

Das Zahlungsverbot in Zeiten von Corona! Neues vom BGH zur D&O!

Die Corona-Pandemie hält die Unternehmen fest im Griff. Aufgrund von Umsatzeinbrüchen oder Zahlungsausfällen droht dem Unternehmen die Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung. In diesen Fällen wird von der Krise des Unternehmens gesprochen. In der Krise betritt die Geschäftsführung haftungsträchtigen Boden. Zur Vermeidung der persönlichen Haftung ist die Geschäftsführung gut beraten, sich rechtzeitig, und zwar schon vor Ausbruch einer möglichen Krise, einen Überblick über die insolvenzrechtlichen Vorschriften und Haftungstatbestände zu verschaffen. Für Kapitalgesellschaften wie beispielsweise die GmbH oder AG gilt bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die „dreiwöchige Insolvenzantragspflicht“. Bei Eintritt der Überschuldung (Aktiva < Passiva) beträgt die Frist sechs Wochen. Die Frist ist keine Höchstfrist. Die Geschäftsführung hat den Antrag „ohne schuldhaftes Zögern“, also grundsätzlich sofort zu stellen. Sie darf nur ausgeschöpft werden, wenn Maßnahmen eingeleitet werden, die der Sanierung tatsächlich dienen. In dieser kurzen Zeitspanne muss über das „Ob und Wie“ einer Sanierung der Gesellschaft entschieden werden.

In der Unternehmenskrise ist die Geschäftsführung insbesondere verpflichtet:

- Die Zahlungsfähigkeit anhand der Liquiditätsplanung und die
- Überschuldung anhand einer Überschuldungsbilanz zu prüfen.
- Unverzüglich eine a.o. Gesellschafterversammlung einzuberufen.
- Zur Feststellung der Sanierungsfähigkeit ein Sanierungskonzept aufzustellen
- und ggf. Sofortmaßnahmen zur Sanierung des Unternehmens einzuleiten.
- Bei Aussichtslosigkeit der Sanierung unverzüglich Insolvenzantrag zu stellen.

Das Problem in der Praxis liegt darin, dass der Zeitpunkt des **Eintritts der Zahlungsunfähigkeit/ Überschuldung** von der Geschäftsführung gar nicht oder zu spät erkannt wird. Die Feststellung des Zeitpunkts ist aber für die Frage der Insolvenzverschleppung und für die Geschäftsführung von haftungsrelevanter Bedeutung. Zu den Kardinalpflichten der Geschäftsführung gehört es daher, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft permanent – quasi stündlich – zu überwachen. Wer den Zeitpunkt verpasst, läuft zwangsläufig in die Haftungsfalle. Zivilstraf- und steuerrechtliche Folgen drohen.

Damit aber nicht genug der Fragen. In der Krise herrscht bei der Geschäftsführung große Unsicherheit bzw. Unwissen darüber, ob und in welchem Umfang die Geschäftsführung die Geschäfte der Gesellschaft weiterführen darf und was zu tun ist.

Ab Eintritt der Krise muss die Geschäftsführung insbesondere das **Zahlungsverbot des § 15b Abs. 1 InsO**, der ab dem **01.01.2021 den § 64 GmbHG** und **§ 92 Abs. 2 AktG** ablöst, beachten. Nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und/oder der Überschuldung dürfen nur Zahlungen erfolgen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Die Zahlungen müssen im Interesse der Gläubiger liegen. Aber wann liegen Zahlungen im Interesse der Gläubiger vor?

Will die Geschäftsführung die persönliche Haftung vermeiden, müsste sie die unternehmerische Tätigkeit quasi „einfrieren“ und damit das vollständige Erliegen der Geschäftstätigkeit in Kauf nehmen. Dieser „scheinbare“ Ausweg ist der Geschäftsführung aber versperrt, denn die Geschäftsführung trifft die Pflicht, die Erfolgsaussichten einer Sanierung der Gesellschaft zu prüfen und zu befördern, dies setzt regelmäßig die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes voraus.

Die Rechtsprechung des BGH stellt hohe Anforderungen an die Zahlungen. Nicht jede Zahlung zur Erhaltung der Sanierungschancen wird von der Rechtsprechung privilegiert. Der Begriff Zahlung ist weit zu verstehen. Der Begriff umfasst jede Minderung des Aktivvermögens, unabhängig davon, ob es sich um die Weggabe von Geld, Waren oder die Erbringung sonstiger Leistungen handelt.

Die Rechtsprechung des BGH legte bisher einen engen Maßstab bei der Bestimmung an, welche Zahlungen noch mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, Arbeits- und Dienstleistungen, Energielieferungen und Telekommunikationsdienstleistungen erkannte der BGH nicht an, da sie von den Gläubigern nicht verwertet werden können. Nach Auffassung des BGH ist der Geschäftsleiter, der solche Zahlungen veranlasst, der Gesellschaft zum Ersatz verpflichtet, vgl. BGH, Urt. v. 4.7.2017 – II ZR 319/15, BGH, Beschluss vom 24.09.2019 – II ZR 248/17; BGH Urteil vom 27.10.2020-II ZR 355/18. Der BGH lässt eine Ausnahme zu, wenn ansonsten eine konkrete Chance auf Sanierung und Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht werden würde, BGH, Beschl. v. 21.5.2019 – II ZR 337/17.

Der Gesetzgeber hat mit § 15b InsO auf die Rechtsprechung des BGH reagiert und für Zahlungen bei Insolvenzreife die Anforderungen vermindert. Bestehen bleibt, dass die Geschäftsführung nach Eintritt von Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit keine Zahlungen mehr aus dem Gesellschaftsvermögen leisten darf, es sei denn, sie sind mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.

Nach § 15b Abs. 2 S. 1 InsO sind Zahlungen privilegiert,

- die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes dienen,
- der nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife oder Vorbereitung eines Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters erfolgen,
- zwischen Insolvenzantrag und Insolvenzeröffnung mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters geleistet werden.

Für Zahlungen, die nach Ende der Frist zur Insolvenzantragstellung erfolgen, entfällt nach § 15 Abs. 3 InsO die Privilegierung.

Danach weicht § 15b Abs. 2 InsO von der strengen Rechtsprechung des BGH ab. Zahlungen für Arbeits- und Dienstleistungen, Energielieferungen oder Telekommunikationsdienstleistungen führen künftig nicht mehr zur Haftung der Geschäftsführung. Vorausgesetzt, die Zahlungen dienen zur Aufrechterhaltung des Betriebes und die Geschäftsführung kommt ihren insolvenzrechtlichen Pflichten nach.

Abschlussbetrachtung

Die Nichtbeachtung des Zahlungsverbots löst Haftungsansprüche gegen die Geschäftsführung aus, die einen existenzbedrohenden Umfang einnehmen können, auch wenn nach § 15b Abs. 4 InsO die Geschäftsführung den Gläubigern nur für den tatsächlich entstandenen Schaden haften. Die Geschäftsführung muss, wenn die Sanierung scheitert, für jeden einzelnen Zahlungsvorgang darlegen und beweisen, dass die von ihr veranlassten Zahlungen der Aufrechterhaltung des Betriebes dienen. Während der Insolvenzverwalter lediglich die Insolvenzreife sowie die Ein- und Auszahlungen darlegen und beweisen muss. Die Geschäftsführung ist damit in einer schwierigen Position, die sie in der Praxis – ohne fachkundige Beratung – und in Ermangelung hinreichender Dokumentation kaum erfüllen kann.

Es ist daher nach allem unerlässlich, um Haftungsrisiken zu vermeiden, dass die Geschäftsführung sich bereits vor der Krise eine genaue Kenntnis von der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung verschafft und die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft permanent – quasi stündlich – überwacht. Für die Inhaber einer D&O-Versicherung ist positiv zu vermelden, dass § 15 b Abs. 4 InsO von einem Schaden der Gläubigerschaft spricht, daraus folgt, dass der Schaden von einer D&O-Versicherung abgedeckt sein dürfte. In einer Grundsatzentscheidung bejahte der BGH bereits die grundsätzliche Eintrittspflicht der D&O-Versicherung, BGH-Urt. v. 18.11.2020 – IV ZR 217/19.

RA Dr. Dietmar Buchholz