

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Überschuldungsbegriff – quo vadis?

**Expertenbefragung im Auftrag des
Bundesjustizministeriums**

8. Mannheimer Insolvenzrechtstag
am 15. Juni 2012

www.georg-bitter.de

1. Hintergrund der Studie: Die Änderung des Überschuldungsbegriffs in § 19 InsO

- a) Definition der Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994
 - „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“
 - BGHZ 171, 46 (Tz. 19): keine Fortgeltung des sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“

1. Hintergrund der Studie: Die Änderung des Überschuldungsbegriffs in § 19 InsO

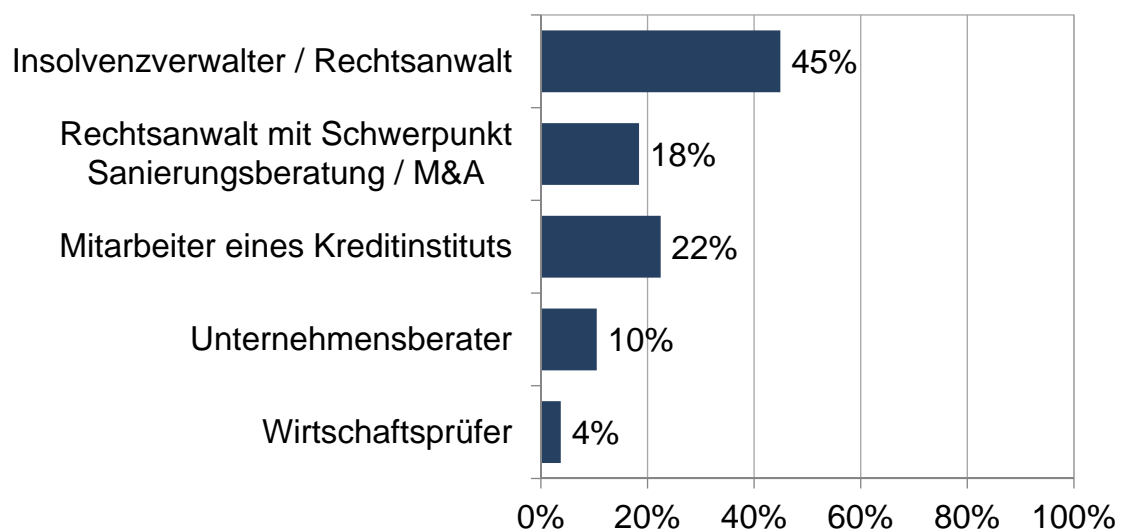
- b) Befristete Wiedereinführung des modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (Geltung vom 18.10.2008 bis zum 31.12.2013)
- „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. ...“
 - OLG Schleswig ZIP 2010, 516: keine Geltung für Altfälle

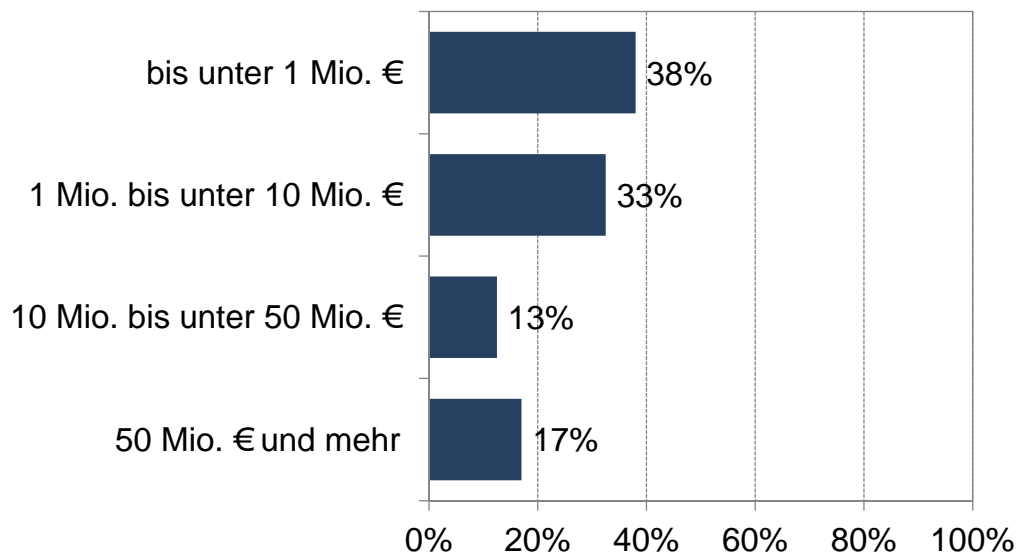
2. Umsetzung der Studie

- a) Vorbereitung (Januar – Februar 2012)
- Gruppendiskussion mit Experten
 - Erstellung des Fragebogens
- b) Feldphase (Ende Februar – April 2012)
- Versendung an 2.730 Personen; Teilnehmer: 609 Experten
 - Auswertung der Daten durch Hommerich Forschung
 - drei Gruppendiskussionen mit Wirtschaftsprüfern, Beratern und Bankmitarbeitern
- c) Abschlussbericht (175 Seiten)
- Ablieferung an das BMJ am 15.5.2012

3. Gliederung

- Teil I: Allgemeine Bedeutung der Überschuldung in der Praxis und Kenntnis der Rechtsunterworfenen
- Teil II: Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung vom alten Überschuldungsbegriff der InsO vom 5.10.1994 zum neuen Überschuldungsbegriff des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes
- Teil III: Volkswirtschaftliche Bedeutung der Änderung und Zukunft des Überschuldungsbegriffs
- Teil IV: Abschließende Empfehlung der Gutachter

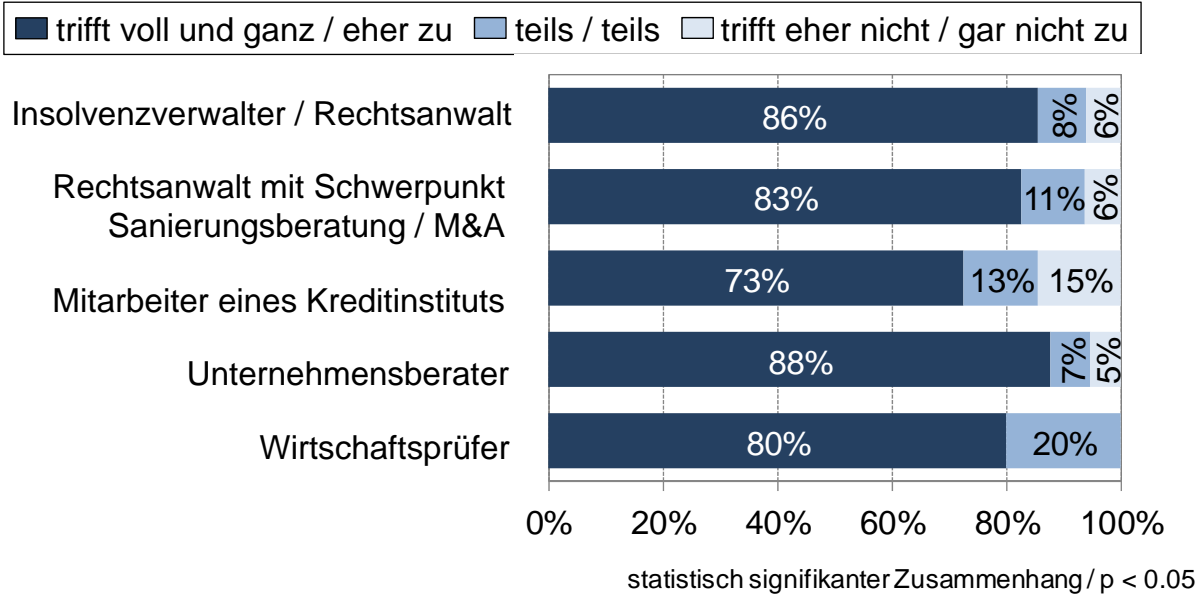




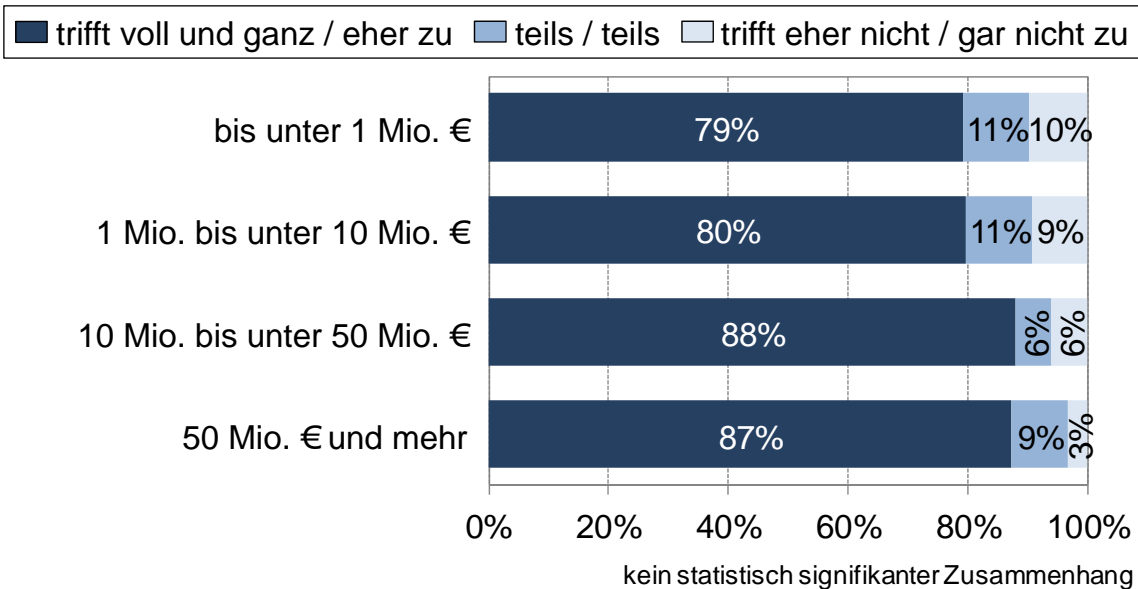
Teil I

Allgemeine Bedeutung der Überschuldung in der Praxis und Kenntnis der Rechtsunterworfenen

„Insolvenzanträge werden in aller Regel nicht auf Überschuldung gestützt.“
nach Art der Tätigkeit

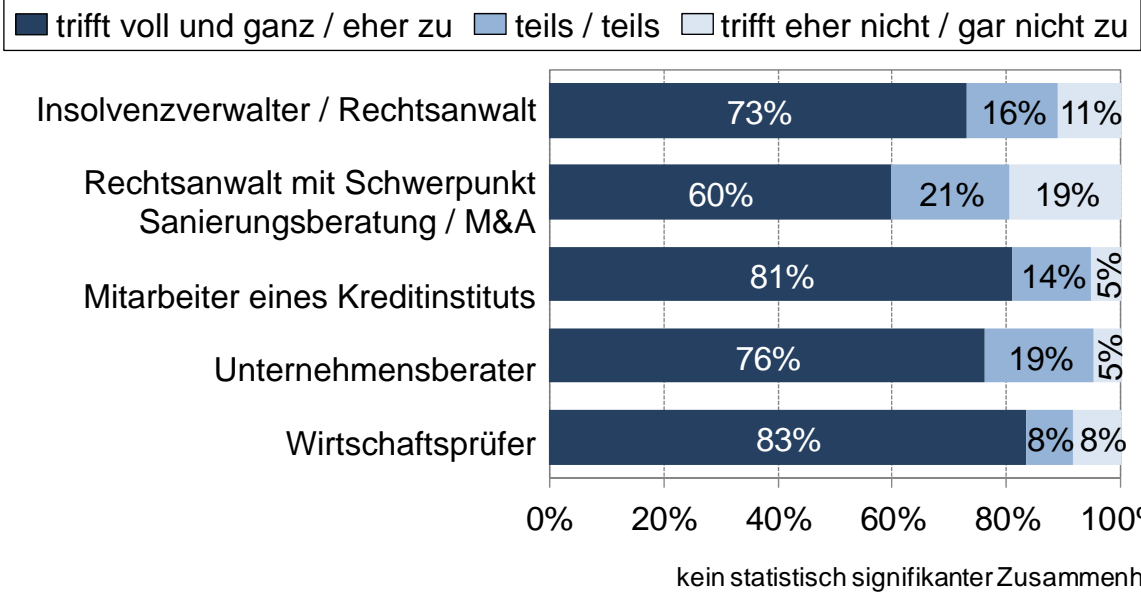


„Insolvenzanträge werden in aller Regel nicht auf Überschuldung gestützt.“
nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen



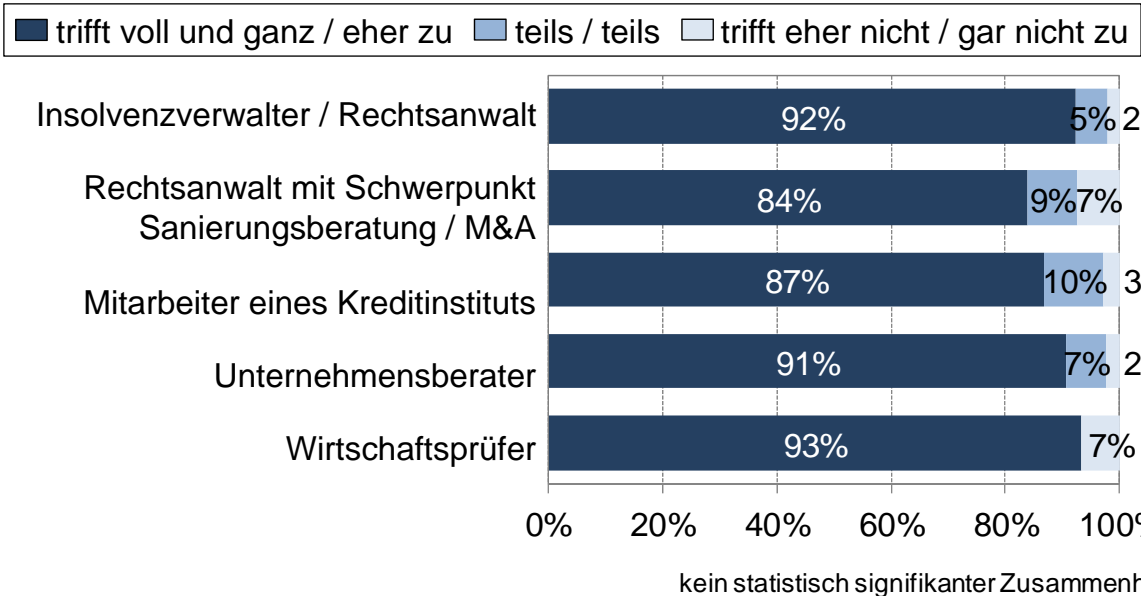
Allgemeine Bedeutung der Überschuldung in der Praxis

Geringe Bedeutung der Überschuldung bei Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung; nach Art der Tätigkeit

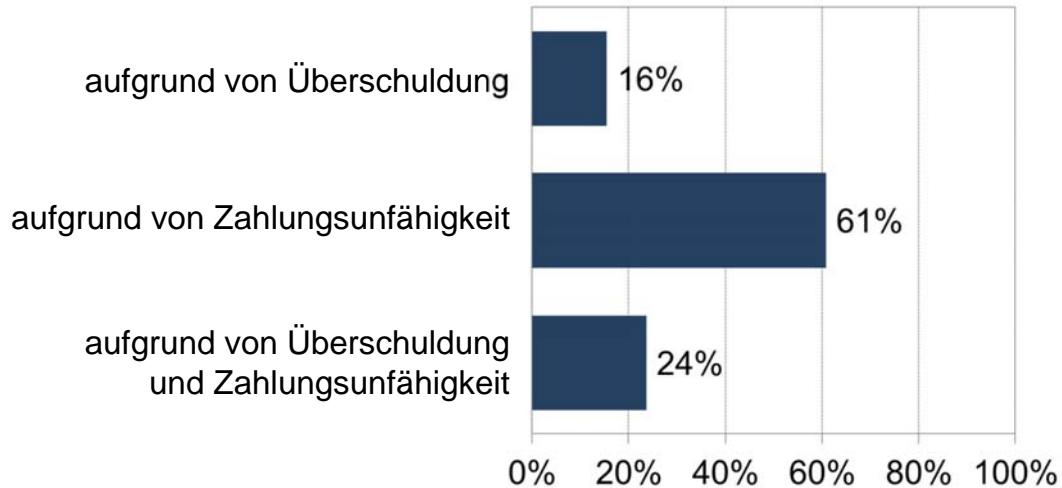


Allgemeine Bedeutung der Überschuldung in der Praxis

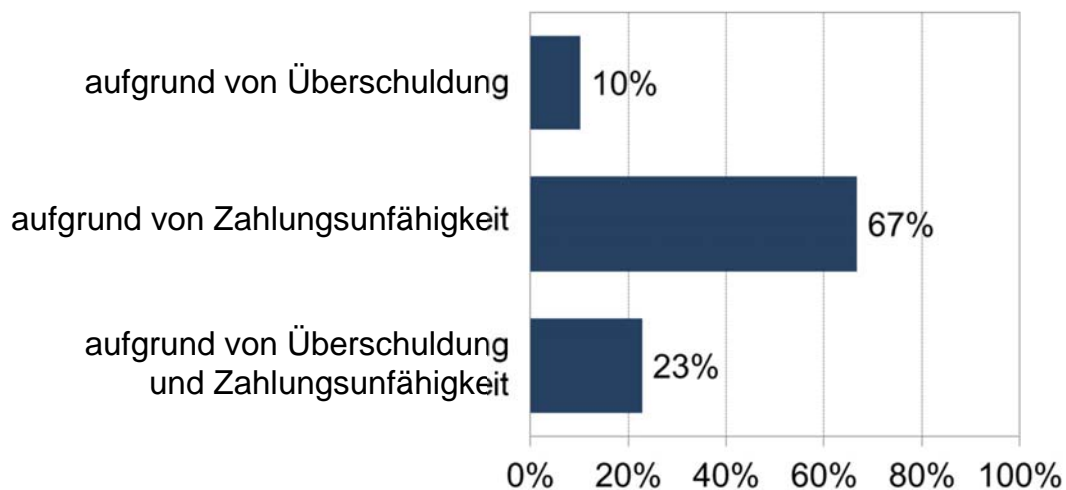
Leichter nachweisbare Tatbestände (§§ 266a, 283b StGB) dominieren die Strafverfolgung; nach Art der Tätigkeit



Haftungsgründe bei der Inanspruchnahme von Geschäftsleitern wegen
Insolvenzverschleppung in der Innenhaftung (arithmetisches Mittel)

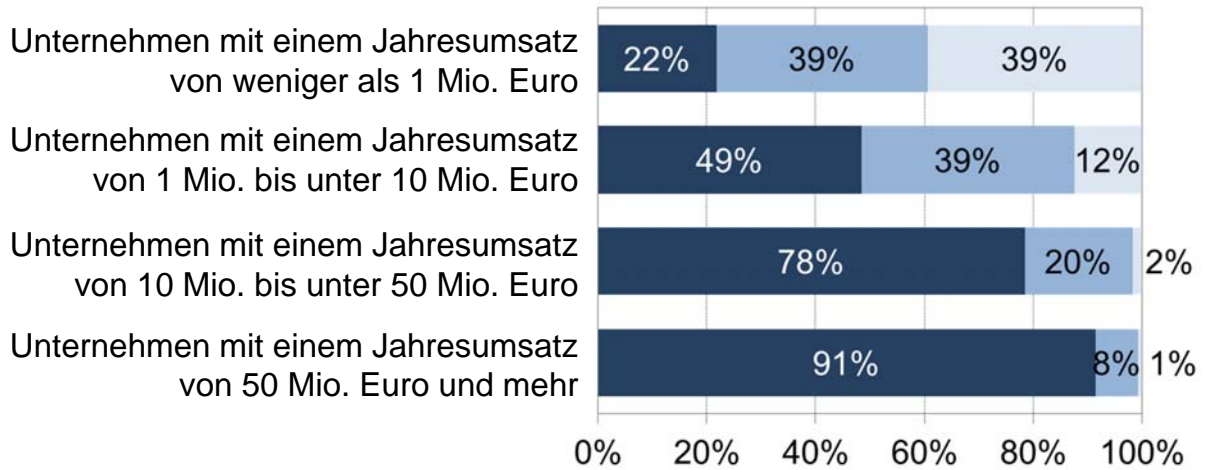


Haftungsgründe bei der Inanspruchnahme von Geschäftsleitern wegen
Insolvenzverschleppung in der Außenhaftung (arithmetisches Mittel)



Bekanntheit der Überschuldung als Auslöser einer Insolvenzantragspflicht bei Geschäftsführern nach Umsatzstärke des Unternehmens

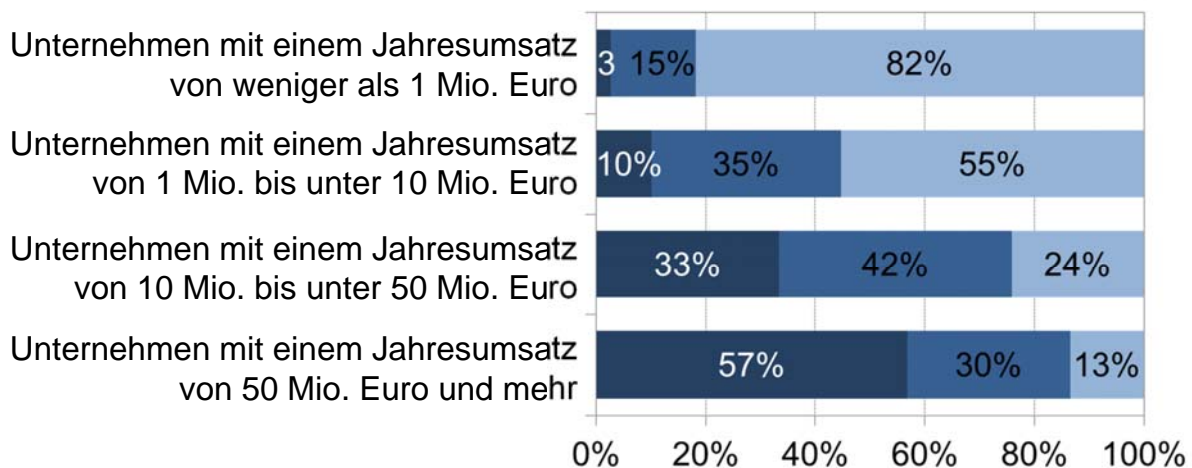
■ überwiegend bekannt ■ teils / teils ■ überwiegend nicht bekannt



statistisch signifikanter Zusammenhang / $p < 0.05$

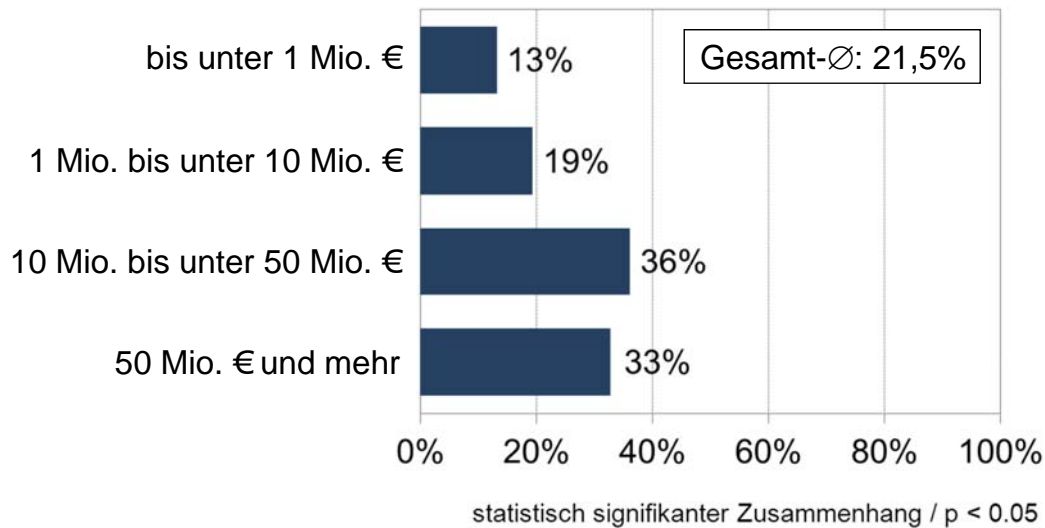
Bekanntheit des Unterschieds zwischen altem und neuem Überschuldungsbegriff bei Geschäftsführern nach Umsatzstärke des Unternehmens

■ überwiegend bekannt ■ teils / teils ■ überwiegend nicht bekannt



statistisch signifikanter Zusammenhang / $p < 0.05$

Geschätzter Anteil der Unternehmen, die sich unter der Geltung des alten Überschuldungsbegriffs in der Krise befanden und tatsächlich einen bilanziellen Überschuldungsstatus aufstellten; nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen (arithmetisches Mittel)

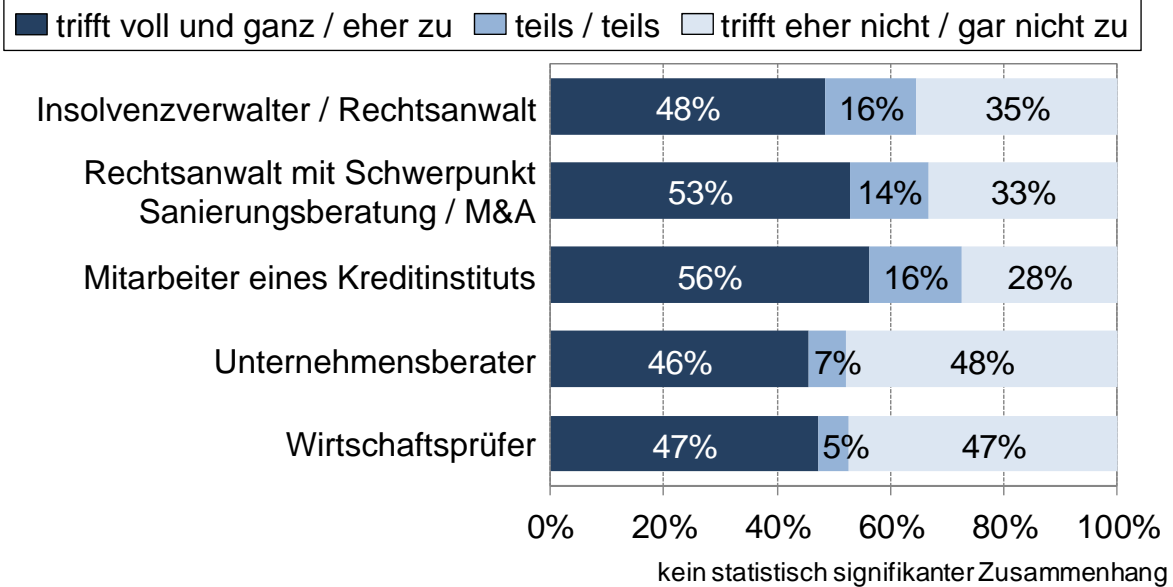


Teil II

Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

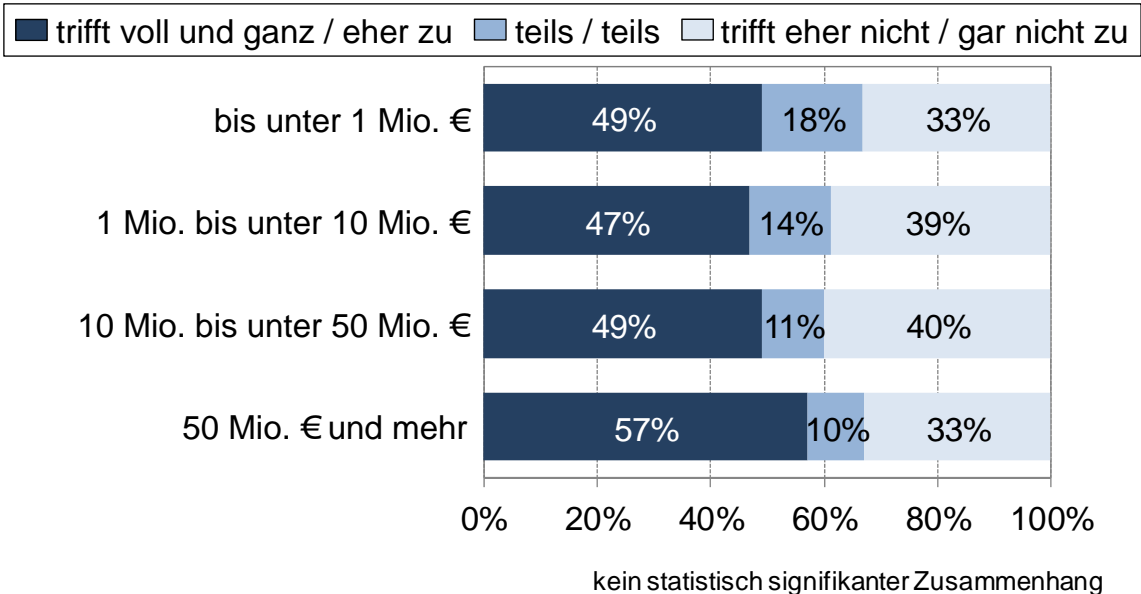
Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Im Ergebnis keine Auswirkung der Änderung für den Sachverständigen im vorläufigen Insolvenzverfahren; nach Art der Tätigkeit



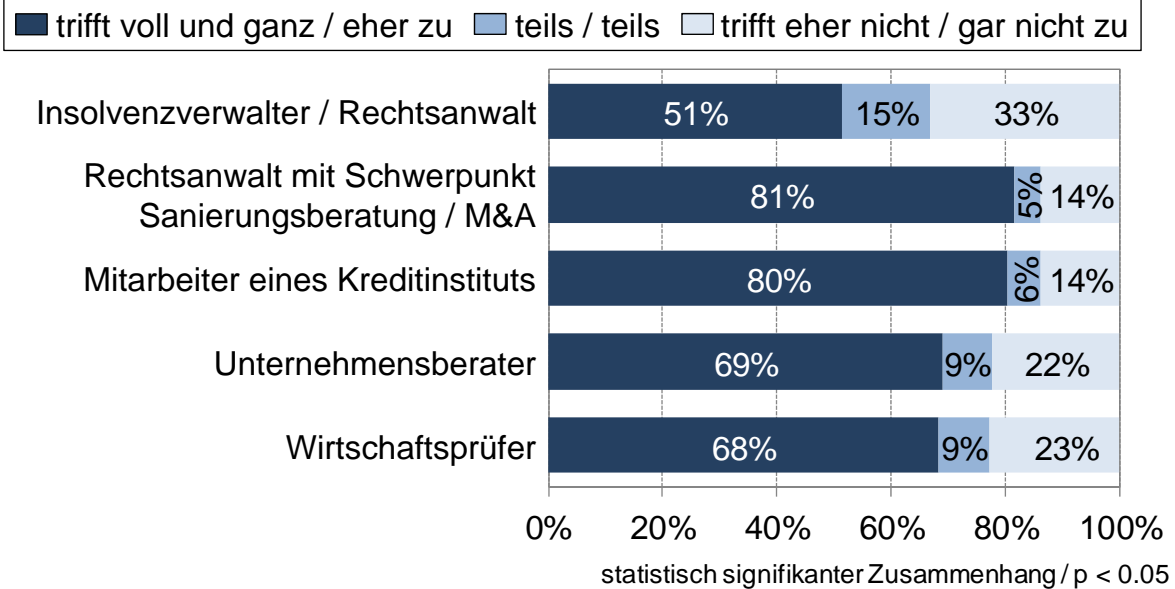
Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Im Ergebnis keine Auswirkung der Änderung für den Sachverständigen im vorläufigen Insolvenzverfahren; nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen



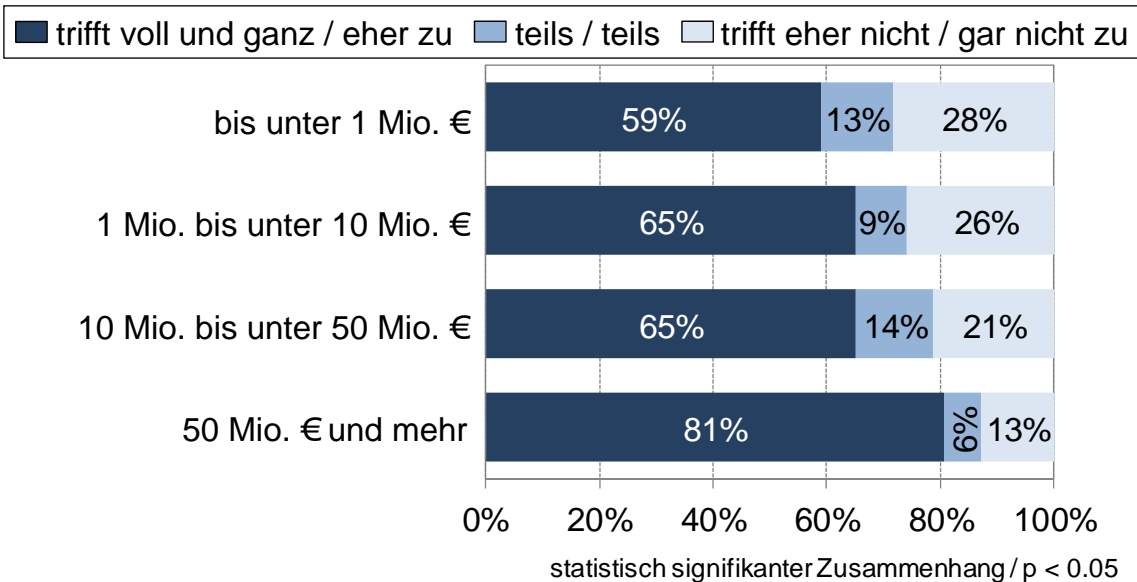
Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Nachteile des alten Überschuldungsbegriffs bei unsicheren Märkten
⇒ Antragspflicht trotz positiver Prognose; nach Art der Tätigkeit



Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

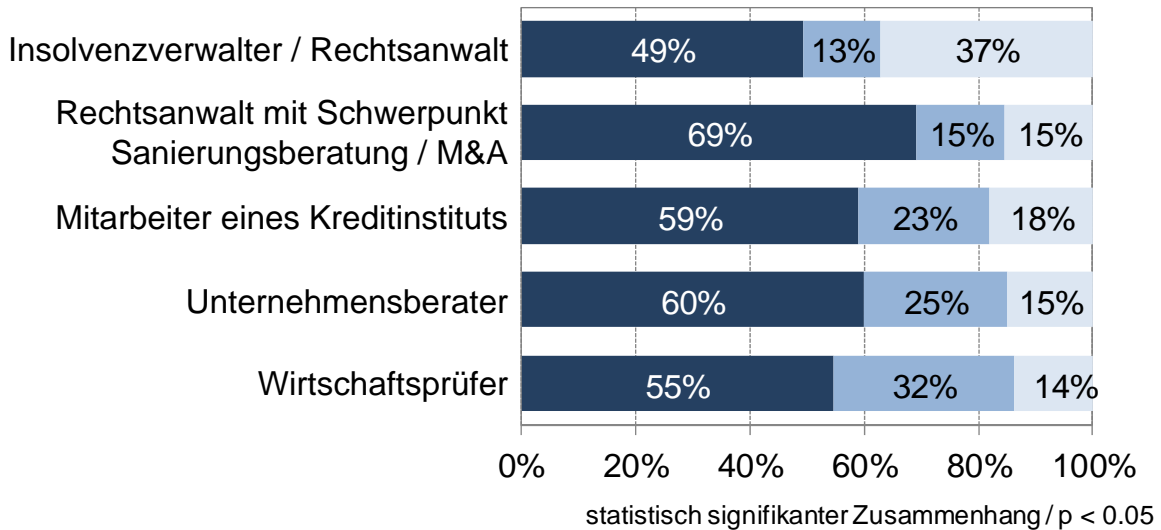
Nachteile des alten Überschuldungsbegriffs bei unsicheren Märkten ⇒ Antragspflicht trotz positiver Prognose; nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen



Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Mit der Finanzkrise eingetretene Marktunsicherheiten bestehen noch fort;
nach Art der Tätigkeit

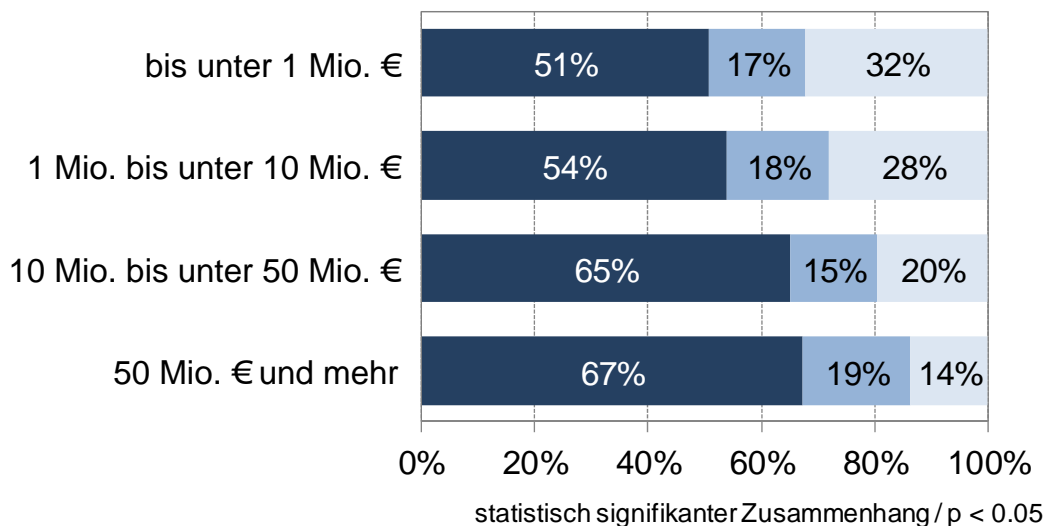
■ trifft voll und ganz / eher zu ■ teils / teils ■ trifft eher nicht / gar nicht zu



Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Mit der Finanzkrise eingetretene Marktunsicherheiten bestehen noch fort;
nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen

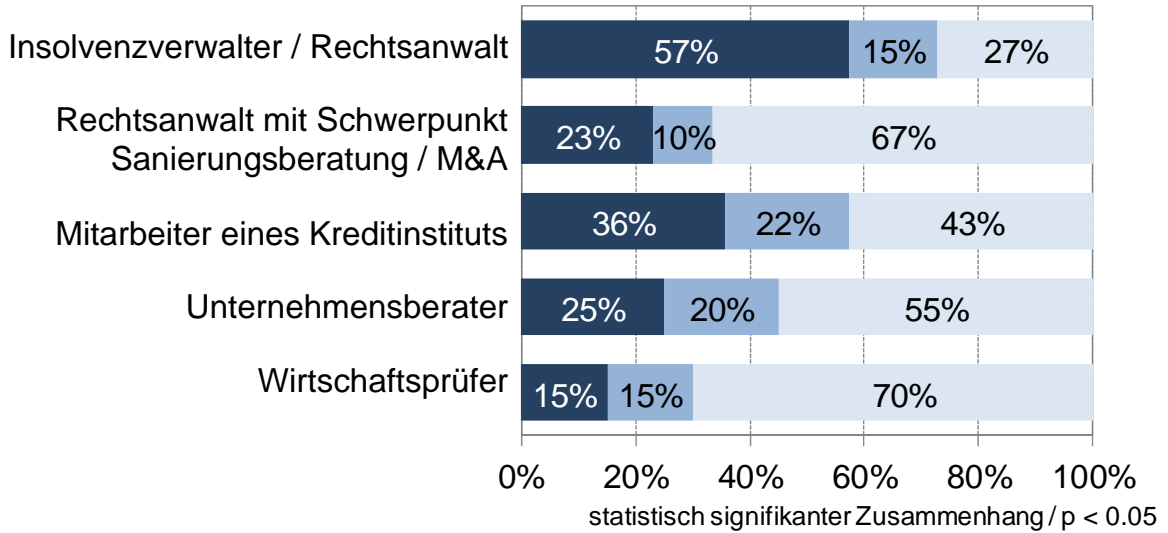
■ trifft voll und ganz / eher zu ■ teils / teils ■ trifft eher nicht / gar nicht zu



Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung als notwendiges Gegenstück zur Haftungsbeschränkung; nach Art der Tätigkeit

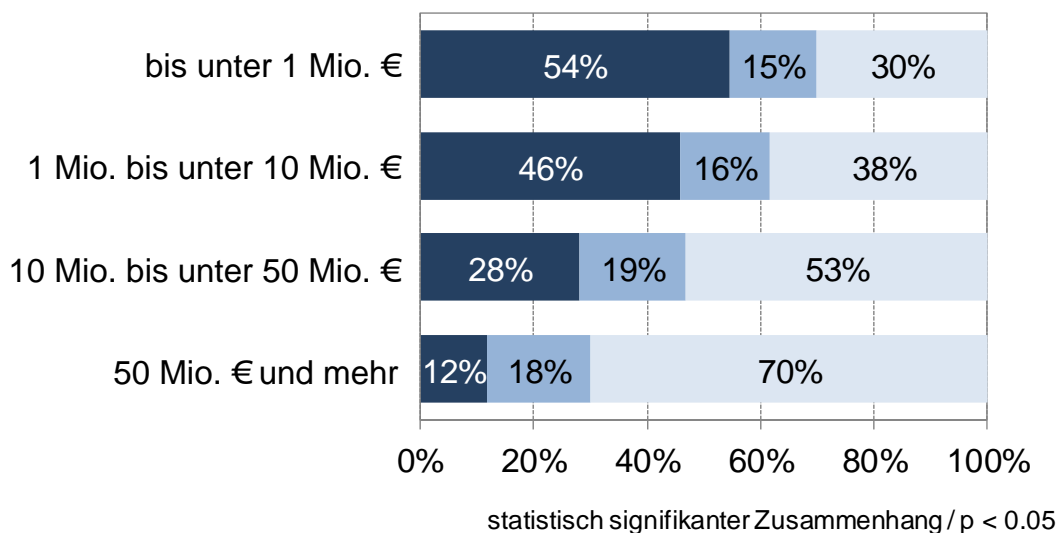
■ trifft voll und ganz / eher zu ■ teils / teils ■ trifft eher nicht / gar nicht zu



Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung als notwendiges Gegenstück zur Haftungsbeschränkung; nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen

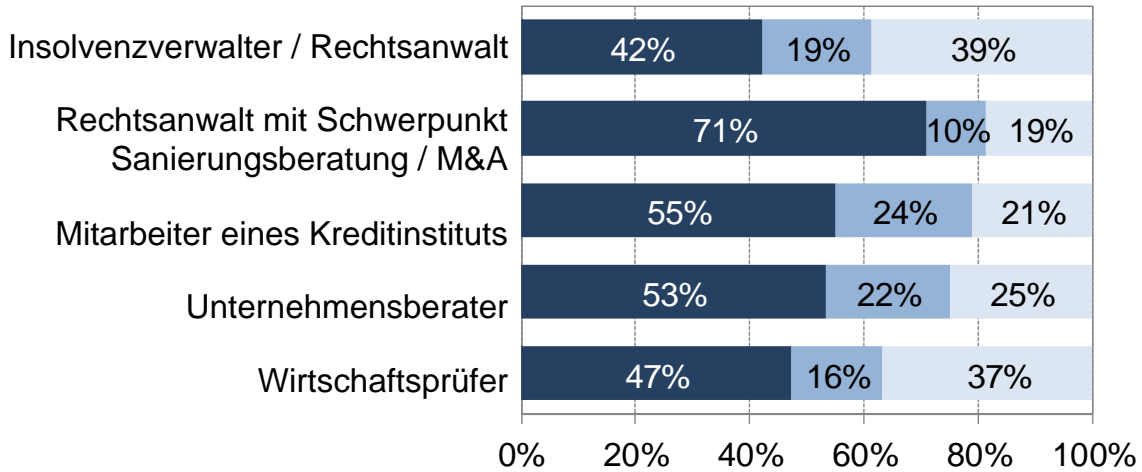
■ trifft voll und ganz / eher zu ■ teils / teils ■ trifft eher nicht / gar nicht zu



Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Unpraktikabilität der bilanziellen Überschuldungsmessung wegen schwieriger Bewertungsprobleme; nach Art der Tätigkeit

■ trifft voll und ganz / eher zu ■ teils / teils ■ trifft eher nicht / gar nicht zu

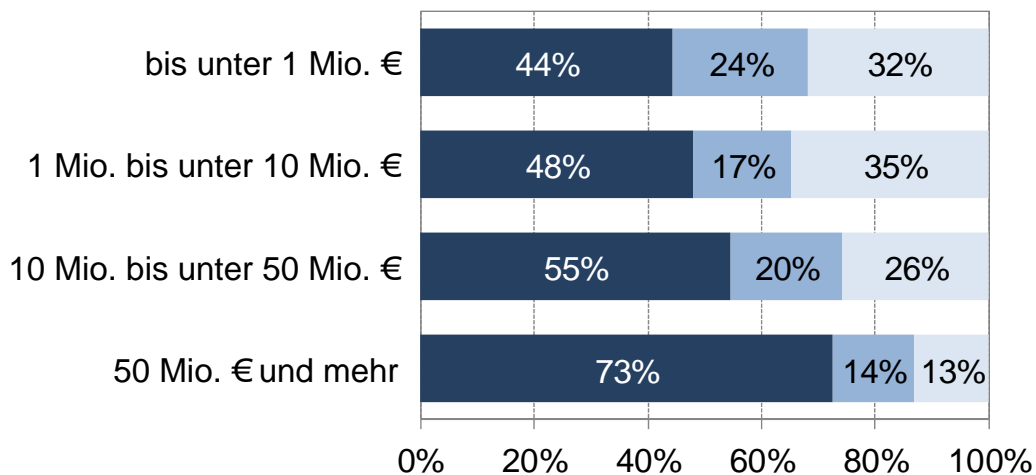


statistisch signifikanter Zusammenhang / $p < 0.05$

Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Unpraktikabilität der bilanziellen Überschuldungsmessung wegen schwieriger Bewertungsprobleme; nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen

■ trifft voll und ganz / eher zu ■ teils / teils ■ trifft eher nicht / gar nicht zu

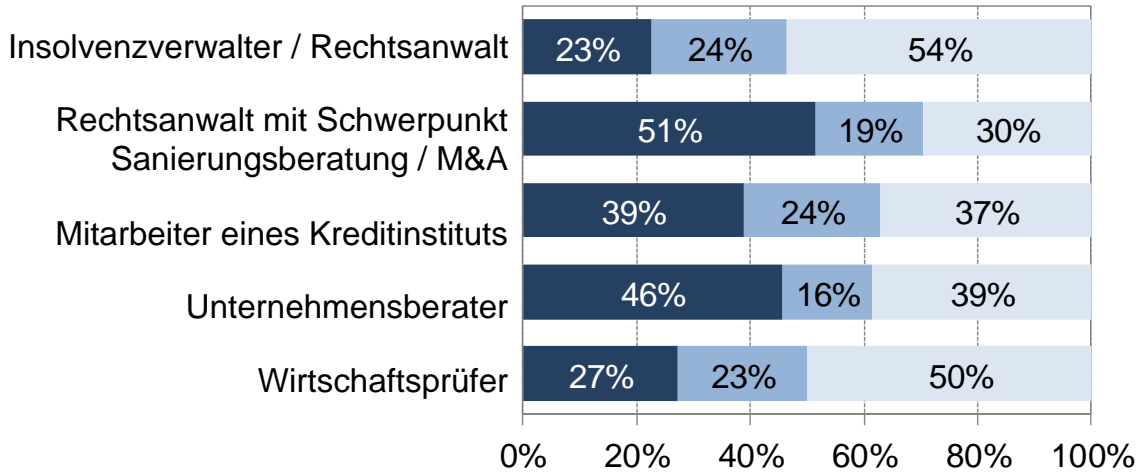


statistisch signifikanter Zusammenhang / $p < 0.05$

Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Schwierigkeiten rechtzeitiger Hebung stiller Reserven in der Krisensituation;
nach Art der Tätigkeit

■ trifft voll und ganz / eher zu ■ teils / teils ■ trifft eher nicht / gar nicht zu

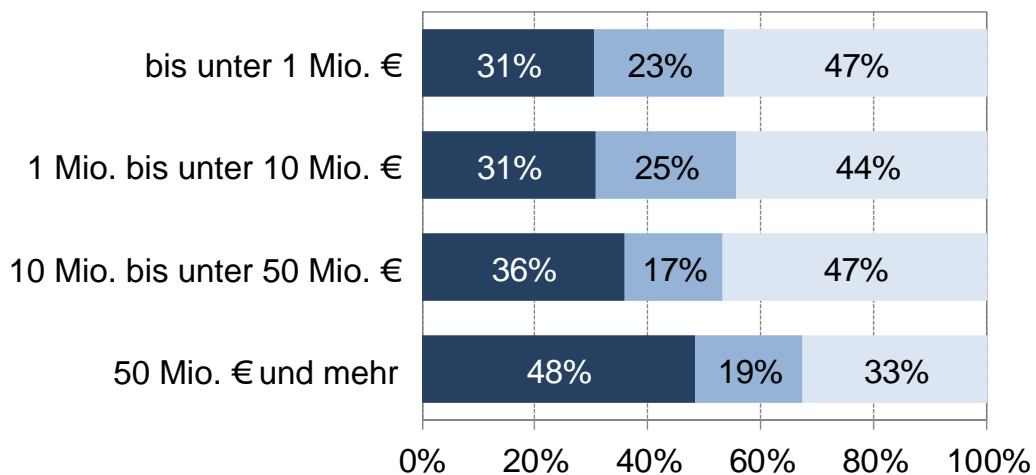


statistisch signifikanter Zusammenhang / $p < 0.05$

Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Schwierigkeiten rechtzeitiger Hebung stiller Reserven in der Krisensituation;
nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen

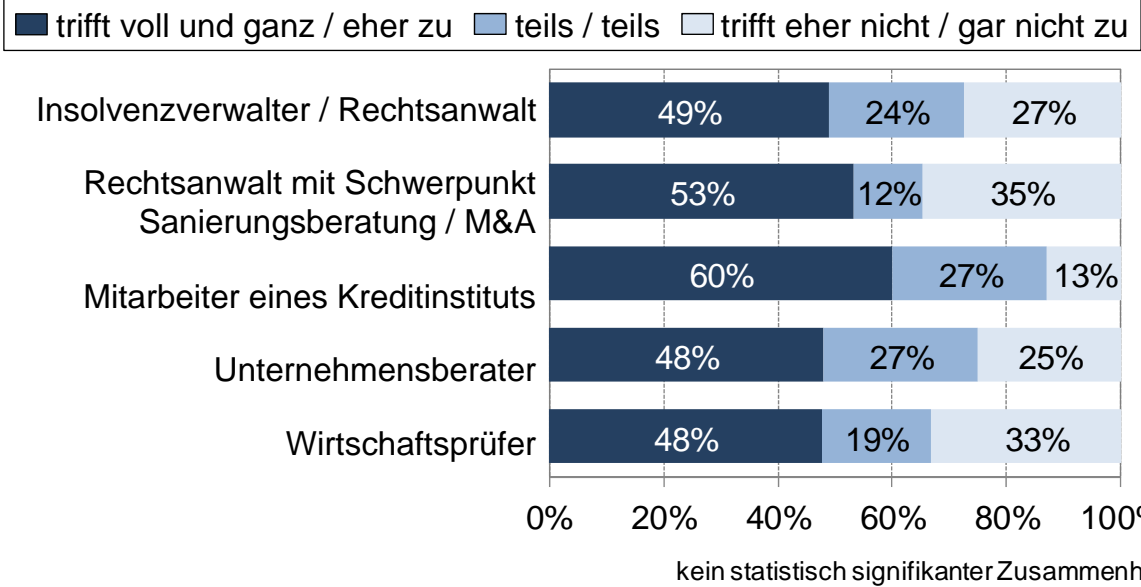
■ trifft voll und ganz / eher zu ■ teils / teils ■ trifft eher nicht / gar nicht zu



kein statistisch signifikanter Zusammenhang

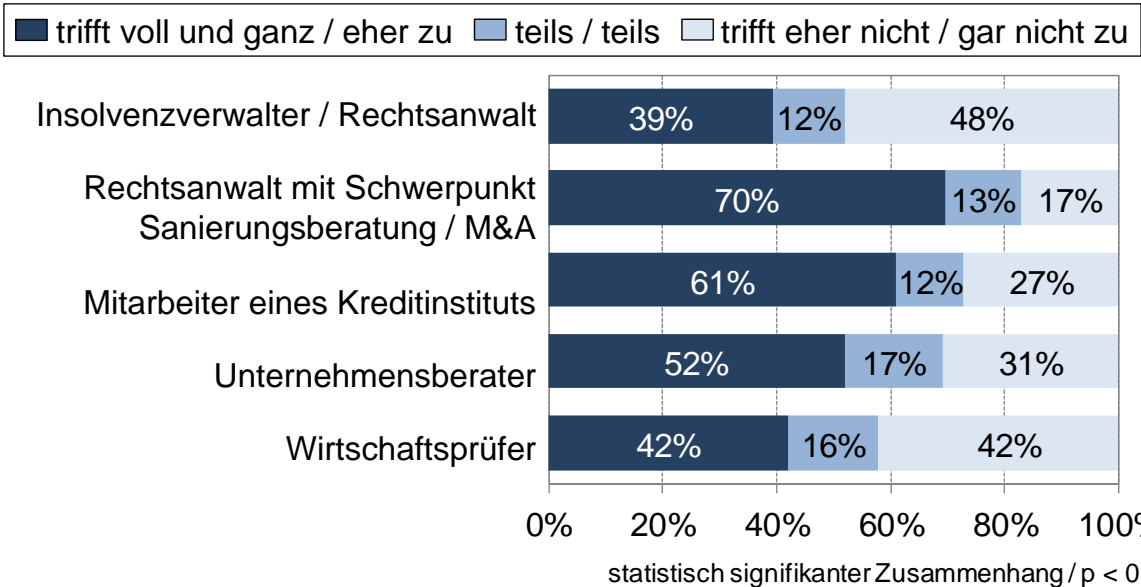
Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Fremdheit der Überschuldungsproblematik für ausländische Investoren ⇒
Problematik bei Rangrücktritten; nach Art der Tätigkeit



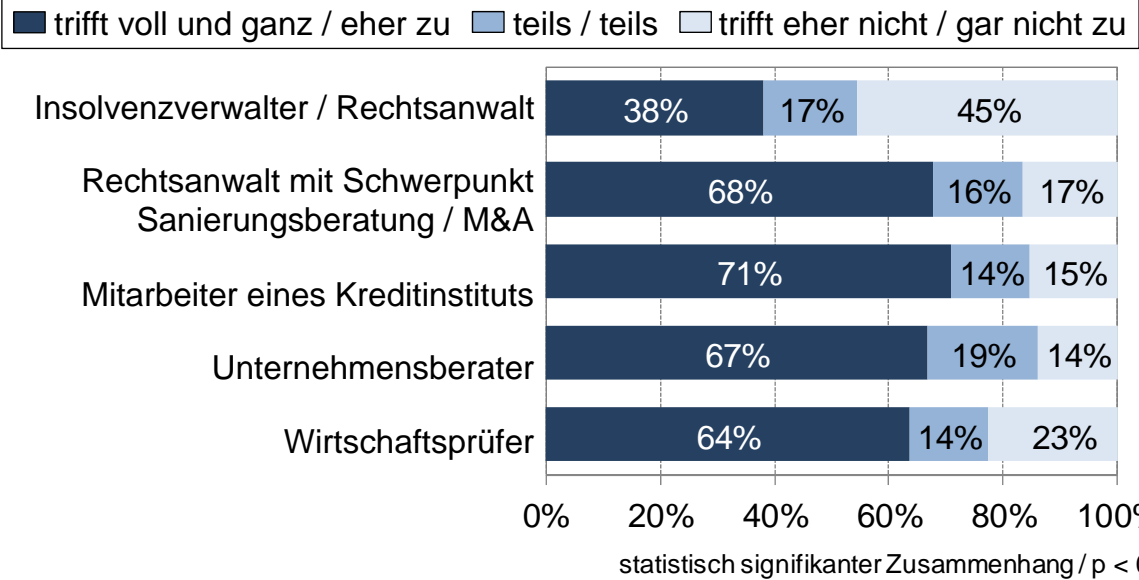
Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Abbruch von Sanierungen wegen Gefahr der Beihilfe zur Insolvenzverschleppung
nach dem alten Überschuldungsbegriff; nach Art der Tätigkeit



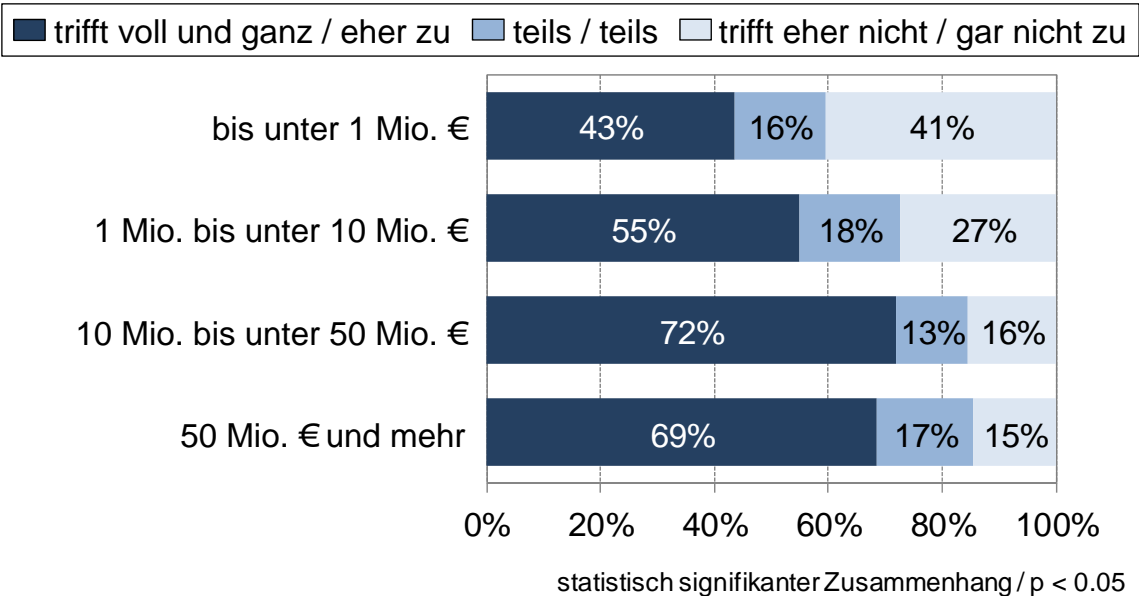
Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Gläubigerschutz besser durch Prüfung der Zukunftsaussichten des Unternehmens bei Kreditvergabe als durch Überschuldungsmessung; nach Art der Tätigkeit

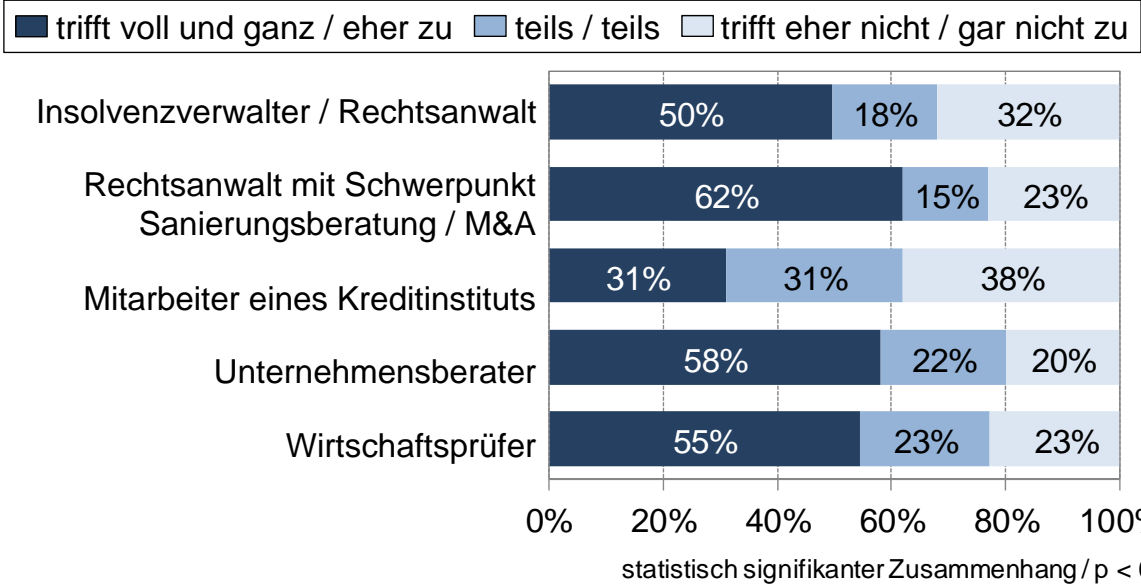


Bewertung von Einzelwirkungen der Änderung des Überschuldungsbegriffs

Gläubigerschutz besser durch Prüfung der Zukunftsaussichten des Unternehmens bei Kreditvergabe; nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen



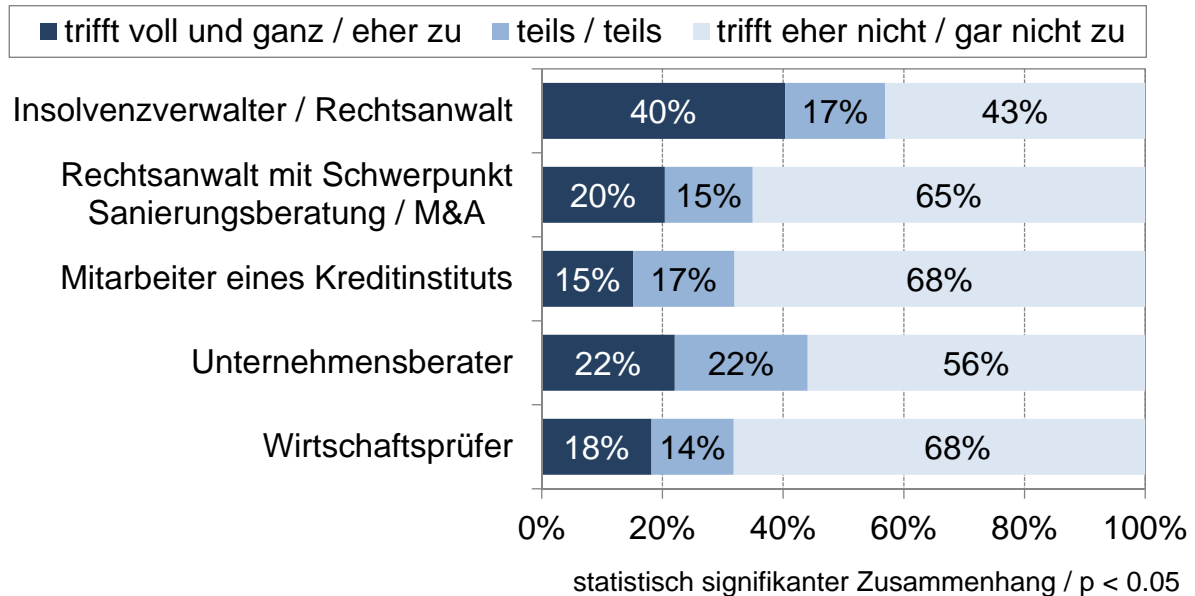
Ausgleich (vermeintlicher) Lockerung des Überschuldungsbegriffs durch
restriktivere Kreditvergabe; nach Art der Tätigkeit



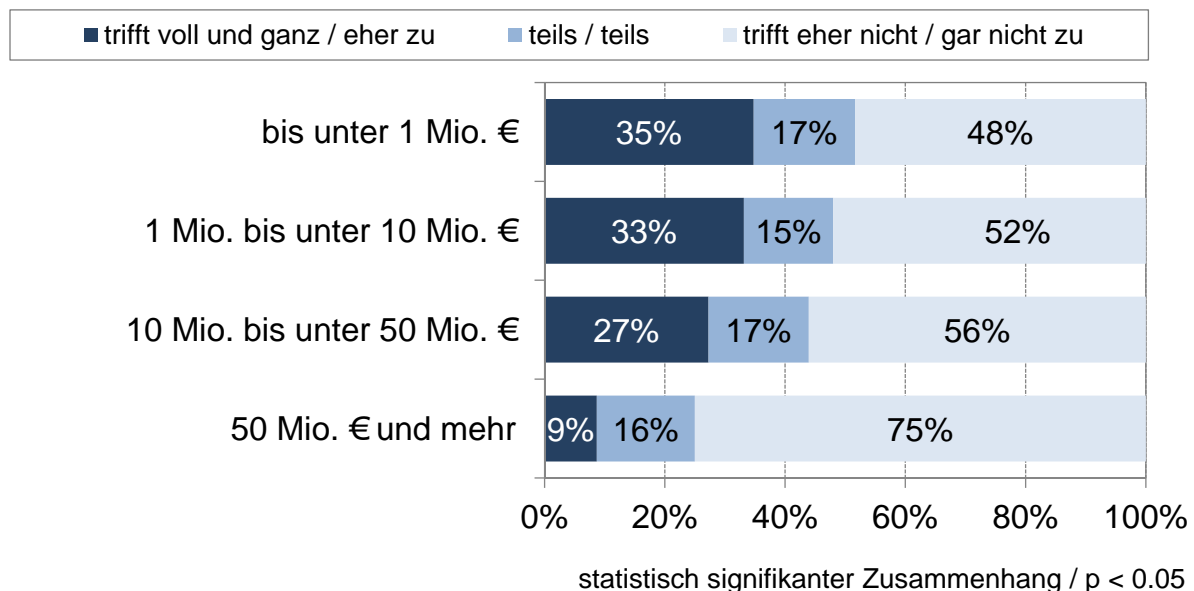
Teil III

Volkswirtschaftliche Bedeutung der Änderung und Zukunft des Überschuldungsbegriffs

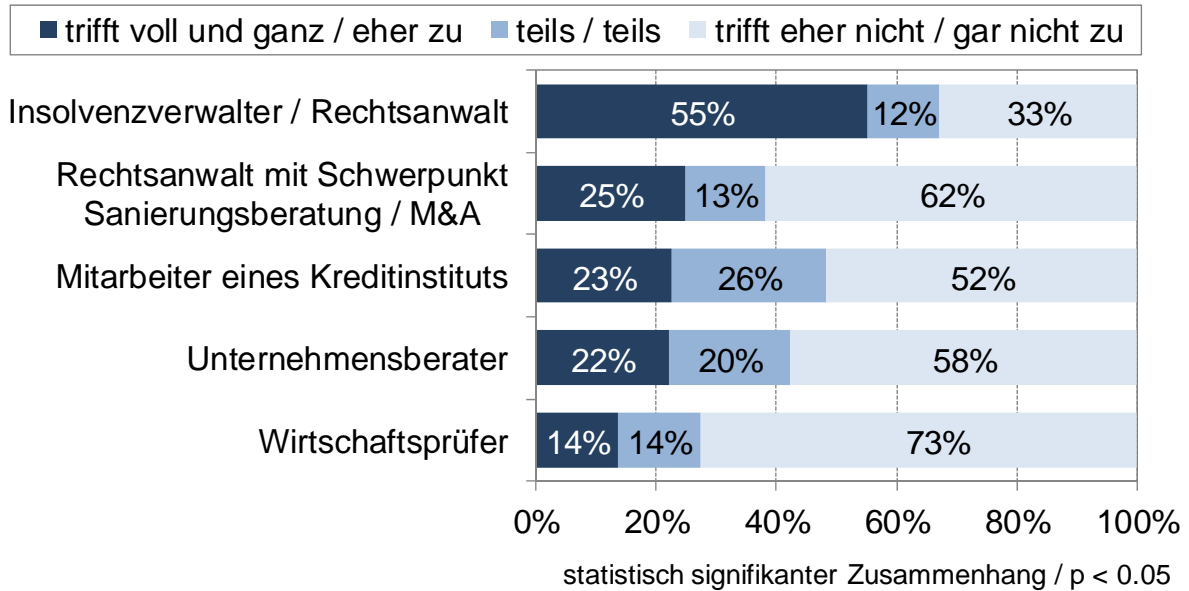
"Frühzeitige Sanierungsbemühungen werden vernachlässigt oder nicht eingeleitet."
nach Art der Tätigkeit



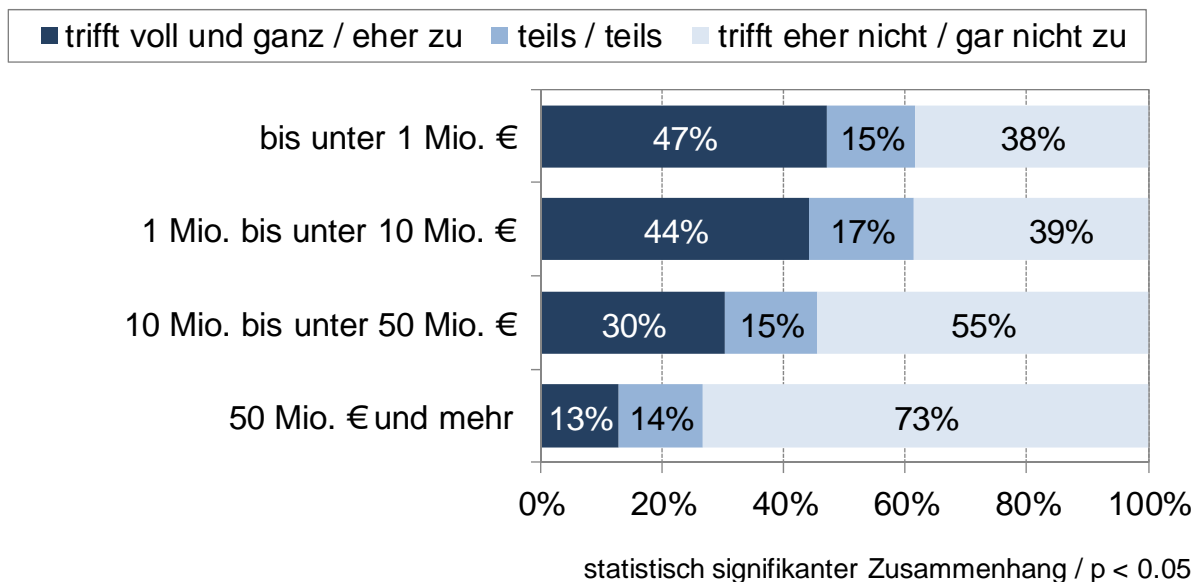
"Frühzeitige Sanierungsbemühungen werden vernachlässigt oder nicht eingeleitet."
nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen



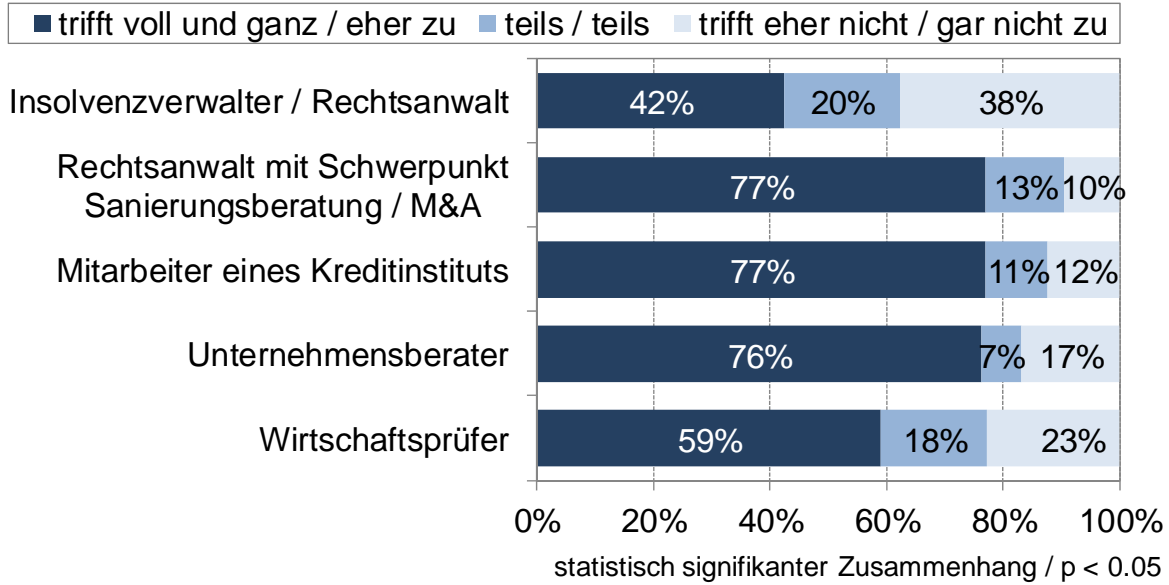
"Die Gefahr der Insolvenzverschleppung ist gestiegen."
nach Art der Tätigkeit



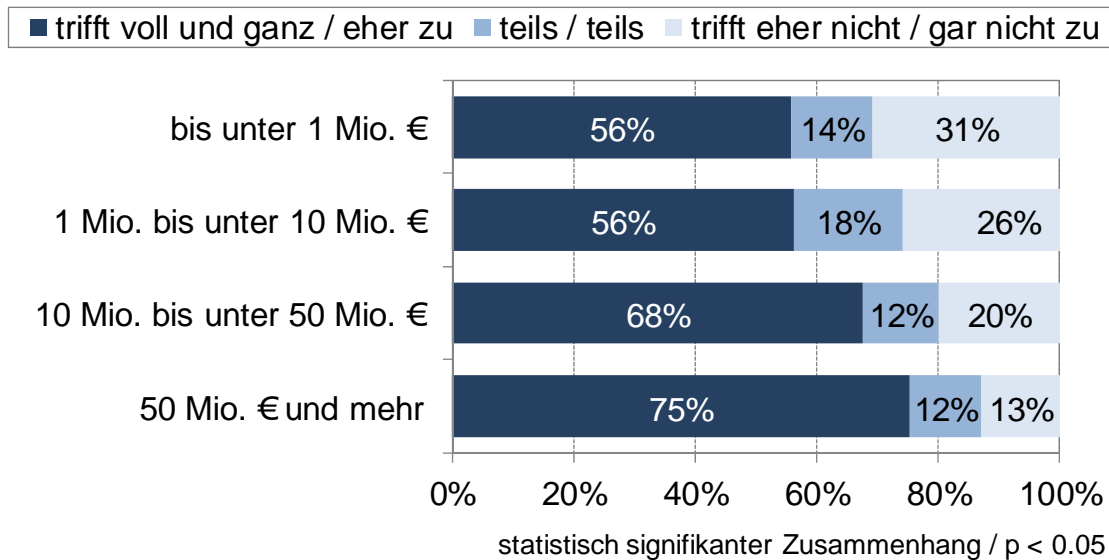
"Die Gefahr der Insolvenzverschleppung ist gestiegen."
nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen



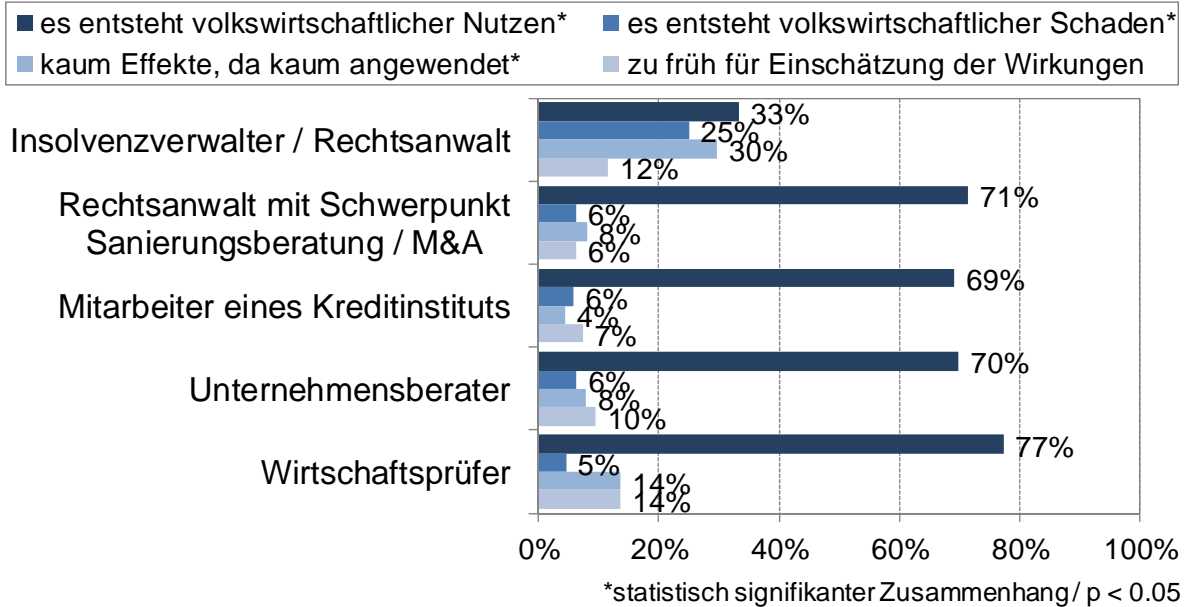
"Sanierungen werden durch das neue Recht besser möglich."
nach Art der Tätigkeit



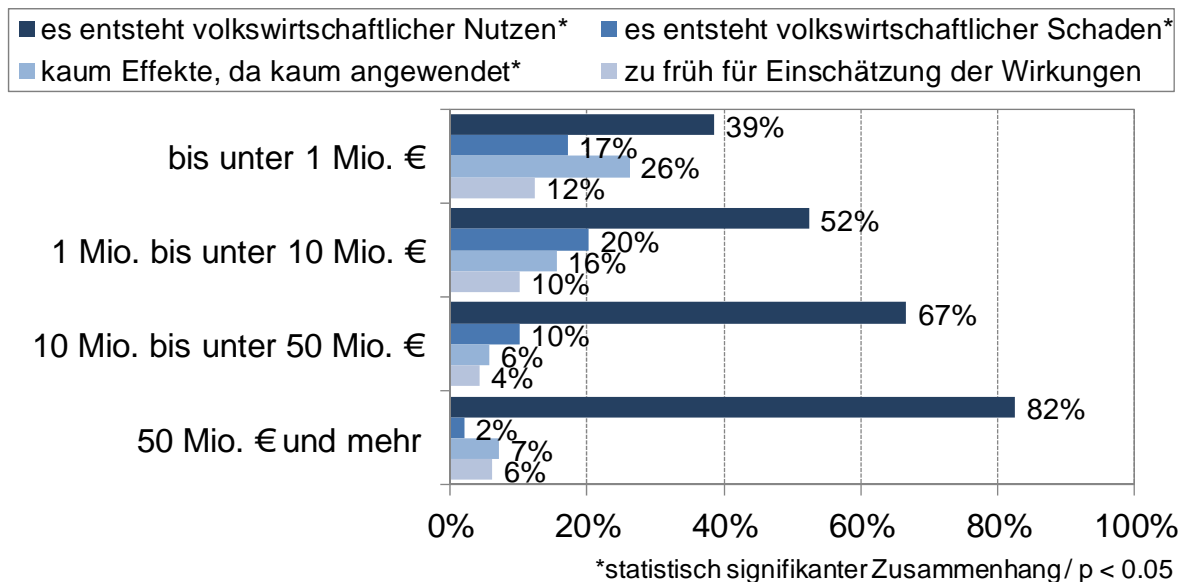
"Sanierungen werden durch das neue Recht besser möglich."
nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen



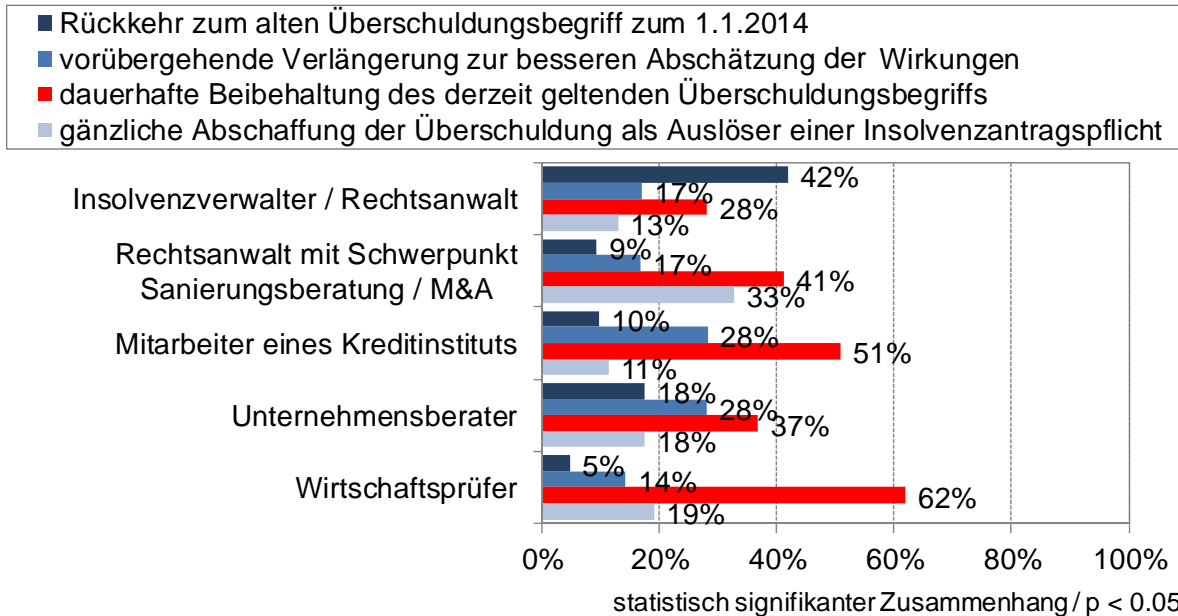
Bewertung der volkswirtschaftlichen Effekte der Änderung des Überschuldungsbegriffs; nach Art der Tätigkeit



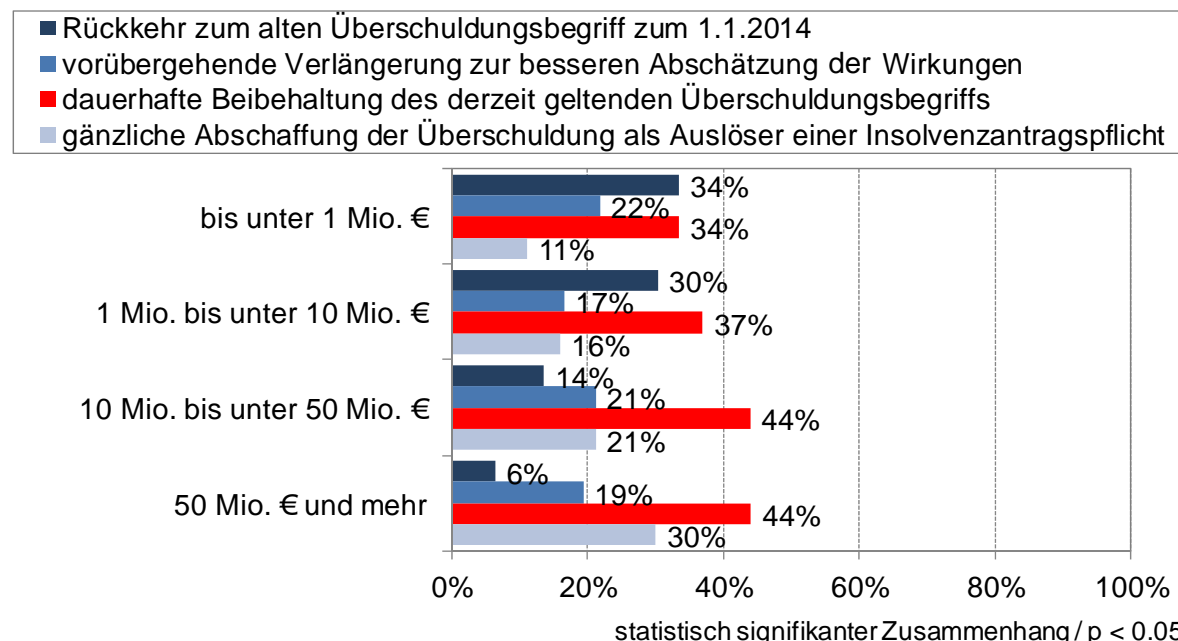
Bewertung der volkswirtschaftlichen Effekte der Änderung des Überschuldungsbegriffs; nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen



Welche der folgenden Vorgehensweisen halten Sie im Ergebnis für sachgerecht?
nach Art der Tätigkeit



Welche der folgenden Vorgehensweisen halten Sie im Ergebnis für sachgerecht?
nach Umsatzklasse der betreuten Unternehmen



Teil IV

Abschließende Empfehlung der Gutachter

Abschließende Empfehlung der Gutachter

1. **Mindestregelung: Temporäre Verlängerung des derzeitigen Überschuldungsbegriffs**
 - a) Fortbestand der Marktunsicherheiten
 - Ziel der Änderung noch nicht nachhaltig erreicht
 - b) Gefahr der Insolvenzverschleppung bei Kleinunternehmen versus Erhöhung der Sanierungschancen bei Großunternehmen
 - Gesetzesbefehl kommt bei Kleinunternehmen ohnehin nicht an
 - Sanierungsbemühungen bei Großunternehmen durch alten Überschuldungsbegriff überproportional stark gehindert
 - fehlende Praktikabilität der bilanziellen Überschuldungsmessung
 - c) Empfehlung zu rascher Änderung des Gesetzes im Jahr 2012
 - Grund: Vorwirkung einer Rückänderung

2. Weitergehende Regelung: Dauerhafte Beibehaltung des derzeitigen Überschuldungsbegriffs oder gänzliche Abschaffung

- a) Vermeidung problematischer Umgehungsstrategien
 - Ansatz des Firmenwertes in der Überschuldungsbilanz
 - Problem: heute größere Rolle der Going-Concern-Plausibilisierung (§ 252 I Nr. 2 HGB)
- b) Rechtspolitischer Abgleich mit erleichterter Restschuldbefreiung
 - dort faktische Haftungsbeschränkung ohne Straftatbestand
- c) Geringe (rechtliche) Bedeutung der Überschuldung in der Praxis

3. Insolvenzantragsrecht bei bilanzieller Überschuldung

- a) Antragsrecht bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 HGB) reicht nicht immer
 - Liquidität im laufenden + nächsten Geschäftsjahr
- b) Überschuldung nach derzeitigem Überschuldungsbegriff streitig bei fehlender Wiederherstellung der Ertragskraft im laufenden und nächsten Geschäftsjahr
 - Antragsrecht sinnvoll zur Klarstellung
 - freiwillige Sanierung im Insolvenzverfahren
- c) Lösung von Missbrauchsfällen durch die Rechtsprechung

Publikation der Studie:

- ⇒ Kurzfassung der Ergebnisse in ZIP 2012, 1201 ff.
- ⇒ Veröffentlichung des Gesamtberichts in Buchform

– Ende –

© 2012
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



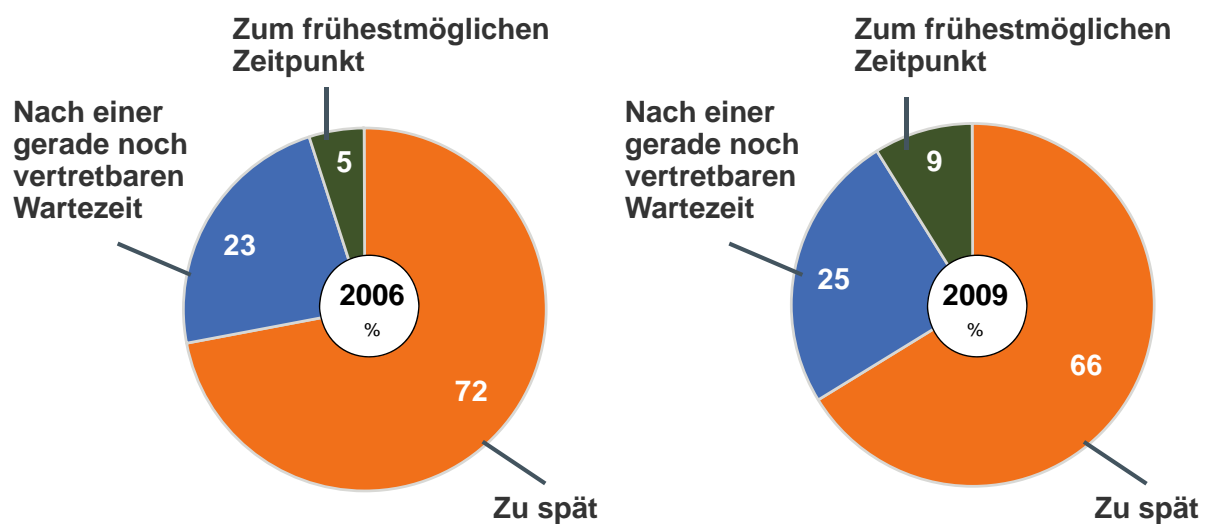
Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.
www.zis.uni-mannheim.de

Anhang

Aktuelle Entwicklungen in der Insolvenzverschleppungshaftung

Insolvenzverschleppungshaftung

Zeitpunkt der Antragstellung (im Vergleich 2006 – 2009)



1. Differenzierung nach Außen- und Innenhaftung

- Außenhaftung: § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
- Innenhaftung: § 64 GmbHG
- Innenhaftung: § 43 II GmbHG

2. Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Insolvenzantragspflicht: § 15a InsO
(früher: §§ 64 I GmbHG, 130a, 177a HGB)
 - Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)
 - ❖ BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
 - Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
 - Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Insolvenzantragspflicht (Fortsetzung)
 - Überschuldung (§ 19 InsO)
 - ⇒ Neudefinition mit Inkrafttreten der InsO in § 19 II InsO:
„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“
 - ⇒ BGHZ 171, 46 (Tz. 19): keine Fortgeltung des sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“
 - ⇒ Aber: befristete Wiedereinführung durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz ⇒ b.w.

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Insolvenzantragspflicht (Fortsetzung)
 - Überschuldung (§ 19 InsO)
 - ⇒ Wiedereinführung des „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“ bis Ende 2013
„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. ...“
 - ⇒ OLG Schleswig ZIP 2010, 516: keine Geltung für Altfälle
- b) Fahrlässige Unkenntnis der Insolvenzgründe (h.M.)
 - ❖ BGH NJW 2007, 2118: Rateinholung bei qualifiziertem Berufsträger

3. Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- Schutzgesetz: § 15a InsO
 - Ablösung der §§ 64 I GmbHG, 130a, 177a HGB durch das MoMiG
 - Ausdehnung auf Gesellschafter bei Führungslosigkeit (§ 15a III InsO)
 - Geltung auch für Scheinauslandsgesellschaften (Limited)
- BGHZ 126, 181: Neudefinition der Schutzrichtung
 - Quotenschaden für die Altgläubiger (Zuständigkeit: § 92 InsO)
 - voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger
 - ❖ BGH ZIP 2009, 1220 (Rz. 16): kein Ersatz für den Gewinnanteil eines Vergütungsanspruchs des Neugläubigers; ggf. aber Ersatz des Gewinns aus einem sonst anderweitig getätigten Geschäft

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

Problemfall 1: Vertragsschluss vor, Vorleistung nach dem Zeitpunkt der Insolvenzantragspflicht

- ❖ BGHZ 171, 46: Erhöhung der Inanspruchnahme einer Kreditlinie
- ❖ OLG Oldenburg GWR 2010: 170: Erbringung ungesicherter Leistungen nach Insolvenzreife (arg: § 321 BGB)
- ❖ OLG Hamburg ZIP 2007, 2318: Arbeitsverhältnis (↔ LAG-Rspr.)
- ❖ BGH ZIP 2009, 366: nicht bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Problemfall 2: Deliktsgläubiger

kritisch BGHZ 164, 50 für einen Extremfall: betrügerische Doppelabtretungen in Millionenhöhe

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

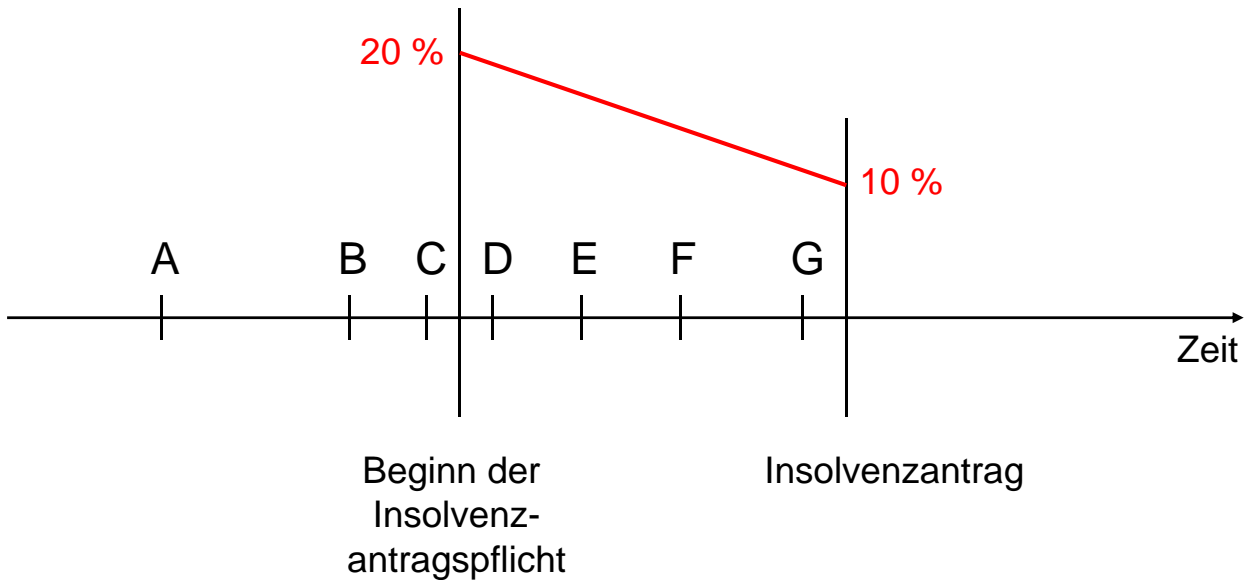
Problemfall 3: Neugläubiger erhält während des Zeitraums der Insolvenzverschleppung noch Zahlungen auf Altforderungen

BGH ZIP 2007, 1060: keine Anrechnung / Vorteilsausgleichung

Problemfall 4: Neugläubiger = Mitglied des Verbandes

BGH ZIP 2010, 776: Haftung auch gegenüber den Mitgliedern (einer eG), wenn diese wie außenstehende Dritte mit dem Verband kontrahieren

- BGHZ 138, 211: Eigene Zuständigkeit der Neugläubiger auch bei eröffnetem Insolvenzverfahren
- BGH ZIP 2011, 1007: Verjährung nach allgemeinen Regeln; keine Analogie zu §§ 64 S. 2, 43 IV GmbHG



4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

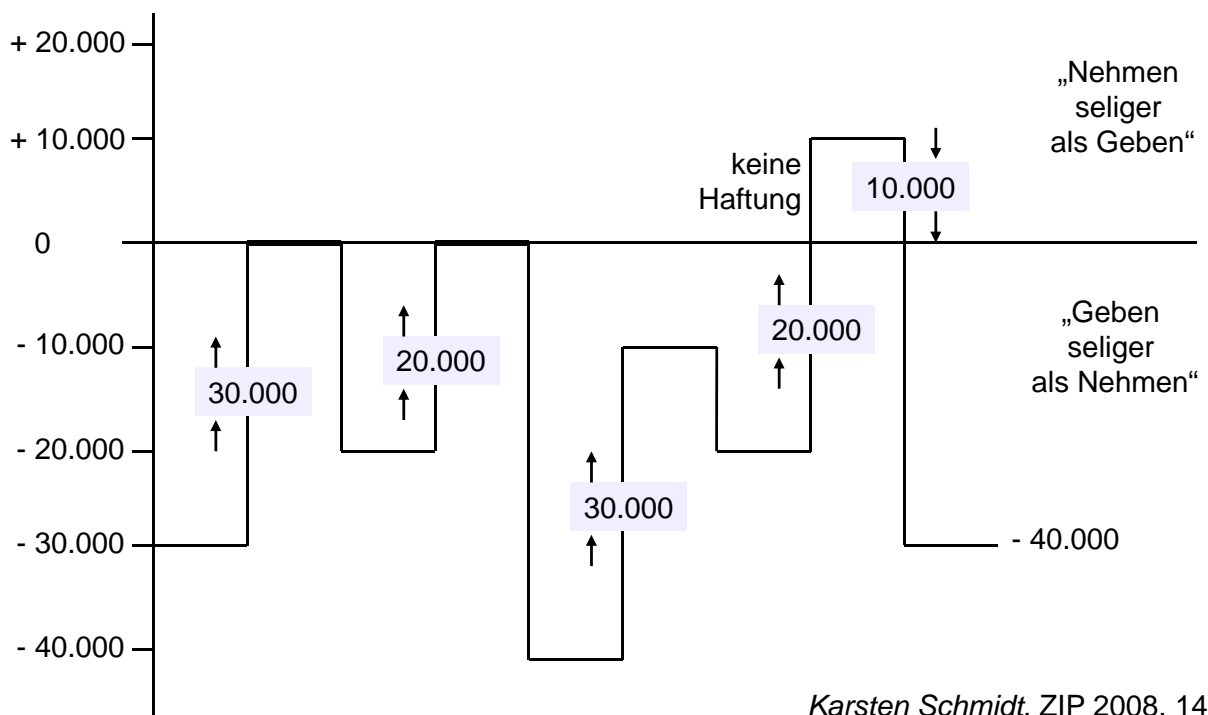
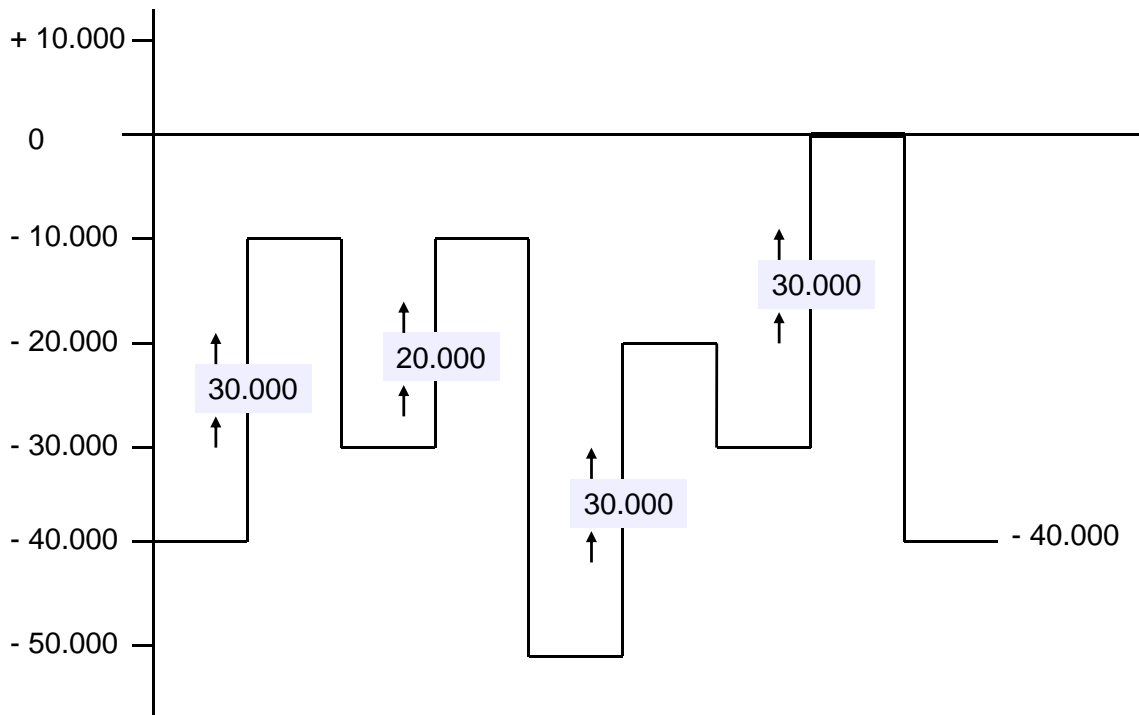
- Haftungsadressat
 - GmbH-Geschäftsführer (für AG-Vorstand: § 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
 - BGH ZIP 2009, 860: auch Mitglieder eines gesetzlich verpflichtenden Aufsichtsrats wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht (vgl. § 116 AktG i.V.m. § 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
 - Anlass für Überwachung, wenn 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; Schaden i.S.v. § 93 II AktG fehlt regelmäßig)
 - BGH ZIP 2010, 1080: keine analoge Anwendung beim Verein

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Begriff der „Zahlung“
 - bare / unbare Leistung an einzelne Gläubiger
 - BGHZ 143, 184: Einzug von Kundenschecks auf ein debitorisches Bankkonto
 - BGH ZIP 2007, 1006: Zahlungen von Gesellschaftsschuldern auf ein debitorisches Bankkonto der GmbH (Grund: fehlende „Umleitung“)
 - Lastschriftabbuchung vom Konto der GmbH (Grund: fehlender Widerruf)
 - Warenlieferung an einzelne Gläubiger
 - BGH ZIP 2009, 956: ggf. nicht bei Pfändung des Gesellschaftskontos

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Hauptproblem: Haftungsumfang ⇔ Schaubilder b.w.
 - Ersatz einzelner „Zahlungen“
 - ❖ BGH ZIP 2007, 1501 m.w.N. (siehe aber auch Folie 15)
 - Ersatz der Masseschmälerung
 - ❖ *Karsten Schmidt, Bitter, Altmeyen u.a.*
- Problem: Zahlung vom debitorischen Konto
 - ❖ BGH ZIP 2007, 1006 (Rz. 8) und BGH ZIP 2010, 470 (Rz. 10): bloßer Gläubigertausch



4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Vereinbarkeit der Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (Satz 2)
 - BGH ZIP 2008, 72: bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung)
 - Problem: Leistungen, bei denen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt und dort verbleibt
 - Fall des Satzes 2 oder teleologische Korrektur des Satzes 1?
 - offen BGH ZIP 2010, 2400 (Rdn. 21)
 - Sonderfall: Sozialversicherungsbeiträge + Steuern ⇨ Folien 69 f.

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Internationaler Gerichtsstand bei Wohnsitz des Geschäftsführers im Ausland (insbesondere Sitzverlegung ins Ausland)
 - OLG Karlsruhe ZIP 2010, 2123: Gerichtsstand der unerlaubten Handlung i.S.d. Art. 5 Nr. 3 EuGVVO in Deutschland

5. Verhältnis des § 64 GmbHG zu § 266a StGB (§ 69 AO)

- ❖ BGH NJW 2005, 2546 (II. Zivilsenat)
 - § 266a StGB (dazu Folie 29) begründet in der Insolvenz keinen Vorrang der Ansprüche der Sozialkasse ⇒ Haftung aus § 64 II GmbHG a.F. bei Abführung
- ❖ BGH NJW 2005, 3650 (5. Strafsenat)
 - Grundsatz der Massesicherung aus § 64 II GmbHG a.F. berührt Strafbarkeit aus § 266a StGB nicht, wenn Insolvenzantrag pflichtwidrig nicht gestellt
- ❖ BFH ZIP 2007, 1604
 - Anschluss an die Rspr. des 5. Strafsenats (bez. Haftung aus § 69 AO)

5. Verhältnis des § 64 GmbHG zu § 266a StGB (§ 69 AO)

- ❖ BGH NJW 2007, 2118 (II. Zivilsenat – Änderung der Rspr.)
 - Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bei Insolvenzreife entspricht der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ⇒ keine Ersatzpflicht aus § 64 II GmbHG a.F.
- ❖ BFH ZIP 2009, 122
 - Haftung auch in der 3-Wochen-Frist
- ❖ BGH ZIP 2009, 1468 (II. Zivilsenat)
 - keine Privilegierung bei Zahlung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung (arg.: anders als bei Arbeitnehmerbeiträgen besteht keine Strafbarkeit des Geschäftsführers)
- ❖ BGH ZIP 2011, 422 (II. Zivilsenat)
 - Privilegierung bei Zahlung rückständiger Umsatz- und Lohnsteuer

6. Verhältnis des § 64 GmbHG zu § 266 StGB

- ❖ BGH ZIP 2008, 1229
 - Fall: Weiterleitung von Beträgen, die von anderen Konzerngesellschaften auf das Geschäftskonto der GmbH gezahlt werden, an die Gläubiger jener Gesellschaften
 - Verletzung der Pflicht aus § 64 II GmbHG a.F. auch bei Weiterleitung (str.; s.o. Folie 20 zum Haftungsumfang)
 - Aber Pflichtenkollision: Massesicherung hat keinen Vorrang vor den – durch § 266 StGB (Untreue) – geschützten Interessen der anderen Konzerngesellschaften
- ❖ 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

7. Insolvenzverursachende Zahlungen (§ 64 S. 3 GmbHG)

- Verbot von Zahlungen an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen
 - neuer Satz 3 eingeführt durch das MoMiG
 - Teilregelung der sog. „Existenzvernichtung“, aber Haftung der Geschäftsführer, nicht der Gesellschafter
 - Problem: Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch Leistung auf vorhandene Verbindlichkeit möglich?

8. Haftung aus § 826 BGB für gezahltes Insolvenzgeld

- ❖ BGHZ 175, 58 = ZIP 2008, 361
 - Haftung aus § 826 BGB bei vorsätzlicher Insolvenzverschleppung, wenn der als unabwendbar erkannte „Todeskampf“ des Unternehmens hinausgezögert + dabei die Schädigung der Unternehmensgläubiger in Kauf genommen wird
 - subjektive Seite des § 826 BGB entfällt bei berechtigtem Vertrauen auf Sanierungsbemühungen
 - kein Schaden der Bundesagentur für Arbeit, wenn Insolvenzgeld auch bei rechtzeitigem Antrag hätte gezahlt werden müssen

Bitter, Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern
in der Insolvenz ihrer GmbH

ZInsO 2010, 1505 - 1524 (Teil 1), 1561 - 1582 (Teil 2)