



Usually
unusual.

Orth Kluth Newsletter D&O 1/2021

Das neue Zahlungsverbot nach § 15b InsO

Der Gesetzgeber hat im Dezember 2020 das Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz (SanInsFoG)¹ verabschiedet, das im Wesentlichen am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist. Das Kernstück des SanInsFoG ist die Einführung eines Gesetzes über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG). Daneben ändert das Gesetz als sog. Artikelgesetz bestehende Gesetze, darunter die Insolvenzordnung (InsO) und das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG), ab.

Durch das SanInsFoG wurde ein neues Zahlungsverbot in § 15b InsO eingeführt,

das die bislang auf mehrere Gesetze verstreuten Zahlungsverbote (§ 64 GmbHG a. F., § 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 AktG a. F. etc.) weitgehend² rechtsformneutral in einer Regelung zusammenführt. Bei der bloßen Zusammenführung beließ der Gesetzgeber es allerdings nicht. Vielmehr sind auch materielle Änderungen zu verzeichnen, die für die Frage der Haftung von Geschäftsleitern und deren Verteidigung gegenüber einer Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter wegen vorgenommener Zahlungen nach Insolvenzreife relevant sind. Die wesentlichen Änderungen werden im Folgenden skizziert.

¹ BGBl. 2020, Teil I Nr. 66, S. 3256.

² § 15b Abs. 1 InsO ist nicht anwendbar auf Vereine und Stiftungen, die der Antragspflicht nach § 42 Abs. 2 BGB unterliegen (siehe § 15b Abs. 1 InsO in Verbindung mit § 15a Abs. 7 InsO). Über § 15 Abs. 6 InsO finden die Regelungen auch auf haftungsbeschränkte Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit Anwendung, bei denen nach § 15a Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 InsO Insolvenzantragspflichten bestehen, wie insbesondere bei der GmbH & Co. KG.



I. Zahlungsverbot nach Insolvenzreife

Gemäß § 15b Abs. 1 InsO gilt für die in § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO nunmehr rechtsformübergreifend bezeichneten Mitglieder von Vertretungsorganen und Abwickler juristischer Personen ein – bislang auch rechtsformspezifisch bekanntes – Verbot der Ausreichung von Zahlungen nach Insolvenzreife.

II. Privilegierte Zahlungen

Nach § 15b Abs. 1 Satz 2 InsO haftet ein Geschäftsleiter nicht, sofern die ausgerichte Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar ist.³ Der (im Ansatz etwa aus § 64 GmbHG a.F. bekannte) Privilegierungstatbestand wird in § 15b Abs. 2 und Abs. 3 InsO näher konkretisiert.

1. Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang

In Abweichung von dem bisherigen Verständnis des Bundesgerichtshofes (BGH) im Kontext der abgelösten rechtsformspezifischen Zahlungsverbote gelten nunmehr nach § 15b Abs. 2 Satz 1 InsO solche Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, grundsätzlich und vorbehaltlich des § 15b Abs. 3 InsO (siehe hierzu Ziff. 2) als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.

Damit sind vor allem solche Zahlungen angesprochen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes dienen. Ein Hintergrund der Änderung ist, dass der BGH mit Blick auf die bisherigen Regelungen zu den Zahlungsverboten den Tatbestand der privilegierten Zahlungen mit engen Schranken versehen hatte, etwa indem er Zahlungen als Gegenleistungen für Dienstleistungen regelmäßig nicht als privilegiert ansah, weil sie die Aktivmasse nicht zugunsten der Gläubiger erhöhten.⁴

Allerdings gilt das beschriebene Privileg zugunsten der Geschäftsleiter nur im Zeitraum vom Eintritt der *Insolvenzreife* bis zu dem für eine *rechtzeitige Insolvenzantragstellung* maßgeblichen Zeitpunkt und nur dann und solange, wie die antragspflichtigen Geschäftsleiter Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife oder zur Vorbereitung eines Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben.

³ Dies stimmt überein mit dem, was § 2 Abs. 1 Nr. 1 des COVInsAG bereits seit dem vergangenen Jahr vorsieht. Zum COVInsAG und den Auswirkungen auf die Prüfung hatten wir in den Newslettern D&O 1/2020 (Juni 2020) und D&O 2/2020 (September 2020) berichtet.

⁴ BGH NZG 2017, 1034.



Bis wann eine Insolvenzantragstellung zu erfolgen hat, beurteilt sich nach § 15a Abs. 1 InsO und ist nunmehr je nach Insolvenzgrund unterschiedlich geregelt: Den bislang für beide Insolvenzgründe maßgeblichen Zeitraum von höchstens drei Wochen sieht das Gesetz nur noch für den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit vor; für die Überschuldung sind es nun sechs Wochen.⁵

Der Tatbestand der privilegierten Zahlung knüpft an den konkreten Zeitpunkt der Auszahlung nach Insolvenzreife an.

Allerdings bleibt es auch weiterhin dabei, dass ein Insolvenzantrag ohne schuldhaftes Zögern nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Überschuldung zu stellen ist. Wenn Sanierungsbemühungen also erkennbar keine Erfolgsaussichten haben, ist der Insolvenzantrag umgehend

einzureichen. Es wäre, wie bislang, pflichtwidrig, wenn die Geschäftsleiter zuwarten würden in der fehlerhaften Annahme, die zuvor genannten Fristen könnten in jedem Fall ausgeschöpft werden.

Der Verweis auf den im Einzelfall mitunter schwer bestimmbareren Zeitpunkt einer verpflichtenden Insolvenzantragstellung wird voraussichtlich zu Argumentationen (auch) im Rahmen des Privilegierungsstatbestands führen.

2. Keine Privilegierung von Zahlungen im Verschleppungszeitraum

Eine Privilegierung von Zahlungen zugunsten der Geschäftsleiter scheidet gemäß § 15b Abs. 3 InsO in der Regel aus, wenn sie im Zeitraum der Insolvenzverschleppung geleistet werden, wenn also der für eine rechtzeitige Antragstellung maßgebliche Zeitraum abgelaufen ist. Denn in diesem Stadium ist die Insolvenzantragstellung durch den Geschäftsleiter überfällig; ein Haftungsprivileg ist dann nach der gesetzgeberischen Wertung in aller Regel nicht mehr zu rechtfertigen.

Das gilt auch in den Fällen der sog. Pflichtenkollision, in denen der BGH die Abführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung im Sinne von § 266a StGB sowie haftungs- und bußgeldbewehrte Steuerzahlungen (§§ 34, 69 AO) allgemein als privilegiert angesehen hatte.⁶ Der Gesetzgeber hat nun entschieden, dass hierfür im Zeitraum der Insolvenzverschleppung kein Anlass besteht. Auch hier gilt: Nur der Insolvenzantrag soll nach dem Willen des Gesetzgebers das zutreffende Mittel zur Haftungsvermeidung für Geschäftsleiter sein.

⁵ Sanierungschancen insbesondere nach dem StaRUG sollen so effektiver wahrgenommen werden können.

⁶ BGH NZG 2007, 545; BGH NZG 2011, 303.

3. Möglichkeit einer Begrenzung des Haftungsumfangs

Der Anspruch nach § 15b Abs. 4 Satz 1 InsO gegen Geschäftsleiter ist auf den Ersatz der einzelnen geleisteten verbotswidrigen Zahlungen gerichtet.

Der Gesetzgeber hat es ausdrücklich vermieden, zu der Frage der Rechtsnatur des Erstattungsanspruchs Stellung zu nehmen, also insbesondere dazu, ob es sich um einen Ersatzanspruch eigener Art (oder doch um einen Schadensersatzanspruch) handelt. Diese Frage ist freilich für die Praxis von geringer Relevanz, zumal der BGH durch Urteil vom 18. November 2020⁷ klargestellt hat, dass es sich bei dem Anspruch nach § 64 S. 1 GmbHG wegen verbotener Zahlungen jedenfalls um einen „gesetzlichen Haftpflichtanspruch auf Schadensersatz“ im Sinne des dort streitgegenständlichen D&O-Versicherungsvertrags handelte. Für den Anspruch nach § 15b Abs. 4 Satz 1 InsO sollte, ungeachtet der dogmatischen Einordnung, nichts anderes gelten.

Der Ersatzpflichtige kann aber nunmehr – und hierin liegt zugleich eine materielle Änderung des bisherigen Rechts – nach § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO geltend machen, dass der Gläubigerschaft ein geringerer Schaden entstanden sei. Durch die Regelung soll vermieden werden, dass die Inanspruchnahme der Ersatzpflichtigen über das hinausgeht, was zur Erhaltung der Masse im Interesse der Gläubiger erforderlich ist.

Die Darlegungs- und Beweislast für einen geringeren Schaden der Gläubigerschaft liegt bei dem in Anspruch genommenen

Geschäftsleiter. Gelingt ihm der Gegenbeweis, bedürfe es, so der Gesetzgeber, zukünftig nicht mehr der Konstruktion eines im Urteil über die Ersatzpflicht dem Geschäftsleiter vorzubehaltenden Verfolgingsrechts in Höhe des Betrags, den der Zahlungsempfänger im Insolvenzverfahren erlöst hätte.

Im Übrigen: Die Rechtsprechung des BGH, die sich in der Vergangenheit mit der Frage befasste, wann es mit Rücksicht auf eine für die Zahlung in die Masse gelangte Gegenleistung bereits an einer masseschmälernden Zahlung fehlt (bloßer Aktiventausch)⁸, wird auch für die zukünftige Rechtsanwendung von Relevanz sein. Auch im Zeitraum der Insolvenzverschleppung bleibt einem Geschäftsleiter diese Einwendung möglich.

III. Ausblick

Bei Inanspruchnahmen von Geschäftsleitern durch Insolvenzverwalter wegen eines behaupteten Verstoßes gegen das Zahlungsverbot wird die zukünftige Rechtsanwendung auch, aber nicht nur durch die Modifizierungen des Zahlungsverbots in § 15b InsO und dessen zukünftige Auslegung durch die Gerichte bestimmt werden.

Auch das „Zusammenspiel“ des Zahlungsverbots (nach neuem bzw. altem Recht) mit den für unterschiedliche Zeiträume relevanten Regelungen nach dem COVInsAG (vgl. §§ 1, 4 COVInsAG)⁹ wird für die Bearbeitung von Fällen, in denen Geschäftsleiter durch Insolvenzverwalter in Anspruch genommen werden, zukünftig von Bedeutung sein.

⁷ BGH r+s 2021, 27.

⁸ Etwa: BGH NZG 2021, 66; BGH NZG 2015, 149.

⁹ Auch diesbezüglich sieht das SanInsFoG Modifikationen vor (siehe Artikel 10 des SanInsFoG).

Ihre Ansprechpartner



Dr. Christian Meyer
Rechtsanwalt, Partner

T +49 211 60035-172
christian.meyer@orthkluth.com



Constanze Mühleisen
Rechtsanwältin, Salary Partner

T +49 211 60035-142
constanze.muehleisen@orthkluth.com

Usually
unusual.