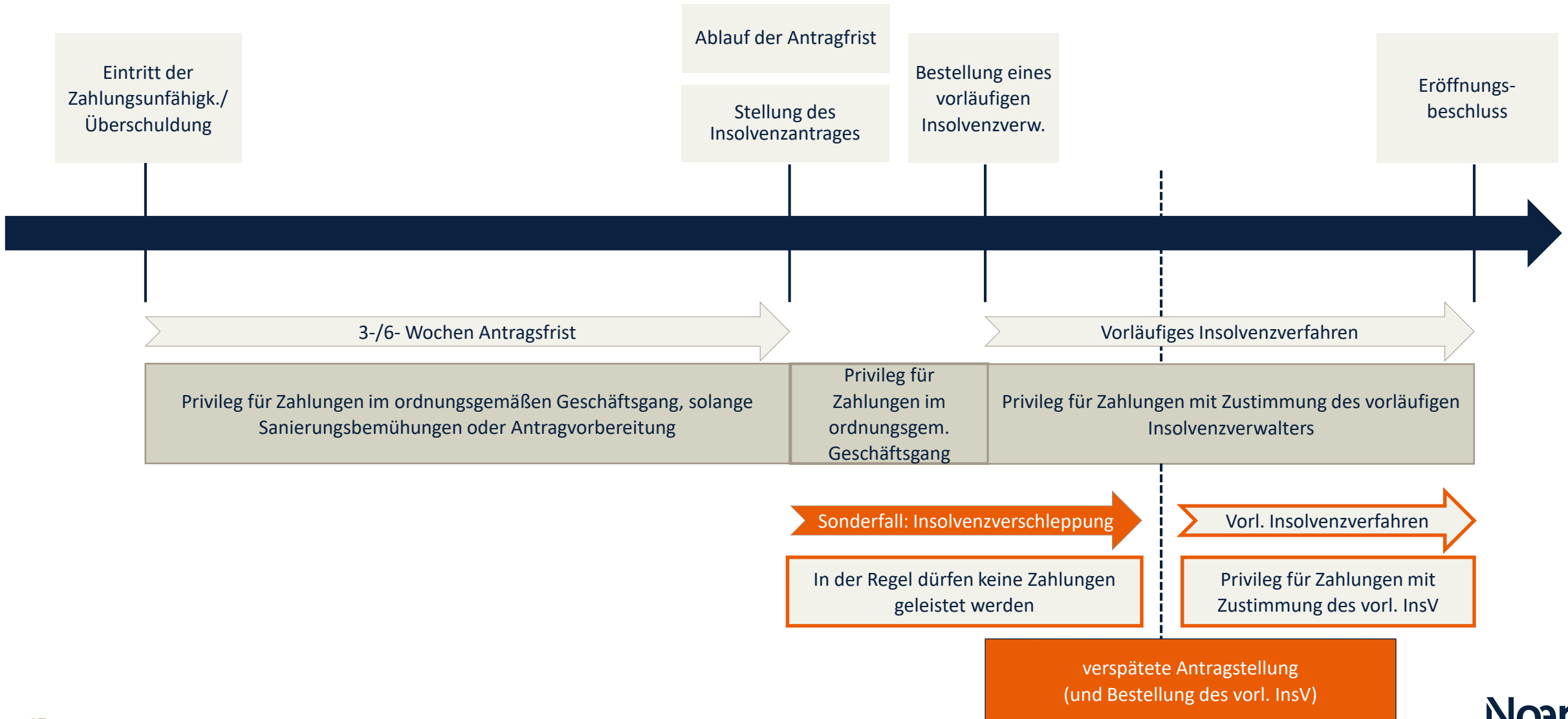
„Nach [§ 15b] Absatz 2 Satz 1 gelten Zahlungen, die im ordentlichen Geschäftsgang erfolgen, grundsätzlich und vorbehaltlich des Absatz 3 als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar. Das schließt vor allem solche Zahlungen ein, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes dienen. **Hierdurch werden die engen Schranken aufgehoben, denen die Notgeschäftsführung nach der Rechtsprechung derzeit unterliegen.** So sind nach der Rechtsprechung zum Beispiel Zahlungen auf Dienstleistungen regelmäßig nicht privilegiert, da sie nicht zu einer Erhöhung der Aktivmasse führen (BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Rn. 18). Derart kategorische Beschränkungen können die Entscheidung für einen längeren Antragszeitraum bei der Überschuldung (§ 15a Absatz 1 Satz 2, Artikel 5 Nummer 8 dieses Entwurfs) ins Leere laufen lassen, da eine Fortführung über einen längeren Zeitraum unter entsprechenden Restriktion oftmals nicht möglich wäre.“



Fazit: Der bisher angewandte strenge Maßstab der **Notgeschäftsführung** soll im Insolvenzantragszeitraum **gelockert** werden (Details tbd), vorausgesetzt, dass die insolvenzrechtlichen Pflichten erfüllt werden

/ Änderung des allgemeinen Pflichtenmaßstabs (5/8)

Übersicht zum Sorgfaltsmaßstab



/ Änderungen des allgemeinen Pflichtenmaßstabs (6/8)

Beispiele und Thesen zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht

Alte Rechtslage bis zum 31.12.2020	Beispiel	Thesen zur Rechtslage ab dem 01.01.2021
(✓/✗) wenn zur Aufrechterhaltung des Betriebs erforderlich (vgl. OLG Celle, Urt. v. 23.12.2003 - 9 U 176/03)	Bezahlung von Mieten	(✓/✗) beachte insb.: Art. 240 § 7 EGBGB
(✗) BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15	Bezahlung von Löhnen	(✓/✗)
(✓/✗) nur bei Ausgleich der Masseverkürzung, vgl. BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15	Bezahlung von Waren	(✓/✗)
(✗)	Bezahlung von Dienstleistungen	(✓/✗)
(✗)	Erfüllung von Altverbindlichkeiten	(✓/✗) ggf. ausnahmsweise, wenn Gegenleistung des Zahlungsempfängers dringend benötigt wird (Bork/Kebekus, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 87. EL März 2021, § 15b Rn. 43)
(✓) BGH, Beschl. v. 05.11.2007 - II ZR 262/06	Bezahlung von Versorgungsleistungen	(✓/✗)

(✓): Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentl. und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar
 (✗): Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentl. und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar

/ Änderungen des allgemeinen Pflichtenmaßstabs (7/8)

Beispiele und Thesen zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht

Zusammenfassende Thesen zum Sorgfaltsmaßstab

- Beurteilung im Einzelfall mit mehr Spielraum im Vergleich zur früheren Rechtslage
- Beweislast für Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabs liegt beim Geschäftsleiter
- Saubere Dokumentation zu folgenden Aspekten zu empfehlen vor Veranlassung einer Zahlung/Leistung:
 - ▷ Prüfung Insolvenzantragspflichten und Fristlauf (trifft es zu, dass die Frist noch nicht abgelaufen ist?)
 - ▷ Dokumentation der Maßnahmen zwecks Sanierung bzw. der Vorbereitungshandlungen für einen Insolvenzantrag
 - ▷ Dokumentation der Einschätzung, warum die konkrete Zahlung/Leistung erforderlich ist, um den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten
 - ▷ Dokumentation, warum der Geschäftsleiter mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft ausgeht
- Versand eines Handlungsleitfadens an die leitenden Angestellten, die mit Zahlungsvorgängen betraut sind

/ Änderungen des allgemeinen Pflichtenmaßstabs (8/8)

Beispiele und Thesen zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht

Zusammenfassende Thesen zum Sorgfaltsmaßstab

Zulässige Zahlungen/Leistungen:

- Aktivtausch => keine Masseverkürzung (neuerdings erst auf Rechtsfolgenseite relevant, umstr.)
- Zahlung/Leistung muss objektiv erforderlich sein, um den Geschäftsbetrieb aufrechtzuhalten => Einzelfallprüfung
- Zahlung auf Steuerverbindlichkeiten
- Zahlung des Arbeitnehmerbeitrags zur Sozialversicherung (str.)

Unzulässige Zahlungen/Leistungen:

- Zahlung des Arbeitgeberbeitrags zur Sozialversicherung
- Keine Einziehung auf debitorische Konten (Ausnahme: insolvenzfestes Absonderungsrecht an zedierter Forderung)

Ggf. (!) unzulässige Zahlungen/Leistungen:

- (Rück-)Zahlungen auf Gesellschafterdarlehen / Ausreichungen von Darlehen (Stichwort: Cash Pool)
- (Rück-)Zahlungen auf externe Kreditverbindlichkeiten
- Dividendenausschüttung

/ Zahlung auf Steuerverbindlichkeiten (1/3)

Gesetzestext

§ 64 GmbHG a.F.	§ 15b InsO
	Absatz 8
	<p>(8) ¹Eine 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. ²Wird 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. ³Wird das Insolvenzverfahren nicht eröffnet und ist dies auf eine Pflichtverletzung der Antragspflichtigen zurückzuführen, gelten die Sätze 1 und 2 nicht.</p>

/ Zahlung auf Steuerverbindlichkeiten (2/3)

Gesetzesbegründung zu § 15b Abs. 8 InsO

Begründung des Regierungsentwurfes, BT Drucks. 19/25353, S. 12 (Auszug):

„Auch hier werden Ausweichgestaltungen entbehrlich, zum Beispiel die verbreitete Praxis, die Finanzverwaltung zunächst von der Insolvenzreife in Kenntnis zu setzen, dann die Steuerverbindlichkeiten zunächst zu tilgen und die Zahlung sodann nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Anfechtungswege zurück in die Masse zu ziehen. Hier kann der Fiskus also nach derzeitiger Rechtslage Zahlungen zwar zunächst vereinnahmen, muss sie aber nach Insolvenzeröffnung herausgeben. Behalten kann er Zahlungen nur, wenn der Geschäftsleiter schlecht beraten ist und nicht wusste, dass er das Finanzamt zunächst über den Eintritt der Insolvenzreife informieren muss, ehe er zahlt. **Vor diesem Hintergrund würde die Neuregelung dem Fiskus im Ergebnis wenig nehmen, weil gut beratene Geschäftsleiter schon heute ihre persönliche Haftung vermeiden können, dabei aber vorübergehende Liquiditätsbelastungen der von ihnen vertretenen Gesellschaft hinnehmen müssen, welche die Sanierungsaussichten belasten, ohne dem einen dauerhaften Vorteil zu bringen.**“

/ Zahlung von Steuerverbindlichkeiten (3/3)

Alte Rechtslage bis zum 31.12.2020



➤ Ausgangsproblem: Pflichtenkollision

- ▷ Einerseits: Nichtabführen v. Lohnsteuer u. Umsatzsteuer führt zur persönl. Haftung der Geschäftsleitung u. ggf. zu Verwirklichung einer Ordnungswidrigkeit (§§ 34, 69 AO)
 - ▷ Andererseits: Verbot von Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife
- **Lösung der Rspr.:** Auflösung der Pflichtenkollision dahingehend, dass **Begleichung von Steuerschulden der Massesicherung vorgeht**
- ▷ Zahlung von Steuern entspricht der Sorgfalt eines ordentlichen u. gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn andernfalls eine Straftat/OWi begangen wird
 - ▷ Privilegierung erfasst sowohl die Befriedigung von nach Eintritt der Insolvenzreife fällig werdenden Steuerschulden als auch jene, die bereits zuvor bestanden

Neue Rechtslage ab dem 01.01.2021

- **Vorrang der Massesicherungspflicht** gemäß § 15b VIII 1 InsO
- **Grundgedanke**
 - ▷ Haftungsfreistellung des **pflichtgemäß** (rechtzeitige Antragstellung) handelnden Geschäftsleiters bei Nichtzahlung
- Bei zu später Antragstellung greift Haftungsfreistellung erst ab der nachgeholtten Antragstellung
- **Offene Fragen:**
 - ▷ Aufleben der „alten“ Pflichtenkollision bei Insolvenzverschleppung. Privilegierung Steuerzahlung trotz § 15b III InsO?
 - ▷ Da die Nichtzahlung der Steuern keine Haftung verursacht, stellt die Zahlung dann einen Verstoß gg. § 15b InsO dar?
 - ▷ Mittelvorsorgepflicht betr. später fällig werdende Steuerverbindlichkeiten? (dagegen: Kahlert, WPg, 2021, 321, 328)



These: Steuerverbindlichkeiten dürfen nicht bezahlt werden und es besteht zwar wohl keine Mittelvorsorgepflicht (str.), wenn möglich sollte aber Vorsorge erfolgen, auch wg. § 51 Abs. 2 StaRUG und § 270b Abs. 2 InsO

/ Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen (1/2)

Teil 1: Arbeitnehmeranteil

Alte Rechtslage bis zum 31.12.2020



➤ Ausgangsproblem: Pflichtenkollision

- ▷ Einerseits: Verletzung der **Pflicht zur Zahlung des Arbeitnehmeranteils** zur Sozialversicherung ist gem. § 266a Abs. 1 StGB strafbar
- ▷ Andererseits: **Verbot von Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife**
- **Lösung der Rspr.:** Auflösung der Pflichtenkollision zu Gunsten der Sozialkassen
- Zahlung des **Arbeitnehmeranteils** entspricht der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters
- Geltung der Privilegierung sowohl für die laufenden Zahlungen als auch für bereits fällige Rückstände

Neue Rechtslage ab dem 01.01.2021

- Obwohl Parallelproblem zu Steuerverbindlichkeiten **keine ausdrückliche Regelung** in § 15b InsO für die Zahlung des **Arbeitnehmeranteils**
- **Lösungsmöglichkeiten**
 - ▷ **Fortgeltung der Rspr. zu § 64 GmbHG** mit der Folge, dass Zahlung des Arbeitnehmeranteils der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns entspricht, weil „alte“ Pflichtenkollision wegen § 266a Abs. 1 StGB nach wie vor besteht
 - ▷ Teile der Lit.: Zahlungsverbot nach **§ 15b VIII 1 InsO analog?**



These: Die Zahlung des Arbeitnehmeranteils muss auch seit Geltung des § 15b InsO weiterhin erfolgen.

/ Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen (2/2)

Teil 2: Arbeitgeberanteil

Alte Rechtslage bis zum 31.12.2020



➤ Ausgangslage

- ▷ Anders als hinsichtlich des Arbeitnehmeranteils setzt die Strafbarkeit des Vorenthaltens von **Arbeitgeberanteilen** einschränkend unrichtige und unvollständige Information des Sozialversicherungsträgers voraus, § 266a II StGB

➤ **Schlussfolgerung der Rspr.:** Privilegierung **gilt nicht für Arbeitgeberanteile**, weil bloßes Vorenthalten keine strafrechtliche Sanktionierung zur Folge hat und daher **keine Pflichtenkollision** besteht

- ▷ **Ergo:** Zahlung der Arbeitgeberanteile ist nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar

Neue Rechtslage ab dem 01.01.2021

➤ **Keine ausdrückliche Regelung** in § 15b InsO für die Zahlung des Arbeitgeberanteils

➤ **Überlegung:** Könnte Zahlung des Arbeitgeberanteils dem ordnungsgemäßen Geschäftsgang folgen?

- ▷ Dagegen: § 15b II InsO soll Betriebsfortführung ermöglichen, um Masse zu erhalten und ggf. Sanierungschancen erhöhen. Daher müssen Zahlungen für die Betriebsfortführung objektiv erforderlich sein (vgl. *Bitter*, ZIP 2021, 321, 326; *Bork/Kebekus*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, 87. EL März 2021, § 15b InsO, Rn. 43)
- ▷ Daher wohl Fortgeltung der anhand der alten Rechtslage entwickelten Grundsätze



These: Zahlung des Arbeitgeberanteils ist nicht mit § 15b Abs. 1 InsO vereinbar.

/ Änderung auf der Rechtfolgende Seite (1/2)

Gesetzestext

§ 64 GmbHG a.F.	§ 15b InsO
	Absatz 4
<p>¹Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. ²Dies gilt nicht für Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.</p>	<p>4) ¹Werden entgegen Absatz 1 Zahlungen geleistet, sind die Antragspflichtigen der juristischen Person zur Erstattung verpflichtet. ²Ist der Gläubigerschaft der juristischen Person ein geringerer Schaden entstanden, beschränkt sich die Ersatzpflicht auf den Ausgleich dieses Schadens. ³Soweit 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. ⁴Ein Verzicht der juristischen Person auf Erstattungs- oder Ersatzansprüche oder ein Vergleich der juristischen Person über diese Ansprüche ist unwirksam. ⁵Dies 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.</p>

/ Änderungen auf der Rechtsfolgenseite (2/2)

Alte Rechtslage bis zum 31.12.2020



- Verpflichtung des Geschäftsführers, der Gesellschaft den Wert der einzelnen veranlassten Zahlungen zu ersetzen („**Einzelbetrachtung**“)
- Ausgleich, der für Zahlung in die Masse gelangt, mindert die Haftung oder schließt sie aus, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Zahlung besteht bzw. der Ausgleich nach wirtschaftlicher Betrachtung der einzelnen masseschmälernden Zahlung zugeordnet werden kann („**Aktivtausch**“)

Neue Rechtslage ab dem 01.01.2021

- **§ 15b IV InsO**: Begrenzung der Haftung des Geschäftsleiters auf Höhe des der Gläubigerschaft entstandenen Schadens
 - ▷ Es kann der Nachweis erbracht werden, dass der tatsächliche Schaden geringer ist als die Gesamthöhe der geleisteten Zahlungen („**Gesamtbetrachtung**“)
- Folge der Gesamtbetrachtung: mittelbare Vorteile können den zu ersetzenden Schaden mindern; es kommt nicht mehr auf einen unmittelbaren Zusammenhang zwischen Zahlung und Massezufluss an
 - ▷ Möglichkeit eines erfolgreichen Gesamtprojekts, auch bei Zahlung auf Dienstleistungen oder Altverbindlichkeiten

Anspruch eigener Art (Kein § 830 BGB, kein § 92 InsO)

/ Zahlung an Gesellschafter

§ 64 GmbHG a.F.	§ 15b InsO
	Absatz 5
<p>³Die 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.</p>	<p>5) ¹Absatz 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.</p>



Fazit: Regelung im Kern unverändert

/ Verjährung und Verzicht (1/2)

§ 64 GmbHG a.F.

⁴Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 43 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung.

§ 43 Absatz 3 GmbHG

(3) ¹Insbesondere sind sie zum Ersatz verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 30 zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht oder den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind. ²Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in **§ 9b Abs. 1** entsprechende Anwendung. ³Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, dass dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.

§ 9b Absatz 1 GmbHG

(1) ¹Ein Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche nach § 9a oder ein Vergleich der Gesellschaft über diese Ansprüche ist **unwirksam, soweit** der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist. ²Dies gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird.

§ 43 Absatz 4 GmbHG

(4) Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen **verjähren in fünf Jahren.**

§ 15b InsO

Absatz 4

⁴Ein Verzicht der juristischen Person auf Erstattungs- oder Ersatzansprüche oder ein Vergleich der juristischen Person über diese Ansprüche ist **unwirksam.** ⁵Dies 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.**

Absatz 7

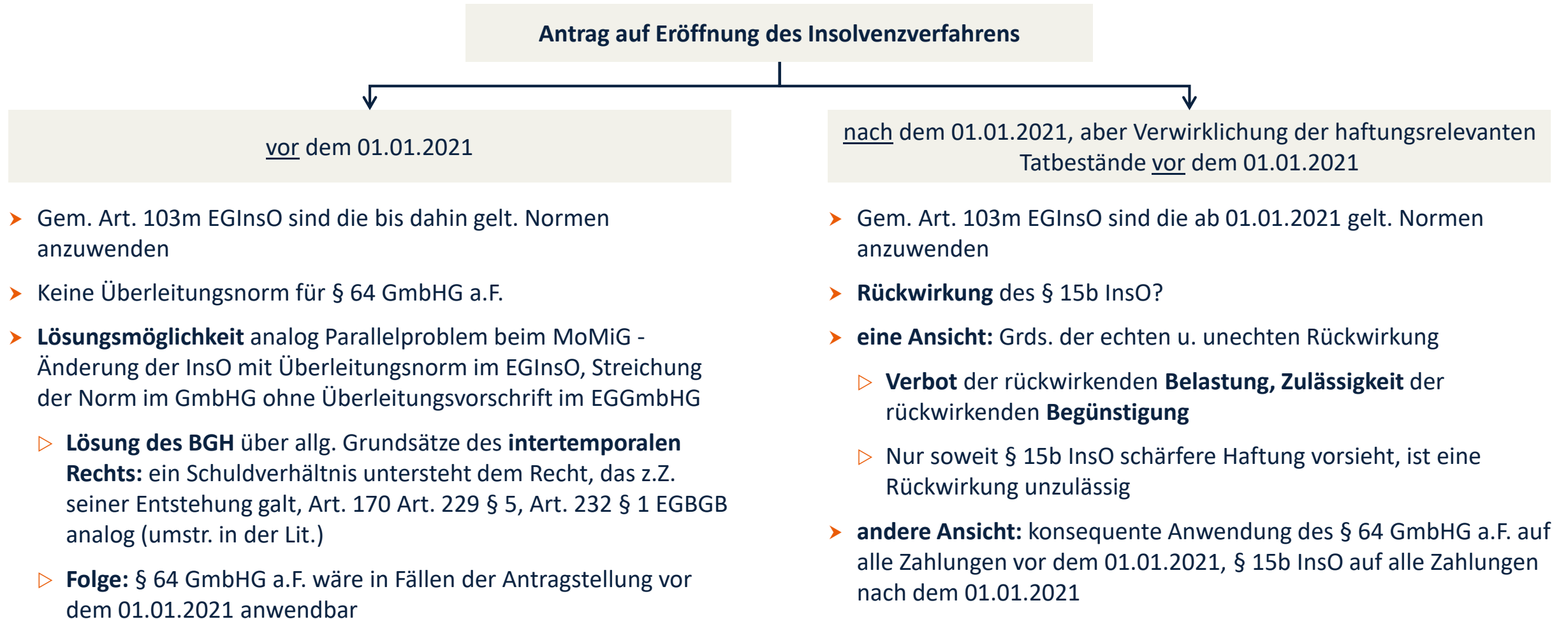
¹Die Ansprüche aufgrund der vorstehenden Bestimmungen **verjähren in fünf Jahren.** ²Besteht zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung eine Börsennotierung, verjähren die Ansprüche in **zehn Jahren.**

/ Verjährung und Verzicht (2/2)

Überblick

- Verzicht auf Ersatzansprüche ausgeschlossen
- Vergleiche nur in Ausnahmefällen möglich
- Verjährung entspricht den bisherigen Regelungen und beträgt fünf Jahre, bei börsennotierten Rechtsträgern zehn Jahre

/ Geschäftsleiterhaftung in Altfällen (1/3)



Fazit: Bei Antragsstellung vor 01.01.2021 dürfte „altes Recht“ weitergeltend, sodass § 64 GmbHG a.F. unmittelbar Anwendung findet. Bei Antragsstellung ab dem 01.01.2021 und vor dem 01.01.2021 abgeschlossenem Sachverhalt ist umstritten, ob § 15b InsO (ohne belastende Rückwirkung) oder § 64 GmbHG a.F. gilt

Diskussion

/ Ihre Ansprechpartnerin



Dr. Dorothee Prosteder

Rechtsanwältin
Partner

+49 89 28628 509
dorothee.prosteder@noerr.com

Dr. Dorothee Prosteder ist auf komplexe Transaktionen im Insolvenz-Umfeld und auf Restrukturierungen spezialisiert. Sie berät in- und ausländische Mandanten bei nationalen wie grenzüberschreitenden M&A Transaktionen, Restrukturierungen und zu vielschichtigen insolvenzrechtlichen Themen.

Kompetenzen

- Restrukturierung
- Mergers & Acquisitions
- Insolvenzrecht
- Umstrukturierungen