



Norddeutsches
Insolvenzforum
Hamburg e.V.

Einladung



25. Norddeutscher Insolvenzrechtstag 2023 –
„Spezifische Risiken in Sanierung und Insolvenz“
04. und 05. Mai 2023 – im Grand Elysée Hotel Hamburg

DONNERSTAG, 04. Mai 2023

Konferenztag 1

ab 17.30 Uhr Begrüßung der Teilnehmer/Ausgabe der Unterlagen

18.00 Uhr **Eröffnung des Norddeutschen Insolvenzrechtstags**
durch den Vorsitzenden des NIF e.V. RA Dr. Gideon Böhm

18.15 Uhr **Thema 1: Geschäftsleiterhaftung im
Restrukturierungsverfahren –
Unter Berücksichtigung der
„Sanierungskonzeptrechtsprechung“ des BGH**

Einführungsvortrag:
Prof. Dr. Stefan Korch, LL.M. (Harvard), Münster
Moderation: RiAG Dr. Axel Herchen

ab ca. 19.45 Uhr Snacks und Drinks im Grand Elysée Hotel Hamburg
(gesondert zu buchen)

ab 8.30 Uhr Begrüßung der Teilnehmer/Ausgabe der Unterlagen

9.15 Uhr **Thema 2: Zivilrechtliche Haftungsrisiken in den einzelnen Verfahrensstadien**

Prof. Dr. Christoph Thole, Dipl.-Kfm., Köln

Moderation: RA Dr. Thorsten Bieg

10.45 Uhr Kaffeepause

11.00 Uhr **Thema 3: Probleme und Risiken bei der Masseunzulänglichkeit**

RA Stephan Ries, Wuppertal

Moderation: RiAG Frank Frind

12.30 Uhr Mittagspause

13.30 Uhr **Thema 4: Strafrechtliche Risiken in den einzelnen Verfahrensstadien**

RA Dr. Andreas Weitzell, München

Moderation: RA Frank Grell

15.00 Uhr Kaffeepause

15.15 Uhr **Thema 5: Praktische Bedeutung unterschiedlicher Haftungsrisiken & Best Practice**

Podiumsdiskussion:

RA Dr. Michael Jaffé, München

Dipl.-Kfm. Christian Säuberlich, Frankfurt

Lukas Nazaruk, Stuttgart

Moderation: RA Dr. Gideon Böhm

ca.16.45 Uhr Ende der Veranstaltung

Vorstand

Dr. Gideon Böhm

Frank Grell

Dr. Axel Herchen

Beirat

Prof. Dr. Reinhard Bork

Frank Frind

Dr. Thorsten Bieg

Grand Elysée
Hotel Hamburg

Rothenbaumchaussee 10
20148 Hamburg

Tel +49 40 41412-0

Norddeutscher Insolvenzrechtstag

Geschäftsleiterhaftung im Restrukturierungsverfahren

Prof. Dr. Stefan Korch, LL.M. (Harvard)



wissen.leben

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Gesellschafts-,
Kapitalmarkt- und Insolvenzrecht

Überblick

- Restrukturierungsverfahren beginnt mit Anzeige, § 31 I, III StaRUG
- Besonderes Pflichten- und Haftungsregime
- Zentralnorm: § 43 StaRUG
- Im Falle der materiellen Insolvenz:
 - Haftung wegen verspäteter Insolvenzanzeige nach § 42 I 2 StaRUG
 - Haftung für verbotene Zahlungen

1. Pflichten der Geschäftsleiter während des Restrukturierungsverfahrens
2. Haftung der Geschäftsleiter für Pflichtverletzungen
3. Pflichten und Haftung der Mitglieder der Überwachungsorgane
4. Pflichten und Haftung bei Eintritt der materiellen Insolvenz
 - a. Haftung für verbotene Zahlungen
 - b. Haftung wegen verspäteter Insolvenzanzeige

Pflichten und Ermessen der Geschäftsleiter



- Persönlicher Anwendungsbereich: Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft oder kapitalistischen Personengesellschaft (i.S.d. § 15a InsO)
 - Fehlerhaft bestellte und faktische Geschäftsleiter
 - Nicht: leitende Angestellte usw.
 - Nicht: Mitglieder der Überwachungsorgane (anders noch §§ 2 II, 3 II StaRUG-RegE)
 - Gesellschafter bei Führungslosigkeit?

- § 43 I 1 StaRUG: Geschäftsleiter wirken darauf hin, dass Schuldner die Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreibt *und* die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger wahrt
 - Kein *shift of duties* (anders noch § 2 I 1 StaRUG-RegE)
- § 43 I 1 StaRUG deklaratorisch wegen § 32 StaRUG (externe Pflichtenbindung)

- Über Wortlaut des § 43 I 1 StaRUG hinaus begründen sämtliche Schuldnerpflichten aus § 32 StaRUG mittelbar auch Pflichten der Geschäftsleiter
 - D.h. neben § 32 I 1 StaRUG auch Unterlassungspflicht hinsichtlich restrukturierungszielgefährdender Maßnahmen (§ 32 I 2, 3 StaRUG)
 - Informationspflichten nach § 32 II–IV StaRUG
- Allgemeine (gesellschaftsrechtliche) Sorgfalts- und Treuepflichten
- Alle Pflichten zusammen bilden Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften (Sanierungs-)Geschäftsleiters

- Nach h.M. Pflicht, das Restrukturierungsverfahren zielstrebig und zügig zu betreiben
- Rspr. zu Sanierungskonzepten als Anhaltspunkt für Anforderungen (insb. BGH, Urt. v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14; BGH, Urt. v. 3.3.2022 – IX ZR 78/20, Rz. 82 ff. – Q Cells)
 - Ursachenanalyse und Ursachenbekämpfung
 - Liquiditätsplanung
 - Fortwährende Aktualisierungspflicht
 - Keine Pflicht zur Beachtung von Empfehlungen wie IDW S. 6 (insbesondere für kleinere Unternehmen häufig zu aufwendig; möglicherweise aber Indiz für erfolgversprechenden Sanierungsversuch)

- Sehr str., ob Business Judgment Rule (§ 93 I 2 AktG) anwendbar
- Zuständigkeit des IX. Zivilsenats
- Unterschiede?
- Gering, da Ermessensspielraum allgemein anerkannt (weil auch § 32 StaRUG Ermessensspielraum einräumt)
- BJR vs. insolvenzrechtlicher Ermessensspielraum (BGH v. 12.3.2020 – IX ZR 125/17, BGHZ 225, 90)
- Evidenzkontrolle vs. Vertretbarkeitskontrolle

Business Judgment Rule (§ 93 I 2 AktG)	Insolvenzrechtliches Ermessen (IX. ZS.)
„Unternehmerische Entscheidung“ (hier i.S.d. § 32 StaRUG)	
Alle/angemessene Informationen	angemessene Informationen
Handeln zum Wohle der Gesellschaft (nicht bei offensichtlichem Überschreiten des Ermessens oder Eingehung unverantwortlicher Risiken)	Orientierung am Vorteil der Masse und dem Insolvenzzweck (anfangs größerer Spielraum bei Risiken, der im Laufe des Verfahrens abnimmt)
subjektiv-objektiver Maßstab („annehmen durfte“)	Objektiver Maßstab?
Handeln frei von Interessenkonflikten	Bisher ungeklärt, aber wohl übertragbar
Gutgläubigkeit	Bisher ungeklärt, aber wohl übertragbar

- Ermessen bei operativer Führung des Unternehmens
- Ferner Ermessen bei der Auswahl und beim Einsatz der Restrukturierungsinstrumente (v.a. Plan, Moratorium)
- Kein *second-guessing* der Gerichte (Gerichte sind keine besseren Sanierungsgeschäftsleiter)
- Problematisch wohl vor allem Untätigkeit

- Grenzen des Ermessens beim Einsatz der Restrukturierungsinstrumente
 - Anforderungen an Plangestaltung und Voraussetzungen des Moratoriums zu beachten (Legalitätspflicht)
 - Bei unklarer Rechtslage infolge der Neuartigkeit von Vorschriften: großzügiger Maßstab (BGH, Urt. v. 3.3.2022 – IX ZR 78/20, Rz. 86 – Q Cells)
 - Beachtung der Rechtsansichten der zuständigen Gerichte (wenn keine Zeit, Entscheidung nächsthöherer Instanz einzuholen, Rz. 36, 39, 86)

Aufgabenteilung

- Aufgabendelegation auch im Restrukturierungsverfahren möglich
- Horizontal in Kollegialorganen: Ressortzuständigkeit und Residualverantwortlichkeit
- Vertikale Delegation: auch Delegation auf nachgeordnete Ebenen und externe Berater möglich
 - § 278 BGB nicht anwendbar
 - Aber Pflicht zur ordnungsgemäßen Auswahl und Überwachung
 - Vertrauen auf Expertenrat: BGH Q Cells vs. BGH Ision

Weisungen der Gesellschafter

- Müssen GmbH-Geschäftsführer Weisungen der Gesellschafter beachten?
- Grds. Fortgeltung der Weisungsbindung im Restrukturierungsverfahren
 - § 2 II 2 StaRUG-RegE gestrichen, wonach Weisungen „unbeachtlich“ sein sollten, wenn Befolgung zu Verstoß gegen Sanierungspflichten geführt hätte
 - Streichung folgenlos (str.)
 - Beschränkung schon in § 32 StaRUG enthalten, da Legalitätspflicht begründet wird
 - Weisungen also nur beachtlich, solange sie das Ermessen der §§ 32 I, 43 I StaRUG nicht überschreiten

Haftung der Geschäftsleiter



wissen.leben

Tatbestandsvoraussetzungen des § 43 I 2 StaRUG

1. Geschäftsleiterhandeln/-unterlassen
2. Pflichtverletzung
3. Verschulden
4. Schaden
 - Gläubigergesamtschaden (= Quotenschaden der Gläubiger)
 - Nicht: individuelle Gläubigerschäden
 - Normzweck der §§ 32, 43 StaRUG steht Vorteilsanrechnung nicht entgegen
 - Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zulässig

- Beweislast:
 - Vertretenmüssen vermutet (§ 43 I 2 StaRUG a.E.)
 - Pflichtverletzung nach zutreffender Ansicht nicht vermutet (vgl. Wortlaut)
 - ggf. aber Substantiierungs- und Darlegungslast (da Sphäre der Geschäftsleiter; aber: Insolvenzverwalter ggf. mit Zugang zu Unterlagen)

- Haftung nicht dispositiv
- Verzicht und Vergleich nach § 43 II StaRUG unwirksam, soweit sie Befriedigung der Gläubiger beeinträchtigen
 - Ausnahme: Geltendmachung durch Insolvenzverwalter, Regelung in Insolvenzplan, Vergleich zur Abwendung der GL-Insolvenz
 - Problemfälle: Schiedsabreden, Verjährenlassen
- Verjährung: gem. § 43 III StaRUG nach 5/10 Jahren

- § 43 StaRUG kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB
- Auch im übrigen StaRUG-Vorschriften überwiegend keine Schutzgesetze (zu § 42 StaRUG später)
- Haftung gem. § 57 StaRUG (Stabilisierungsanordnung durch falsche Angaben)
- Haftung aus *culpa in contrahendo* (wirtschaftliches Eigeninteresse; Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens)
- Im Übrigen Haftung nach den allg. Vorschriften (§ 826 BGB; § 823 II BGB i.V.m. Strafnormen)

Pflichten und Haftung der Mitglieder der Überwachungsorgane



- Keine ausdrückliche Regelung im StaRUG
 - § 2 II StaRUG-RegE gestrichen
- Externe Pflichtenbindung des § 32 StaRUG betrifft auch Überwachungsorgane (bei eigenem Handeln und Überwachung)
- Erhöhte Anforderungen an Überwachung während der Anhängigkeit der Restrukturierungssache (Krise evident)
- Kriseninduzierte Zustimmungsvorbehalte
- Einfluss durch Personalpolitik

- Keine (analoge) Anwendung des § 43 I 2 StaRUG auf Überwachungsorgane
 - Haftung nach allgemeinen Vorschriften (§§ 116 AktG i.V.m. § 93 AktG; ggf. i.V.m. § 52 GmbHG; Art. 51 SE-VO)
- Pflichtverletzung: unzureichende Überwachung oder eigenes pflichtwidriges Handeln (insb. bei Zustimmungsentscheidung)
 - Pflichtverletzung wird vermutet (anders als bei § 43 I 2 StaRUG)
 - Fraglich, ob BJR anwendbar (Ermessensspielraum wie GL; ggf. Prüfung auf Vertretbarkeit und nicht bloße Evidenzkontrolle)

- Verschulden (vermutet)
- Schaden – erhebliche Abweichung, da Schaden der Gesellschaft und nicht der Gläubiger zu ersetzen
 - Haftung von Vorstand und AR: grds. Gesamtschuldner, allerdings nur, soweit sich Schadensposten decken (bei Rückgriff der AR-Mitglieder regelmäßig der Fall)

Pflichten und Haftung nach Eintritt der materiellen Insolvenz



- Insolvenzverschleppungshaftung
- Haftung für verbotene Zahlungen, § 15b IV InsO

- Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO ruht im Restrukturierungsverfahren (§ 42 I 1 StaRUG)
- An ihre Stelle tritt Insolvenzanzeigepflicht (§ 42 I 2 StaRUG)
 - Spielraum des Restrukturierungsgerichts nach § 33 II 1 Nr. 1 StaRUG
 - Nach überwiegender Ansicht keine Sanierungsfrist für Anzeige
- Strafbewehrt nach § 42 III StaRUG

- Grds. wie bei § 15a InsO
- Wahrscheinliche Gestaltung der Forderungen (im Restrukturierungsplan) kann berücksichtigt werden
- Gewisser Beurteilungsspielraum der Geschäftsleiter bei Fortführungsprognose; Überschreitung ist „nicht aus der Rückschau“ zu beurteilen, sondern mit den Erkenntnismöglichkeiten der Geschäftsleiter (BGH, Urt. v. 13.7.2021 – II ZR 84/20, Rz. 69, 79 – AirBerlin)
- Aber: ausreichende Beurteilungsgrundlage nötig (Planungsrechnungen erforderlich)
- Fortführungsprognose laufend zu überwachen (Rz. 85)

- Anspruch nach § 15b IV InsO
 - Einheitlicher Tatbestand (ersetzt z.B. § 64 S. 1 GmbHG, § 92 II AktG)
 - Seit 2021 mit Möglichkeit zum Nachweis eines geringeren Schadens (§ 15b IV 2 BGB)
 - Damit kein Anspruch eigener Art (mehr), sondern Schadensersatzanspruch mit widerleglicher Vermutung der Schadenshöhe
 - Erleichterung von Zahlungen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs
- § 15b InsO auch im Restrukturierungsverfahren anwendbar
- Restrukturierungsspezifische Regelung in § 89 III StaRUG

Haftung gem. § 15b InsO

- Gerichtlich gebilligte Fortführung des Restrukturierungsverfahrens (§ 33 II 1 Nr. 1 StaRUG) trotz materieller Insolvenz: Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang zulässig, § 89 III 1 StaRUG
- Zeitraum nach Insolvenzanzeige, aber vor Entscheidung des Gerichts: § 89 III 1, 2 StaRUG (zulässig, mit Einschränkungen)
- Zeitraum der Insolvenzverschleppung: § 15b II 2, III InsO verweist auf Zeitpunkt nach § 15a InsO, nicht aber auf § 42 StaRUG
- Auch hier Auslegung dahin, dass gleichsam auf Insolvenzanzeige anwendbar → Zahlungen grds. verboten

Insolvenzverschleppungshaftung

- Haftung bei verspätetem Insolvenzantrag: § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO (BGH und h.M.)
- Auch § 42 I 2 StaRUG ist nach ganz h.M. Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB
- Schutzzweck deckt sich mit dem des § 15a InsO

Aber was ist mit § 43 StaRUG?

- Verletzung der Pflicht aus § 42 I 2 StaRUG als Pflichtverletzung i.S.d. § 43 I StaRUG?
- Ja, wegen § 32 III StaRUG → Pflicht des Schuldners begründet Legalitätspflicht
- Zudem Verstoß strafbewehrt
- Teil der Pflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers

- Besondere Bedeutung des § 43 I StaRUG für Insolvenzverschleppungshaftung wegen Schadensberechnung
- Quotenschaden der Gläubiger → entspricht (konzeptionell) dem Quotenschaden der Altgläubiger bei Insolvenzverschleppung
- Nicht erfasst sind Neugläubigerschäden, da individuelle Schäden
- Damit passt § 43 StaRUG auch von der Rechtsfolge auf die Insolvenzverschleppung bzgl. Altgläubiger (anders als gesellschaftsrechtliche Organhaftung)

- Konkurrenzverhältnis der Normen?
- Bzgl. Neugläubiger keine Anspruchskonkurrenz
- Bzgl. Altgläubiger droht nebeneinander von Binnen- und Außenhaftung hinsichtlich desselben Schadens
- Keine ausreichende Lösung: § 92 InsO
 - § 43 StaRUG von § 92 InsO nicht erfasst (sondern von § 80 InsO), somit keine Sondermasse zu bilden
 - Erhebliche Unterschiede bei Abweisung mangels Masse

Lösung?

- Kaum vertretbar: Gesamtgläubigerschaft von Gesellschaft und Gläubigern oder Anrechnung
- Lösung: deliktische Haftung durch § 43 I 2 StaRUG verdrängt
- Letztlich die Lösung, die von den Einheitslehren seit Jahrzehnten vorgeschlagen wird
 - Heute auch Wortlautargument auf deren Seite
- Nicht nur Notlösung, sondern zahlreiche Vorteile

- (1) Insolvenzverschleppungshaftung und Haftung wegen verbotener Zahlungen erstmals synchronisierbar
- Wirtschaftlich teilidentische Schäden (Schäden i.S.d. § 15b InsO sind Ausschnitt des Quotenschadens wegen Insolvenzverschleppung)
 - Bestandsaufnahme: „[bisher ist] noch niemandem geglückt, ein bruchfreies System zur überschneidungsfreien Abbildung der Konkurrenz der beiden Ansprüche zu entwerfen. Vielmehr ist die Konkurrenz zwischen beiden Schadensermittlungssystemen nach wie vor völlig unklar.“ (Weiß, Insolvenzspezifische Geschäftsführerhaftung, 2017, S. 98)
 - Nun beides Schadenersatzansprüche der Gesellschaft → Anrechnung begründbar
 - Entbehrlichkeit der Sondermasse

- (2) Verschuldensvermutung: in § 43 I 2 StaRUG ausdrücklich enthalten (von BGH schon bisher angenommen mittels Analogie zu § 93 II 2 AktG, § 64 S. 2 GmbHG a.F.; § 130a II 2 HGB a.F. – alles Binnenhaftungsansprüche!)
- (3) Verjährung: bisher sehr str.
- Nun: § 43 III StaRUG: 5/10 Jahre, kenntnisunabhängiger Beginn (§ 200 S. 1 BGB)
 - Gleichlauf mit § 15b VII InsO

(4) Verzicht und Vergleich

- Bisher: keine Verzichts- und Vergleichsbefugnis der Gesellschaft, da Ansprüche der Gläubiger
- Befugnis des Insolvenzverwalters zum Vergleich weitgehend anerkannt (aus § 92 InsO); Befugnis zum Verzicht str.
- Ferner str., ob Befugnis der Gläubiger fortbesteht
- Nun: § 43 II StaRUG mit heute üblichen Ausnahmen in S. 2
- Weitgehender Gleichlauf mit § 15b IV 4, 5 InsO

- Übertragung der Einheitslösung wäre sinnvoll und systembildend
- Allein, es fehlt die passende Haftungsvorschrift!
- Möglich aber:
 - Verjährung künftig analog § 43 III StaRUG (parallel zu § 15b VII InsO)
 - Verschuldensvermutung gem. § 43 I 2 StaRUG
 - (Leider) nicht: § 43 II StaRUG (Verzicht und Vergleich), da deliktischer Anspruch der Gläubiger und kein Anspruch der Gesellschaft
- Anrechnung der Schadenspositionen bzgl. Haftung nach § 15b IV InsO? Vom Ergebnis her fast zwingend, dogmatisch aber kaum begründbar
- Auftrag an Gesetzgeber, Situation zu bereinigen – Vorlage ist vorhanden

Universität Münster | Rechtswissenschaftliche Fakultät
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Gesellschafts-,
Kapitalmarkt- und Insolvenzrecht

Prof. Dr. Stefan Korch, LL.M. (Harvard)

Fragen und Anregungen auch nach der Veranstaltung
gerne an: stefan.korch@uni-muenster.de



Norddeutscher Insolvenzrechtstag 2023

Zivilrechtliche Haftungsrisiken in den einzelnen Verfahrensstadien

Prof. Dr. Christoph Thole, Dipl.-Kfm.

**Direktor des Instituts für Verfahrensrecht und Insolvenzrecht, des Instituts für
Internationales und Europäisches Insolvenzrecht und des Instituts für
Anwaltsrecht**



Haftungsrisiken im Vorfeld eines Verfahrens und in der Unternehmenskrise



Existenzvernichtender Eingriff

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2022, 12 W 17/22

- **Haftung des Gesellschafters bei existenzvernichtenden Eingriffen (i.S.d. § 826 BGB)**
- **Auch relevant für Weisungen von Gesellschaftern**
- 1. Gründung einer Treuhandgesellschaft stellt keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung zulasten der Gesellschaft oder (künftiger) Gesellschaftsgläubiger dar



Existenzvernichtender Eingriff

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2022, 12 W 17/22

- 2. Keine Gläubigerbenachteiligung durch Verkürzung der (potenziellen) Insolvenzmasse liegt bei der treuhänderischen Gründung einer GmbH für einen nicht genannten Treugeber allein deshalb, weil im Insolvenzfall Haftungsansprüche gegen den „Hintermann“ erschwert oder verhindert werden.
- 3. Ein existenzvernichtender Eingriff des Gesellschafters setzt den planmäßigen Entzug von Gesellschaftsvermögen zum eigenen Vorteil des Gesellschafters oder unmittelbar oder mittelbar zugunsten eines Dritten und die Verursachung oder Vertiefung der Insolvenz durch den Vermögensentzug voraus



BGH, Urteil vom 27.7.2021 – II ZR 164/20

- Vorsätzliche Insolvenzverschleppung in der Absicht, das als unabwendbar erkannte Ende eines Unternehmens so lange wie möglich hinauszuzögern = sittenwidrige Schädigung iSd § 826 BGB, wenn dabei die Schädigung der Unternehmensgläubiger billigend in Kauf genommen wird.
- Schutzbereich einer vorsätzlich sittenwidrigen Insolvenzverschleppung erfasst Personen, die vor Insolvenzreife in Vertragsbeziehungen mit einer GmbH getreten sind und durch einen gegen die mittlerweile unerkannt insolvenzreife Gesellschaft eingeleiteten Rechtsstreit oder ein gegen diese eingeleitetes selbstständiges Beweisverfahren mit Kosten belastet werden, für die sie bei der Gesellschaft keinen Ersatz erlangen können.



Drei maßgeblichen Zeiträume und zugehörige Geschäftsleiterpflichten

Krisenanzeichen, bestandsgefährdende Entwicklung	Drohende ZU	Rechtshängigkeit StaRUG mit Anzeige nach § 31 StaRUG
§ 1 StaRUG	§ 1 StaRUG	§ 1 StaRUG?
	§§ 2, 3 StaRUG-RegE	§ 43 StaRUG i.V.m. § 32 StaRUG + § 42 StaRUG + Sondertatbestände
Gesellschaftsrecht	Gesellschaftsrecht	Gesellschaftsrecht



§ 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.



§ 1 Abs. 1 S. 1 StaRUG: Überwachungspflicht

- Zusammenführung von § 91 Abs. 2 AktG und der ähnlichen Vorgabe des GmbH-Rechts (§ 43 GmbHG)
- Nur Mindestanforderungen (arg. Abs. 3)
- Konkrete Ausformung abhängig von Größe, Branche, Struktur und Rechtsform des jeweiligen Unternehmens
- **Folgt aus StaRUG auch Pflicht zur Liquiditätsplanung für 24 Monate? (dafür D'Avoine/Michels NZI 2022, 3)**
- Handelsrechtliche Buchführungs-, Rechnungslegungs- und Offenlegungspflichten einzuhalten (arg. e. § 51 Abs. 2 Nr. 2 StaRUG)



§ 1 Abs. 1 S. 2 und 3 StaRUG: Berichtspflichten

- Berichtspflicht gegenüber „Überwachungsorganen“ (§ 1 Abs. 1 S. 2 StaRUG)
- Pflicht, auf Befassung anderer Organe hinzuwirken, wenn deren Zuständigkeiten berührt (§ 1 Abs. 1 S. 3 StaRUG)
 - Überwachungsorgane und andere Organe abzugrenzen
 - Laut Begr. RegE, S. 115: Gesellschafterversammlung anderes Organ



§ 1 Abs. 1 S. 2 StaRUG: Berichtspflichten

- Eigene Pflichten der Überwachungsorgane bleiben unberührt und sind von Bericht unabhängig
- Pflicht aus § 1 Abs. 1 S. 2 StaRUG ab „Erkennen bestandsgefährdender Entwicklungen“



§ 1 Abs. 1 S. 2 StaRUG: Pflicht zu Gegenmaßnahmen

- Geeignete Gegenmaßnahmen: bedeutet **Sanierungspflicht** im Sinne einer Beseitigung der Bestandsgefährdung
 - Schon in § 43 Abs. 2 GmbHG angelegt
 - Pflicht auch für Gesellschafter (Treuepflicht)?
 - Wann geeignet? Nur reflexhafter Schutz der Gläubiger?
- (Nur) bei der Wahl der Gegenmaßnahmen gilt Business Judgment Rule
- Keine spekulativen Maßnahmen oder betriebsfremden Zwecken dienende Maßnahmen
- Aber: kein Zahlungsverbot



Was bedeutet die Streichung von §§ 2 f. StaRUG-RegE?

- §§ 2 f. StaRUG-RegE: Ab drohender ZU **im Zweifel** Vorrang der Gesamtgläubigerinteressen vor den Gesellschafterinteressen (shift of duties)
 - Nach Rechtshängigkeit gelten §§ 32, 43 StaRUG und damit der Vorrang der Gesamtgläubigerinteressen
- § 3 StaRUG-RegE: Haftung gegenüber der Gesellschaft
- Unbeachtlichkeit entgegenstehender Weisungen und damit Freiraum für GF
- Business Judgment Rule und Ermessen
- Korrespondierende Pflicht der Überwachungsorgane



Was bedeutet die Streichung von §§ 2 f. StaRUG-RegE?

- Rechtsausschuss des Bundestags:
 - Streichung wegen des unklaren Verhältnisses zu den gesellschaftsrechtlichen Sanierungspflichten
 - **Bedürfnis nach Gläubigerschutz wird durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen aufgefangen und es werden deshalb keine Haftungslücken entstehen – wirklich?**
- Streichung hat umfassende Diskussion im Schrifttum ausgelöst (dazu *Thole* BB 2021, 1347 mit weiteren Nachw.)



Hineinlesen des *shift of duties* in § 1 StaRUG oder gesellschaftsrechtliche Pflichten?

- *Shift of duties* gem. § 1 StaRUG teils vertreten im insolvenzrechtlichen Schrifttum (jedenfalls ab drohender ZU)
 - Zuletzt *Hölzle*, FS Gehrlein, 2022: Restrukturierungsverschleppungshaftung
- M.E. bisher kein *shift of duties*
 - Arg. § 1 StaRUG greift schon vor drohender ZU
 - Gesetzliche Pflicht unter Anknüpfung an § 43 Abs. 2 GmbHG für die Haftung
 - § 1 StaRUG kein Schutzgesetz für Gläubiger im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (str.)
- Fortentwicklung der gesellschaftsrechtlichen Sanierungspflichten auch zugunsten der Gläubiger als allgemeine Pflicht zu erwägen
 - Aufweichung der strengen Anforderungen an Existenzvernichtung?



Weisungen und Haftungsverzicht

- Bisher Unbeachtlichkeit oder Nichtigkeit von Weisungen nur bei § 43 Abs. 3 GmbHG und Existenzvernichtung
- Haftungsverzicht bisher unbeachtlich bei Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung, aber nur bei § 43 Abs. 3 GmbHG; bei AG § 93 Abs. 4 und 5 AktG
- → bedarf es der Weiterentwicklung?



Weisungen und Haftungsverzicht

- Keine Weisung, § 1 nicht zu beachten („Ob“ nicht disponibel)
- Weisung bindend, kein Restrukturierungsverfahren einzuleiten?
 - Eine Ansicht: **nein**, wegen Art. 19 der RL 2019/1023
 - M.E. zumindest grundsätzlich **ja**:
 - Art. 19 ist weit gefasst (Gläubiger nur „gebührend zu berücksichtigen“) und Auslösegrund ohnehin dem nationalen Recht überlassen (wahrscheinliche Insolvenz)
 - Gläubiger haben sozusagen „keinen Anspruch auf ein StaRUG-Verfahren“
 - §§ 2, 3 StaRUG-RegE nicht umgesetzt



Einholung eines Gesellschafterbeschlusses?

- Bedarf es vor Anzeige des Restrukturierungsvorhabens der vorherigen Einholung eines Gesellschafterbeschlusses im Innenverhältnis zu den Gesellschaftern?
 - Eine Ansicht: nein, u.a. wegen Art. 12 RL 2019/1023 (keine Blockadeposition)
 - Andere Ansicht: ja, analog zur Diskussion beim freiwilligen Insolvenzantrag gemäß § 18 InsO (nota bene: wenn keine Überschuldung oder ZU)
 - Bei AG keine Pflicht, HV einzuberufen



OLG Köln Haftung des Sanierungsberaters in der Krise, ZIP 2022, 384

- Klage aus Anfechtung und aus abgetretenem Recht des GF Schadensersatz wegen Schlechterfüllung (§ 280 BGB) mangels Hinweises auf Antragspflicht
- § 133 InsO a.F.
- ZU festgestellt: Löhne nicht mehr vollständig gezahlt, Vollstreckungen, Rücklastschriften, Steuerverbindlichkeiten, Treuhandkonto



OLG Köln Haftung des Sanierungsberaters in der Krise, ZIP 2022, 384

- SchadE auf der Grundlage des Sanierungsberatervertrags - mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, hier des Geschäftsführers
- Pflicht, auf die Insolvenzreife der Schuldnerin hinzuweisen
- Dabei kommt es nicht darauf an, dass die Beklagte und die Schuldnerin nicht ausdrücklich vereinbart haben, dass die Beklagte die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin prüfen und ein Sanierungskonzept mit IDW S 6-Standard erstellen sollte.
- Ergänzende Vertragsauslegung



OLG Saarbrücken, Urteil vom 7.12.2022 – 5 U 67/21

- Sachverhalt:
- Rechtlich unerfahrene Gesellschafter-Geschäftsführer beauftragen Anwaltssozietät mit Sanierungsberatung
- Beratung: Schutzschirmverfahren als „Königsweg“ empfohlen
 - Behauptung Kläger: „Zusicherung“, ein saniertes Unternehmen zu bekommen
 - Alternatives Turnaround-Konzept, fortlaufende Gespräche mit Banken
 - LOI eines chinesischen Alternativinvestors
- Geschäftsführender Partner der Sozietät wird im Schutzschirmverfahren auch CRO
- Insolvenzplan, u.a. mit 1 Euro-Deal an Investor und mit Verzicht der Gesellschafter auf Versorgungszusagen, bestätigt



OLG Saarbrücken, Urteil vom 07.12.2022 – 5 U 67/21

- 1. Überlegung: Inanspruchnahme wegen fehlerhafter Sanierungsberatung
 - Sind die Gesellschafter überhaupt Partei des Anwaltsvertrags?
 - OLG: Rechnungen an Schuldnerin, aber Vertrag mit Schutzwirkung betreffend Sanierungsberatung
- 2. Zurechenbare Pflichtverletzung, Schutzschirmverfahren zu empfehlen?
 - „Reindrängen“ in das Schutzschirmverfahren?
 - Keine Aufklärung über andere Sanierungsmöglichkeiten?
 - Zudem Frage des Schadens – schwierig! OLG: nicht einmal Mindestschaden schätzbar
- 3. Überlegung: Haftung der Sozietät wegen Tätigkeit des Partners als CRO
 - Hier auch Mandatsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Gesellschafter?
 - Haftung nach §§ 60, 61 InsO analog mit § 31 BGB?
– Kein Handeln für die Sozietät, sondern für die Gesellschaft



BGH, 26.1.2023, III ZR 91/22

- Erfolgreiche Gehörsrüge wegen unzureichender Tatsachengrundlage
- Prüfung von Unterlagen durch RA und (Fehl-)Auskunft über verneinte Insolvenzantragspflicht im Rahmen von zwei halbstündigen Terminen
- BGH: möglich, dass Auskunftsvertrag zustande gekommen ist → vertragliche Haftung nicht ausgeschlossen



Haftungsrisiken betreffend Insolvenzantragstellung und Feststellung der Insolvenzreife



Unsicherheiten bei den Insolvenzgründen

- Überschuldungsprüfung
 - Allgemeine Diskussion, z.B. BGH, 13.7.2021, II ZR 84/20 (AirDeal)
 - Patronatserklärungen (zur damit verbundenen Haftungsgefahr Bieg/Hölzle ZIP 2022, 2419, 2224)
 - Einfluss der Q-Cells-Entscheidung (3.3.2022, IX ZR 78/20) mit den fortgeschriebenen Anforderungen an Sanierungskonzepte
 - OLG Schleswig NZG 2022, 173 : Harte Verlustdeckungszusage der Mutter bedarf nicht der Schriftform
 - Insolvenzreife bei start-ups: OLG Düsseldorf NZG 2021, 1266: keine Ertragsfähigkeit im Prognosezeitraum erforderlich
 - SanInsKG
- Zahlungsunfähigkeit
 - BGH, 28.6.2022, II ZR 112/21, - 4 Zeitpunkte: betraf nur Darlegung Verwalter im Haftungsprozess



BGH, 28.6.2022, IX ZR 112/21

- Hinweis des BGH Rn. 14: ZU könne ex post auch durch Stichtags-Liquiditätsstatus mit „Finanzplan“ (Nachzeichnung Ein- und Auszahlungen) für die folgenden drei Wochen nachgewiesen werden (unter Hinweis auf BGH 28.4.2022, IX ZR 48/21, Rn. 18, 22)
- *Steffan/Poppe/Oberg* ZIP 2022, 1961, 1964: keine ex post-Nachweisführung durch einen Finanzplan (vielmehr tatsächliche Zahlen)
 - Wenn Planung nicht aufgeht, dann bestand von Anfang an ZU, so wohl auch Ampferl/Kilper, NZI 2018, 191, 195 unter Hinweis auf BGH NJW 2006, 588
 - Aber: BGH: „Etwas anderes gilt nur dann, wenn auf Grund konkreter Umstände, die sich nachträglich geändert haben, damals angenommen werden konnte, der Schuldner werde rechtzeitig in der Lage sein, die Verbindlichkeiten zu erfüllen“ (BGH NZI 2007, 36 Rn. 28)
 - Zudem Achtung: bei § 15b InsO kann natürlich Verschulden fehlen, wenn GF – damals – geplant hat



Kammergericht, 28.4.2022, 2 U 39/18 – Haftung nach § 15b InsO in einer Konzernsituation

- 1. Ein vom Insolvenzverwalter als Indiz der Überschuldung vorgelegter Jahresabschluss ist nicht schon deswegen ohne Aussagekraft, weil er vor Insolvenzeröffnung nicht mehr förmlich beschlossen und vom Geschäftsführer unterzeichnet werden konnte. Vielmehr sind dem Geschäftsführer konkrete Einwendungen in der Sache zumutbar.
- 2. Geschäftsführer einer konzernangehörigen GmbH darf sich zur Exkulpation **nicht auf ein Anwaltsgutachten stützen**, welches das Vorliegen von Insolvenztatbeständen im Wege einer **reinen Konzernbetrachtung** verneint.
- 3. Hat der auf die Erstattung von Zahlungen in der Insolvenz in Anspruch genommene Geschäftsführer die sorgfältige Plausibilitätskontrolle einer Insolvenzbegutachtung unterlassen, kann er nicht geltend machen, bei deren Vornahme hätte ihm der Fehler des Begutachtenden nicht auffallen müssen.



Der neue § 15b InsO als Substitut für § 64 GmbHG

- Zahlungen im § 15a-Zeitraum im weiteren Umfang erlaubt als bisher
- Zahlungen nach § 15a-Frist in aller Regel nicht mehr sorgfaltsgemäß
- Im Eröffnungsverfahren privilegiert, wenn mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters (aber Eigenverwaltung Vorrang § 276a Abs. 3 InsO → §§ 60, 61 InsO analog)



Der neue § 15b InsO als Substitut für § 64 GmbHG

- Änderungen der Rechtsfolge, aber § 15b Abs. 4 S. 1 zielt primär weiter auf „Erstattung“, nicht Schadensausgleich
- Vermutung des Gesamtgläubigerschadens
- D&O-Versicherung gesichert seit BGH NJW 2021, 231



Der neue § 15b InsO als Substitut für § 64 GmbHG

- Was bedeutet die Maßgeblichkeit des „geringen Schadens“ für die Rechtsprechung des II. Senats zur ausgleichendem Leistung?
- Übernahme der Rechtsprechung zur „verbotenen Auszahlung“ unter dem Schadensbegriff?
- U.a. keine Zahlung bei reinem Gläubigeraustausch, z.B. bei Zahlung aus debitorischem Konto an Gläubiger
- z.B. BGH, 4.7.2017 – II ZR 319/15, 23.6.2015 – II ZR 366/13, 18.11.2014 – II ZR 231/13



Haftung nach § 64 GmbHG - aktuelle Rechtsprechung

- **Abgänge** vom debitorischen Konto, dh Zahlungen an Gl. (-), so BGH, NZG 2014, 1069; NZG 2010, 346; NZG 2007, 462 → grundsätzlich Gläubigertausch
- **Eingänge:** Mit der Zahlung auf ein debitorisches Konto liegt eine masseschmälernde Leistung an die kontoführende Bank vor, weil der Debet vermindert wird (BGH NZG 2014, 1069 Rdnr. 16)
- Gilt das auch, obwohl ja typischerweise Sicherungsabtretung hinsichtlich der eingezogenen Beträge (BGH 23.6.2015 – II ZR 366/13, NZG 2015, 998)?



BGH, 8.12.2015, II ZR 68/14, NZI 2016, 272 zur Sicherungsabtretung/Globalzession

Zusammengefasst:

1. Keine Masseschmälerung bei Absonderungsrecht
2. Masseschmälerung bei Entstehen und Werthaltigmachen nach Insolvenzreife
3. Doch keine Masseschmälerung bei Entstehen oder Werthaltigmachen nach Insolvenzreife, wenn mit sicherungsübereigneten Waren werthaltig gemacht wird



Haftung nach § 64 GmbHG - aktuelle Rechtsprechung

- BGH 23.6.2015 – II ZR 366/13, NZG 2015, 998 zur Ausgleich der Masseschmälerung
 - Rdnr. 33: Zu einem Ausgleich für die vorangegangene Masseschmälerung durch die Einzahlung auf das debitorische Konto kommt es dagegen, wenn die Mittel nicht für Zahlungen an einzelne Gläubiger verwendet werden, sondern für die Masse gesichert werden, etwa durch Abhebung zu Gunsten der Barkasse oder Überweisung auf ein kreditorisch geführtes Konto der Gesellschaft.Das gleiche gilt, wenn die eröffnete Kreditlinie zwar zur Zahlung an einen (Neu-)Gläubiger verwendet wird, damit aber im Gegenzug **ein werthaltiger Gegenstand in die Masse** gelangt, etwa durch einen mit den Kreditmitteln finanzierten Kauf. Wenn ein solcher Massezufluss mit dem Zahlungseingang auf dem debitorischen Konto noch in **unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang** steht, kann der Ersatzanspruch wegen eines Aktivtauschs entfallen



Haftung nach § 64 GmbHG - aktuelle Rechtsprechung

- BGH 4.7.2017 – II ZR 319/15 zur Ausgleich der Masseschmälerung
 - Rdnr. 11: Da der die Erstattungspflicht auslösende Vorgang in der Schmälerung der Masse durch die einzelne Zahlung besteht, ist **nicht jeder beliebige weitere Massezufluss als Ausgleich dieser Masseschmälerung zu berücksichtigen**. Vielmehr ist ein **unmittelbarer wirtschaftlicher, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang mit der Zahlung** erforderlich, damit der Massezufluss der an und für sich erstattungspflichtigen Masseschmälerung zugeordnet werden kann. Auf eine **Zuordnung nach wirtschaftlicher Betrachtung zur einzelnen masseschmälernden Zahlung** kann **nicht verzichtet** werden, da der Ersatzanspruch nicht auf Erstattung eines Quotenschadens gerichtet ist.



Haftung nach § 64 GmbHG - aktuelle Rechtsprechung

- BGH 4.7.2017 – II ZR 319/15 zur Ausgleich der Masseschmälerung
 - Rdnr. 12: Die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO sind insoweit aber nicht entsprechend anwendbar Für eine Analogie fehlt es aber an einer vergleichbaren Interessenlage.
 - Rdnr. 18: Die Bewertung selbst hat aber schon aufgrund der Insolvenzreife der Gesellschaft danach zu erfolgen, ob die Insolvenzgläubiger die Gegenleistung verwerten könnten, wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt das Verfahren eröffnet wäre. Das ist bei Arbeits- oder Dienstleistungen regelmäßig, so auch hier, nicht der Fall. **Dienstleistungen** führen nicht zu einer Erhöhung der Aktivmasse und sind damit kein Ausgleich des Masseabflusses
 - Rdnr. 20: Aber auch soweit mit diesen Gegenleistungen ... Materiallieferungen verbunden waren, führt dies nicht zu einem Wegfall der Erstattungspflicht. Wenn die Gesellschaft insolvenzreif und eine Liquidation zugrunde zu legen ist, ist die in die Masse gelangende Gegenleistung grundsätzlich nach **Liquidationswerten** zu bemessen



Haftung nach § 64 GmbHG - aktuelle Rechtsprechung

- BGH, Urt. vom 27.10.2020 - II ZR 355/18 zum Aktivtausch
- Eine masseschmälernde Zahlung aus dem Vermögen einer insolvenzreifen Gesellschaft gem. § 64 Satz 1 GmbHG kann grundsätzlich nicht durch eine **Vorleistung** des Zahlungsempfängers kompensiert werden.



Der neue § 15b InsO als Substitut für § 64 GmbHG

- Fortführung unter dem Schadensbegriff?
 1. Aufgabe des unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs?
 2. Erweiterung auf Dienstleistungen?
 3. Oder wie *Bitter* ZIP 2021, 330 : „Projektbezogene Prüfung“?
 4. Vorleistungen erfasst?
- Beweislast für geringeren Schaden bei Geschäftsleitern
 - Schon bisher Beweislast für kompensierende Gegenleistung bei GF



Steuerrechtliche Haftungsrisiken

- **Vor dem SanInsFoG:**
- **BFH, Urteil vom 22.10.2019 – VII R 30/18 für starken vorläufigen IV**
- Der Geschäftsführer kann sich nicht allein mit der Behauptung entlasten, er habe angenommen, der vorläufige Insolvenzverwalter werde seine Zustimmung zur Abgabentilgung verweigern; hypothetische Kausalverläufe sind nicht zu berücksichtigen.
- Wegen der erhöhten Anforderungen an den Geschäftsführer in der Krise der GmbH ist im Regelfall eine solche Anfrage an den vorläufigen Insolvenzverwalter erforderlich, deren Nachweis dem Geschäftsführer obliegt.
- Nur bei konkreten und eindeutigen objektiven Anhaltspunkten für die Sinnlosigkeit dieser Anfrage kann auf diese verzichtet werden (im Anschluss an Senat BFHE 259, 423 = BStBl. II 2018, 772).



BFH, Urt. v. 14.12.2021 – VII R 32/20

- **Haftung für pauschalisierte Lohnsteuer**
- Die Nichtabführung einzubehaltender und anzumeldender Lohnsteuer zu den gesetzlichen Fälligkeitszeitpunkten begründet regelmäßig eine zumindest grob fahrlässige Verletzung der Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH. Das gilt auch im Fall der nachträglichen Pauschalierung der Lohnsteuer.
 - Grundsatz der anteiligen Tilgung
- **Nichtersuchen des vorläufigen Insolvenzverwalters um Zustimmung zur Abführung der Lohnsteuer begründet Verschulden**
- Neufassung des § 15b InsO ändert nichts: v. IV. sei nicht gehindert, Zustimmung zu erteilen



Sozialversicherungsbeiträge

- Analoge Anwendung des § 15b VIII InsO auf Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung fraglich
- § 15b InsO: Arbeitgeberbeiträge grundsätzlich vom Zahlungsverbot erfasst
- AG Ludwigshafen NZI 2023, 174 mit Anmerkung Undritz:
 - „Ob eine Strafbarkeit aus § 266 Abs. 1 StGB tatsächlich in Betracht kommt, spielt in Ermangelung einer gesicherten höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Rolle, da es dem Geschäftsführer bei der bestehenden rechtlichen Unsicherheit nicht zumutbar ist, sich durch Nichtzahlung einem Strafbarkeitsrisiko auszusetzen (AG Hamburg NZI 2018, 93, 95). **Vor diesem Hintergrund kann das Gericht einen beschränkten Zustimmungsvorbehalt in der tenorierten Form aussprechen, der den vorläufig eigenverwaltenden Schuldner von der Rechtsmacht zur Zahlung an die Sozialversicherungsträger befreit**“



Kommanditistenhaftung und damit verbundene Pflichten des Insolvenzverwalters



BGH, II. Senat, II ZR 108/20, 15.12.2020

- Haftung des Kommanditisten nach §§ 172 Abs. 4, 161, 128 HGB: „jedenfalls“ für solche Gesellschaftsverbindlichkeiten, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet worden sind.
 - Auf die insolvenzrechtliche Einordnung dieser Verbindlichkeiten kommt es dabei nicht an.
 - Rechtsgedanke des § 160 HGB: wofür würde ausgeschiedener Gesellschafter haften?



BGH, 28.1.2021, IX ZR 54/20, NZI 2021, 440

- Der Kommanditist haftet in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Kommanditgesellschaft für Masseverbindlichkeiten, welche von der Insolvenzschuldnerin begründet worden sind.
- Die persönliche Haftung des Gesellschafters für Masseverbindlichkeiten in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft scheidet grundsätzlich nicht bereits aus insolvenzrechtlichen Gründen aus
- Aber ggf. teleologische Reduktion bei Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf IV und dessen Forderungsbegründung



Kommanditistenhaftung

- Weitere Folgerungen und Auswirkung auf Pflichten des IV:
 - Kommanditisten haften auch für Säumniszuschläge und Verfahrenskosten
 - Verteilung richtet sich nach insolvenzrechtlichen Maßstäben an die Gläubiger, denen Kommanditist haftet, da rechnerische Sondermasse Teil der Masse
 - Einziehung und Verteilung zu unterscheiden



Haftung des Aufsichtsrats



OLG Hamburg NZG 2015, 756 Rn. 53, 54

- Gesteigerte Überwachungspflicht des AR
- AR muss sich ein genaues Bild von der wirtschaftlichen Situation der Schuldnerin machen und insoweit die nach § § 90 III, 111 II AktG zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen (BGH, NZG 2009, 550 Rn. 15).
 - „Es lässt sich aber nicht feststellen, dass die Bekl. zu 3 bis 5 durch die Wahrnehmung ihrer hinsichtlich der Bücher und Schriften der Schuldnerin bestehenden Einsichtnahme- und Prüfungsrechte eine nicht nur drohende, sondern bereits eingetretene Insolvenzreife der Schuldnerin mit der Konsequenz hätten erkennen können, dass die ihnen obliegenden Informations-, Beratungs- und Überwachungspflichten sich zu einer Verpflichtung dahingehend verdichtet hätten, darauf hinzuwirken, dass der Vorstand keine mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters nicht zu vereinbarenden Zahlungen mehr leiste (BGHZ 187, 60 = NZG 2010, 1186 = NJW 2011, 221; BGH, NZG 2009, 550 = NJW 2009, 2454) bzw. insofern auch keine Zahlungen auf etwa debitorisch geführte Bankkonten der Schuldnerin mehr entgegennehme.“



OLG Hamm NZG 2022, 622

- Haftung Aufsichtsrat für unterlassene Geltendmachung von (mittlerweile verjährten) Ansprüchen gegen Vorstand (konkret: wegen überhöhter Mietzahlungen)
- Schaden der Gesellschaft entfällt nicht im Wege des Vorteilsausgleichs, wenn IV der Gesellschaft sich die Mieten über die Anfechtung zurückholt



KG NZG 2021, 1358 – Haftung des Aufsichtsrats bei § 15b InsO

- Beachte § 116 AktG i.V.m. § 15b InsO
- Stellt der Aufsichtsrat fest, dass die Gesellschaft insolvenzreif ist, hat er darauf hinzuwirken, dass der Vorstand rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt und keine Zahlungen leistet, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht vereinbar sind; erforderlichenfalls muss er ein ihm unzuverlässig erscheinendes Vorstandsmitglied **abberufen**.



Haftung Insolvenzverwalter, CRO und Sachwalter



§ 276a InsO

- Generell: § 276a Abs. 1 InsO als Begrenzung des Handlungsspielraums der anderen gesellschaftsrechtlichen Organe
- Vorrang § 276a Abs. 2 InsO vor § 15b InsO bezogen auf Handeln im Eröffnungsverfahren
- Wirklich keine Haftung des Generalbevollmächtigten nach § 276a InsO i.V.m. § 60, § 61 InsO?
 - Faktischer GF, wer im Außenverhältnis die Tätigkeit des Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt und sich nach Außen als Geschäftsleiter aufspielt (BGH ZIP 2005, 1414)
- Risiken aufgrund der Restrukturierungssituation und Risiken betreffend Restrukturierungsobjekt
- Für Sachwalter gilt § 274 InsO i.V.m. § 60 InsO (**im Rahmen der Überwachungspflichten!**)
 - Letztlich allgemeines Problem



Haftung des Insolvenzverwalters bzw. der Eigenverwaltungsorgane, § 60 InsO (ggf. i.V.m. § 276a InsO)

- Verwertungsfehler
 - Z.B. Nichtermittlung von Massegegenständen
 - Anfechtungsansprüche – wann zu viel? Wann zu wenig?
 - Gestaltung der Verwertung
 - Plangestaltungen
- Verteilungsfehler
 - Aktuell: Corona-Sonderregeln zu beachten, SanInsKG
 - Feststellung zur Tabelle: Bestreiten oder Nichtbestreiten
 - zB BGH NZG 2020, 384; ZRI 2023, 292 (bei § 39 Abs. 1 Nr. 5 auch Nebenforderungen)



Haftung bei Betriebsfortführung, BGH NJW 2020, 1800

- Maßstab aller unternehmerischen Entscheidungen des Insolvenzverwalters im Rahmen einer Betriebsfortführung ist der Insolvenzszweck der *bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger sowie das von den Gläubigern gemeinschaftlich beschlossene Verfahrensziel* – Abwicklung des Unternehmens, Veräußerung oder Insolvenzplan
- Ermessensspielraum ist überschritten, wenn die Maßnahme aus der Perspektive ex ante angesichts der mit ihr verbundenen Kosten, Aufwendungen und Risiken im Hinblick auf die Pflicht des Insolvenzverwalters, die Masse zu sichern und zu wahren, **nicht mehr vertretbar** ist.



Haftung bei Betriebsfortführung, BGH NJW 2020, 1800

- 93 I 2 AktG ist nicht entsprechend auf die Haftung des Insolvenzverwalters bei unternehmerischen Entscheidungen anzuwenden
- Räumt das Gesetz der Gläubigerversammlung keine Entscheidungs- oder Zustimmungskompetenz ein, haben ihre Beschlüsse grundsätzlich keine Auswirkungen darauf, ob der Insolvenzverwalter einen Masseschaden pflichtwidrig und schuldhaft herbeigeführt hat.



§ 60 InsO wegen Schlechtverwertung

- **OLG Hamburg 29.10.2021, 11 U 159/19, BeckRS 2021, 43668:**
- Fall: Veräußerung an nahestehende Person
- Werden die für die Schätzung benötigten Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen bestritten, ist darüber Beweis zu erheben und nach Maßgabe von § 286 ZPO zu entscheiden. (Rn. 59) – hier hypothetisches Bieterverhalten
- Wenn sich der Kläger auf einen möglichen höheren Verwertungserlös stützt, trägt er hierfür die Beweislast.
- Nichteinholung der Zustimmung der GlVersammlung nach § 162 InsO im Ergebnis unschädlich – daraus folgt keine Beweiswirkung



Haftung des Treuhänders, BGH, 16.3.2023, IX ZR 150/22

- Erwerb von Vermögen „nach Eintritt der Voraussetzungen des § 300 Abs. 1 S. 2 InsO aF“ (zB Neuerwerb nach Kostenbegleichung) und Herausgabepflicht nach § 300a Abs. 2 S. 3 InsO
- BGH: auf die Rechtskraft der Restschuldbefreiung kommt es nicht an, nur auf den Eintritt der materiellen Voraussetzungen
- Offen, ob Haftung analog § 60 InsO oder nach § 280 BGB
- Rechtsirrtum?
- „Auch im Haftungsrahmen des § 60 InsO wird vorausgesetzt, dass ein Insolvenzverwalter die Normen der Insolvenzordnung kennt oder sich zutreffend darüber informieren lässt“
- „Bei rechtlichen Zweifelsfragen nicht schuldhaft, wenn Verwalter sich nach sorgfältiger Prüfung eine Rechtsansicht gebildet hat, die sich mit guten Gründen vertreten lässt“
- In casu: Blick in alte Auflage eines Kommentars genügte nicht



Haftung bei (übertragender) Sanierung

- Pre-Pack und Transparenzanforderungen/Dual Track-Thematik
- Allgemein: Gescheiterte Sanierung als Haftungsrisiko?
- MUZ und Neu-MUZ (BAG, 25.8.2022, 6 AZR 441/21: sehr schwierige Entscheidung, dazu Vortrag Ries)



Umgang mit Absonderungsrechten

Entscheidung des BGH vom 24.1.2019

- Gerichtliche Anordnung im Eröffnungsverfahren:
 - Zustimmungsvorbehalt zugunsten des vorläufigen Verwalters bei Verfügungen über Schuldnervermögen
 - Einziehungsbefugnis für *Schuldnerforderungen* (offenbar nicht für sicherungsabgetretene Forderung nach § 21 Abs. 1 Nr. 5 letzter Hs. InsO)
 - Verfügungsbefugnis Konten
- Widerruf der Weiterveräußerungs- und der Einziehungsbefugnis durch Klägerin bezogen auf Globalzession und Raumsicherung
- Vorläufiger Verwalter entnimmt **vor und nach Widerruf** Ware aus den Lagerräumen und veräußert sie an Kunden (bzw. lässt durch Schuldnerin veräußern) und zieht Forderungen auf allgemeine Geschäftskonten ein



Die Entscheidung vom 24.1.2019

- Kernaussagen des BGH zur unberechtigten Veräußerung
- 1. Die Verfügungs- und die Einziehungsermächtigung aus Globalzession, Raumsicherungsübereignung und verlängertem EV erlöschen nicht eo ipso mit Antragstellung
- 2. Die Verfügungs- und die Einziehungsermächtigung aus Globalzession, Raumsicherungsübereignung und verlängertem EV erlöschen aber mit Widerruf
- 3. Vor Widerruf Frage des „ordnungsmäßigen Geschäftsgangs“ – Sicherungsinteresse muss gewahrt sein (dazu noch gleich)



Die Entscheidung vom 24.1.2019

- 4. Das Gericht kann nicht nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO über fehlende Ermächtigung zur Weiterveräußerung oder Verarbeitung zur hinweghelfen (obwohl im konkreten Fall nicht ausgesprochen)
 - nur bei Einziehung sicherungsabgetretener Forderungen, siehe § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 Satz 3
 - Dann aber bisher analog § 170 Abs. 1 S. 2 analog (BGH NZI 2010, 339); Separierungs- und Abführungspflicht, aber keine Ersatzabsonderung, weil berechnete Einziehung



Die Entscheidung vom 24.1.2019

- Keine Überwindung fehlender oder widerrufenen Befugnis bei Veräußerung und Verarbeitung von Absonderungsgütern
 - „vom Gläubiger nicht verwertet oder eingezogen werden dürfen und dass solche Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners eingesetzt werden können, soweit sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind“ meint nur Nutzung, nicht Verbrauch und Verwertung (obwohl Einziehung Forderungen ja auch Verwertung)
- 5. Entscheidend daher sowohl für Einziehung der globalzedierten Forderungen als auch für die Ware aus der Raumsicherung die Auslegung der Einziehungs- und Weiterveräußerungsermächtigung: kein ordnungsmäßiger Geschäftsgang, wenn sich nicht das Sicherungsrecht am Erlös fortsetzt
- → Einzug auf einem offenen Treuhandkonto zugunsten Klägerin



Umgang mit Absonderungsrechten, hier: BGH, 27.10.2022, IX ZR 145/21 zu Markenrechten

- Reichweite des § 166 Abs. 1 und 2 InsO
- Das Recht des Insolvenzverwalters, bewegliche Sachen, an denen ein Absonderungsrecht besteht, und zur Sicherheit abgetretene Forderungen des Schuldners zu verwerten, erstreckt sich **nicht auf sonstige Rechte.**
- Das Recht des Insolvenzverwalters, bewegliche Sachen, an denen ein Absonderungsrecht besteht, und zur Sicherheit abgetretene Forderungen des Schuldners zu verwerten, erstreckt sich nicht auf sonstige Rechte.



Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit.

Prof. Dr. Christoph Thole, Dipl.-Kfm.

Institut für Verfahrensrecht und
Insolvenzrecht

Albertus-Magnus-Platz

50923 Köln

christoph.thole@uni-koeln.de





Norddeutsches
Insolvenzforum
Hamburg e.V.



05.05.2023

Probleme und Risiken bei Masseunzulänglichkeit

Rechtsanwalt Stephan Ries

WPK Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Heinz-Fangman-Str. 4, 42287 Wuppertal

Themenüberblick

(1) Allgemeine Grundlagenhinweise vorab

(2) Betriebsfortführung und Haftungsrisiken für den Insolvenzverwalter

- Besonders kritische Problemlagen bei Betriebsfortführung und sich verschärfender Masseunzulänglichkeit 13
- Normsystematik und Rechtsfolgen der §§ 60, 61 InsO 51

(3) (Nach)Haftungsrisiken für den Schuldner

- BFH, 28.11.2017: Keine Restschuldbefreiung von Masseverbindlichkeiten 73

(3) Verjährungsrisiken für Massegläubiger

- BGH, 14.12.2017: Zum Lauf der Verjährungsfristen bei Masseunzulänglichkeit 79

Teil 1: Historischer Werdegang

§ 60 KO und viel Durcheinander

- ❖ **[Rangordnung der Masseschulden und Massekosten bei MUZ = früher „Konkurs im Konkurs“]:**
 - (1) Masseschulden iSd § 59 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 KO) → entspricht weitgehend § 55 Abs. 1 Nr. 1 u. 2 InsO
 - (2) Massekosten iSd § 58 Nr. 1 u 2 KO, von diesen zuerst die baren Auslagen → Gerichtskosten; begrifflich weit gefasst sodann Ausgaben für Verwaltung, Verwertung, Verteilung
 - (3) Masseschulden iSd § 59 Abs. 1 Nr. 3 u. 4 KO → 6 Monate rückständige, dort näher bezeichneter Ansprüche von Arbeitnehmern, Handelsvertretern, betriebl. AltersVers u. SozVerträger sowie § 812 BGB gg. die Masse
 - (4) Massekosten iSd § 58 Nr. 3 KO → Unterhalt Gemeinschuldner

Historischer Werdegang Kommission für Insolvenzrecht

- Erster Bericht 1985 → Unterscheidung zwischen „Liquidationsverfahren“ u. „Reorganisationsverfahren“
(dort aber nichts zur MUZ)
- Zweiter Bericht 1986 Leitsatz 7.2 Abs. 1: „Nach Feststellung der Masseunzulänglichkeit hat der Insolvenzverwalter das Insolvenzverfahren (*Liquidationsverfahren*) unverzüglich abzuwickeln.“

Gedanken des historischen Gesetzgebers → InsO 1999 u. „Freistellung“ von ArbN

- **Reg-E InsO** vom 15.04.1992 (BT-Drs. 12/2443, S. 220) formulierte damals § 321 Abs. 2 Nr. 3 Reg-E (entspricht heute § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO) so:

„Ein wichtiger Teil der neuen Regelung in § 321 des Entwurfs ist in § 13 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe a GesO vorweggenommen worden: Danach sind die **Ansprüche der Arbeitnehmer** des Schuldners für den Zeitraum, für den diese **nach einer Kündigung** durch den Verwalter von ihrer Beschäftigung **freigestellt** sind, in den dritten und **letzten Rang** der Masseverbindlichkeiten eingestuft.“

Neuere Gedanken des Gesetzgebers ESUG ab 2012

- **ESUG** = Gesetz zur **weiteren** Erleichterung der **Sanierung** von Unternehmen (s. schon RegE, BT-Drucks. 17/5712; sodann auch BR-Drs. 679/11); hierdurch angestrebt werden u.a.
 - ⇒ eine deutlich Verbesserung der Sanierungschancen
 - ⇒ größere Planungssicherheit hinsichtlich des Ablaufs des Verfahrens
 - ⇒ Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen soll erleichtert und damit **der Erhalt** von Arbeitsplätzen ermöglicht werden [von erstmöglich „Wegkündigen“ steht da nichts]
 - ⇒ Die Erhaltung eines insolventen Unternehmens ist kein Selbstzweck, aber erstrebenswert, wenn der Fortführungswert den Zerschlagungswert übersteigt, also durch die Sanierung Werte erhalten oder geschaffen **und nicht vernichtet werden**. In diesem Fall liegt eine Fortführung auch im Interesse der Gläubiger → s. auch Masse**optimierungs**gebot von § 1 InsO.

Neuere Gedanken des Gesetzgebers ESUG ab 2012

- § 210a InsO → **unternehmenserhaltender** „Insolvenzplan“ auch bei MUZ

BT-Drs. 17/5712 S. 29: Sogar bei Masseunzulänglichkeit kann der **Fortführungswert** des Unternehmens höher liegen als der Zerschlagungswert und damit kann die Erhaltung des Unternehmens auf der Grundlage eines Insolvenzplans wirtschaftlich sinnvoll sein.

Rangfolgen des § 209 Abs. 1 InsO und weiterer Sondernormen

- Die Insolvenzmasse ist letztlich gedeckelt (betragsmäßig nach oben begrenzt) durch das Maximum aller realisierbaren Verwertungserlöse
- Aus dieser Masse müssen in einer strikten Rangfolge beglichen werden:
 - Dingliche **Aus- und Absonderungsrechte** = sozusagen **=Rang 0**
→ sie müssen immer bedient werden, dürfen also nie für Kostendeckung iSd. §§ 26, 54 InsO oder zur Betriebsfortführung iSd. § 55 InsO eingesetzt werden !!
 - **Verfahrenskosten** iSd. §§ 26, 54, 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO **= Rang 1**
 - **Neumasseverbindlichkeiten** iSd. §§ 55, 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO **= Rang 2**
 - **Altmasseverbindlichkeiten** iSd. §§ 55, 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO **= Rang 3**
(gleichgestellt auch § 324 InsO)

Rangfolgen des § 209 Abs. 1 InsO und weiterer Sondernormen

- sonstige nachrangige Masseverbindlichkeiten wie etwa ...
 - Unterhaltsansprüche (§§ 100, 101 Abs. 1 S. 3, 209 Abs. 1 Nr. 3 letzter HS InsO) = **Rang 4**
 - Sozialplan (§ 123 Abs. 2 InsO) = **Rang 5**
-

➤ Erst danach folgen

- Insolvenzforderungen im Normalrang des § 38 InsO
- Insolvenzforderungen in den verschiedenen Nachrangklassen
 - des § 39 InsO
 - des § 327 InsO

Enger Begriff des „Verfahrenskosten“ (§§ 54, 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO)

- **§ 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO:** „Verfahrenskosten“ → § 54 InsO = Gerichtskosten sowie Vergütung und Auslagen ...
 - des (vorläufigen) Insolvenzverwalters
 - des (vorläufigen) Sachwalters (§§ 274 Abs. 1, 54 Nr. 2 InsO analog)
 - des Gläubigerausschusses
 - ❖ Nicht erfasst „*unausweichliche Verwaltungskosten*“ (→ keine Einbeziehung von notwendigen Ausgaben für die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse)
 - ❖ Nicht erfasst Ausgaben für *externe Berater* – auch bei Anordnung der Eigenverwaltung keine Kosten des Insolvenzverfahrens
- Der Vorrang der Verfahrenskosten ist absolut - unerheblich, ob sie vor oder nach Anzeige der MUZ begründet wurden

Abgrenzung Neu- von Altmasseverbindlichkeiten

- Den Verfahrenskosten folgen m Rang des **§ 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO** die **Neumassenschulden**.
- Abgrenzung Neumasse- zu Altmasseverbindlichkeiten iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO → § 209 Abs. 2 InsO
 - **Abs. 2 Nr. 1:** nicht „alt“, sondern „*neu*“, wenn der Verwalter *nach* Anzeige der MUZ bei Gericht (§ 208 Abs. 1 InsO) „**Erfüllung**“ des Vertrages **gewählt** hat
 - (Problemkreis: gilt die *Erfüllungswahl* in den Vorrang des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO wirklich auf lange Dauer *quasi für alle Zeit* ??; lt. **BAG**, 25.08.2022 - 6 AZR 441/21 Rn. 31 ff → **ja**; nach meiner Auffassung INDAT-Report Heft 2/2022, 13, 16 → nein bei „Eintritt verschärfter MUZ“)
 - **Abs. 2 Nr. 2:** ...
 - Abs. 2 Nr. : ...

Abgrenzung Neu- von Altmasseverbindlichkeiten

- Abgrenzung Neumasse- zu Altmasseverbindlichkeiten iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO → § 209 Abs. 2 InsO
 - Abs. 2 Nr. 1: ...
 - Abs. 2 Nr. 2: nicht „alte“, sondern „*neue*“ Verbindlichkeit für die Zeit, ab der ein Dauerschuldverhältnis iSd. § 108 InsO einzig deshalb fort dauert, weil es der Verwalter nicht erstmöglich nach Anzeige der MUZ bei Gericht (§ 208 Abs. 1 InsO) gekündigt hat
→ dazu später noch der praktische Fall einer Druckerei
 - Abs. 2 Nr. 3: „neu“, soweit der Verwalter die Gegenleistung aus einem Dauerschuldverhältnis tatsächlich in Anspruch nimmt

Teil 2: Ein Fallbeispiel aus der Praxis

Folgen unterschiedlicher Zuordnung

Massebestand nach Fortführung und Verwertung	5.000.000	
abzgl. Sonderrechtsgläubiger (170 Abs. 1 S. 2 InsO)	-4.400.000	
abzgl. Verfahrenskosten § 54 InsO	-160.000	
abzgl. Masseschulden § 209 Abs.1 Nr. 1 InsO sonstige Abwicklung	-100.000	
Zwischensumme	340.000	
Insolvenzgläubiger festgestellt		3.300.000
Ergibt Quote im Rang des § 38 InsO		10%
Alternativ:		
Zusätzlich restliche Masseschulden betriebliche Abwicklung		
[Im Fall des BAG, 10.10.2018 - 6 AZR 94/19 wurden dem Kläger 3.391,30 € zugesprochen; bei einer Belegschaftsstärke von 100 Mitarbeitern ist man sogar schnell jenseits der hier angegebenen Größenordnung]	-300.000	
Ergibt Quote im Rang des § 38 InsO	40.000	3.000.000
Ergibt Quote im Rang des § 38 InsO		1%

Besondere Haftungsgefahr aus § 61 InsO

- **§ 61 InsO: Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten**

¹Kann eine Masseverbindlichkeit, die durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden ist, aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden, so ist der Verwalter dem Massegläubiger zum Schadenersatz verpflichtet. ²Dies gilt nicht, wenn der Verwalter **bei der Begründung** der Verbindlichkeit **nicht erkennen konnte**, dass die Masse voraussichtlich zur Erfüllung nicht ausreichen würde.

Neumasseunzulänglichkeit / Handlungsunfähigkeit

- Hochgradig gefährlich ☛: Wer als Verwalter gewillkürte „Neumasseverbindlichkeiten“ nicht voll bezahlt, läuft gem. § 61 InsO i.a.R. ganz hohe Haftungsrisiken. Haftung tritt i.d.R. schon ein ...
 - durch Nichtnutzen (Verstreichenlassen bzw. rechtliches Misslingen) der *erst möglichen* Chance zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen iSd. § 108 InsO bei zuvor angezeigter und sodann eintretender Masseunzulänglichkeit
 - („**Rechtshandlung**“ des Verwalters **durch „Unterlassen“**; s. stellvertr. BGH, Urt. 09.02.2012 - IX ZR 75/11 [LS. 2 u. Rn. 33]; BAG, Urt. 22.02.2018 - 6 AZR 868/16 Rn. 13 ff; zuvor schon BAG, Urt. 04.06.2003 - 10 AZR 586/02 [sub II 2 b)]; BGH 03.04.2003 - IX ZR 101/02 [sub III 1 d) cc])
 - **Achtung:** nach § 61 S. 2 zur Frage der Vorhersehbarkeit eines finanziellen Engpasses → ☛ Umkehr der vollen Darlegungs- und Beweislast zulasten des Verwalters

Neumasseunzulänglichkeit / Handlungsunfähigkeit

- Ist bereits Neumasseunzulänglichkeit eingetreten, sind äußerstenfalls noch denkbar neue **Ausgaben**, die bewirken, dass daraus *unmittelbar kausal* neue *Wertschöpfungen* hervorgehen, die die „Masse“ sogleich sinnvoll erhöhen
- Ganz zu Verfahrensbeginn bei der „Verwalterhaftung“: ggf. großzügigere Ermessens- und Beurteilungsspielräume, wo noch nicht alle Fakten auf dem Tisch liegen, d.h. anfangs ggf. restriktive Anwendung von § 61 S. 2 InsO (vgl. Uhlenbruck/Ries, InsO, 15. A. 2019, § 207 Rn. 14)

Problemfeld allgemein: Anspruch auf „*Alturlaub*“ als Masseverbindlichkeit

- **BAG 6 AZR 94/19** → 10.09.2020 Divergenzanfrage an 9. Senat / → Antwort 9. Senat 9 AS 1/21 / → Schlussurteil 6 AZR 94/19 vom 25.11.2021:
 - **Urlaubsanspruch ist „unteilbar“** → unter Verweis auf EuGH in rein materiell-rechtlicher Betrachtung des Urlaubsanspruches
 - Schon mit **AnO der starken vorläufigen Verwaltung** iSd. §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Nr. 2 1 Alt., 22 Abs. 1 InsO und Inanspruchnahme der ArbLeistung wird **der volle noch offene Urlaubsanspruch** (nach BAG auch hinsichtlich der Altbestandteile) „Masseverbindlichkeit“ 55 Abs. 2 S. 2 InsO
 - § 105 InsO) gilt im EÖ-Verfahren noch nicht; aber m.E. *grundsätzlicher Rechtsgedanke* insolvenzrechtl. Rangzuordnung

Wie vermeidet man Anspruch auf „*Alturlaub*“ als Masseverbindlichkeit ?

- **Freistellung sofort** bei AnO der starken vorläufigen Verwaltung ?
 - Keine „Inanspruchnahme“ von ArbLeistung iSd. § 55 Abs. 2 S. 2 InsO
 - Aber: Zweckentfremdung „Insolvenzgeld“ → „Vorfinanzierung“ dient sinnvoller Wertschöpfung, nicht rein belastender Bedienung von Altansprüchen im Sinne einer „Urlaubskasse“ (stattdessen gem. § 170 Abs. 4 S. 2 SGB III im Fokus → *Erhalt von Arbeitsplätzen*)
 - Ggf. für jeden einzelnen Mitarbeiter im Detail Wertschöpfungsvorteile gegenüber finanzieller Gesamtbelastung abzugrenzen

Wie vermeidet man Anspruch auf „Alturlaub“ als Masseverbindlichkeit ?

- **Freistellung erst am letzten Tag vor Insolvenzeröffnung ?**
 - Verhindert wohl nicht das vom BAG behauptete (unteilbare) *Fortbestehen als (einfache) Masseverbindlichkeit*
 - Würde aber bei berechtigter MUZ-Anzeige zur Eröffnung wenigstens ganzheitlich (also kein Aufspaltungsthema) Eintritt der *Neumasseschuld* iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO abwenden, weil danach *keine Leistungsanspruchnahme* mehr
 - Vorausgesetzt, dass direkt nach Eröffnung „*erstmöglich*“ *gekündigt* wird (§ 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO) !

Auch nach schwacher vorl. Verwaltung Restanspruch auf „Alturlaub“ ggf. *Neumasseverbindlichkeit (!)*

- Bei AnO der schwachen vorläufigen Verwaltung iSd. §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Nr. 2 2 Alt., 22 Abs. 2 InsO
 - zweckentfremdet auch hier *Urlaubsgewährung* den Wertschöpfungs- und Arbeitsplatzhaltungsgedanken einer *Insolvenzgeldvorfinanzierung*
 - löst die *Inanspruchnahme* der ArbLeistung *vor Verfahrenseröffnung* aber noch *keine Masseschuld* aus
 - erhöht Fortdauer des ArbVertrages anteilig pro weiterem Monat zu je 1/12 den Gesamtanspruch; bei Überdauern der „Wartezeit“ löst Fortdauer gleich im Sprung den vollen Jahresanspruch aus (vgl. § 4 BUrlG)

Auch nach schwacher vorl. Verwaltung Restanspruch auf „Alturlaub“ ggf. *Neumasseverbindlichkeit*

- Muss zum EÖ-Stichtag Personal abgebaut/freigestellt oder müssen Mieträume zurückgegeben werden, stellt sich *Frage der sofortigen MUZ-Anzeige* schon *bei Eröffnung* → klarer Gesetzeswortlaut von § 209 Abs. 2 Nr. 2 und 3 InsO ⇒ Trennung in Alt- und Neumassenschuld erst **nach** Anzeige der MUZ
- Differenzierendes Ergebnis:
 - Bei den *sofort* „Freigestellten“ und „erstmöglich“ Gekündigten entsteht nie eine Neumasseverbindlichkeit (!!)
 - Bei denjenigen, deren Leistung auch nur für 1 Tag nach MUZ-Anzeige noch in Anspruch genommen wird (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO), entsteht nach BAG vollumfängliche *Neumasseschuld* !!)

Besonderes Problemfeld: Anspruch auf „Alturlaub“ im Rang der *Neumasseverbindlichkeit*)

- Konsequenz aus den BAG-Entscheidungen: Nimmt der InsVerwalter nach Eröffnung die Arbeitsleistung **auch nur für einen einzigen Tag** weiter in Anspruch, muss er den gesamten, bis dahin aufgelaufenen Urlaubsanspruch (auch in seinen vorinsolvenzlich zugewachsenen Teilen) nach MUZ-Anzeige am EÖ-Stichtag in vollem Umfang als „Neumasseschuld“ befriedigen 💣

Praxisbeispiel zu MUZ-Anzeige am EÖ-Stichtag

- **Starke vorl. Verwaltung:** Mitarbeiter A hat 30 Tage Jahresurlaub
→ pro Monat 2,5 Urlaubstage
- A hat mtl. Bruttolohn von 2.750,00 €
- Bei InsAntrag 25 Tage offener Resturlaub aus früherer Zeit
- Im dreimonatigen InsGeldZeitraum Zuwachs 7,5 Urlaubstage =
nun insgesamt 32,5 Tage
- Mit BAG bei Inanspruchnahme während vorl. starker Verwaltung
bereits Masseverbindlichkeit
- Durchschnittlich gibt es 21 Arbeitstage pro Monat; Bruttolohn pro
Arbeitstag $\approx 131 \text{ €} \times 32,5 \text{ Resturlaubstage} \approx 4.257 \text{ €}$ zzgl.
Arbeitgeberanteil + BG (\approx gesamt 23,5%) \approx **5.257 €** Belastung im
Neumasserang allein für 1 Person

Praxisbeispiel zu MUZ-Anzeige am EÖ-Stichtag

- **Schwache vorl. Verwaltung**: Mitarbeiter A hat 30 Tage Jahresurlaub → pro Monat 2,5 Urlaubstage
- A hat mtl. Bruttolohn von 2.750,00 €
- Bei InsAntrag 25 Tage offener Resturlaub aus früherer Zeit
- Im dreimonatigen InsGeldZeitraum Zuwachs 7,5 Urlaubstage = nun insgesamt 32,5 Tage

- Was ist das Ergebnis ???

Praxisbeispiel zu MUZ-Anzeige am EÖ-Stichtag

⇒ Ergebnis:

- Bei den **mit Eröffnung** + MUZ-Anzeige sofort „**Freigestellten**“ und „erstmöglich“ Gekündigten = Neumasseverbindlichkeit „**0**“
[Alturlaub bleibt *nachrangige* Masseschuld iSv. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO]
- Bei denjenigen, deren **Leistung** auch nur für 1 Tag nach MUZ-Anzeige **noch in Anspruch genommen** wird (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO), entsteht nach BAG unteilbare Neumasseschuld in selber Höhe wie bei starker vorl. Verwaltung ≈ **5.257 € Massebelastung ohne neuen Gegenwert** (und für Zeiten nach InsEröffnung treten weitere Urlaubsansprüche neu hinzu !)

Problemfeld: „gestufter“ Personalabbau

- Hochgradig gefährliches Sanierungshindernis  :

Schon nach BGH, 03.04.2003 - IX ZR 101/02 = BGHZ 154, 358 sub III 2 c); 13.04.2006 - IX ZR 22/05 = BGHZ 167, 178 Rn. 17, neuerdings bestätigt durch BAG, 25.08.2022 - 6 AZR 441/21 Rn. 31 ff, 49 ff

- kann von der Möglichkeit der **MUZ-Anzeige** nach § 208 Abs. 1 InsO **nur einmalig** Gebrauch gemacht werden
- also keine rechtliche Wirkung einer weiteren Anzeige zur erneuten, nunmehr verschärften MUZ
- Problemfelder:
 - Unklare Betriebslagen, die gestaffeltes Vorgehen (mehrere Kündigungswellen) nacheinander nötig machen oder ...
 - beim ersten Mal schlicht misslungene Kündigungen

Praxisfall: Druckerei

„gestufter“ Personalabbau

- Der praktische Fall (große Druckerei):
 - Zum Zeitpunkt der Insolvenzantragsstellung 03.01.2013
 - sehr hohe Leasingraten für eine neue 6-Farbendruckmaschine
 - viel zu hoher Personalbestand; Notwendigkeit, sofort mit Eröffnung deutlich zu reduzieren → ansonsten Vollkostentragung völlig unmöglich; Betrieb wäre anderenfalls notgedrungen *sofort* stillzulegen
 - Zur Herbeiführung der differenzierenden Wirkungen des § 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO („nach Anzeige ...“) wird **parallel zur Eröffnung Masseunzulänglichkeit angezeigt**
 - Leasingraten: über Reduzierung mit Bank verhandelt
 - ArbN: diejenigen, die weiterhin arbeiten; werden regulär bezahlt
 - ArbN: die Gekündigten werden freigestellt, bleiben unbezahlt bzw. erhalten Gleichwohlgewährung von Arbeitslosengeld

Praxisfall: Druckerei

„gestufter“ Personalabbau

- Später stellt sich heraus: Die Maßnahme greift leider zu kurz
 - unerwartet starke Auftragseinbrüche
 - aber Betrieb in kleinerem Volumen fortführbar
- 7 Monate später → *notgedrungen* zweite Freistellungs- u. Kündigungswelle ⇒ **ab der zweiten Welle** müssen die bis dahin voll ausgelöhnten ArbN mangels Geld künftig freigestellt und **unbezahlt**, d.h. vorerst auf Arbeitslosengeld verwiesen bleiben (§ 157 Abs. 3 SGB III)
(ansonsten Eintritt **sofortiger Neumasseunzulänglichkeit** im Rang des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO und **Abbruch allen weiteren Handelns**)
- Keine Massekreditfinanzierung möglich und zumutbar
- Das Unternehmen wird am Ende durch Verkauf zum 01.06.2014 gerettet und nach 1 ½ Jahren Fortführung in der Insolvenz sanierend übertragen; etwa **die Hälfte der Arbeitsplätze** bleibt **dauerhaft erhalten** (der Nachfolgebetrieb existiert heute noch) ⇒ ... !!!

Praxisfall: Druckerei

„gestufter“ Personalabbau

- Aus der übertragenden Sanierung ergaben sich „going-concern“-Erlöse, die zwar teilw. erst in Raten einkamen, aber doch so hoch ausfielen, dass ganz am Ende ...
 - ✓ nicht nur alle Neumasseschulden seit der letzten Kündigungswelle zu 100% beglichen wurden,
 - ✓ sondern **auch alle früheren Altmasseschulden im Rang des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO gleichermaßen zu 100%**
 - an freigestellte Mitarbeiter, die zunächst auf Arbeitslosengeld verwiesen waren, wurde der volle Differenzlohn nachbezahlt
 - ✓ auf **Insolvenzforderungen im Rang des § 38 InsO** wird **eine erkleckliche Quote > 20% zahlbar !!**

Der Praxisfall zwischenzeitlich vor Gericht:

- Ein *mit der zweiten Welle* freigestellter ArbN erhebt Zahlungsklage auf Neumassenschuld
- ArbG Ddorf 2 Ca 5195/14: Der beklagte InsVerwalter habe zwar aktuell **für die Zeit des laufenden Prozesses** eine Neumasseunzulänglichkeit nachgewiesen, jedoch nicht schon eine solche **für den Moment des Ausspruches der Kündigung**
- Die Darstellung einer „**schiefen Ebene**“ **bereits innerhalb des Altmasserranges von § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO** (alles verschlechtert sich rapide) genügte dem Arbeitsgericht nicht, um allein schon deshalb eine neue Ausgangslage/Grundlage für neue unternehmerische Entscheidungen anzuerkennen
- Allein die Entscheidung des Verwalters, noch mehr Personal abzubauen, d.h. bestimmte Arbeitsverhältnisse nicht mehr länger für die Masse zu beanspruchen, eröffne nicht die erneute Chance, diese nunmehr „**erstmöglich**“ zu kündigen

Der Praxisfall zwischenzeitlich vor Gericht:

- LAG Düsseldorf, Urt. 01.10.2015 - 13 Sa 547/15 (ZInsO 2016, 226)
 - Zeitpunkt **frühestmögliche Kündigung** i.S.v. § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO richtet sich *nicht nach der unternehmerischen Entscheidung* des InsVerwalter über eine nötige Betriebsänderung, sondern ausschließlich ganz **abstrakt** nach dem **Zeitpunkt der erstmaligen rechtlichen Zulässigkeit des Kündigungsausspruches**
 - *Vorzugsrang* des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO für später freigestellte Arbeitnehmer ***allein dadurch, dass der InsVerwalter beschließt, den Betrieb trotz angezeigter MUZ zunächst weiterzuführen.***
 - gilt selbst dann, wenn sich nachträglich eine weitere Verschlechterung der finanziell knappen Insolvenzmasse zeigt und eine künftige Weiterbeschäftigung aller Arbeitnehmer nicht mehr möglich ist; dann *stehen sich* im Rang des § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO *arbeitende und freigestellte Arbeitnehmer im Ausfallrisiko gleich* (?????)

Das BAG bleibt seiner alten, völlig statischen Linie treu...

- Beispw. - im Fall „**Schlecker**“ - BAG, Urt. 22.02.2018 - 6 AZR 868/16
 - [Rn. 16]: Entscheidend ist allein der fiktive Ablauf der erstmöglichen Kündigungsfrist nach MUZ-Anzeige
 - [Rn. 17]: Zur Vermeidung von Neumasseschulden muss Insolvenzverwalter Dauerschuldverhältnisse, *die er* nach MUZ-Anzeige *nicht mehr benötigt*, frühestmöglich beenden [*da dachte man noch, viell. wird alles gut*]
 - [aber dann Rn. 18]: 💣 Allein entscheidend ist Begriff des „rechtlichen“ Könnens - sonstige unternehmerische Aspekte (Verhandlungen mit potenziellen Betriebserwerbern; Fortführung und notwendigerweise zunächst Absehen von erstmöglicher Kündigung der tatsächlich benötigten Mitarbeiter etc.) ⇒ nach BAG alles völlig egal 💣

[im Ergebnis ebenso zum Fall Schlecker BAG 22.02.2018 - 6 AZR 95/17 Rn. 11 f]

Das BAG bleibt seiner alten, völlig statischen Linie treu...

- Aktuell wiederum zum Fall „[Air Berlin](#)“ - BAG, Urt. 25.08.2022 - 6 AZR 448/21
 - [Rn. 14]: Dem Bekl. ist es nicht gelungen, das Arbeitsverhältnis zum 30.4.2018, dem Zeitpunkt des (fiktiven) Ablaufs der Frist der *erst-möglichen* Kündigung nach der am 1.11.2017 erfolgten Anzeige der (drohenden) Masseunzulänglichkeit, zu beenden.
 - [Rn. 31]: Durch die MUZ-Anzeige nach § 208 Abs. 1 InsO wird die Rangfolge der Massegläubiger *abschließend* neu geordnet.

Das BAG bleibt seiner alten, völlig statischen Linie treu...

➤ Auch frühere BAG-Urteile hatten schon Verbindlichkeiten, hervorgegangen aus „Erfüllungswahl“ bzw. „Nichtkündigung zum erstmöglichen Termin“, quasi *für alle Zeiten* zu Neumasseschulden erklärt:

- BAG, Urt. v. 04.06.2003 – 10 AZR 586/02
- BAG, Urt. v. 31.03.2004 – 10 AZR 253/03
- BAG, Urt. v. 23.02.2005 – 10 AZR 602/03
- BAG, Urt. v. 21.07.2005 – 6 AZR 592/04

➤ Zwischenfazit: **Verwalter, siehst Du irgendein Risiko, zögere keine Sekunde mach' den Laden gleich zu kündige erstmöglich alles weg sonst verfehlst Du den Verfahrenszweck (??)**

Kritik an dieser „statischen“ BAG-Rechtsprechung

- Der „Telos“ von § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO wurde missverstanden ⇒ es geht um „*nicht mehr benötigte*“ Dauerschuldverhältnisse; hier darf der Verwalter nicht schludern und die Masse weiter mit vermeidbaren Ausgaben belasten, und außerdem braucht der Vertragspartner Rechtsklarheit durch Rechtsgestaltung. Näheres bei ...
 - *Ries*, NZI 2002, 521 [523] → Teilhaberechte der ArbN auf „Beschäftigung“ und „Bezahlung“
 - *Ries*, INDAT-Report Heft 2/2022, 13, 16 f; in Kürze auch ZInsO, Festheft z. 25-jährigen Bestehen → kein Vertrauensschutz, für immer „Neumassegläubiger zu bleiben
 - Vgl. auch den Zweiten Bericht der Komm. f. Insolvenzrecht, RWS-Verlag 1986, S. 167: „Konkurs im Konkurs“ nur als besonders ausgestalteter Teil eines Liquidationsverfahrens)

Kritik an dieser „statischen“ BAG-Rechtsprechung

- §§ 103 ff (und somit auch § 108 InsO) sind rechtshistorisch *Schutznormen zugunsten der Masse*, nicht zugunsten des Vertragspartners (in den Details näher belegt bei *Ries*, ZInsO 2013, 1612 [1614 mzN]).s. auch Uhlenbruck/*Ries*, aaO., § 108 Rn. 50)

Ähnlich § 103 Abs. 2 S. 2 u. 3 InsO: *Der andere Teil kann nicht „Erfüllung“ erzwingen*, sondern nur eigene Leistungsfreiheit erreichen

Wie hat es das BAG doch selbst so passend ausgedrückt ...

- BAG, Urt. 21.11.2013 - 6 AZR 979/11 in Rn. 22 wörtlich:

„§ 113 InsO begründet kein schutzwürdiges Interesse der Arbeitnehmer bis zu einem Kündigungstermin vorrangig als Massegläubiger befriedigt zu werden. Mit § 113 InsO werden lediglich die Kündigungsfristen von Alt-Arbeitsverträgen zugunsten der Insolvenzmasse verkürzt. Ein etwaiges Vertrauen auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses und die hieraus folgende Lohnzahlungspflicht hat der Arbeitnehmer bei Vertragsschluss dem Schuldner entgegengebracht, nicht dem Insolvenzverwalter.“

Wichtige Unterscheidung zw. „materiellem Recht“ und „Vollstreckungsrecht“

- Ausgangsthese „Einmal Erfüllung gewählt = für immer daran gebunden“ ist so abstrakt m.E. *falsch*.
 - Materielles „Vertragsstatut“ einerseits und vollstreckungsrechtlich nachlaufendes „Verteilungsrecht“ der InsO sind zwei völlig getrennte Paar Schuhe (*Ries*, INDAT-Report Heft 2/2022, 13, 16 f; in Kürze auch Festheft ZInsO z. 25-jährigen Bestehen)
 - Der InsVerwalter kann den „Vertrauenstatbestand“ (ich wähle Erfüllung und beanspruche die Gegenleistung) später wieder beseitigen - das ist für die unterschiedlichen Phasen *vor* bzw. *nach* **Anzeige der MUZ** ganz überwiegende Meinung (§§ 103 ff InsO gelten hier analog; vgl. stellvertr. MüKo-InsO/*Hefermehl*, 4. A. 2019, § 209 Rn. 25 u 28)
 - auch in Fällen der **Freigabe** des Gewerbebetriebes natürlicher Personen als Schuldner wird die Masse sofort enthaftet (§ 35 Abs. 2 InsO)

Wichtige Unterscheidung zw. „materiellem Recht“ und „Vollstreckungsrecht“

- Ansprüche aus **Dauerschuldverhältnissen** sind in aller Regel iSd. **§ 105 InsO** periodisch teilbar; nach BGH entstehen sie bei Miet- und Arbeitsverhältnissen normalerweise im steten Leistungsaustausch *monatlich* neu (vgl. die zahlr. Nachw. bei HeidelbKomm/Ries, 11. A. 2023, § 38 Rn. 29)

Dann ist es eigentl. nur konsequent, dass auch die Entscheidung über eine weitere Erfüllung monatlich neu getroffen werden kann.

- Zur nicht (mehr) bzw. noch nicht nutzbaren Gegenleistung s. auch die einen „Erfüllungszwang“ um jeden Preis ablehnende BGH-Rspr.
 - Urt. 05.07.2007 - IX ZR 185/06 (BGHZ 173, 116, Rn. 31): Es ist ein Grundgedanke der §§ 103 -119 InsO, dass **Wertschöpfungen aus Mitteln der Masse der Gemeinschaft der Gläubiger zu Gute kommen, nicht nur einzelnen bevorrechtigten Gläubigern.**

Risikobewertung u. Zwischenfazit zum aktuellen Stand der Rechtsprechung

- Wer als Verwalter schon früh im Verfahren die Masseunzulänglichkeit anzeigen muss, fährt ab da ein ganz **hohes Risiko**, wenn später vorschnell Strukturen zusammenbrechen und er evt. nicht mehr alle Dauerschuldverhältnisse bis zum Ende durchfinanzieren kann
- Der „gestufte“ Personalabbau bleibt zwar möglich,
 - unter Nutzung der verkürzten Kündigungsmöglichkeiten nach § 113 InsO
 - es **fehlt** aber nach derzeit vorherrschender Rsprg. das „**Notausstiegsszenario**“, d.h. die Rückstufbarkeit der Gekündigten per Freistellung in den Nachrang des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO

... eigene Kontrollüberlegungen

- ✓ Ein etwaiges, max. dreimonatiges Rückstufungsrisiko in den Nachrang der Nr. 3 stellt sich auch bei frühestmöglicher (Zerschlagungs)Kündigung direkt nach der ersten MUZ-Anzeige sowieso
- ✓ Der Einsatzzeitpunkt der **unternehmerischen Entscheidung** und mit ihr derjenige der kündigen Rückstufung ist völlig klar → mit Beginn der Freistellung (bis dahin wurde der Arbeitnehmer noch voll f. d. Leistung bezahlt; insofern kein vorgezogener Schutzbedarf)
- ✓ Es muss – ab dann – erstmöglich und wirksam gekündigt werden, ansonsten für die Zeit danach die Ansprüche wieder in den Rang zu Nr. 2 hochrücken. Die Wirksamkeit der Kündigung kann anschließend so oder so ganz normal in einem Kündigungsschutzprozess überprüft werden; ein Verwalter wird sich hüten, hier – ggfs. erst nach langen Monaten des Prozessierens – nachträglich enorme Nachzahlungsforderungen im Vorrang der Nr. 2 anwachsen zu lassen.

Der BFH macht es keinen Deut besser ...

- **Immobilienverwertung und Auflösung stiller Reserven** (ertragsteuerlich); der Fall BFH, Urt v. 16. 5. 2013 - IV R 23/11 betrifft umfassende **Belastung mit Absonderungsrechten** ⇒ die Ertragssteuer aus dem *gesamten* Veräußerungsgewinn sei gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO Masseverbindlichkeit.
 - Dass der Schuldner die Abschreibungsvorteile bereits vorinsolvenzlich gezogen habe und die Masse daraus nichts mehr erlange, spiele keine Rolle; angeblich **keine Teilbarkeit „pro rata temporis“** iSd. Rechtsgedankens von **§ 105 InsO** für Abschreibungszeiträume vor der Insolvenz
 - Abgrenzung zwischen Insolvenzforderungen und (sonstigen) Masseverbindlichkeiten richte sich ausschließlich nach dem Zeitpunkt der Objektverwertung durch den InsVerwalter

Der BFH macht es keinen Deut besser ...

- Ebenso wenig komme es auf den konkreten Massezufluss bzw. darauf an, wie viel an **Absonderungsgläubiger** zu zahlen sei (insoweit Aufgabe von BFH, Urt. v. 29.03.1984 - IV R 271/83)
- Auch keine Neuverbindlichkeit des Schuldners aus Masseverwertung anzunehmen, da er sonst diesbezgl. keine Restschuldbefreiung erlange
- Konsequenz: Der InsVerwalter muss sich **aus solchen unrentablen, die Masse nur belastenden Verwertungen eigentl. heraushalten**. Kommt es mit Grundpfandgläubigern zu keiner Einigung, wonach sie die Steuer-mehrbelastung übernehmen, und bleibt auch sonst kein übersteigender Erlös mehr übrig, muss der Verwalter das Objekt eigentl. „freigeben“.
- Problem: Geordnete Gesamtveräußerung eines noch funktionierenden Betriebes ggf. gefährdet (etwa durch Aufdeckung „stiller Reserven“)
- Bei drohender MUZ möglichst *vor* Anzeige verwerten, sonst *Neumasse*-schuld iSd. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO !!

Der BFH macht es keinen Deut besser ...

- **Immobilienverwertung und Vorsteuerberichtigung nach § 15a UStG**
(z.B. BFH, Urt v. 09.02.2011 - XI R 35/09)
 - In diesen Fällen hatte der Schuldner vorinsolvenzlich die *Vorteile der Vorsteuerabzugsberechtigung* schon weitgehend genutzt; die Masse hat(te) aus diesen Altvorgängen insoweit keinen Nutzen mehr
 - Nach BFH sei allein entscheidend, wann der InsVerwalter die umsatzsteuerpflichtige Vermietung aufgabe bzw. das Objekt unter Aufgabe der bisherigen Vermietungsziele veräußere und dadurch den Berichtigungstatbestand nach § 15a UStG auslöse
- Angeblich keine Aufteilung/Zuordnung „pro rata temporis“ für vorinsolvenzliche Zeiträume möglich; Rechtsgedanke von **§ 105 InsO** nicht heranziehbar; Masse hat nur Nachteile

Der BFH macht es keinen Deut besser ...

- **Betriebsaufgabe nach InsEröffnung; Restschuldbefreiung → Steuerlast daraus Masseschuld** iSv. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO (BFH Urt v. 6.4.2022 – X R 28/19, insbes. Rn. 67 ff)
 - RSB bewirkt bei „Betriebsaufgabe“ Verminderung der Schuldenlast und bei bilanzierenden SchuldnerInnen ggf. einen erhöhten Betriebsaufgabegewinn
 - Bei „Betriebsaufgabe“ während des InsVerfahrens wirke die RSB von *betrieblich* veranlassten Steuern auf diesen Aufgabemoment zurück
 - InsVerwalter verwirklicht durch seine Betriebsaufgabeentscheidung den Tatbestand des § 16 Abs. 3 EStG → also Steuern aus der RSB von InsForderungen am Ende Masseschuld iSv. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO
💣💣💣 :-)

Und noch so ein Hammer

Der BFH macht es keinen Deut besser ...

- **Geltendmachung der *gesetzlichen* (!) Rechtsfolgen der InsAnfechtung aus § 143 InsO** als masseschuldbegründendes „Handeln“ iSv. § 55 Abs 1 Nr. 1 InsO (BFH Urt v. 15.12.2016 - V R 26/16; Beschl. 13.11. 2018 - V B 60/18)
 - Rückzahlung angefochtener Steuerzahlung an InsVerwalter begründe die ursprgl. Steuerforderung wieder neu; bei der Umsatzsteuer trete die Berichtigungspflicht gem. § 17 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 UStG, hinzu
 - Das verdränge sogar die **Sonderregelung des § 144 Abs. 2 S. 2 InsO** (Wiederaufleben der UrsprungsForderung nur im Rang des § 38 InsO)
 - Der sich aus InsAnfechtung neu ergebende Steueranspruch werde nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO Masseverbindlichkeit
 - Also muss die Masse sofort wieder *voll* zurückgeben, was sie über § 143 InsO zunächst zur „Gläubigergleichbehandlung“ erhielt 🎆🎆🎆 :-([hiergegen ausf. *Ries*, FS Godehard Kayser 2019, 817, 826 ff; in Kürze auch ZinsO 2023, Festheft 25 Jahre] ⇒ ganz dringend: „Rechtswegkonzentration“

Zum richtigen Zeitpunkt der MUZ-Anzeige und ihrem passenden Inhalt (§ 208 Abs. 1 InsO)

- **Beispielfall** (*erstmalige MUZ-Anzeige im längst laufenden Verfahren*)
 - Ab dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung am 01.04.2022 werden zunächst alle Dauerschuldverhältnisse ordentlich fortgeführt
 - Im Juli 2022 bricht die Auftragslage dramatisch ein; es fließen aber vorerst noch aus bisheriger Abwicklung schon erarbeitete Debitoren.
 - Der Verwalter erkennt Anfang August 2022, dass sich die Lage nicht bessert, dass er aber bis zum 30.09.2022 alles normal bezahlen kann. Spätestens für die Zeit ab 01.10.2022 wird er aber Löhne nur noch an 30 (von bisher 50) Mitarbeiter zahlen können.
 - Für die Zeit ab dem 01.10.2022 wird also MUZ eintreten; sie „droht“ somit in dieser Vorausschau seit spätestens Anfang August.

Zum richtigen Zeitpunkt der MUZ-Anzeige und ihrem passenden Inhalt (§ 208 Abs. 1 InsO)

- Wann ist der **richtige Zeitpunkt** für die MUZ-Anzeige, bzw. welchen Inhalt sollte sie haben ?
- **Lösungsversuche:**
 - ❖ *Anzeige Anfang August (drohende MUZ) ?* ⇒ Nein; kontraproduktiv. Würde ab da alles Künftige zur Neumasseverbindlichkeit aufwerten (s.o. Folie 39: Ansprüche aus Miet- und Arbeitsverträgen „entstehen“ monatlich neu)
 - ❖ *Anzeige Anfang Oktober (bevorstehender Eintritt der MUZ) ??* ⇒ Schwierige Abgrenzungsthemen [s. Fallbeispiele zur MUZ-Anzeige Ende Oktober]

Meist geht hauptsächliche Zielrichtung der MUZ-Anzeige *nach vorne*, nicht nach hinten

❖ **Anzeige Ende Oktober (eingetretene MUZ) ?**

Beachte vorab: für die „Rangfolge“ ist abw. zu § 208 Abs. 1 InsO Schnittlinie gem. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO das „**Begründetsein**“, nicht aber die „Fälligkeit“ der Verbindlichkeiten

⇒ würde nach herkömmlicher Ansicht die Ansprüche derjenigen ArbN, die im Oktober (also vor der Anzeige) **gearbeitet** haben, mit in den Nachrang des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zurückfallen lassen (§ 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO betr. nur die Phase *nach*, nicht aber vor der MUZ-Anzeige)

⇒ würde „Lohnsteuer“, weil schon im Oktober „begründet“, wenn auch erst zum 10.11. fällig, mit in den Nachrang des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zurückfallen lassen (nach § 380 AO bußgeldbewehrt; drohende persönl. Haftung gem. §§ 35, 69 AO)

Meist geht hauptsächliche Zielrichtung der MUZ-Anzeige *nach vorne*, nicht nach hinten

- ⇒ Zur „*Umsatzsteuer*“ ähnliche Themenstellung; erst recht bei bloßen „*Quartalsmeldern*“ oder bei „*Dauerfristverlängerung*“ gem. §§ 46 ff UStDV
- ⇒ Würden „*Sozialversicherungsbeiträge*“, weil schon im Oktober „*begründet*“, soweit nicht bereits am drittletzten Werktag ausreichend vorausbezahlt (§ 23 Abs. 1 S. 2 SGB IV), wg. des erst am drittletzten Werktag des Folgemonates fälligen Restes (§ 23 Abs. 1 S. 3 SGB IV) in den Nachrang des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zurückfallen lassen (§ 266a StGB ?)
- ⇒ Zahlungszusagen ggüb. ungesicherten Lieferanten und Dienstleistern (persönl. Haftung gem. § 61 InsO) → einer der Klassiker: die erst *Monate später eingehende Nachforderung* von Kosten der Energieversorgung

Meist geht hauptsächliche Zielrichtung der MUZ-Anzeige *nach vorne*, nicht nach hinten

⇒ usw. usf.

❖ Kurz: Probleme über Probleme im Zwiespalt besonders zu §§ 60, 61 InsO; außerdem unzureichende Transparenz für die übrigen Beteiligten vorab.

❖ Mein **Alternativvorschlag**: Im Interesse des allgemeinen Rechtsverkehrs muss die MUZ-Anzeige vorab einen klaren Termin benennen dürfen, etwa so:

„Die Masse deckt Verbindlichkeiten, die bis zum [Datumsangabe 30.09.2022] entstehen, wird aber unzulänglich gegenüber solchen Verbindlichkeiten, die erst nachfolgend erwachsen.“

Das besondere Interesse an einer *Vorwärtsrichtung* der MUZ-Anzeige (§ 208 Abs. 1 InsO)

- ⇒ Nähere Erläuterungen dazu bei Uhlenbruck/Ries, 15. A. 2019, § 208 Rn. 7 f iVm. § 209 Rn. 38: Die Möglichkeit, schon jetzt eine demnächst erst „drohende“ MUZ anzuzeigen, zielt weniger auf ballastabwerfende rückwärtsgewandte Liquidationsszenarien, sondern soll vor allem eine *zukunftsgewandte Verfahrensgestaltung* eröffnen (vgl. jeweils ergänzend den Wortlaut von § 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 u. 3 InsO: „nach Anzeige der MUZ“)
- ⇒ Vgl. dazu ferner BAG, Urt. 22.02.2018 - 6 AZR 868/16 Rn. 12:
„Die Masse dient nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit vorrangig der Befriedigung der vom Insolvenzverwalter eingegangenen neuen Verbindlichkeiten, die er benötigt, um die Masse weiter zu verwalten. ... Dem Verwalter wird so der Handlungsspielraum gegeben, den er benötigt, um die Verwertung auch bei Masseunzulänglichkeit zum Abschluss zu bringen.“

Grundgedanken der *Insolvenzverwalterhaftung* aus §§ 60, 61 InsO

- Die Haftung gem. §§ 60, 61 InsO dient den Gläubigern insbes. dann zur Kompensation, wenn der Verwalter ...
 - gegen seine *insolvenzspezifische* Pflicht zur Masseoptimierung verstoßenoder/und
 - bei einzelnen Gläubigern zusätzlich neue (zusätzliche) Individualschäden hervorgerufenund/oder
 - durch anderweitiges Fehlverhalten die Quotenaussicht vermindert /Gesamtschäden hervorgerufen hat.

Grundgedanken der Insolvenzverwalterhaftung aus §§ 60, 61 InsO

- d.h. über die Haftung wird der Gläubiger niemals besser gestellt, als er günstigenfalls bei richtiger Verfahrensabwicklung (also bei rechtmäßigem Alternativverhalten und richtiger Masseverteilung) gestanden hätte.
- Der Insolvenzverwalter ist *kein* unbeschränkt – sozusagen „on top“ – haftender Zusatzschuldner (vgl. etwa BGH, Urt. 11.01.2018 - IX ZR 37/17 Rn. 10; zuvor schon BGH, Beschl. 16.11.2006 - IX ZB 57/06 Rn. 7: **InsVerwalter tritt nicht als Schuldner derselben Verbindlichkeit neben den Arbeitgeber**. Begründet der Insolvenzverwalter eine arbeitsrechtliche Masseverbindlichkeit (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO), wird deren **Erfüllung nur von der Masse** und nicht etwa von dem InsVerwalter persönlich **geschuldet**
- Verwalterhaftung geht nur auf sog. **negatives Interesse**, nicht positive Erfüllung

Anlass und Regelungsgehalt der Haftung aus 61 InsO (Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten)

- § 61 InsO zielt u.a. auf eine Erleichterung der Unternehmensfortführung. Potenzielle Vertragspartner sollen durch Schutz vor Forderungsausfall zur weiteren Zusammenarbeit mit dem schuldnerischen Unternehmen motiviert werden
- Tatbestandsmerkmale:
 - Begründung einer sonstigen Masseverbindlichkeit
 - durch „Rechtshandlung“ des Verwalters iSv. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO
 - ❖ m.a.W.: die automatische, den Eröffnungstichtag überdauernde Massebindung gem. §§ 55 Abs. 1 Nr. 2 Altern. 2, 108 InsO genügt für sich allein nicht

Haftung aus 61 InsO (Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten)

.....

- Weitere Tatbestandsmerkmale:
 - Zahlungsverzug / Unvermögen
 - Haftungsbegründende Kausalität
 - Verschuldenshaftung mit *Umkehr der Beweislast*
 - Tatsachenvermutung (praesumptio iuris) zum „kognitiven“ Element des **Erkennenkönnens**
 - Beweis des Gegenteils durch den Verwalter nötig
 - Plausible und kontinuierlich fortgeschriebene, ständig überprüfte **Liquiditätsplanung** vorzulegen
 - [s. dazu HeidlbKomm/Lohmann, 11. A. 2023, § 61 Rn. 17f]

Haftung aus 61 InsO

(Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten)

-
- **Liquiditätsplanung** muss nach BGH, Urt. 06.05.2004 - IX ZR 48/03 (spez. i.d. Gründen III 1 a) mindestens beinhalten:
 - ✓ Feststellung der aktuellen Liquiditätslage der Masse und eine seriöse Prognose zu ...
 - ✓ ... ausstehenden offenen Forderung (Debitoren) / generelle Einbringlichkeit / Zeitfenster des liquiden Eingangs / unsichere Forderungen bzw. solche mit langen Zahlungszielen bleiben zur Ermittlung der kurzfristigen Liquidität außer Ansatz mit ...
 - ✓ ... realistischer Einschätzung der künftigen Geschäftsentwicklung während der Dauer der Fortführung.
 - ✓ Alle fälligen Ausgaben sind zu benennen / für künftig fällige Ausgaben sind Rückstellungen zu bilden

Einfache Musterrechnung zu einer Auslaufproduktion (jeweils – hier nicht sichtbar - unterlegt durch die entsprechenden Einzeldaten)

Planung August - Dezember 2022 J.A. FrXXX GmbH & Co.KG i.l.	Gesamt		Aug Euro	Sep Euro	Okt Euro	Nov Euro	Dez Euro	aufgelaufene Werte isoliert nur für Sep-Dez
		in %						
<i>Umsatzverteilung</i>	100,00%		22,86%	22,86%	20,95%	20,95%	12,38%	
Umsatz	525.000	100%	120.000	120.000	110.000	110.000	65.000	405.000
Bestandsveränderungen	0		0	0	0	0	0	0
Gesamtleistung	525.000		120.000	120.000	110.000	110.000	65.000	405.000
Materialeinsatz	168.000	32%	38.400	38.400	35.200	35.200	20.800	129.600
Fremdleistungen	36.750	7%	8.400	8.400	7.700	7.700	4.550	28.350
Rohertrag	320.250	61%	73.200	73.200	67.100	67.100	39.650	247.050
Personalkosten	145.000	27,6%	0	30.000	35.000	45.000	35.000	145.000
Raumkosten	67.050	12,8%	12.750	12.900	13.600	13.900	13.900	54.300
Vers./Beiträge	2.500	0,5%	500	500	500	500	500	2.000
KfZ-Kosten	3.150	0,6%	350	700	700	700	700	2.800
Werbe- / Reisekosten	10.400	2,0%	400	2.500	2.500	2.500	2.500	10.000
Sonst. Vertriebskosten	6.750	1,3%	1.350	1.350	1.350	1.350	1.350	5.400
Reparatur/ Instandhaltung	5.700	1,1%	1.300	1.300	1.300	1.300	500	4.400
Allgemeine Betriebskosten	39.500	7,5%	7.900	7.900	7.900	7.900	7.900	31.600
Abschreibungen	0	0,0%	0	0	0	0	0	0
Betriebsergebnis	40.200	8%	48.650	16.050	4.250	-6.050	-22.700	-8.450
Zinsen (für Lohn und Gehalt, Sparkasse)	1.000	0%		1.000	0	0	0	1.000
Zinsen (Kapitalkosten)	0	0%	0	0	0	0	0	0
Ergebnis der gew. Geschäftstätigkeit	39.200		48.650	15.050	4.250	-6.050	-22.700	-9.450
Steuern vom Einkommen und Ertrag	0		0	0	0	0	0	0
Sonst. Neutr. Erträge/ Sonst betriebl. E	0		0	0	0	0	0	0
Wohnungsmieten	5.660		1.132	1.132	1.132	1.132	1.132	4.528
Überschuß/-fehlbetrag der Periode	44.860		49.782	16.182	5.382	-4.918	-21.568	-4.922

Haftung aus 61 InsO (Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten)

- **Rechtsfolgewirkungen:**
 - Schadenersatz auf das sog. *negative* Interesse:
Der geschädigte Beteiligte ist so zu stellen, als wenn der Verwalter die Pflichtverletzung nicht begangen hätte
 - Anspruch auf Verzugszinsen ab Eintritt des Verzuges bei der Masse nur, wenn auch anderweitig solche Zinsen erzielt worden wären (vgl. BGH, 06.05.2004 – IX ZR 48/03)
 - Eine bei Verteilung der unzulänglichen Masse **zu erwartende Quote** (§ 209 Abs. 1 InsO) ist nicht auf Schaden anzurechnen; Quotenanspruch ist nur im Gegenzug dem Insolvenzverwalter entsprechend **§ 255 BGB** abzutreten (BGH, aaO.)

Haftung aus 61 InsO (Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten)

- Rechtsfolgewirkungen: sog. *negative* Interesse
 - Ebenso **BAG**, Urt. 19.01.2006 - 6 AZR 600/04 Rn. 16:
 - Haftung auf das negative Interesse gilt auch für [Arbeitsverträge](#)
 - Für Dauerschuldverhältnisse wie das Arbeitsverhältnis, die bereits vom Schuldner begründet wurden, gilt im Ergebnis nichts anderes.
 - Es kann dahinstehen, ob der InsVerwalter die Masseverbindlichkeiten iSv. § 61 S.1 InsO pflichtwidrig begründet hat bzw. ob er den ArbN früher hätte freistellen müssen.
 - Rn. 19: Die Pflicht des InsVerwalter bei MUZ geht dahin, den Arbeitsvertrag zu kündigen, nicht aber dahin, die Erfüllung des Vertrages, d.h. die Zahlung des Arbeitsentgelts persönlich zu garantieren. [Der Kläger kann ggf. nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Beklagte das Arbeitsverhältnis nicht pflichtwidrig fortgeführt hätte.](#)

Haftung aus 61 InsO (Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten)

Haftungsausschluss bei nachträglichen Leistungsstörungen – Fortführung einer Reederei (Rinderfall)

- BGH, Urt. v. 11.1.2018 – IX ZR 37/17:
 - § 61 InsO erstreckt sich **nicht** auf **Sekundäransprüche** des Vertragspartners, deren Ursache in anderweitiger Leistungsstörung begründet ist (hier: infolge späterer Kündigung nach Streit über ausreichende Transportversicherung bzw. Haftungsfreistellung)
 - InsVerwalter muss sich nur vorab vergewissern, ob er **bei normalem Geschäftsablauf** die von ihm begründeten Forderungen mit Mitteln der Masse begleichen kann (so ebenfalls schon BGH, Beschl. 25.09.2008 - IX ZR 235/07 Rn. 5).

Handeln auf eigene Gefahr/Einwilligung/Verzicht

- Nach dem Wortlaut von § 61 S. 2 InsO kommt es auf den **Wissens- und Erkenntnisstand des Vertragspartners** (z.B. ArbN) scheinbar nicht an, jedoch kann InsVerwalter ja vorab alle Karten auf den Tisch legen...
- ... sagt eine stark vertretene Meinung, § 61 InsO formuliere einen Tatbestand spez. zur Fallgruppe der *Vertrauensschadenhaftung*; wer als Gläubiger vorab ordentlich aufgeklärt sei und um die fehlende Masse wisse, könne nicht in anderweitigem Vertrauen enttäuscht sein (ähnlich BAG, Urt. 06.10.2011 - 6 AZR 172/10: „**bewusstes Handeln auf eigenes Risiko**“; vgl. außerdem *Laws*, MDR 2003, 787 [790]; *Kaufmann*, NZI 2004, 117 [125 FN 85]; *Hamb.Komm/Weitzmann*, 9.A. 2022, § 61 Rz. 1).
- Ggfs. gelten ergänzend die Rechtsgedanken der §§ 254 (Mitverschulden; vgl. *Pape*, ZInsO 2003, 1013 [1016 bei FN 28]) bzw. § 242 BGB (Treu und Glauben).

Ergänzende Haftungserwägungen zu § 60 InsO (Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten)

.....

❖ BAG, Urt. 15.11.2012 - 6 AZR 321/11 (!!):

- Es besteht **keine insolvenzspezifische Pflicht** des Insolvenzverwalters, **Arbeitnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt von der Arbeitspflicht freizustellen**, um den Bezug von Arbeitslosengeld zu ermöglichen
- Der Ersatzanspruch gem. § 60 Abs. 1 InsO setzt einen **wirtschaftlich messbaren „Vermögensschaden“** voraus. Dieser liegt nicht schon in der Erbringung von unbezahlt gebliebener Arbeitsleistung - im konkreten Fall hatte der ArbN so oder so, wenn auch erst mit späterem Beginn, den gem. § 147 Abs. 2 SGB III für ihn maximal möglichen Bezugszeitraum von 330 Kalendertagen zur Zahlung von Arbeitslosengeld voll ausgeschöpft

Garantiehftung

(Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens)

- BGH, Urt. vom 06.05.2004 - IX ZR 48/03 (BGHZ 159, 104 [121 f]):
 - Persönliche Haftungsübernahme setzt voraus, dass der InsVerwalter klar zum Ausdruck bringt, er wolle eine **über die gesetzliche Haftung hinausgehende Einstandspflicht übernehmen** (vgl. schon BGH, Urt. v. 12.10.1989 - IX ZR 245/88)
- BGH, Urt. vom 24.05.2005 - IX ZR 114/01:
 - Mehr als im Geschäftsverkehr übliches Verhandlungsvertrauen nimmt ein **Verwalter** nicht in Anspruch, wenn er nur **als solcher in Erscheinung tritt**
 - ... ⇒

Garantiehftung

(Inanspruchnahme besonderen persönlichen Vertrauens)

- BGH aaO: ... ⇒
 - Besonderer, ggf. haftungsrelevanter Vertrauenstatbestand erst dann, wenn der Verwalter beim Verhandlungspartner ein zusätzliches, **von ihm persönlich ausgehendes Vertrauen** auf die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Erklärungen sowie insbes. die einwandfreie Durchführbarkeit des vereinbarten Geschäftes hervorruft
- BAG, Urt. 15.11.2012 - 6 AZR 321/11 Rn. 80:
 - Bloße **Informationsschreiben** des Verwalters über seine Planungen und die zu erwartenden Entwicklungen reichen dafür im Regelfall nicht aus.

Anlass und Regelungsgehalt der Haftung aus § 60 InsO

(allgemein wegen Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten)

- § 60 InsO zielt auf ganz unterschiedliche Haftungslagen
 - sowohl nach *innen* in der Verwaltung und Verwertung der Masse als auch
 - nach *außen* in der Abwicklung von Schuld- und Sachenrechtsverhältnissen gegenüber anderen Beteiligten
- Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften InsVerwalters (§ 60 Abs. 1 S. 2 InsO)
- Die persönliche Verwalterhaftung kann neben eine Haftung der Masse nach § 31 BGB, 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO treten

.....

Richtiger Zeitpunkt der MUZ-Anzeige

Haftung aus § 60 InsO

- Zur Haftung gegenüber einzelnen Beteiligten - d.h. *nach außen* - gibt BAG, Urt. 15.11.2012 - 6 AZR 312/11 Rn. 65 (zugleich mit Verweis auf BGH, Urt. 21.10. 2010 - IX ZR 220/09 Rn. 12) u.a. folgende Beispiele:
 - **MUZ-Anzeige** schuldhaft **zu früh** abgeben und dadurch Massegläubiger, die aus der vorhandenen Masse noch vollständig hätten befriedigt werden müssen, in den Rang des § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO zurückgesetzt -

[m.E. problematisch, da § 208 Abs. 1 S. 2 InsO ausdrücklich Anzeige einer erst künftig drohenden MUZ gestattet und die Rspr. dem Verwalter einen weiten „Beurteilungs- und Handlungsspielraum“ zubilligt (insofern Unterschied zw. § 61 InsO einerseits und § 60 InsO andererseits). Zum weiten Beurteilungsspielraum s. auch BGH, Urt. 20.07.2017 - IX ZR 310/14 Rn. 25]

Verteilungsfehler und Haftung aus § 60 InsO

- **Verteilungsfehler**, d.h. Verwalter befriedigt unter Verstoß gg. die Rangordnung des § 209 Abs. 1 Nr. 1 - 3 InsO trotz eingetretener Masseunzulänglichkeit einzelne nachrangige Masseverbindlichkeiten und lässt andere gleich- oder vorrangige Masseverbindlichkeiten unberücksichtigt
 - aber: ein „**Schaden**“ tritt hier m.E. nur ein, soweit ggüb. rechtmäßigem Alternativverhalten am Ende wirklich „**Quotenverkürzung**“ oder relevante „**Zeitverzögerung**“ festzustellen ist

Haftung aus § 60 InsO gleichrangig zur Einstandspflicht der Masse

.....

- Soweit sich die Ansprüche - *von außen* - gegen den Verwalter und die Masse überschneiden, d.h. auf dasselbe Interesse gehen (bei MUZ also bezogen auf den Ausfallbetrag), besteht eine **Gesamtschuldnerschaft**. Eine Primärhaftung der Insolvenzmasse, wie sie teilweise vertreten wird, gibt es nach h.A. nicht.

(Siehe dazu einerseits MüKo-InsO/Schoppmeyer, 4.A. 2019, § 60 Rn. 113 und BGH, Urt. 01.12.2005 – IX ZR 115/01; BGH, Beschl. 16.11.2006 - IX ZB 57/06 sowie BAG, Urt. 25.01.2007 – 6 AZR 559/06: Es bestehe i.a.R. ein Gleichrang. Differenzierend und in Teilen a.A. Hamb.-Komm./Weitzmann, 9.A. 2022, § 60 Rn. 3: Primärhaftung der Masse; „Schuld“ stehe vorrangig vor „Haftung“.

- Jedoch ist immer zu beachten, dass Erfüllungsansprüche auf das *positive*, Ansprüche aus § 60 InsO dagegen allein auf das *negative Interesse* gehen

Tatbestandsmerkmale § 60 InsO

- „Beteiligter“ ist jeder, dessen Interessen der Verwalter insolvenzspezifisch zu beachten hat
- Maßgeblich sind nur „**insolvenzspezifische**“ Pflichten, die gerade auch dem Schutz des Anspruchstellers zu dienen bestimmt sind (Frage nach dem Schutzzweck bzw. der Drittbezogenheit der Amtspflicht - ähnlich wie bei den sog. Amtspflichten nach § 839 BGB)
- ❖ Die wesentlichen Themenfelder hierbei sind
 - Inbesitznahme, Verwaltung, Verwertung und **Verteilung der Masse** (sog. Elementarpflichten)
 - spezielle Pflichten gegenüber Schuldner, Insolvenz- und Massegläubigern, Aus- und Absonderungsberechtigten

weitere Tatbestandsmerkmale § 60 InsO

.....

- Pflichtwidrigkeit / Pflichtverletzung
- Verschuldensmaßstab
 - Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters (§ 60 Abs. 1 S. 2 InsO)
 - Haftung für Dritte
 - eigenes Hilfspersonal ⇒ § 278 BGB
 - externe Fachleute ⇒ § 278 BGB gilt, soweit sie anstelle des Verwalters insolvenzspezifische Pflichten ausüben
 - Angestellte des Schuldners
⇒ § 278 BGB gilt *nicht*; nur Auswahl- oder Überwachungsverschulden (vgl. auch § 60 Abs. 2 InsO)

weitere Tatbestandsmerkmale § 60 InsO

.....

➤ Kausalität

- Schaden muss dem Schädiger nach dem Schutzzweck der Norm auch haftungsrechtlich zuzuordnen sein

➤ Schaden

- Der Verwalter ist kein zur Erfüllung verpflichteter „Ersatzschuldner“. Zu ersetzen ist regelmäßig nur das sog. *negative Interesse*, d.h. der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Insolvenz-verwalter die Pflichtverletzung nicht begangen hätte (§§ 249 Abs. 1, 252 BGB).

Teil 3: (Nach)Haftung des Schuldners für Masseverbindlichkeiten

- ❖ Unglückliche Vorgeschichte durch BGH, Urt. 28.06.2007 - IX ZR 73/06:
 - Sachverhalt:
 - Schuldner ist selbständiger Zahnarzt
 - Aus der Abwicklung des Hauptverfahrens blieb eine Masseschuld unerledigt aus einem noch vom Schuldner selbst abgeschlossenen und gem. § 108 InsO fortwirkenden Mietvertrag (§ 55 Abs 1 Nr. 2 Fall 2 InsO)
 - Aufhebung des Hauptverfahrens; zur RSB schließt sich Wohlverhaltensperiode (WVP) an
 - Treuhänder übergeht bei Verteilungen in der WVP den Vermieter (Massegläubiger)
 - Bereits während der WVP erhebt dieser Massegläubiger Zahlungsklage *gegen den Schuldner*

(Nach)Haftung des Schuldners für Masseverbindlichkeiten

- Damalige Thesen des **BGH** u.a.:
 - [Rn. 16]; Das Vollstreckungsverbot des § 294 Abs. 1 InsO gilt nicht für Massegläubiger
 - [Rn. 14]: Schließt sich nach Aufhebung des InsVerfahrens gem. §§ 210, 286 ff InsO die WVP an, kann – und muss – der Massegläubiger allein noch den Schuldner verklagen
 - [Rn. 14]: Die Haftung des Schuldners für schon vorinsolvenzlich begründete Altverbindlichkeiten beschränkt sich nicht auf die im Insolvenzverfahren unverwertete Restmasse (!)
 - [Rn. 16]: Die Frage, ob solche Masseverbindlichkeiten der Restschuldbefreiung unterfallen, bleibt offen

(Nach)Haftung des Schuldners für Masseverbindlichkeiten

- ❖ Aktuell **BFH**, Urt. 28.11.2017 - VII R 1/16:
 - [Rn. 18 ff]: Der Schuldner haftet nach Verfahrensende voll und **gegenständlich unbeschränkt**
(**a.A.:** BGH, Urt. 24.09.2009 - IX ZR 234/07 Rn. 12 und Teile der Lit. ⇒ Haftung beschränke sich auf Massegegenstände, die dem Schuldner schon während des Verfahrens freigegeben bzw. nach Verfahrensende gem. § 199 S. 1 InsO herausgegeben wurden. Der Verwalter sei aus § 80 InsO nicht befugt, den Schuldner darüber hinaus mit seinem insolvenzfreien Vermögen persönlich zu verpflichten)
 - [Rn. 13 ff]: **Restschuldbefreiung** erfasst nur Insolvenzgläubiger iSd. §§ 38, 39 InsO, **nicht** aber Massegläubiger !!

(Nach)Haftung des Schuldners für Masseverbindlichkeiten

- ❖ Meine persönliche Ansicht (s. ZInsO 2023, Festheft 25 Jahre):
 - Auch Masseverbindlichkeiten unterliegen nach dem Telos der InsO (insbes. §§ 1 S. 2, 301 Abs. 1) der **Restschuldbefreiung**
 - ✓ Verfahrensziel ist die sichere und vollständige Entschuldung zur Herstellung einer baldigen sog. „Zweiten Chance“
 - ✓ Ein Entschuldungsverfahren, das gerade dazu geschaffen wurde, den Schuldner wieder in ein normales wirtschaftliches Leben frei von alten finanziellen Lasten zu integrieren, muss dieses Ziel auch tatsächlich gewährleisten. Das schließt geradezu selbstverständlich oktroyierte Alt- ebenso wie vom Verwalter begründete Neumasseverpflichtungen ein

(Nach)Haftung des Schuldners für Masseverbindlichkeiten

- ✓ Konsequenz daraus für mich: §§ 294, 301 InsO sind erweiternd auszulegen; die dortigen „Durchsetzungssperren“ erfassen auch Masseschulden.
- ✓ Nagelprobe: Die „weder/noch- Neuverbindlichkeiten“ aus dem insolvenzfreien Bereich, soweit dieser *außerhalb der unmittelbaren Einfluss- und Verantwortungssphäre des Schuldners* liegt.
Beisp.: Der Verwalter gibt wertlose „Schrottimmobilien“, deren Anschaffung den Insolvenzanlass gaben, aus der Masse frei. Es entstehen *aufoktroiert* während des Verfahrens neue **Hausgeldverpflichtungen nach WEG**, die weder Insolvenzforderung noch Masseschuld sind ⇒ auch sie unterfallen m.E. der Restschuldbefreiung.
A.A. zu einem ähnlichen, durch BFHE 141,2 ausgelösten Zielkonflikt bei ESt-Belastung infolge Verwertung von Absonderungsgut → BFH, Ur. 16.05.2013 - IV R 23/11 Rn. 34: Neuverbindlichkeiten im insolvenzfreien Bereich sind generell nicht RSB-fähig

(Nach)Haftung des Schuldners für Masseverbindlichkeiten

- Andererseits: Sofern keine RSB in Rede steht, besteht volle und **gegenständlich unbeschränkte Nachhaftung**
 - ✓ Bindung des Rechtsträgers an seine im Insolvenzverfahren neu geordneten Rechte und Pflichten nebst entsprechender Nachwirkung über das Verfahrensende hinaus sind geradezu klassisch für Eigenverwaltung, rechtsträgererhaltenden Insolvenzplan oder nach Freigabe gem. § 35 Abs. 2 InsO (hier übernimmt Schuldner die Rechtsverhältnisse in ihrem momentanen Bestand)
 - ✓ Ob der Verwalter bei Verwaltung und Verwertung insolvenz-befangenen Vermögens - obwohl vermeidbar und befristbar - endlos nachlaufende Masseverbindlichkeiten begründet, die den Schuldner anschließend nach Verfahrensende über Gebühr belasten, ist ggf. eine Frage seiner persönlichen Haftung, nicht aber mangelnder Kompetenz zuvor.

Teil 4: Verjährung von Masseverbindlichkeiten

- Bisher vertrat ich folgende Ansicht:
 - **Meldet sich der Gläubiger beim Verwalter nicht**, bleibt es beim ganz normalen Regelverlauf der Verjährung
 - **Meldet sich ein Gläubiger wegen einer berechtigten Masseverbindlichkeit**, die der Verwalter sodann in seine Masseschuldliste einträgt und deren anerkennenden Eintrag er dem Gläubiger bestätigt, die aber allein wg. der MUZ vorerst *nicht durchsetzbar* ist (vgl. § 210 InsO), wird m.E. neu anlaufende Verjährung insoweit zugleich gehemmt (Rechtsgedanken §§ 206, 212 BGB kombiniert; ähnlich wie nach § 8 Abs. 2 S. 1 RVG beim Vergütungsanspruch des vorl. Verwalters; s. dazu BGH, ZIP 2010, 2160). Der Verwalter agiert als **Amtswalter in einem justizförmigen Verfahren**; deshalb ständige Erneuerung bzw. Einredeverzicht überflüssige, prozessunökonomische Förmerei

Verjährung von Masseverbindlichkeiten

- Anders jetzt aber der **BGH**, Urt. 14.12.2017 - IX ZR 118/17, ZIP 2018, 233 (entgegen der Vorinstanz OLG Düsseldorf):
 - Normaler Fortlauf der Verjährung
 - § 205 BGB setze *beiderseitige* Vereinbarung über ein LeistungsverweigerungsR voraus
 - Gläubiger muss notfalls Feststellungsklage erheben
 - Insolvenzverwalter habe die Möglichkeiten, ...
 - (wiederholt) anzuerkennen (vgl. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB: Verjährungslauf beginnt gleich wieder neu)
 - Verjährungsverzicht zu erklären
 - Stillhalteabkommen (auch konkludent) zu schließen

Verjährung von Masseverbindlichkeiten

- Offene Fragen u.a.:
 - Haftung nach § 60 InsO, wenn Verjährung vom Verwalter nicht eingewandt wird?
 - Darf der Verwalter überhaupt verzichten oder „Stillhalteabkommen“ schließen, wenn doch eigentlich die Verjährung ganz normal laufen soll und die Insolvenzgläubiger einen Vorteil davon hätten?
- Unbehagen: Der Verwalter als „verlängerter Arm der Justiz“ lässt in einem justizförmig ausgelegten Verfahren gerade die eher schwachen, rechtsunkundigen Gläubiger (insbes. Arbeitnehmer) vor die Wand laufen

Versehentliche Anmeldung zur Tabelle

- ... bewirkt weder Hemmung noch Neubeginn der Verjährung (vgl. LAG Hamburg, ZIP 1988, 1270; LAG Düsseldorf, ZIP 1984, 858; OLG München, ZIP 1981, 887)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Sie erreichen mich unter

Tel: 0202 / 269 106-56

Fax: 0202 / 269 106-88

Stephan.Ries@w-pk.de

www.ra-ries.com



UFER SCHARF

Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB

Strafrechtliche Risiken in den einzelnen Verfahrensstadien

RA Dr. Andreas Weitzell | Partner

AGENDA

A. Unternehmenskrise

- I. Risiken für die Unternehmensführung
- II. Ausgewählte Fallkonstellationen
- III. Rückschau: Besonderheiten in der Corona-Pandemie

B. Sanierungsberatung

- I. Risiken für die Berater
- II. Risiken für die Unternehmensführung

C. Insolvenzverfahren

- I. Eröffnungsverfahren
- II. Eröffnetes Verfahren
- III. Ablehnung mangels Masse
- IV. Besonderheiten in der Eigenverwaltung
- V. Restrukturierungsverfahren

D. Restrukturierungsverfahren

- I. § 42 Abs. 3 StaRUG – Allgemeines
- II. § 42 Abs. 3 StaRUG – Sonderproblem Inhabilität

E. Nebenfolgen

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

Insolvenzverschleppung

➤ Fahrlässige Begehung der Tat möglich, § 15a Abs. 5 InsO

- Ignorieren von Anhaltspunkten für Vorliegen einer Krisensituation
- Keine gewissenhafte Prüfung oder unrealistische Annahmen
- In der Praxis: so gut wie kein Anwendungsfall, da seitens Ermittlungsbehörden regelmäßig von objektiver Feststellung auf subjektive billigende Inkaufnahme geschlossen wird

➤ Ausreizen der gesetzlichen Fristen nur in Ausnahmefällen

- „Ohne schuldhaftes Zögern“
- Vorliegen triftiger Gründe erforderlich
 - Beispielsweise kurzfristige Durchführung erfolgsversprechender Sanierungsversuche
 - **Es müssen begründete Finanzierungs- und Sanierungsansätze bestehen und mehr als nur „Prinzip Hoffnung“**
- Maßnahmenprüfung ebenfalls nur innerhalb der Frist

➤ Antragspflichtige Personen

- Vertretungsorgane bzw. zur Vertretung berechnigte Gesellschafter
- BGH: auch faktische Geschäftsführer bzw. Vorstände
 - Möglichkeit zur Antragsstellung erforderlich
 - Keine Einwirkungspflicht auf den bestellten Geschäftsführer

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 263 StGB – Betrug

➤ Sog. Lieferantenbetrug in der Form des Eingehungsbetrugs

- Insbesondere bei Begründung von Dauerschuldverhältnissen kann ein unechter Erfüllungsbetrug vorliegen (vgl. BayObLGSt 1998, 123 = wistra 1999, 69).

➤ Täuschung über die eigene Zahlungsfähigkeit

- Bei Vertragsabschluss ist klar, dass die eingegangene Verpflichtung nicht erfüllt werden kann.
- Täuschung ist auch durch konkludentes Verhalten oder Unterlassen möglich.
- Bei hinausgeschobener Fälligkeit der Forderung wird stillschweigend erklärt, dass der Zahlungspflichtige nach seiner gegenwärtigen Lage und ihrer voraussichtlichen künftigen Entwicklung fähig sein werde, zum Fälligkeitszeitpunkt Zahlung leisten zu können (vgl. nur BGH wistra 1998, 177; LK-StGB/Tiedemann § 263 Rn. 38).

➤ Gefährdungsschaden als Vermögensschaden

- Vertraglicher Gegenanspruch ist nicht zum Ausgleich geeignet.
- Wirtschaftliche Minderwertigkeit aufgrund Leistungsunfähigkeit bzw. –willigkeit
- Wertermittlung anhand vernünftigem Urteil eines Dritten
- BGHSt 23, 300 (303) = NJW 1970, 1932: Vermögensschaden dann (+), wenn die Gefährdung des Vermögens einen solchen Grad erreicht, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine Wertminderung eingetreten ist, die jederzeit in einen endgültigen Schaden umschlagen kann.

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 266 StGB – Untreue ^(1/2)

- **Vermögensbetreuungspflicht erfordert besonders qualifizierte Pflichtenstellung zu fremden Vermögen**
 - Nach h.M. für beide Varianten des § 266 StGB erforderlich.
 - Aus außerstrafrechtlichen Pflichten abzuleiten.

- **Kein existenzbedrohender Entzug von Liquidität oder Produktionsmitteln**
 - Gilt auch wenn im Einvernehmen mit Gesellschaftern gehandelt wird.
 - BGH NJW 1989, 112
 - Tatbestandsausschluss, so lange keine Gefährdung von Liquidität oder Stammkapital.

- **Abgrenzung zu § 283 Abs. 2 StGB anhand objektiver Kriterien**
 - Tätigwerden im Interessenkreis des Vertretenen
 - BGH NStZ 2009, 437
 - Tateinheitliche Begehung von Bankrott und Untreue denkbar

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 266 StGB – Untreue ^(2/2)

➤ Ausgewählte Beispielfälle:

- Investitionen tatbestandsmäßig, wenn keine Amortisationsmöglichkeit wegen Insolvenz (vgl. *Wabnitz/Janovsky/Schmitt/Pelz*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 9. Kapitel Rn. 277)
- Beihilfestrafbarkeit bei Kreditbewilligung an in Krise befindliches Unternehmen (vgl. *Müller-Gugenberger/Richter*, Wirtschaftsstrafrecht, § 76 Rn. 53)
- Zahlungen an (Sanierungs-)Berater als Untreuehandlungen, wenn Sanierungsversuch nicht erfolgsversprechend (vgl. BGH NZI 2022, 385 (387 f.) und *Köllner* NZI 2022, 550 (551))
- Haftungsrisiko für den Aufsichtsrat aufgrund von Garantenstellung (vgl. OLG Hamm NZG 2022, 662 und *Köllner* NZI 2022, 550 (552))

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 266a StGB – Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt

- **Keine Strafbarkeit während Fristen des § 15a InsO**
 - Nach Ablauf der Frist entfällt Rechtfertigung, Strafbarkeit lebt wieder auf
- **Abführung der Beiträge muss dem Arbeitgeber möglich und zumutbar sein**
- **Dabei gilt strafrechtlicher Unmöglichkeitsbegriff**
- **Vorrang vor anderen zivilrechtlichen Verbindlichkeiten** (vgl. zur Vorrangrechtsprechung u.a. BGH, Urteil vom 08.01.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264; BGH, Urteil vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, BGHSt 48, 307)
- **Anfechtbarkeit im Insolvenzverfahren steht vorrangiger Zahlungspflicht nicht entgegen**
- **Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt der omissio libera in causa möglich**
 - Nichtergreifung entsprechender Sicherungsmaßnahmen.
 - Unterlassen der zumutbaren Beschaffung anderer Mittel

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 283 StGB – Bankrott ^(1/2)

- **Haftungsrisiko besteht bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit**
- **Definitionen der InsO im Ergebnis auch für das Strafrecht anwendbar**
 - Allerdings: eigenständige, strafrechtliche Auslegung zu fordern
- **Sog. Sonderdelikte; erforderlich ist Schuldner eigenschaft**
 - Überwälzung auf natürliche Personen mithilfe von § 14 StGB
 - Auch faktische Geschäftsführer können Täter sein.
- **Objektive Bedingung der Strafbarkeit nach § 283 Abs. 6 StGB**
 - Zahlungseinstellung, Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Ablehnung mangels Masse
 - Gilt auch für das Eigenverwaltungsverfahren
 - Eröffnung des Restrukturierungsverfahrens genügt nicht; krit. hierzu MüKo-StGB/Petermann/Sackreuther, vor § 283, Rn. 143
 - **(P): Überwinden der Krise, Insolvenzplanverfahren, Restrukturierungsverfahren**
 - Zahlungseinstellung bedeutet generelle Nichtbegleichung von Verbindlichkeiten, deren Erfüllung ernsthaft gefordert wird.
 - Tatsächlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen Tathandlung und Zahlungseinstellung erforderlich:
 - BayObLG, Urteil v. 08.08.2002 — 5 St RR 202/2002a, b, NSTZ 2003, 214.: ein Zusammenhang liegt nicht vor, wenn die verspätete Bilanz vor dem Eintritt der objektiven Bedingung nachgeholt wird

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 283 StGB – Bankrott ^(2/2)

- **Teleologische Reduktion von Abs. 1 Nr. 1**
 - Keine Schmälerung der Insolvenzmasse trotz Vermögensverschiebung; ordnungsgemäße Wirtschaft
- **Eingehen von Spekulationsgeschäften (Abs. 1 Nr. 2) nicht strafbar, wenn Geschäft gewinnbringend**
- **Abs. 1 Nr. 7 lit. a setzt keine konkrete Gefahr für Befriedigungsinteressen voraus**
- **Strafbarkeit nach Abs. 1 Nr. 7 lit. b entfällt bei rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit**
- **Geschäftliche Verhältnisse iSv Abs. 1 Nr. 8 erfassen auch zukünftige Entwicklungen**
 - Nach BGH NStZ 2009, 635 ist die Norm mit Blick auf die Gläubigerinteressen auszulegen.
 - Deswegen sind auch zukünftige Entwicklungen des Unternehmens bei den geschäftlichen Verhältnissen mit umfasst.
- **Verletzung von Bilanzierungspflichten (Abs. 1 Nr. 1-5) kann entfallen, wenn keine Mittel zur Verfügung stehen**
 - BGH NStZ 1998, 192 (193)

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 283c StGB - Gläubigerbegünstigung

➤ Sonderdelikt

- Zahlungsunfähigkeit
- Eintritt der Strafbarkeitsbedingung nach § 283 Abs. 6 StGB

➤ Gläubigereigenschaft

- Inhaber eines vermögensrechtlichen Anspruchs gegen den Schuldner
- Anspruch kann nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit entstehen

➤ Privilegierung zu § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB

➤ Mitwirkung des Gläubigers erforderlich

➤ Tathandlung ist Gewähren einer inkongruenten Deckung

➤ Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit notwendig

➤ Lex specialis zu § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB

➤ BGH NZI 2022, 385 (387): für Benachteiligungsvorsatz (i.R.d. zivilrechtlichen Insolvenzanfechtung) sei alleine die Perspektive ex ante, zum Zeitpunkt der Rechtshandlung ausschlaggebend

- Entspricht der strafrechtlichen Vorsatzprüfung

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 370 AO – Steuerhinterziehung ^(1/4)

- § 370 AO normiert drei Begehungsformen:
 - I Nr. 1: umfasst aktives Tun (durch unrichtige Angaben oder unvollständige Erklärungen)
 - I Nr. 2: umfasst das Unterlassen steuerrechtlich gebotener Angaben
 - (I Nr. 3: umfasst das pflichtwidrige Unterlassen der Verwendung von Steuerzeichen/-stempeln)
 - Abgrenzung im Einzelfall schwer – aber iE nicht erforderlich, da alle Möglichkeiten vom TB erfasst werden
- Erfolgsdelikt gem. § 370 IV AO: Norm setzt tatsächlich eingetretene Steuerverkürzung oder nicht gerechtfertigte Erlangung eines Steuervorteils voraus
- Gleichrangigkeit von steuerlichen und sonstigen Verbindlichkeiten
- Vollendete Steuerhinterziehung bereits bei verspäteter Abgabe einer Steuererklärung zur vorübergehenden Schonung von Liquidität
- BGH: Strafzumessungsrelevanter Steuerschaden bei der Steuerhinterziehung auf Zeit ist der gesamte Steuerbetrag, vgl. BGH 17.03.2009 – 1 StR 627/08, BGHSt 53, 221
- Grundsätzlich keine Aussetzung zur Bewährung bei Hinterziehungsbeträgen in Millionenhöhe, vgl. BGH, Urteil vom 02.12.2008 - 1 StR 416/08, NJW 2009, 528; BGH DStRE 2012, 508

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 370 AO – Steuerhinterziehung ^(2/4)

- **Besonders schwerer Fall i.S.d. § 370 Abs. 3 S. 1 AO ab 50.000,00 EUR; strafrechtliche Verjährung nun 15 Jahre**
 - Verjährungsdauer verändert durch das Jahressteuergesetz 2020 v. 21.12.2020 (BGBl. I S. 3096)

- **Nichtabgeben bzw. nicht rechtzeitiges Abgeben einer Umsatzsteuervoranmeldung stellt vollendete Steuerhinterziehung dar**
 - Verspätete Abgabe kann Selbstanzeige nach § 371 AO darstellen
 - Straffreiheit nur bei vollständiger, fristgerechter Begleichung der Steuer

- **Anzeige- und Richtigstellungspflicht nach § 153 AO**
 - Wesentlicher Anwendungsfall der Steuerhinterziehung durch Unterlassen gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO
 - Kenntnis der Unrichtigkeit/Unvollständigkeit erforderlich

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 370 AO – Steuerhinterziehung ^(3/4)

- **Leichtfertige Unkenntnis der Unrichtigkeit stellt Ordnungswidrigkeit dar**
 - Straflosigkeit bei nicht vorwerfbarer Unkenntnis

- **Möglicher Täterkreis: jedermann (also nicht nur der Steuerpflichtige selbst, vgl. unten)**

- **Möglichkeit der Straffreiheit durch § 371 AO: Selbstanzeige**
 - Vss. gem. § 371 III AO: Rückzahlung der hinterzogenen Steuern innerhalb einer vom Finanzamt festgelegten Frist → In der Krise fehlt hierfür oft die notwendige Liquidität!
 - § 371 II AO: regelt Ausnahmen der Straffreiheit!
 - Beachte § 398a AO: regelt wiederum Ausnahmen zu § 371 II Nr. 3,4 AO

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 370 AO – Steuerhinterziehung ^(4/4)

➤ Beispielfälle:

- Verschweigen von Schwarzgeschäften (LG Bochum, Urteil vom 13.04.2021 – II-12 KLs-35 Js 38/15-8/21)
- Doppelbuchung von Eingangsrechnungen/Buchung von Luftrechnungen zur Erhöhung der Betriebsausgaben (BGH v. 07.12.1978 - 4 StR 604/78, DB 1979, 1876)
- Verschweigen von Umsätzen in der Umsatzsteuervoranmeldung (vgl. Pelz, Strafrecht in Krise und Insolvenz, Rn. 602)
- Geltendmachung überhöhter Vorsteuern (vgl. Pelz, Strafrecht in Krise und Insolvenz, Rn. 602)
- Zu niedrige Lohnsteuervoranmeldungen (BGH v. 06.10.1989 - 3 StR 80/89, NStZ 1990, 80 = wistra 1990, 100)
- Verschweigen verdeckter Gewinnausschüttungen (vgl. BGH wistra 1991, 27, 29; BGHSt 31, 21)

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§§ 49 Abs. 3, 84 GmbHG; §§ 92 Abs. 1, 401 AktG – Verletzung der Verlustanzeigespflicht

➤ § 401 AktG

- Anzeigepflicht bereits dann, wenn Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals anzunehmen ist
- § 92 AktG: „Unverzüglich“: Einzelfallabhängig; **Frist von einer Woche wohl ausreichend**
- Sonderdelikt: nur Vorstandsmitglieder
- Niederlegung des Amtes entbindet von Pflicht nicht, wenn Voraussetzungen für Einberufung bereits vorgelegen haben
- Mindestens bedingter Vorsatz erforderlich
 - Unterlassen der Bilanzierung in Kenntnis einer weiteren Verschlechterung der Geschäftslage kann ausreichen
- **Nach Abs. 2 auch fahrlässige Begehung strafbewehrt**

➤ § 84 GmbHG

- Pflicht, einen Verlust in Höhe der Hälfte des Stammkapitals anzuzeigen
- Sonderdelikt: nur Geschäftsführer
- Sowohl vorsätzliche als auch **fahrlässige** Begehung strafbar

➤ Geschäftsführer einer UG muss bei drohender Zahlungsunfähigkeit informieren

A. Unternehmenskrise

I. Risiken für die Unternehmensführung

§ 331 HGB, § 400 AktG – Unrichtige Darstellung

- **Sonderdelikte**
 - Nur die in den Vorschriften genannten Personen
 - § 331 HGB: Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs einer Kapitalgesellschaft, Mitglieder des Aufsichtsrats (Abs. 1 Nr. 1 und 2) und vertretungsberechtigter Gesellschafter eines Tochterunternehmens (Abs. 1 Nr. 4)
 - § 400 AktG: Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats oder Abwickler

- **Bei fakultativer Möglichkeit der Einsetzung eines Aufsichtsrats ist Übertragung der Prüfpflichten nach § 171 AktG erforderlich**

- **Unrichtige Wiedergabe erfasst auch die falsche Bewertung**
 - Aber: Wertung muss dann unvertretbar sein
 - Maßgeblich ist Empfängerhorizont, abzustellen ist auf bilanzkundigen Leser

- **Erweiterung der Strafbarkeit durch § 335b HGB**

A. Unternehmenskrise

II. Ausgewählte Fallkonstellationen

➤ Ausgewählte Fallkonstellationen aus der Praxis:

- Aufsichtsrat einer GmbH wegen aktiver Förderung von Bankgesprächen bzw. Einholung von Fortführungsbeschlüssen im Gesellschafterkreis
- Rücknahme eines bereits gestellten Insolvenzantrags
- Spätere Feststellung der Zahlungsunfähigkeit bei einem Eigenverwaltungsverfahren (unter fachkundiger Sanierungsberatung)
- Größter Gläubiger hat eine gesellschaftsähnliche Stellung (Säule des Geschäftsmodells) und stundet daher stillschweigend die Forderungen bzw. fordert diese nicht ernsthaft ein
- Beihilfe des Notars durch berufsadäquate Handlungen (LG Lübeck, BeckRS 2023, 5731)
- Anwendbarkeit § 15a Abs. 3 InsO auf englische Limited (KG Berlin, (4) 161 Ss 104/22 (115/22))
- Bei andauernder Insolvenzlage lässt selbst Verurteilung wegen Insolvenzverschleppung die Antragspflicht nicht entfallen (LG Stuttgart, 6 Qs 1/22).

A. Unternehmenskrise

III. Rückschau: Besonderheiten in der Corona-Pandemie

- **Insolvenzantragspflicht wurde vorübergehend bis zum 30.09.2020 (später erweitert bis zum 31.12.2020) ausgesetzt**
 - Ausnahme: Insolvenz beruht nicht auf der Pandemie, vgl. § 1 S.2, 3 COVInsAG

- **31.12.2019 als maßgeblicher Zeitpunkt: Bestand Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft, so greift Vermutung des § 1 I S. 3 COVInsAG:**
 - Insolvenzreife beruht auf den Auswirkungen der COVID-19 Pandemie und es bestehen Aussichten, die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen
→ keine Antragspflicht in dem Zeitraum

- **(P): lassen Beweisanzeichen für Zahlungsunfähigkeit (nicht: Überschuldung) bereits vor der Pandemie diese Vermutung entfallen?**
 - Wohl (-), Mitursächlichkeit der Pandemie genügt für Vermutung
 - Abgeleitet aus dem Wort „Folgewirkung“ (vgl. LG Rostock, Beschluss vom 19.08.2020, Az. 18 Xs 115/20)
 - Gesetzesbegründung: Widerlegung soll nur in solchen Fällen in Betracht kommen, bei denen kein Zweifel daran bestehen kann, dass die Covid-19-Pandemie nicht ursächlich für die Insolvenzreife war und dass die Beseitigung einer eingetretenen Insolvenzreife nicht gelingen konnte. Es sind insoweit höchste Anforderungen zu stellen.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

- Es besteht kein Ausschluss der strafrechtlichen Haftung für berufstypische Handlungen.
- Zusätzlich zur Kenntnis der oben genannten Tatbestände selbst sind zur Vermeidung der Haftung auch tiefergehende Kenntnisse der strafrechtlichen Zurechnung und Beteiligung an Taten erforderlich:
 - Teilnahmeformen
 - Anstiftung
 - Beihilfe
 - Täterschaft
 - Unmittelbare Täterschaft
 - Täterschaft des Beraters bei Sonderdelikten
- Teilnahme weitaus häufiger, da es hier gar nicht auf das Vorliegen bestimmter strafbegründender Merkmale ankommt.
- Die Teilnahme knüpft lediglich an einer vorsätzlich, rechtswidrig begangenen Haupttat (Grundsatz der limitierten Akzessorietät) an.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

1. § 26 StGB – Anstiftung ^(1/3)

- § 26 StGB: der Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wenn er vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener, rechtswidrigen Tat bestimmt hat

- Es ist daher eine Einflussnahme auf den Willen des Täters erforderlich: diese liegt nach Rechtsprechung des BGH in einer kommunikativen Beeinflussung des Täters
 - Berater in der Krise bewegt sich folglich zumeist auf einem schmalen Grat zwischen legalem Rat und der Anstiftung zu einer Straftat.
 - Zur eigenen Absicherung und Minimierung des strafrechtlichen Risikos ist es unerlässlich, sämtliche erteilte Beratung eindeutig zu dokumentieren und den eigenen Unterlagen beizufügen (hierdurch lässt sich ggf. in einem Verfahren darlegen, dass ggf. der erforderliche doppelte Anstiftervorsatz nicht vorgelegen hat).

- Der Tatentschluss des Täters muss durch die Einflussnahme des Beraters gerade hervorgerufen werden.

- Aus der bloßen Kenntnis der wirtschaftlichen Schwierigkeiten eines Unternehmens des Beraters lässt sich nicht direkt ableiten, dass dieser beispielsweise auch den Eintritt von drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung billigend in Kauf genommen hat.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

1. § 26 StGB – Anstiftung ^(2/3)

Typische Konstellationen und Delikte, bei welchen eine Anstiftung durch den Berater i.R.d. Krise in Frage kommt:

➤ Insolvenzverschleppung, § 15a InsO

- Sofern der Inhaber eines bereits zahlungsfähigen oder überschuldeten Unternehmens weiterhin versucht, das Unternehmen zu sanieren und die Initiative von seinem Berater ausgeht, so macht letzterer sich wegen Anstiftung zur Insolvenzverschleppung gem. §§ 15 a InsO, 26 StGB strafbar.
- Ausnahme: Eröffnungsantragsstellung spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder eine gelungene Unternehmenssanierung innerhalb dieser Frist. Da letzteres faktisch fast nie möglich sein dürfte, führt eine versuchte Sanierung nach Eintritt der Krise regelmäßig bereits zu einer Strafbarkeit.
- Ebenso kann der Hinweis auf die Gefahr des Unternehmensverlustes bei Insolvenzantragstellung als Anstiftung zur Insolvenzverschleppung gewertet werden (es stellt sich das Problem der berufsneutralen Handlung als Anstifterhandlung, hierzu bei der Beihilfe mehr).

➤ Buchführungs- und Bilanzierungsdelikte

- Der Rat zur Ausnutzung von Bilanzspielräumen kann ebenso strafrechtliche Risiken des Beraters bergen: ruft er den Tatentschluss des Schuldners hervor, so macht er sich beispielsweise gem. §§ 283 I Nr. 7, 26 StGB strafbar.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

1. § 26 StGB – Anstiftung (3/3)

Typische Konstellationen, bei welchen eine Anstiftung durch den Berater i.R.d. Krise in Frage kommt:

➤ Bankrottdelikte und Gläubigerbegünstigung, §§ 283 ff. StGB

- Beispielsweise kann die Initiative zur Rückdatierung von Sicherheiten eine nach § 26 StGB strafbare Anstiftungshandlung darstellen.
- Maßgeblich ist dabei, ob lediglich eine abstrakte Information ausgegeben wird oder vielmehr ein konkretes Wollen des Beraters und folglich ein Hervorrufen des Tatentschlusses beim Schuldner durch den Berater vorliegt.
- Letzteres wird bereits dann angenommen, wenn der Berater um die Absicht seiner Klienten weiß und Ihnen hierfür Informationen zur Verfügung stellt.

➤ Betrug und Untreue

- Beispiel: durch den Berater erstellte, geschönte Darstellungen, welche auf sein Anraten/auf seine Initiative von dem Unternehmen einem Kreditinstitut zur Erweiterung oder zur Erteilung eines Kredits vorgelegt werden.
- Selbes gilt für diesbezügliche Gespräche mit dem Institut durch den Berater selbst.
- Beachte: durch das Hervorrufen eines solchen Tatentschlusses besteht auch die Möglichkeit einer Anstiftung zum Kreditbetrug nach § 265b StGB (abstraktes Gefährdungsdelikt → Vollendung der Tat im Vergleich zum „normalen“ stark vorverlagert).

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

2. § 27 StGB – Beihilfe ^(1/4)

- Beihilfe stellt aufgrund der Weite der möglichen Handlungen und der „Konfliktsituation“ des Beraters (zwischen der Pflicht zur Legalität und der die Wünsche des Klienten möglichst umfassend erfüllenden Beratung) die häufigste Teilnahmeform und das größte Strafbarkeitsrisiko des Beraters dar.
- Nach § 27 StGB ist ein Hilfe leisten, also das psychische oder physische Fördern der Haupttat, erforderlich.
- Nach stRpsr. des BGH (vgl. BGH 2 StR 58/15 = NStZ-RR 2015, 343, (344); 1 StR 344/15 = NStZ-RR 2016, 136 (137); 1 StR 108/18 = NStZ 2019, 491; 3 StR 122/19; Fischer StGB § 27 Rn. 14) genügt hierfür jede Art der Förderung der Tat – es ist keine kausale Mitverursachung durch die Hilfeleistung erforderlich.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

2. § 27 StGB – Beihilfe ^(2/4)

- Daher ist insbesondere problematisch, ob und wann berufstypische Handlungen als Beihilfe gelten und wo eine Ausnahme für solche sog. neutralen Handlungen zu machen ist (Rechtsprechung hierzu: BGH Urt. v. 22.01.2014 – 5 StR 468/12; BGH Urt. v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04; BGH Urt. v. 18.06.2003 – 5 StR 489/02; BGH Urt. v. 08.03.2001 – 4 StR 453/00; Fischer StGB § 27 Rn. 18 ff.; vertiefend BeckOK-StGB, Rackow, Neutrale Handlungen im Strafrecht, Rn. 8 ff.)
 - Rechtsprechung löst dieses Spannungsverhältnis mittels einer wertenden Einzelfallbetrachtung, welche sich inzwischen im Kern an subjektiven Elementen orientiert, die jedoch selbst aus objektiven Tatumständen gefolgert werden.
 - Es soll dabei entscheidend darauf ankommen, ob das Verhalten des Haupttäters ausschließlich auf die Verwirklichung einer Straftat abzielt und ob dies dem Unterstützer bekannt war.
 - Ist dies der Fall, so verliert der unterstützende Beitrag nach Ansicht der Rechtsprechung seine „Neutralität“ als berufstypische Alltagshandlung und wird zur „Solidarisierung“ mit dem Täter.
 - Hält der Hilfeleistende es dagegen lediglich für möglich, dass sein Beitrag zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so soll dies keine strafbare Beihilfehandlung darstellen.
 - Die Schwelle ist allerdings dann überschritten, wenn der Gehilfe erkannt hat, dass angesichts der Tatgeneigtheit des späteren Haupttäters ein hohes Risiko der Haupttatbegehung bestand.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

2. § 27 StGB – Beihilfe ^(3/4)

Typische Konstellationen und Delikte, bei welchen eine Beihilfe durch den Berater i.R.d. Krise in Frage kommt:

➤ Insolvenzverschleppung, § 15a InsO

- Sofern der Inhaber eines bereits zahlungsfähigen oder überschuldeten Unternehmens weiterhin versucht, das Unternehmen zu sanieren und der Berater in dieser Kenntnis hilft, so macht letzterer sich wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung gem. §§ 15 a InsO, 27 StGB strafbar (vgl. oben).
- Keine Beihilfe zur Insolvenzverschleppung soll allerdings dann vorliegen, wenn der (Steuer-)Berater auch nach Ablauf der Insolvenzantragsfrist und trotz Kenntnis von der Insolvenzverschleppung weiterhin Buchführungs- und Bilanzierungstätigkeiten erbringt oder Steuererklärungen vorbereitet, da der Schuldner kraft Gesetzes auch in diesem Fall zur Buchführung und Bilanzierung verpflichtet ist (vgl. OLG Köln DStR 2011, 1195; *Hölscheidt* NWB 2013, 944 (951); Wabnitz/Janovsky/Schmitt/*Pelz*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 9. Kap. Rn. 416.).
- Ausnahme hiervon: Berater nimmt darüber hinausgehende Tätigkeiten wahr, indem er insbesondere durch Fortführung der Beratungstätigkeit oder der Aufrechterhaltung von Sanierungsbemühungen an der Weiterführung des Betriebes mitwirkt.

➤ Buchführungs- und Bilanzierungsdelikte

- Der Rat zur Ausnutzung von Bilanzspielräumen kann auch strafrechtliche Risiken des Beraters durch § 27 StGB bergen.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

2. § 27 StGB – Beihilfe ^(4/4)

Typische Konstellationen und Delikte, bei welchen eine Beihilfe durch den Berater i.R.d. Krise in Frage kommt:

➤ Gläubigerbegünstigung, §§ 283c StGB

- Eine solche kann bereits dann in Betracht kommen, wenn der Berater um die Absicht seiner Klienten zur Begehung der Tat weiß und Ihnen hierfür Informationen zur Verfügung stellt (hier greift die Problematik der berufsneutralen Handlung, vgl. oben).

➤ Betrug und Untreue

- Hier besteht ebenso ein hohes Strafbarkeitsrisiko des Beraters wegen Beihilfe zu sämtlichen Betrugs- und Untreuetaten des Schuldners.
- Beispiel: durch den Berater erstellte, geschönte Darstellungen, welche von dem Unternehmen einem Kreditinstitut zur Erweiterung oder zur Erteilung eines Kredits vorgelegt werden.
- Selbes gilt für diesbezügliche Gespräche mit dem Institut durch den Berater selbst.
- Auch iRe Gehilfenhandlung besteht die Möglichkeit der Strafbarkeit wegen einer Beihilfe zum Kreditbetrug (wie bei der Anstiftung, vgl. oben)
 - Zu Beachten: bei der Beihilfe sind geringere Anforderungen an die Kenntnis der Haupttat zu stellen; es genügt, wenn diese in ihren Grundzügen konkretisiert ist.
 - BGH v. 18.4.1996 - 1 StR 14/96, BGHSt 42, 135 = wistra 1996, 232; vgl. dazu Roxin, JZ 1997, 209; Loos, JR 1997, 296: BGH sah es als ausreichend an, dass der eine überhöhte Schätzurkunde erstellende Gehilfe damit rechnete, dass die Urkunde für irgendein Vermögensdelikt (Betrug, Kreditbetrug, Vorsteuererschleichung) verwendet werden konnte.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

3. Bankrott und Beihilfe - Ausgewählter Fall aus der Rechtsprechung ^(1/2)

➤ **Beschluss des BGH vom 09.06.2022, Az. 5 StR 407/21, (NZG 2022, 1407 mAnm. Brand) – Firmenbestatterfall:**

- G erwarb von K über eine gegründete GmbH iG zum Schein die Geschäftsanteile der Alleingesellschafterin der inmitten stehenden (zahlungsunfähigen) Reiseunternehmensgesellschaften; dadurch wurde er deren mittelbarer Alleingesellschafter. Er bestellte sich zum Alleingeschäftsführer, deren Geschäftssitze schon zuvor – ohne die Absicht, die Unternehmen fortzuführen – von H. nach N. verlegt worden waren (tatsächlich wurden die Gesellschaften von H. aus geleitet, wobei der Mitangeklagte K intern die Entscheidungshoheit behielt). Es sollte so nach außen eine Sanierung der Gesellschaften vorgetäuscht werden, um für K eine möglichst kostengünstige und geräuschlose Abwicklung („milde“ Insolvenz) der Gesellschaften zu erreichen; Der spätere Insolvenzverwalter L stellt dem K bereits vor der Stellung der Insolvenzanträge die Möglichkeit einer „milden“ Insolvenz in Aussicht, wodurch er den Entschluss des K verstärkte und verfestigte, nicht innerhalb der gesetzlichen Frist Insolvenzanträge zu stellen.

➤ **§ 283 I Nr. 8 Alt. 2 StGB (+) durch K**

- Durch den Wechsel des Gesellschafters und des Geschäftsführers verbunden mit der Verlegung des Geschäftssitzes ohne die Absicht, die Unternehmen fortzuführen, wurde verschleiert, dass die Gesellschaften tatsächlich von den Angeklagten liquidiert wurden und mangels jeglicher weiterer unternehmerischer Tätigkeit bereits feststand, dass sie die entstandenen Verbindlichkeiten auf keinen Fall würden begleichen können und dies auch nicht wollten.
- Maßnahmen, wie sie hier im Rahmen von „Firmenbestattungen“ vorgenommen wurden, unterfallen dem Verschleierungstatbestand des § 283 I Nr. 8 Alt. 2 StGB.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

3. Bankrott und Beihilfe - Ausgewählter Fall aus der Rechtsprechung (2/2)

➤ Bestrafung des L wegen Beihilfe, § 27 StGB:

- L wusste, dass das Handeln der mitangeklagten Haupttäter auf die Begehung von Insolvenzstraftaten abzielte → (P) berufsneutrales Handeln?
 - An sich berufstypische „neutrale“ Beratungshandlungen können ihren – einen Gehilfenvorsatz ausschließenden – „Alltagscharakter“ verlieren (vgl. BGH wistra 2000, 459 = BeckRS 2000, 30122625; NStZ 2000, 34) → Beihilfehandlung (+)
 - Weiß der Gehilfe wie hier positiv, dass das Handeln der Haupttäter auf die Begehung von Straftaten abzielt, ist der Beihilfenvorsatz auch bei berufstypischen „neutralen“ Handlungen gegeben.
- Überdies ohnehin fraglich, ob überhaupt eine berufstypische „neutrale“ Handlung des Angeklagten vorlag:
 - Hiergegen könnten die konkreten Beratungsleistungen gegenüber den Schuldnern im Vorfeld der Insolvenzantragstellung sprechen, in deren Rahmen der Angeklagte auch einen Weg aufzeigte, wie der Bestellung anderer Insolvenzverwalter vorgebeugt werden konnte, um selbst als solcher bestellt zu werden, und bei deren Kenntnis das Insolvenzgericht Zweifel an seiner notwendigen Unabhängigkeit i.S.d. § 56 I 1 InsO hätte hegen müssen.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

4. Unmittelbare Täterschaft ^(1/4)

- Gefahr der Strafbarkeit des Beraters als Täter ist wesentlich geringer als die der Teilnehmerstrafbarkeit
- Grund: es handelt sich bei den meisten Delikten im Dunstkreis der wirtschaftlichen Krise eines Unternehmens um Sonderdelikte (§§ 266, 266a, 283 ff. StGB, 15a InsO)
- Täter kann in diesem Fall grundsätzlich nur derjenige sein, der in seiner Person selbst entsprechende Kriterien erfüllt.
- Da ein Berater gerade nicht der Schuldner o.ä. ist, scheidet eine „direkte“ Täterschaft (ohne eine nach § 14 StGB mögliche Zurechnung dieser Kriterien) in den meisten Fällen aus.
- Auf einige mögliche Konstellationen soll dennoch eingegangen werden.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

4. Unmittelbare Täterschaft (2/4)

➤ § 283d StGB

- Die Schuldnerbegünstigung ist das Gegenstück zur Gläubigerbegünstigung (vgl. oben) – allerdings kein Sonderdelikt
- Täter kann somit der Gläubiger, Berater oder Insolvenzverwalter sein (Schuldner und gem. § 14 StGB verantwortliche Personen können sich dagegen nur über §§ 26, 27 StGB oder § 283 I StGB strafbar machen.
- Abs. 1 ist ein Spiegelbild zu § 283 Abs. 1 Nr. 1 → Die Norm erweitert den Täterkreis des § 283 I Nr. 1 StGB auf Dritte
- Gleichzeitig enthält sie einige Einschränkungen:
 - Überschuldung genügt nicht mehr; vielmehr muss der Schuldner seine Zahlungen eingestellt haben (Abs. 1 Nr. 2) oder es muss Zahlungsunfähigkeit drohen (Abs. 1 Nr. 1)
 - Täter muss vorsätzlich handeln, wobei hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der drohenden oder eingetretenen Zahlungsunfähigkeit positive Kenntnis erforderlich ist.
- Auch ist gem. Abs. 4 als objektive Bedingung der Strafbarkeit – spiegelbildlich zu § 283 Abs. 6 – erforderlich, dass der Schuldner die Zahlungen eingestellt hat, über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist.
- § 283d Abs. 1 Nr. 1 StGB ist entgegen dem Wortlaut nach ganz hM auch („erst recht“) bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit anzuwenden.
- Formulierung des Gesetzes „in“ bei Abs. 1 Nr. 2 ist iSv „während“ zu verstehen, also rein zeitlich, und meint nicht den Verfahrensakt.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

4. Unmittelbare Täterschaft ^(3/4)

➤ § 257 StGB

- Da die Begünstigung keinen objektiven Erfolg voraussetzt, kommen als taugliche Tathandlung grundsätzlich auch Handlungen von Beratern in Betracht.
- Eine Verschleierung des Vermögensbestands zur Abwendung einer vorläufigen Sicherstellung wegen Einziehung erfüllt daher beispielsweise den Tatbestand.
- Nicht ausreichend ist dagegen ein bloßes Unterlassen des Beraters: hierfür ist (nach den allgemeinen Grundsätzen) eine Garantenstellung iSv § 13 StGB erforderlich.
 - Jene Pflicht muss darauf gerichtet sein, im Interesse der durch die Vortat geschützten Einzelperson oder Allgemeinheit die Möglichkeit der Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustands zu erhalten und eine mögliche Vertiefung der durch die Vortat geschaffenen strafrechtswidrigen Lage zu verhindern
 - Die Handlungspflicht aus §§ 257, 13 ist daher – soweit individuell vermögensbezüglich – gleichbedeutend mit der Verpflichtung zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen, die darauf gerichtet ist, das Vermögen des Geschädigten zu erhalten bzw. eine Vermögensverschlechterung zu verhindern → bloß allgemeine Herausgabe- und Rückerstattungspflichten begründen keine besondere Handlungspflicht

➤ § 258 StGB

- Strafbarkeitsrisiko besteht insbesondere dann, wenn prozessual erlaubte Handlungen des Beraters in den Bereich der Rechtsmissbräuchlichkeit eintreten oder den Boden sachgerechter Interessenwahrnehmung verlassen haben.
- Einschränkungen über die objektive Zurechnung:
 - Sozialadäquat ist es, wenn sofern sich die Unterstützung des Vortäters im Rahmen der üblichen und rechtlich anerkannten Sozialkontakte bewegt.
 - Berufstypisches Verhalten liegt vor, , sofern sich die Unterstützung des Vortäters im Rahmen der in der jeweiligen Berufsgruppe gültigen Berufsausübungsregeln bewegt.
 - Der Schutzzweck der Norm entfällt, sofern es sich um normales Verhalten ohne Vereitelungstendenz handelt.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

4. Unmittelbare Täterschaft (4/4)

➤ § 266 StGB

- Berater kann – je nach Situation - die zur täterschaftlichen Begehung erforderliche Vermögensbetreuungspflicht (vgl. oben) innehaben
- Ansonsten bestehen keinerlei Besonderheiten
- OLG Stuttgart wistra 1984, 114: nicht ordnungsgemäße Verwaltung von Mitteln aus Sanierungsfonds erfüllt Tatbestand des § 266 StGB

Beispielfall (aus NZI 2002, S. 1, 7 f.): Der Geschäftsführer der Gesellschaft gab einem Berater 5000 DM zur Einrichtung eines Anderkontos, aus welchem die zu einem dreißigmonatigen Moratorium zustimmenden Gläubiger ratenweise befriedigt werden sollten. Der Geschäftsführer stellte weitere Zahlungen in Aussicht. Auf das Anderkonto hatte nur der Berater Zugriff. Unter anderem schrieb dieser an die Gläubiger: „Nach Eingang ihrer Zustimmung können wir sofort mit der Auszahlung der ersten Rate beginnen, da bereits ein namhafter Betrag eingegangen war“. Der vorhandene Betrag reichte schon für die erste Ratenzahlung an die Gläubiger nicht aus. Nachdem der Berater dies feststellte, brach er seine Tätigkeit ab, erteilte dem Geschäftsführer eine Rechnung und entnahm den Rechnungsbetrag dem Anderkonto. Das restliche Geld zahlte er an den Geschäftsführer zurück. Das LG sprach den Berater noch mit der Erwägung frei, dass der Angeklagte zumindest subjektiv die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, nicht verletzt habe. Das OLG Stuttgart widersprach dieser Auffassung: Der Berater hatte gegenüber den Gläubigern eine Vermögensbetreuungspflicht aus der Inhaberschaft des Anderkontos und seinem Moratoriumsauftrag. Er war nicht nur als Vertreter der Gesellschaft aufgetreten, sondern hatte zugesagt, im Falle des Vergleichsabschlusses persönlich für die Abwicklung Sorge zu tragen. Da er das Geld auf dem Anderkonto nicht an die Gläubiger, sondern an sich und den Geschäftsführer auszahlte, erfüllte er den Treubruchtatbestand des § 266 StGB. Selbst wenn der Betrag noch nicht einmal für die Auszahlung der ersten Rate ausreichte, so hätte der Berater im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung bestimmen müssen, wie das Geld unter den Gläubigern aufzuteilen war.

B. Sanierungsberatung

I. Risiken für die Berater

5. Täterschaft des Beraters bei Sonderdelikten, § 14 StGB

- **Auch ohne die erforderliche Täterstellung eines Sonderdelikts innezuhaben, besteht die Möglichkeit der täterschaftlichen Begehung eines solchen über die allgemeine Zurechnungsnorm des § 14 StGB**
 - § 14 II 1 Nr. 1 und 2 hat eine herausragende Bedeutung für die Berater in der Krise.
 - Hierdurch lässt sich die strafrechtliche Haftung für kraft eines Auftrags übernommener Pflichtenstellungen (Nr. 1) oder einzelner Aufgaben (Nr. 2) begründen.
- **Beauftragung i.S.d. II Nr. 2: kann ausschließlich ausdrücklich (mündlich oder schriftlich) erfolgen**
 - Durch Übernahme der Erstellung von Steuererklärungen, der Buchführung, Jahresbilanzen o.ä. kann eine Zurechnung erfolgen.
 - Beispielsweise kann sich ein Steuerberater bei fehlerhafter Buchführung durch die Übernahme dieser Aufgabe selbst als Täter - und nicht nur als Gehilfe - gem. §§ 283 I Nr. 5, 7, 283b I Nr. 1,3, 14 II Nr. 2 StGB strafbar machen.
- **Beauftragung i.S.d. II Nr. 1: Möglichkeit einer konkludenten Anordnung**
 - Hierdurch entsteht die Gefahr, schleichend durch weitergehende, übertragene Tätigkeiten die Betriebsleitung zu übernehmen.
 - Folglich kann die Übernahme der Leitung einzelner Abteilungen durch einen Berater eine konkludente Übertragung eines Pflichtenbereichs darstellen und eine Strafbarkeit begründen.
- **Stets erforderlich: gewisses (hoch anzusetzendes) Maß an Eigenverantwortlichkeit und Selbstständigkeit der Tätigkeit**
 - Im Rahmen von II Nr. 2 genügt daher eine rein beratende Tätigkeit gerade nicht.
 - Berater muss vielmehr bzgl. der ihm übertragenen Aufgabe eine eigene, freie Entscheidungsbefugnis besitzen. Diese bestimmt allein aus den konkreten Umständen und nicht aus der formalen Berufsbezeichnung.

B. Sanierungsberatung

II. Risiken für die Unternehmensführung

Entlastungsbeweis durch Beratung bzw. Irrtumskonstellationen?

- **Ausgangslage: Vorsatz bzgl. der jeweiligen Delikte erforderlich**
- **(P) normative Tatbestandsmerkmale → Irrtum?**
 - Sofern Geschäftsführung die maßgeblichen Tatsachen erkennt, liegt die Annahme von Vorsatz nahe (wobei umstritten ist, ob lediglich die Kenntnis der Tatumstände oder ggf. auch die Kenntnis der einschlägigen gesetzlichen Handlungspflichten erforderlich ist).
 - Sofern dies nicht der Fall ist oder eine falsche Bewertung vorgenommen wurde, liegt ein TB-Irrtum i.S.d. § 16 StGB vor; Vorsatz entfällt
 - Fahrlässigkeitsstrafbarkeit besteht jedoch weiterhin.

Sofern erforderliches Fachwissen der Unternehmensleitung fehlt: Beratung erforderlich

- **Kann sich die Unternehmensführung auf den Berater verlassen oder hat sie dessen Ergebnisse kritisch zu hinterfragen?**
 - Beispiel: krisenspezialisierter Berater kommt zum Ergebnis, dass keine Zahlungsunfähigkeit iSv § 15a InsO vorliegt → Mandant verlässt sich hierauf und stellt entsprechend keinen Insolvenzantrag.
 - Im Nachhinein stellt sich bereits vorliegende Zahlungsunfähigkeit heraus → Vorsatz bzgl. unterlassener Antragsstellung? (-)
- **Ggf. liegt bei Erkennen der Tatsachen und Bejahung des Vorsatzes ein Verbots-/Gebotsirrtum nach § 17 StGB vor**
 - Zu Klären ist in diesem Fall die Vermeidbarkeit eines solchen Irrtums, § 17 S. 1 StGB.
 - Genügt hierfür die Beratung?

C. Insolvenzverfahren

I. Eröffnungsverfahren

§ 283 StGB – Bankrott

➤ **Vorläufige Eigenverwaltung**

- Geschäftsführer ist weiterhin tauglicher Täter

➤ **Schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter**

- Schuldnerpflichten bleiben erhalten; Schuldner kommt weiterhin als Täter in Betracht
- Unterlassungsdelikte: wegen rechtlicher Unmöglichkeit keine Strafbarkeit, wenn vorläufiger Insolvenzverwalter Zustimmung verweigert.
- Grundsätze der *omissio libera in causa* zu beachten

➤ **Starker vorläufiger Insolvenzverwalter**

- Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht auf den vorläufigen Verwalter über
- Damit verliert Geschäftsführer Stellung als Zurechnungsobjekt

C. Insolvenzverfahren

II. Eröffnetes Verfahren

1. Haftung des Insolvenzverwalters ^(1/4)

- Insolvenzverwalter = Organ der Rechtspflege
- Auch hier gilt kein besonderes Verwalterstrafrecht o.ä.
- Den Insolvenzverwalter trifft aufgrund seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis im Insolvenzverfahren (und ggf. auch außerhalb) eine Vermögensbetreuungspflicht bzgl. des schuldnerischen Vermögens.
- Dies gilt auch für:
 - Sachwalter im Eigenverwaltungsverfahren
 - Den vorläufig starken Insolvenzverwalter
- Zusätzlich zur Vermögensbetreuungspflicht: Zurechnung über § 14 I Nr. 1, 3 StGB
 - Insolvenzverwalter ist Vertreter von Amts wegen
 - Er kann dadurch sämtliche an den Schuldner gerichteten Tatbestände verwirklichen

C. Insolvenzverfahren

II. Eröffnetes Verfahren

1. Haftung des Insolvenzverwalters (2/4)

➤ § 266 StGB

- Vermögensbetreuungspflicht des Insolvenzverwalters im Rahmen des § 266 StGB lässt sich aus §§ 60, 148, 159 InsO ableiten
 - Gilt auch für starken, vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 22 I InsO)
 - Ebenso gilt dies für den Sachwalter (zwar hat dieser keine eigene und umfassende Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis inne - allerdings verfügt er über Befugnisse zur Ausübung einer gemeinsamen Unternehmensleitung (vgl. §§ 274 ff. InsO), weshalb er im Falle der Eigenverwaltung durchaus auch als vermögensbetreuungspflichtig anzusehen ist).
 - Grundsätzlich nicht erfasst: vorläufig schwache Vermögensverwalter; Aber: da hinsichtlich der Verfügungen des Schuldners häufig ein Zustimmungsvorbehalt iSv § 21 II Nr. 2 InsO vom Gericht angeordnet wird, besteht Garantstellung und damit die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen Unterlassens.
- Pflicht zur Betreuung fremder Vermögensinteressen des Verwalters besteht gegenüber Insolvenzschuldner (§ 11 InsO), den Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO) und den Massegläubigern (§ 58 InsO)
- Grenzfall: Entgegennahme von Kick-Backs durch den Verwalter
 - Hierzu LG Magdeburg, 24 Qs 18/01, wistra 2002, 156: Rückvergütungen unterfallen nicht zwingend einer Untreuehandlung → Umkehrschluss: Gefahr der Strafbarkeit besteht
- Weitere Beispiele:
 - Plündern der Firmenkasse durch den Insolvenzverwalter
 - LG Frankfurt 5/26 Kls 7640 Js 208746/10: Geschäft, durch welches der Verwalter selbst oder ihm nahestehende Personen Massebestandteile erwerben; (P): sofern Marktpreis gezahlt wird ist dies problematisch – fraglich ist dann insbesondere, ob das vorhandene Eigeninteresse des Handelnden nicht dennoch ausschlaggebend war.
 - BGH wistra 2000, 384 u. NStZ 1998, 246: Fortführung der Aufträge des Schuldners durch Abwicklung der noch vorhandenen Aufträge über eine zu diesem Zweck gegründete GbR – nur strafbar, wenn der Schuldner das alleinige wirtschaftliche Risiko bei der Abwicklung tragen muss.
 - MüKo StGB § 266 Rn. 240 mwN: unterlassene Vermögensmehrung – es genügen jedoch keine bloßen Gewinnchancen (Exspektanzen)

C. Insolvenzverfahren

II. Eröffnetes Verfahren

1. Haftung des Insolvenzverwalters ^(3/4)

➤ § 258 StGB

- Es besteht (wie beim Berater) Solidarisierungsfahr mit dem Täter und daher ein Strafbarkeitsrisiko
- Beispiel: der Insolvenzverwalter erhält bei seiner Tätigkeit Kenntnisse über die Begehung von Insolvenz- und Bankrottdelikten des Schuldners und gibt diese nicht oder nicht wahrheitsgemäß weiter .
- Zu Beachten: der Insolvenzverwalter ist nicht von sich aus verpflichtet ist, die Staatsanwaltschaft über die Möglichkeit der Begehung von Taten zu unterrichten – ihm obliegt keine Garantenstellung (so *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, Rn. 227; *Dannecker/Knierim/Hagemeier/Smok/Knierim*, Insolvenzstrafrecht, Rn. 1172), vielmehr trifft ihn grundsätzlich nur die allgemeine Pflicht zur Aufklärung von Straftaten aus § 138 StGB.
- Allerdings: in der Praxis geschieht es häufig, dass die Staatsanwaltschaft den Insolvenzverwalter durch konkrete schriftliche Anfragen zu einzelnen Themen „in die Pflicht nimmt“.

➤ § 266a StGB

- Insolvenzverwalter führt im Insolvenzverfahren das Unternehmen selbst fort.
- Es trifft ihn (wie jeden Arbeitgeber) daher die Pflicht, die Beiträge zur Sozialversicherung an die Einzugsstellen abzuführen.
- Verstößt er gegen diese, macht er sich strafbar (vgl. oben).

C. Insolvenzverfahren

II. Eröffnetes Verfahren

1. Haftung des Insolvenzverwalters (4/4)

➤ § 370 I AO

- § 370 I AO: kein Sonderdelikt, es kann sich somit grundsätzlich jeder Dritte strafbar machen, der durch unrichtige Tatsachen für einen anderen einen ungerechtfertigten Steuervorteil schafft (insbesondere der Insolvenzverwalter oder auch Steuerberater).
- Dies gilt auch für § 370 I Nr. 2 AO, weshalb die Möglichkeit der Strafbarkeit durch pflichtwidriges Unterlassen durch den Insolvenzverwalter besteht.
- Die hierfür erforderliche Garantenstellung lässt sich für den (auch vorläufig starken) Insolvenzverwalter aus § 34 AO ableiten:
 - Insolvenzverwalter ist – ebenso wie der vorläufig starke Verwalter – verfahrensrechtlich Vermögensverwalter iSv § 34 II AO
 - Daher muss er gem. § 34 I AO die steuerlichen Pflichten des Schuldners im Insolvenzverfahren erfüllen (insofern kann auch die Nichtabgabe durch den Insolvenzverwalter eine Straftat nach § 370 AO darstellen).
 - Hinweis: in Fällen der Eigenverantwortung verbleibt die Erklärungspflicht dem Insolvenzschuldner, vgl. §§ 270 ff. InsO

C. Insolvenzverfahren

II. Eröffnetes Verfahren

2. § 283 StGB - Bankrott

- **Objektive Strafbarkeitsbedingung ist nach § 283 Abs. 6 StGB eingetreten**
 - Bankrotthandlung kann dem Eintritt der Strafbarkeitsbedingung zeitlich nachfolgen
- **Frist zur Meldung von Vermögensanfällen richtet sich nach Insolvenzrecht**
 - vgl. LG Nürnberg-Fürth, Urteil v. 28.10.2021 – 12 Ns 511 Js 2080/19 (BeckRS 2021, 33321)
- **Strafbarkeit des Schuldners entfällt hinsichtlich Pflichten, die ausschließlich Insolvenzverwalter treffen**
- **Taugliches Tatobjekt des § 283 Abs. 1 S. 1 StGB sind nur Gegenstände, die zur Insolvenzmasse gehören**
 - § 35 Abs. 1 InsO: auch Gegenstände, die während des Verfahrens erlangt werden

C. Insolvenzverfahren

II. Eröffnetes Verfahren

3. § 156 StGB – Falsche Versicherung an Eides statt

- **Auskunftspflichten nach §§ 97, 98 InsO**
 - Gilt auch im Eröffnungsverfahren.
- **Das Insolvenzgericht ist gem. §§ 20, 98 InsO eine für die Abnahme einer eidesstattlichen Erklärung zuständige Stelle iSv § 156 StGB**
- **Von Mitteilungs- und Versicherungspflicht werden sowohl Aktiva als auch Passiva erfasst**
 - Anwartschaften
 - Bereits beiseitegeschaffte Gegenstände
 - Gegenstände die dem Vermögen durch Insolvenzanfechtung wieder zugeführt werden können
 - Nicht: völlig wertlose Gegenstände
 - Beispiel: Frage des Insolvenzgerichtes, ob weitere Übertragungen von Vermögenswerten – außer den bekannten und zuvor benannten – an nahestehende Personen oder sonstige dritte Personen in den letzten fünf Jahren unentgeltlich, als Schenkung, als gemischte Schenkung oder ohne adäquate Gegenleistung vorgenommen wurden → verneint und Versicherung an Eides statt, obwohl Vermögensübertragungen vor dem Insolvenzgericht mit Wissen nicht angegeben wurden (vgl. LG Stuttgart, Urteil vom 27.11.2017, Az. 11 kls 152 Js 53670/12) → Falsche Versicherung an Eides statt
 - Es besteht eine umfassende Mitteilungs- und Auskunftspflicht → jede unvollständige Erklärung ist daher eine falsche Angabe iSv § 156 StGB
- **Beachte: Ausschluss der Strafbarkeit über § 97 I S. 3 InsO nicht möglich, da dieses nicht für falsche oder unvollständige Angaben gilt**

C. Insolvenzverfahren

II. Eröffnetes Verfahren

4. Subventionsbetrug ^(1/2)

- Insolvenzverwalter/CRO/GB erkennt unrechtmäßigen Antrag der Gesellschaft (beispielsweise Kurzarbeitergeld, Staatshilfen)
- Ergibt sich hieraus die Pflicht, die Subventionsgeber in Kenntnis zu setzen?
- Ausgangspunkt: § 264 Abs. 1 Nr. 3 StGB
- Mitteilungspflicht gilt nicht nur während laufendem Verfahren
 - Auch: Fälle, in denen Subvention bereits gewährt wurde und das In-Unkenntnis-Lassen den Widerruf der Subvention verhindert
 - Hieraus ergibt sich eine ständige Mitteilungspflicht
- Täterkreis:
 - Sonderdelikt: Täter kann nur derjenige sein, dem aufgrund einer Rechtsvorschrift eine entsprechende Mitteilungspflicht obliegt
 - § 3 SubvG: *Der Subventionsnehmer ist verpflichtet, dem Subventionsgeber unverzüglich alle Tatsachen mitzuteilen, die der Bewilligung, Gewährung, Weitergewährung, Inanspruchnahme oder dem Belassen der Subvention oder des Subventionsvorteils entgegenstehen oder für die Rückforderung der Subvention oder des Subventionsvorteils erheblich sind.*
 - Für Belassen sind solche Tatsachen von Relevanz, die zu einer vollständigen oder teilweisen Rückforderung der Subvention führen können.
 - § 2 SubvG
- Unkenntnis des Subventionsgebers erforderlich
 - Auch bei fälschlich angenommener Unkenntnis entfällt Strafbarkeit

C. Insolvenzverfahren

II. Eröffnetes Verfahren

4. Subventionsbetrug (2/2)

- **Fällt der Insolvenzverwalter auch hierunter?**
 - Zurechnung über § 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB – Insolvenzverwalter als gesetzlicher Vertreter?
 - Grundsatz: Personen, deren Vertretungsmacht nicht auf Vollmacht oder Vertrag, sondern unmittelbar auf Gesetz beruht
 - Aber: nach hM auch „Parteien kraft Amtes“
 - So auch OLG Thüringen (Beschl. v. 11.06.2010 – 1 Ss 338/09 Rn. 9): der Insolvenzverwalter wird durch den Beststellungsakt als sog. Partei kraft Amtes zum gesetzlichen Vertreter iSv § 14 StGB
 - Somit Zurechnung des Merkmals Subventionsnehmer iSv § 3 SubvG an den Insolvenzverwalter über § 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB

- **Gilt ebenfalls für neu eintretende Geschäftsführer, CRO oder Generalbevollmächtigten**

C. Insolvenzverfahren

III. Ablehnung mangels Masse

- **Strafbarkeit nach § 15a InsO ist regelmäßig nicht mehr möglich**
 - BGHSt 53, 24: keine Strafbarkeit des Liquidators, wenn der Gesellschaft neue Vermögenswerte zufallen, die nicht ausreichen, die Insolvenzlage zu beseitigen
- **Liquidatoren sind taugliche Täter nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB eines Bankrottdelikts**
- **Erst vollständige Beendigung des Unternehmens setzt Schlusspunkt für Begehung von Bankrottstraftaten**
- **Der Wiedereintritt von Zahlungsfähigkeit bzw. Wegfall der Überschuldung beseitigt objektive Strafbarkeitsbedingung nach § 283 Abs. 6 StGB**
- **Für Strafbarkeit nach § 283c StGB kommt es entscheidend auf Gewährung eines inkongruenten Vorteils an**
 - Nach hM keine gleichmäßige Befriedigung von Gläubigern erforderlich
- **Ablehnung mangels Masse hat keine Auswirkungen auf Insolvenzdelikte iWS**
 - Relevant insbesondere für Strafbarkeit nach § 246 StGB durch Veräußerung sicherungsübereigneter Gegenstände
 - Eigennützige Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Liquidator erfüllt Tatbestand des § 266 StGB
 - Untreue auch durch das Nichtverwenden eingezogener Kundenforderungen zur Tilgung von Verbindlichkeiten

C. Insolvenzverfahren

IV. Besonderheiten in der Eigenverwaltung

- **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse verbleiben beim Schuldner**
- **Dem Eigenverwalter obliegen alle strafrechtlichen Handlungspflichten**
- **Begründung von Masseverbindlichkeiten kann Strafbarkeit nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB auslösen**
- **Risiken des CRO's vergleichbar mit denen sonstiger organschaftlicher Vertreter:**
 - „Zurechnung“ der Täterstellung für Sonderdelikte über § 14 I Nr. 1 StGB (zu den Auswirkungen auf die Haftung vgl. oben)
 - Vermögensbetreuungspflicht ebenfalls aus außerstrafrechtlichen Pflichten des CRO gegenüber der Gesellschaft abzuleiten
 - Steuerpflichten des Schuldners (Gesellschaft) liegen auch beim CRO → § 370 AO auch durch bloßes Unterlassen
- **Gleiches gilt für Generalbevollmächtigten, insoweit Zurechnung über § 14 Abs. 2 StGB**
 - Vermögensbetreuungspflicht besteht hier ebenso
 - Steuerpflichten gehen hier jedoch nicht über → dennoch § 370 AO nicht ausgeschlossen (vgl. oben)
 - **Problemaufriss:** es besteht die Möglichkeit, dass der Generalbevollmächtigte steuerrechtlich als faktischer Geschäftsführer anzusehen ist
 - Hierdurch gehen die steuerlichen Pflichten auf diesen über → es greift § 34 I AO → Strafbarkeit nach § 370 AO durch bloßes Unterlassen möglich

D. Restrukturierungsverfahren

I. § 42 Abs. 3 StaRUG - Allgemeines

- Ähnlichkeit zu § 15a InsO
 - Anzeige der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern
 - Kreis der Antragspflichtigen entspricht dem des § 15a InsO
- Haftungsverschärfung ggü. § 15a InsO, da keine Frist vorhanden
- Pflicht des § 42 StaRUG kann auch durch Stellung eines Insolvenzantrags erfüllt werden
- Nicht richtige Antragsstellung ist nicht erfasst
- Unterlassungs- und abstraktes Gefährdungsdelikt
- Vollendung tritt mit schuldhaft verzögerter Antragsstellung ein; Beendigung sobald die Anzeigepflicht entfällt
- Wiederaufleben der Insolvenzantragspflichten zu beachten, § 42 Abs. 4 StaRUG
- Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzreife entscheidend

D. Restrukturierungsverfahren

II. § 42 Abs. 3 StaRUG – Sonderproblem Inhabilität

➤ Inhabilität als Nebenfolge einer Verurteilung wegen § 42 Abs. 3 StaRUG?

- § 42 Abs. 3 StaRUG wird in § 6 GmbHG bzw. § 76 AktG nicht ausdrücklich erwähnt
- Argumente pro Einbeziehung bzw. entsprechende Anwendung:
 - Große Nähe zu § 15a InsO
 - § 42 Abs. 2 StaRUG
 - Offener Wortlaut
 - Telos
- Argumente contra Einbeziehung bzw. entsprechende Anwendung
 - Legaldefinition der Insolvenzverschleppung in § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG bzw. § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AktG
 - Analoge Anwendung aufgrund der Sanktionshärte abzulehnen; Ausweitung des Tatbestandes bleibt dem Gesetzgeber vorbehalten
- Im Ergebnis nach hier vertretener Auffassung keine Inhabilität als Folge einer entsprechenden Verurteilung
- Aber: Frage bislang noch nicht in der Rechtsprechung behandelt

E. Nebenfolgen ^(1/2)

➤ Berufsverbot, § 70 StGB

➤ Inhabilität

- § 6 Abs. 2 GmbHG, § 76 Abs. 3 AktG;
 - Beispiel/Problemaufriss: hat eine Geldstrafe zu 400 Tagessätzen bei 266a StGB auch Inhabilität zur Folge?
 - *Satzger/Endler*, NZG 2019, 1201 (1202): Geldstrafen ausdrücklich irrelevant
 - Ebenso OLG Hamm NJW-RR 2011, 772: keine Umrechnung von Geld- in Freiheitsstrafen
- Rechtskraft des Urteils oder Strafbefehls
- Auch bei Verwarnung mit Strafvorbehalt

➤ Gewerbeuntersagung, § 35 GewO

➤ Ausschluss von öffentlichen Aufträgen, § 21 Abs. 1 Nr. 4 SchwarzArbG, Eintragung ins Gewerbezentralregister (§ 149 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 4 GewO), Eintragung ins Wettbewerbsregister (§ 2 WRegG)

E. Nebenfolgen ^(2/2)

Aktuell: Verlust des Vergütungsanspruchs des Insolvenzverwalters durch begangene Untreue i.R.d. Verwaltung

- Urteil des BGH vom 15.08.2022 – IX ZB 17/21
- Früherer Insolvenzverwalter wollte eigenen Vergütungsanspruch gegen Schuldner geltend machen
- Diesen Anspruch hat er laut BGH aufgrund einer zum Nachteil der Insolvenzmasse begangenen, strafbaren Untreue verwirkt
- Versagung jeglicher Vergütung kommt nach BGH (insbesondere im Hinblick auf Art. 12 I GG) nur bei einer „schweren, subjektiv in hohem Maße vorwerfbaren Verletzung der Treuepflicht“ in Betracht, was insbesondere bei besonders schwerwiegenden Pflichtverletzungen in Form von Straftaten zum Nachteil der Masse der Fall sei
 - Untreue wurde hier in der Überweisung der Rechnung vom Verfahrenskonto der Schuldnerin und der dadurch eingetretenen Verkürzung der Insolvenzmasse gesehen.
 - Unerheblich war, ob die Schuld zu dem Zeitpunkt der Überweisung noch offen war und dass der Betrag bereits vor der Überweisung von der Staatskasse erstattet war.
 - Auch ein möglicher Bereicherungsanspruch der Schuldnerin blieb unberücksichtigt, da bereits die konkrete, wirtschaftlich schon zu einer gegenwärtigen Minderbewertung führende Vermögensgefährdung einen Vermögensnachteil i.S.d. § 266 I StGB darstellt.

An aerial, grayscale photograph of a city street, likely in a European city, showing buildings, a road with traffic, and a church with two towers in the background. A white rectangular text box is centered over the image, flanked by two vertical red bars.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



DR. ANDREAS WEITZELL

Rechtsanwalt | Partner

UFER SCHARF

Maximilianstraße 35, 80539 München

 +49 (0) 89 5587 1990

 weitzell@uferscharf.de

 www.uferscharf.de

UFER SCHARF
Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB

15.15 Uhr

Thema 5: Praktische Bedeutung unterschiedlicher Haftungsrisiken & Best Practice

Podiumsdiskussion:

RA Dr. Michael Jaffé, München

Dipl.-Kfm. Christian Säuberlich, Frankfurt

Lukas Nazaruk, Stuttgart

Moderation: RA Dr. Gideon Böhm