

**Universität Mannheim
Fakultät für Rechtswissenschaft**

Vorlesung Insolvenz und Sanierung

**III. Eröffnungsantrag, Sicherungsmaßnahmen,
Haftung und Insolvenzstrafrecht
Frühjahrssemester 2020**

Diese Arbeitsunterlage ist unvollständig ohne den begleitenden mündlichen Vortrag.

Vortrag und Arbeitsunterlage sind urheberrechtlich geschützt.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Georg Streit, München

Voraussetzungen für die Eröffnung

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens setzt Folgendes voraus:

- einen **Eröffnungsantrag**,
- das Vorliegen eines **Insolvenzgrundes** und
- eine die **Kosten des Verfahrens deckende Insolvenzmasse**.

Eröffnungsantrag (I)

- § 13 Abs. 1 S. 2 InsO: **Antragsberechtigt** sind Gläubiger und Schuldner.
- Stellt ein **Gläubiger** den **Eröffnungsantrag (Fremdantrag)**, muss er gemäß § 14 InsO sein **rechtliches Interesse** an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (fehlt bei vollständiger Absicherung der Forderung z.B. durch eine Grundschuld), seine **Forderung** und den **Eröffnungsgrund glaubhaft machen**.
Glaubhaftmachung erfolgt durch präsente Beweismittel (Urkunden, eidesstattliche Versicherungen, vgl. § 4 InsO in Verbindung mit § 294 ZPO).
- Beim **Eröffnungsantrag durch den Schuldner (Eigenantrag)** ist ein Schuldnerschutz durch das Erfordernis der Glaubhaftmachung von Forderung, Insolvenzgrund und rechtlichem Interesse grundsätzlich nicht notwendig. Anders ist dies **bei juristischen Personen und Gesellschaften**, bei denen der Eröffnungsgrund glaubhaft zu machen ist, falls nicht alle Mitglieder des Vertretungsorgans den Eröffnungsantrag stellen, vgl. § 15 Abs. 2 S. 1 InsO. Die übrigen Mitglieder des Vertretungsorgans sind zu hören (§ 15 Abs. 2 S. 3 InsO).

Eröffnungsantrag (II)

- Im Fall der **Führungslosigkeit** ist bei einer juristischen Person auch jeder Gesellschafter, bei einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft zudem auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Eröffnungsantrags berechtigt (§ 15 Abs. 1 S. 2 InsO). Zusätzlich zum Eröffnungsgrund ist die Führungslosigkeit **glaubhaft zu machen** (§ 15 Abs. 2 S. 2 InsO). Die übrigen Gesellschafter oder Mitglieder des Aufsichtsrats sind zu hören (§ 15 Abs. 2 S. 3 InsO).
- Bei **Kapitalgesellschaften** und **Gesellschaften**, für deren Schulden **keine natürliche Person persönlich haftet**, besteht ab Eintritt von Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung eine **Pflicht zur Insolvenzantragstellung** (§ 15a Abs. 1 InsO). Die Pflicht trifft die Vertretungsorgane (Geschäftsführer / Vorstände), bei Führungslosigkeit die Gesellschafter bzw. Mitglieder des Aufsichtsrats.
- Spezialvorschrift für den Verein in § 42 Abs. 2 BGB.
- **Eröffnungsantragspflicht** der Vertretungsorgane bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes (Frist hierfür max. 3 Wochen nach Eintritt des Insolvenzgrundes: § 15a Abs. 1 InsO; Spezialvorschrift für den Verein in § 42 Abs. 2 BGB).
- **Strafbarkeit** der Insolvenzverschleppung, auch bei bloßer Fahrlässigkeit (§ 15a Abs. 4, 5 InsO).

Eröffnungsantrag (III), weitere Zulässigkeitsanforderungen, § 4 InsO i.V.m. ZPO

- **Schriftlicher** bzw. **zu Protokoll** der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts gestellter Antrag (§§ 4 InsO, 496 ZPO).
- **Parteifähigkeit** des Antragstellers (§§ 4 InsO, 50 ZPO).
- **Prozessfähigkeit** (§§ 4 InsO, 51 ff. ZPO).
- **Bedingungsfeindlichkeit.**
- **Insolvenzfähigkeit** des Schuldners (§§ 11 f. InsO).
- Ggf. **Glaubhaftmachung** von Forderung, Eröffnungsgrund und Führungslosigkeit.
- **Rechtliches Interesse** (§ 14 Abs. 1 InsO bzw. § 15 Abs. 2 u. 3 InsO).
- **Zuständigkeit** des Insolvenzgerichts (§§ 2 f. InsO).

Eröffnungsantrag (IV), weitere Angaben

- Weitere Angaben erforderlich, um dem Gericht die Entscheidung zu ermöglichen, ob ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt werden soll (vgl. § 13 InsO, § 22a Abs. 1 Sätze 3 u. 4 InsO):
 - Dem Antrag des Schuldners ist ein **Verzeichnis der Gläubiger** und ihrer Forderungen beizufügen.
 - Wenn der Schuldner einen Geschäftsbetrieb hat, der nicht eingestellt ist, sind bestimmte Forderungen der Gläubiger (z.B. die höchsten Forderungen, die höchsten gesicherten Forderungen, Forderungen des Finanzamts gegen den Schuldner etc.) besonders kenntlich zu machen.
 - Der Schuldner hat in diesem Fall auch Angaben zur **Bilanzsumme**, zu den **Umsatzerlösen** und zur durchschnittlichen **Zahl der Arbeitnehmer** des vorangegangenen Geschäftsjahres zu machen.

Rücknahme des Eröffnungsantrages

- Bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag ist dessen **Rücknahme** zulässig (§ 13 Abs. 2 InsO).
- Wegen Kostenfolge (§ 4 InsO i.V.m. § 269 Abs. 3 S. 2 u. 3 ZPO) ist bei Bezahlung nach Antragstellung aus Gläubigersicht allerdings Erledigungserklärung sinnvoll (vgl. § 4 InsO i.V.m. §§ 91, 91a ZPO).
- Problem: **Rücknahme durch andere Organpersonen**, ggf. nach Abberufung der antragstellenden Organperson, wohl h.M.: Rücknahme unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 2 InsO möglich, wenn sich dies nicht als rechtsmissbräuchlich darstellt (BGH, Beschl. v. 10.07.2008 – IX ZB 122/07, NJW-RR 2008, 1439), Gläubigerschutz durch Antragspflichten mit Strafbewehrung ausreichend.
- Problem: Rücknahme nach Eigenantrag und **Sicherungsmaßnahmen** (werden wirkungslos, Beschluss zur Klarstellung auf Antrag).
- **Folgen** der Rücknahme bzgl. **Anfechtungsrecht**, §§ 129 ff. InsO und **Rückschlagsperre**, § 88 InsO. Daher in der Praxis trotz Anträgen anderer Beteiligten (Rücknahmerisiko nach „bevorzugter Befriedigung“ durch den Schuldner) evtl. für Gläubiger eigener Antrag bis zum Eröffnungsbeschluss sinnvoll.

Haftung von Organen (I)

Außenhaftung: Hinsichtlich der **Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern** bei Insolvenzverschleppung (Verstoß gegen die Pflicht zur rechtzeitigen Stellung des Eröffnungsantrags gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO) wird unterschieden zwischen

- dem so genannten „**Quotenschaden**“ (Altgläubiger) und
- dem so genannten „**Individualschaden**“ (Neugläubiger, negatives Interesse).

Haftung von Organen (II)

- **Innenhaftung:** An die Antragspflicht wird eine **Haftung der Organe gegenüber der Gesellschaft** („Innenhaftung“, nach Insolvenzverfahrenseröffnung also gegenüber der Insolvenzmasse) angeknüpft (§ 64 GmbHG, §§ 92, 93, 116 AktG, §§ 130a, 177a HGB, § 42 Abs. 2 BGB, § 99 GenG).
- **Zahlungsverbot ab Insolvenzreife (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung):**
 - Die Geschäftsführer/Vorstände sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die die Gesellschaft ab Insolvenzreife leistet (§ 64 S. 1 GmbHG, §§ 92 Abs. 2 S. 1, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG).
 - **„Anspruch eigener Art“**, kein Schadensersatzanspruch.
 - **Zweck:** Vermögen für die Gläubiger im Insolvenzverfahren beisammen halten. Keine Bevorzugung einzelner Gläubiger. Ermöglichung der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung im Insolvenzverfahren (vgl. § 1 InsO).
 - **Zeitpunkt:** Zahlungsverbot besteht auch innerhalb der 3-Wochen-Frist zur Stellung des Eröffnungsantrags (3-Wochen-Frist ist keine „Gnadenfrist“).
 - **Erkennbarkeit** der Insolvenzreife genügt, Exkulpation nur in engen Fällen (Beratung durch ordnungsgemäß und vollständig informierte unabhängige und fachlich erfahrene Person, vgl. OLG München, Urt. v. 17.01.2019 – 23 U 998/18).

Haftung von Organen (III)

- **Zahlungsverbot ab Insolvenzreife:**
 - Unerheblich ist, ob die Gesellschaft ansonsten zur Zahlung verpflichtet war.
 - Auch ansonsten **berechtigte Forderungen** (z.B. von Lieferanten) darf die Gesellschaft **nicht mehr erfüllen** (kein Schadensersatzanspruch der Lieferanten).
 - „Scharfes Schwert“ des Insolvenzverwalters:
 - **Zahlungen addieren sich zu hohen Beträgen** (nicht begrenzt durch Verbindlichkeiten der Gesellschaft).
 - Zahlungen sind durch den Insolvenzverwalter **leicht nachweisbar**.

Haftung von Organen (IV)

- **Zahlungsverbot ab Insolvenzreife:**
 - Der Zahlungsbegriff ist **weit zu verstehen**. Erfasst werden:
 - Geldzahlungen, gleich ob bar oder per Überweisung vom Guthabenkonto, z.B. Bezahlung alter Rechnungen.
 - Einzugsermächtigungen.
 - Zahlungseingänge von Kunden auf Bankkonten der Gesellschaft im „Soll“
→ Daher Pflicht der Geschäftsführung, den Kundenzahlungen auf Guthabenkonten zu einzuziehen.
 - Lieferung von Waren und Gütern.
 - Übertragung von Rechten.
 - Erbringung von Dienstleistungen.

Haftung von Organen (V)

- **Zahlungsverbot ab Insolvenzreife:**
 - **Trotz Insolvenzreife zulässige Zahlungen / Leistungen:**
 - Herausgabe bei Eigentumsvorbehalt.
 - Zahlung an Absonderungsberechtigte bis zum Wert des Sicherungsgegenstandes.
 - Zahlungseingänge von Kunden auf Bankkonten der Gesellschaft im „Soll“, wenn die Bank ein Absonderungsrecht hat aufgrund Sicherungszession von Kundenforderungen an die Bank (BGH, Urt. v. 08.12.2015 – II ZR 68/14, NZG 2016, 225; BGH, Urt. v. 23.06.2015 – II ZR 366/13, NJW 2015, 2806; OLG Hamburg, Urt. v. 06.03.2015 – 11 U 222/13, NZG 2015, 756).
 - Zahlungen vom Konto im „Soll“, da nur „Gläubigertausch“.
 - Begründung von Verbindlichkeiten (aber ggf. Außenhaftung wegen Betrugs und Neugläubigerschaden).

Haftung von Organen (VI)

Keine Haftung für Zahlungen, die auch nach Insolvenzreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind (§ 64 S. 2 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 2 AktG). Diese Ausnahme ist sehr eng. Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes ist Maßstab nicht der ordentliche Geschäftsmann, sondern erlaubt sind nur Zahlungen, die auch ein vorläufiger Insolvenzverwalter leisten würde.

Ein vorläufiger Insolvenzverwalter würde die meisten Forderungen von Gläubigern nicht bezahlen. Er würde nur das bezahlen, was zwingend bezahlt werden muss, um weitere Schäden vom Unternehmen abzuwenden oder ggf. auch, um das Unternehmen weiter betreiben zu können.

Haftung von Organen (VII)

- Der Begriff „**betriebsnotwendige Zahlungen**“ ist eng zu verstehen.
- **Regelmäßig unzulässig** ist Zahlung von laufenden
 - **Löhnen und Gehältern,**
 - Strom, Telefon, Wasser, Miete:
 - Betriebsnotwendig nur, wenn erforderlich, um sofortigen Zusammenbruch eines in der Insolvenz sanierungsfähigen Unternehmens zu verhindern (BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Rn. 21; BGH, Urt. v. 23.06.2015 – II ZR 366/16, Rn. 24).
 - Großzügiger die frühere Rechtsprechung: Um größere Nachteile für Insolvenzmasse abzuwenden (BGH, Beschl. v. 05.11.2007 – II ZR 206/06, Rn. 6).
- **Darlegungs- und Beweislast** bei der Geschäftsführung. Daher gute Dokumentation der Entscheidung wichtig.

Haftung von Organen (VIII)

- **Ersatzpflicht entfällt, soweit die Schmälerung in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Zahlung durch eine Gegenleistung ausgeglichen wird** (BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Rn. 11).
 - **Unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang** (BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Rn. 11).
 - **Partielle Gegenleistung ist anzurechnen** (BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Leitsatz 1: „soweit“).
 - **Muss für Gläubiger verwertbar** sein. Kein Aktiventausch bei Löhnen und Gehältern, Strom, Telefon, Wasser, Miete, geringwertigen Verbrauchsgütern (z.B. Kaffee). Sie erhöhen nicht die Aktivmasse (vgl. BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Rn. 18; OLG München, Urt. v. 22.06.2017 – 23 U 3769/16, BeckRS 2017, 114996).

Haftung von Organen (IX)

- **Kein Bargeschäft** im Sinne des § 142 InsO erforderlich (BGH, Urt. v. 18.11.2014 – II ZR 231/13; BGH, Urt. v. 23.06.2015 – II ZR 366/13; BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15, Rn. 12 ff.).
- **Zeitpunkt maßgeblich, in dem** Vermögensminderung durch **Zufluss ausgeglichen** (vgl. BGH, Urt. v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, NZG 2015, 149).
- **Kein Aktivtausch bei Vorleistung des Geschäftspartners.**
- Aktivtausch bei mehr als 30 Tage späterer Gegenleistung des Geschäftspartners.
- Der Vermögenszufluss muss bei Eröffnung **nicht** mehr vorhanden sein.

Haftung von Organen (X)

- Zahlungspflicht trotz § 64 S. 1 GmbHG bei **Lohn- und Umsatzsteuer** (§§ 34, 69 AO) und Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB), hierzu Streit/Bürk, DB 2008, 742 ff.; BGH, Urt. v. 25.01.2011 – II ZR 196/09, ZIP 2011, 422.
- Haftung für **Zahlungen** an Gesellschafter, **soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten** (§ 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 2 AktG), vgl. hierzu BGH, Urt. v. 09.10.2012 – II ZR 298/11, BB 2013, 17.
- Verfügt der Geschäftsführer einer GmbH nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse, die er für die Prüfung benötigt, ob er pflichtgemäß Eröffnungsantrag stellen muss, **hat er sich bei Anzeichen einer Krise der Gesellschaft unverzüglich** unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person **beraten zu lassen** (BGH, Urt. v. 27.03.2012 – II ZR 171/10, NZI 2012, 567, vgl. auch OLG München, Urt. v. 17.01.2019 – 23 U 998/18):
 - Der Berater ist vollständig und wahrheitsgemäß zu informieren.
 - Auf eine rasche Vorlage des Prüfungsergebnisses ist hinzuwirken.
 - Es ist dem Rat gemäß zu handeln.

Haftung von Organen (XI)

- **Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG**, Haftung wegen Zahlungen nach Insolvenzreife: Pflicht, auf rechtzeitige Insolvenzantragstellung durch den Vorstand hinzuwirken und darauf, dass der Vorstand keine verbotenen Zahlungen mehr leistet (vgl. § 116 AktG; BGH, Urt. v. 16.03. 2009 – II ZR 280/07, NZI 2009, 490).
- **Mitglieder des Aufsichtsrats einer GmbH:**
 - **Freiwillig** gebildeter Aufsichtsrat: **Keine Haftung** wegen Zahlung nach Insolvenzreife (BGH, Urt. v. 20.09.2010 – II ZR 78/09, NZI 2010, 913 – Doberlug). Grund: Keine Verweisung in § 52 GmbHG auf § 92 Abs. 2 S. 1, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG.
 - **Obligatorischer** Aufsichtsrat: **Haftung** wegen Zahlung nach Insolvenzreife. Grund: Verweisung auf § 116 AktG ohne weitere Differenzierung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG.

Haftung von Organen (XII)

- **Haftung für Steuerschulden, die unanfechtbar festgesetzt wurden.** Bei der Haftung nach § 69 InsO sind Einwendungen gegen die eigentliche Steuerschuld ausgeschlossen, wenn der Geschäftsführer im Prüfungstermin gegen die Forderungen des Finanzamts keinen Widerspruch erhoben hat und diese Forderungen zur Tabelle festgestellt sind (BFH, Urt. v. 16.05.2017 – VII R 25/16), ebenso BFH, Urt. v. 27.09.2017 – XI R 9/16).
 - Die Festsetzung der Steuer ist bereits ein Titel. Der Geschäftsführer muss zunächst im Prüfungstermin bestreiten und sodann binnen Monatsfrist aktiv die Aufhebung/Abänderung des Steuerbescheids verfolgen.
 - Ohne diese (erfolgreiche) Rechtsverfolgung wird die Steuerforderung zur Tabelle festgestellt und der Geschäftsführer ist in seinem Haftungsverfahren mit Einwendungen gegen die eigentliche Steuerschuld ausgeschlossen.

Haftung von Organen (XIII)

- **Versicherungsschutz für Haftungsansprüche über D&O-Versicherung (= Directors and Officers-Versicherung).**
- **Art und Umfang des Versicherungsschutzes hängt von den vereinbarten Versicherungsbedingungen ab.**
- OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.07.2018 – I-4 U 93/16, Rn. 73 hat Versicherungsschutz für Ansprüche aus § 64 GmbHG abgelehnt:
„[...] Unterschied zu einem deliktischen Schadensersatzanspruch, weil die Haftung aus § 64 GmbHG unabhängig davon besteht, ob der Gesellschaft überhaupt ein Vermögensschaden entstanden ist.“
- Zahlung nach Insolvenzreife ist aber in der Praxis der bedeutendste Anspruch der Insolvenzverwalter gegen die Organe. Auch für die Insolvenzmasse ist ein umfassender Versicherungsschutz wichtig, da Organe i.d.R. nicht über ausreichend eigenes Vermögen verfügen, um den Anspruch erfüllen zu können.
- Ausweg der Praxis: Für neue Fälle ausdrückliche Vereinbarung (ggf. durch Nachtrag), dass auch Zahlungen nach Insolvenzreife vom Versicherungsschutz erfasst sind.

Insolvenzstrafrecht (I)

- **Insolvenzverschleppung ist strafbar**, auch bei bloßer Fahrlässigkeit: **Verstöße** gegen die Pflicht zur (rechtzeitigen) Stellung des Eröffnungsantrags können gem. § 15a Abs. 4 und 5 InsO **strafrechtliche Folgen** nach sich ziehen.
- **Strafbewehrung bei Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO), nicht bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO).**
- **Drei-Wochen-Frist** ist eine Höchstfrist (darf nicht immer ausgeschöpft werden, nur solange Sanierungsbemühungen aussichtsreich).
- Strafbewehrte Insolvenzantragspflicht dient dem **Schutz der Gläubiger**, wenn Haftungsfonds aufgezehrt bzw. fällige Verbindlichkeiten nicht bezahlt werden können.
- **Entgegenstehende Weisungen oder Beschlüsse der Gesellschafter sind unbeachtlich**, wenn Insolvenzantragspflicht gegeben.
- **Erkennbarkeit der Insolvenzreife** wird bei objektivem Vorliegen zivilrechtlich vermutet, d.h. im Prozess durch das in Anspruch genommene Organ zu widerlegen (arg.: ständige Überprüfungsspflicht). Im Strafrecht hat dies indizielle Wirkung (wegen in dubio pro reo keine Vermutung zu Lasten des Beschuldigten).

Insolvenzstrafrecht (II)

- Die Strafdrohung des § 15a Abs. 4, 5 InsO gilt nicht nur für die bestellten Organe der Gesellschaft, sondern **auch** für sog. **faktische Geschäftsführer / Vorstände**, die die Geschäfte der Gesellschaft leiten und auch nach außen „wie ein Geschäftsführer“ auftreten, ohne tatsächlich bestellt zu sein (BGH, Beschl. v. 18.12.2014 – 4 StR 323/14, 4 StR 324/14, ZIP 2015, 218 ff.).
- Über § 15a Abs. 3 InsO sind auch die Gesellschafter (bei GmbH), Aufsichtsratsmitglieder (AG und Genossenschaft) in der strafbewehrten Antragspflicht, wenn und soweit die **Gesellschaft führungslos** ist.
- Damit die Gesellschaft auf eine Krise reagieren und eine Insolvenz durch geeignete Restrukturierungsmaßnahmen verhindern kann, besteht eine **strafbewehrte Pflicht der Geschäftsführer, den Gesellschaftern einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen** (§ 84 GmbHG; für AG: §§ 92 Abs. 1, 401 AktG). **Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals**: Gesellschaftsvermögen nach Abzug der Schulden/Rückstellungen deckt nur noch die Hälfte des Nennkapitals, maßgeblich: HGB-Bilanz, grds. keine Aufdeckung stiller Reserven.

Insolvenzstrafrecht (III)

Ergänzende Straftatbestände neben der Insolvenzverschleppung gem. § 15a Abs. 4, Abs. 5 InsO enthält u.a. das StGB in §§ 283 ff.:

- § 283 StGB Bankrott (v.a. Beiseiteschaffung von Vermögen und zu späte Aufstellung der Bilanz (sehr leicht nachweisbar)) (Aufgabe der „Interessentheorie“ durch BGH, Beschl. v. 15.05.2012 – 3 StR 118/11, NStZ 2012, 630: Strafbarkeit setzt nicht mehr voraus, dass die Tathandlung im Interesse der Gesellschaft liegt),
- § 283b StGB Verletzung der Buchführungspflicht (im „Chaos“ wird die Aufstellung der Bilanz „vergessen“),
- § 283c StGB Gläubigerbegünstigung (Schuldner zahlt „auf sanften Druck“ → Anfechtung),

Wichtig auch § 266a StGB: Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (nur *Arbeitnehmerbeiträge*, Tilgungsbestimmung bei Teilzahlung wichtig, § 4 BVV).

Folge neben der Strafbarkeit der Beteiligten: **Schadensersatzansprüche**, u.a. aus → § 823 Abs. 2 BGB.

Insolvenzstrafrecht (IV)

- Wer wegen **vorsätzlich begangener Insolvenzverschleppung** (§ 15a Abs. 4 InsO) oder **Insolvenzstraftaten** (§§ 283 bis 283c StGB) rechtskräftig verurteilt wurde, kann für die Dauer von fünf Jahren seit Rechtskraft nicht mehr Geschäftsführer werden (§ 6 Abs. 2 GmbHG, auch zu weiteren Fällen).
- **Haftung der Gesellschafter** für Schäden, die eine Person verursacht, die nicht Geschäftsführer sein kann, wenn die Gesellschafter dieser Person vorsätzlich oder grob fahrlässig die Führung der Geschäfte überlassen (§ 6 Abs. 5 GmbHG) (→ **faktische Geschäftsführer**).
- **MiZi (Mitteilungen in Zivilsachen)**: Jede Eröffnung / Abweisung mangels Masse wird der StA vom Insolvenzgericht gemeldet → Kenntnis der StA; regelmäßig Einleitung eines Ermittlungsverfahrens.

Haftung von Beratern

- In der Praxis stehen nach realistischen Schätzungen bei über 80% der Unternehmensinsolvenzen **Straftatbestände im Raum**. Für Berater ist Vorsicht geboten: **Strafbare Beihilfe** ist gegeben, wenn ein Rat gegeben wird, der bei der Begehung von Insolvenzstraftaten genutzt werden soll, der Berater dies erkennt und dennoch seinen Rat erteilt.
- **Steuerberater** haftet verstärkt für Insolvenzverschleppungsschaden: Wenn er trotz Insolvenzreife in der Bilanz Fortführungswerte ansetzt. Bereits bei **erheblichen Zweifeln an der Fortführbarkeit** (z.B. erheblicher Verlust, Liquiditätsengpass, bilanzielle Überschuldung = **nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag**) muss er abklären lassen, **ob er noch Fortführungswerte ansetzen** kann (vgl. BGH v. 26.01.2017 – IX ZR 285/14, ZIP 2017, 427).
- Der **mit der Erstellung eines Jahresabschlusses** für eine GmbH **beauftragte Steuerberater** hat die Mandantin **auf einen möglichen Insolvenzgrund** und die daran anknüpfende Prüfungspflicht ihres Geschäftsführers **hinzuweisen, wenn entsprechende Anhaltspunkte offenkundig** sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife der Mandantin nicht bewusst ist (BGH v. 26.01.2017 – IX ZR 285/14, ZIP 2017, 427).

Sicherungsmaßnahmen des Insolvenzgerichts (I)

Das Insolvenzgericht hat gemäß § 21 InsO zur Sicherung gegen nachteilige Veränderungen der Vermögenslage des Schuldners in der Zeit bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen. Möglich sind insbesondere:

- Einsetzung eines **vorläufigen Insolvenzverwalters** bzw. vorläufigen Sachwalters, § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO (sehr wichtig bei der Unternehmensinsolvenz).
- Erlass eines **allgemeinen Verfügungsverbots** gegen den Schuldner („starker vorläufiger Verwalter“) *oder* **Zustimmungsvorbehalt** zu Gunsten eines vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO → §§ 24 Abs. 1, 81, 82 InsO).
- Einsetzung eines **vorläufigen Gläubigerausschusses** (§ 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO).
- Anordnung einer vorläufigen **Postsperre**, § 21 Abs. 2 Nr. 4 InsO. Folge: Der (vorl.) Insolvenzverwalter liest die Post des Schuldners vor diesem; führt zum Teil zur überraschenden Auffindung von später in die Masse fallendem Vermögen.

Sicherungsmaßnahmen des Insolvenzgerichts (II)

- **Einstellung der (eingeleiteten) Zwangsvollstreckung** in das **Mobiliarvermögen (nicht Immobilienvermögen!)**. Folge: Verhinderung bereits eingeleiteter Zwangsvollstreckung über § 775 Nr. 2 ZPO möglich, Rangwahrung, bei Eröffnung Rückschlagsperre: § 88 InsO bzw., hierüber hinausgehend, **Untersagung der (künftigen) Mobiliarvollstreckung** (Folge: Vorwegnahme des Vollstreckungsverbots gemäß § 89 InsO).
- Zur Abgrenzung: **Einstellung der Immobilienzwangsvollstreckung** gemäß § 30d Abs. 4 ZVG erfordert einen **Antrag des vorläufigen Insolvenzverwalters**. Neben dem eigentlichen Grundstück erfasst die Grundschuld/Hypothek und damit die **Immobilienzwangsvollstreckung** auch den zugehörigen Haftungsverband gem. § 865 ZPO i.V.m. §§ 1192 Abs. 1, 1120 ff. BGB, also **auch das Zubehör** (§ 97 BGB) im Eigentum des Grundstückseigentümers.
- **Verwertungs- und Einziehungsstopp** gegen die nach Eröffnung Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten, Einziehung durch Schuldner/vorläufigen Verwalter mit Kostenbeiträgen entsprechend §§ 170, 171 InsO möglich. Unzulässig jedoch Verwendung des Einziehungserlöses zur Fortführung des Geschäftsbetriebs („kein erzwungener Massekredit“).

Sicherungsmaßnahmen des Insolvenzgerichts (III)

- Die vorstehend genannten **Maßnahmen** gemäß § 21 Abs. 2 InsO sind nicht **abschließend** („insbesondere“), das Insolvenzgericht kann **alle** Maßnahmen treffen, die geeignet und erforderlich erscheinen. Als „ultima ratio“ ist gem. § 21 Abs. 3 InsO sogar die Haft des Schuldners (bei juristischen Personen: Organpersonen) möglich.
- Die Maßnahmen des Insolvenzgerichts haben **von Amts wegen** zu erfolgen. Bei Nichtergreifung naheliegender Maßnahmen und entsprechenden Schäden kommt eine Amtshaftung gem. Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB in Betracht.
- Die Entscheidungen erfolgen durch **Beschluss**, vgl. § 23 InsO, der bei Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und Ausspruch von Verfügungsbeschränkungen öffentlich bekannt zu machen und dem Registergericht (§ 23 Abs. 2 InsO) und dem Grundbuchamt (§ 23 Abs. 3 InsO) für entsprechende Eintragungen zu übermitteln ist (wichtig wg. § 24 InsO i.V.m. §§ 81 Abs. 1 S. 2, 82 InsO, Gutgläuberschutz).

Vorläufiger Insolvenzverwalter

Für den vom Insolvenzgericht im **vorläufigen Insolvenzverfahren** eingesetzten **vorläufigen Insolvenzverwalter** gelten die auf den **Insolvenzverwalter anwendbaren Regelungen** weitgehend **entsprechend** (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Im Übrigen ist zu unterscheiden:

Bei **allgemeinem Verfügungsverbot** (nicht bei bloßem Zustimmungsvorbehalt!) gegen den Schuldner gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2, 1. Alt. InsO geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Schuldnervermögens auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über.

Folge: §§ 24 Abs. 1, 81, 82 InsO = Absolutes Verfügungsverbot.

- „Starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter.
- Ansonsten: Schuldner verfügungsbefugt, „schwacher“ vorläufiger Verwalter (evtl. aber § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO: Einziehungsbefugnis durch Anordnung möglich).

Starker vorläufiger Insolvenzverwalter (I)

Die Rechtsposition des starken vorläufigen Insolvenzverwalters ist derjenigen des Insolvenzverwalters im eröffneten Insolvenzverfahren weitgehend angenähert:

- Umfassende **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis**, § 22 Abs. 1 S. 1 InsO (nicht: Verwertungsbefugnis).
- Recht/Pflicht zur **Massesicherung** und Erhaltung (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 InsO).
- Pflicht zur **Unternehmensfortführung** bis zur Insolvenzeröffnung (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO), Betriebseinstellung mit Zustimmung des Insolvenzgerichts möglich.
- **Prüfungspflicht** hinsichtlich verfahrenskostendeckender **Masse** und regelmäßig zusätzlich Auftrag zur **Überprüfung des Eröffnungsgrundes** (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 InsO).
- Recht zur **Aufnahme von Prozessen** gem. § 24 Abs. 2 InsO i.V.m. §§ 85 Abs. 1 S. 1 und 86 InsO.

Starker vorläufiger Insolvenzverwalter (II)

Gem. **§ 55 Abs. 2 InsO** sind von einem **starken vorläufigen Insolvenzverwalter** begründete **Verbindlichkeiten** und **Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen**, deren Gegenleistung der **starke** vorläufige Insolvenzverwalter in Anspruch genommen hat, **Masseschulden**. Sinn: Erst aufgrund dieser Regelungen hat der starke vorläufige Insolvenzverwalter die Möglichkeit, weiterhin Verträge zu schließen und Leistungen in Anspruch zu nehmen, um den Geschäftsbetrieb des Schuldners fortzuführen und so die Entscheidungsfreiheit der Gläubigerversammlung (§ 157 S. 1 InsO: Unternehmensfortführung?) zu erhalten.

Problem: Es kommt, etwa mangels „verfahrenskostendeckender“ Masse, nicht zur Insolvenzeröffnung. Schutz der Vertragspartner des **starken** vorläufigen Insolvenzverwalters dann über § 25 Abs. 2 InsO (**vorrangige Befriedigung** aus dem vorläufig verwalteten Vermögen vor Aufhebung der Bestellung).

Exkurs: Vorfinanzierung von Insolvenzgeld (I)

Eine wichtige **Ausnahme von § 55 Abs. 2 S. 2 InsO** mit dem **Masseschuldcharakter** von Forderungen aus der Inanspruchnahme von **Leistungen aus Dauerschuldverhältnissen** durch den **starken vorläufigen Insolvenzverwalter** regelt

§ 55 Abs. 3 InsO: Bei Zahlung von Insolvenzausfallgeld (Lohn- und Gehaltsrückstände aus den letzten 3 Monaten vor Insolvenzeröffnung, § 165 SGB III) durch die Bundesagentur für Arbeit gehen die entsprechenden Forderungen der Arbeitnehmer gem. § 169 S. 1 SGB III auf die Bundesagentur für Arbeit über. Die Bundesagentur für Arbeit kann gem. § 55 Abs. 3 InsO diese Forderungen jedoch nur als Insolvenzgläubigerin geltend machen.

Exkurs:

Das Problem: Das **Insolvenzgeld** wird für **Lohnrückstände** aus den **letzten drei Monaten vor Eröffnung** des Insolvenzverfahrens bzw. Ablehnung der Eröffnung mangels Masse von der Bundesagentur für Arbeit gezahlt. Die **Zahlung** erfolgt jedoch **erst nach dem Eröffnungsbeschluss** bzw. dem Beschluss, der die Eröffnung mangels Masse ablehnt. Wenn zu diesem Zeitpunkt die Löhne mehrerer Monate nicht gezahlt worden sind, haben jedenfalls die besten Mitarbeiter das schuldnerische Unternehmen bereits verlassen. Dies wiederum kann Sanierungsbemühungen zunichte machen.

Exkurs: Vorfinanzierung von Insolvenzgeld (II)

Lösung (vgl. Klüver, WM 2010, 1483):

Um **Löhne und Gehälter zu zahlen**, wird das **Insolvenzgeld** daher in der Unternehmensinsolvenz regelmäßig **über eine Bank vorfinanziert**. Die Lohnforderungen, auf die später das Insolvenzgeld bezahlt wird, werden dabei von den Arbeitnehmern an die finanzierende Bank (mit Zustimmung der Agentur für Arbeit, § 170 Abs. 4 SGB III) verkauft und abgetreten.

Mit dem **Kaufpreis** werden gleichsam die „**Löhne der Arbeitnehmer gezahlt**“. Diese sind nicht gezwungen, sich neue Arbeitsplätze zu suchen und arbeiten weiter. Das Unternehmen ist von den laufenden Lohnkosten entlastet. Hereinkommende Cash Flows verstärken die Liquidität und sichern häufig eine die Verfahrenskosten und Masseschulden deckende Aktivmasse, welche die Verfahrenseröffnung erst ermöglicht.

Die **Bank erhält nach Insolvenzeröffnung** das **Insolvenzgeld** von der Agentur für Arbeit. Diese erwirbt zwar die Lohnforderungen (cessio legis, § 169 S. 1 SGB III), ist mit diesen jedoch nur Insolvenzgläubigerin.

Exkurs: Vorfinanzierung von Insolvenzgeld (III)

Findet ein vorläufiger Insolvenzverwalter ein Umsätze erzielendes Unternehmen mit Belegschaft vor, deren Lohnzahlungen bisher (vollständig) erfolgt sind, so wird er in Abstimmung mit dem Insolvenzgericht das vorläufige Insolvenzverfahren über **drei Monate** führen und die **Lohnzahlungen mittels einer Vorfinanzierung von Insolvenzgeld sicherstellen**. In dieser Zeit wird der vorläufige Insolvenzverwalter aufgrund der Entlastung des schuldnerischen Unternehmens von den Lohnzahlungen Aktivmasse sammeln. Die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse ist in dieser Situation weniger wahrscheinlich als wenn der „Insolvenzgeldzeitraum“ bereits „verbraucht“ ist.

Vorteil: Das Insolvenzverfahren wird eröffnet, die Masse kann durch insolvenzrechtsspezifische Maßnahmen – z.B. durch Anfechtung – gemehrt werden, die Gläubiger erhalten eine Quote.

„Schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter (I)

- **Vorläufiger Insolvenzverwalter**, auf den **nicht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** aufgrund eines allgemeinen Verfügungsverbots gegen den Schuldner übergegangen ist (vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2, 2. Alt. InsO). Die Aufgaben und Befugnisse des „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters bestimmt das Insolvenzgericht, vgl. § 22 Abs. 2 InsO. Insbes. kann es einen **Zustimmungsvorbehalt** zu Gunsten des vorläufigen Insolvenzverwalters anordnen (§§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt., 24 Abs. 1, 81, 82 InsO). Soweit der **Umfang im Einzelnen festgelegt** wird, kann das Insolvenzgericht **auch Verfügungsbefugnisse** auf einen „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter überleiten.

„Schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter (II)

- **Hinweis: Handlungen des vorläufigen Insolvenzverwalters** sind nach Verfahrenseröffnung möglicherweise **anfechtbar gem. §§ 129 ff. InsO**, da sie vor Insolvenzeröffnung (und durch den Schuldner) erfolgen und bei Erfüllung der Voraussetzungen vom Wortlaut der Anfechtungsregelungen erfasst werden.
- Dies gilt allerdings **nicht für den „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter**, der gem. § 55 Abs. 2 InsO Masseschulden begründet. Dem Zweck dieser Regelung, dem starken vorläufigen Insolvenzverwalter den Abschluss von Verträgen zu ermöglichen, würde entgegengewirkt, wären diese Verträge hinterher möglicherweise anfechtbar.
- Auch bei Aufhebung der vorläufigen Insolvenzverwaltung bleiben **Rechtshandlungen** des vorläufigen Insolvenzverwalters **wirksam**. Insoweit gilt die Regelung für die Aufhebung des eröffneten Insolvenzverfahrens gem. § 34 Abs. 3 S. 3 InsO entsprechend.

Schutzschirmverfahren, vorläufige Eigenverwaltung, vorläufiger Sachwalter

- **Schutzschirmverfahren:**
 - Nur bei **drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung**, nicht mehr bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit (vgl. § 270b InsO).
 - **Angestrebte Sanierung** darf nicht aussichtslos sein.
 - **Bescheinigung** erforderlich.
- Im Beschluss nach § 270b InsO bestellt das Gericht einen **vorläufigen Sachwalter** nach § 270a InsO, **vorläufige Eigenverwaltung**, kein vorläufiger Insolvenzverwalter, kein allgemeines Verfügungsverbot.
- Vorläufiger Gläubigerausschuss möglich (§ 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO).
- **Insolvenzgeldvorfinanzierung** im Schutzschirmverfahren möglich analog § 55 Abs. 3 InsO (vgl. BGH, Urt. v. 18.06.2016 – IX ZR 114/15, DStR 2016, 2050).
- Schutzschirmverfahren zielt auf spätere **Eigenverwaltung und Insolvenzplan**.
- **Nach Ablauf der Frist entscheidet das Insolvenzgericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens** (§ 270b Abs. 4 S. 3 InsO).
- **Das Gericht kann** mit Eröffnung auch einen Insolvenzverwalter bestellen statt Eigenverwaltung anzuordnen.