

NZZI

Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht

In Zusammenarbeit mit der
Neuen Juristischen Wochenschrift

Herausgeber:

Prof. Dr. Martin Ahrens
Dr. Eberhard Braun
Prof. Dr. Georg Crezelius
Michael Dahl
Michael Drasdo
Dr. Gero Fischer
Dr. Hans Gerhard Ganter
Prof. Dr. Markus Gehrlein
Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Gottwald
Prof. Dr. Ulrich Haas
Prof. Ulrich Keller
Dr. Rolf Leithaus
Prof. Dr. Stephan Madaus
Dr. Jörg Nerlich
Irmtraut Pape
Christopher Seagon
Werner Sternal
Prof. Dr. Rolf Stürner
Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck
Prof. Dr. Heinz Vallender

www.nzi.beck.de



4/2015

18. Februar 2015

18. Jahrgang S. 97–144

Aus dem Inhalt

M. Gehrlein

Die Rechtsprechung des BGH zu gegenseitigen Verträgen
in der Insolvenz 97

✓ *D. Meppen*

Die Haftung des Geschäftsführers einer polnischen
GmbH wegen Insolvenzverschleppung 107

J. Drukarczyk

Ökonomische Schieflage, insolvenzrechtliche Verteilungs-
regel, Eröffnungsgründe, DES und Position der
Alteigentümer 110

BGH

Kein Fortbestehen eines Wohnraummietverhältnisses
(Anm. *M. Dahl/E. Linnenbrink*) 123

BGH

Verfahrensunterbrechung auf Grund Eröffnung des
Insolvenzverfahrens – wirtschaftlicher Wert der
Netzentgeltbefreiung (Anm. *P. Schütze*) 127

BGH

Stundung der in der Wohlverhaltensperiode anfallenden
Verfahrenskosten (Anm. *J. Schädlich*) 128

BGH

Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach
Insolvenzreife (Anm. *C.-P. Kruth*) 133

BGH

Befugnis des Insolvenzverwalters zur Änderung des
Geschäftsjahresrhythmus (Anm. *M. Schuster/M. Fritz*) 135

BGH

Festsetzung der Vergütung des Insolvenzverwalters
(Anm. *T. Graeber*) 141

Mit Beilage: Verbraucherinsolvenz aktuell (Februar 2015)



lichkeit entspricht. Dies ist auch für Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie anzunehmen, wenn sie im Voraus die Anwendung des § 103 InsO ausschließen. Der Zweck des Erfüllungswahlrechts ist es, die Masse zu schützen und im Interesse einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung zu mehrern. Dieser Zweck könnte vereitelt werden, wenn sich der Vertragspartner des Schuldners allein wegen der Insolvenz von einem für die Masse günstigen Vertrag lösen und damit das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO unterlaufen kann⁷¹. Das Wahlrecht könnte leicht beseitigt werden, wenn sich der Vertragspartner des Schuldners ein Kündigungsrecht oder eine automatische Vertragsauflösung für den Fall ausbedingen könnte, dass ein Insolvenzantrag gestellt oder ein Insolvenzverfahren eingeleitet wird⁷². Soll die Vorschrift des § 119 InsO praktische Bedeutung behalten, muss ihr eine Vorwirkung jedenfalls ab dem Zeitpunkt zuerkannt werden, in dem wegen eines zulässigen Insolvenzantrags mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ernsthaft zu rechnen ist. Jedes Insolvenzverfahren setzt einen schriftlichen Eröffnungsantrag nach § 13 I 1 InsO zwingend voraus. Könnte eine Lösungsklausel wirksam an den Eröffnungsantrag anknüpfen, würde in der Praxis die Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst als Anknüpfung für nur dann als unwirksam anzusehende Lösungsklauseln jede Bedeutung verlieren. Der von § 119 beabsichtigte Masseschutz könnte ohne Weiteres ausgeschlossen und der Zweck der Vorschrift unterlaufen werden⁷³. Auf Grund der Unwirksamkeit der insolvenzbedingten Lösungsklausel wird ein Energielieferungsvertrag nicht mit der Insolvenzantragstellung oder Einleitung des Eröffnungsverfahrens beendet, sondern hat weiterhin Bestand⁷⁴.

3. Unbedenkliche Klauseln

Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel liegt vor, wenn eine der Parteien für den Fall der Zahlungseinstellung, des

Insolvenzantrags oder der Insolvenzeröffnung das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen, oder wenn der Vertrag unter der auflösenden Bedingung des Eintritts dieser insolvenzbezogenen Umstände steht. Im Unterschied dazu knüpfen insolvenzunabhängige Lösungsklauseln an nicht insolvenzspezifische Umstände an, etwa an den Verzug oder an sonstige Vertragsverletzungen. Solche insolvenzunabhängigen Lösungsklauseln sind nicht auf das Ziel ausgerichtet, die Wahlmöglichkeiten des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO auszuhöhlen, so dass § 119 InsO – mit Ausnahme der Kündigungssperre des § 112 InsO – nicht berührt ist⁷⁵. Sieht eine Vertragsklausel die Kündigung aus wichtigem Grund vor, knüpft die Kündigungsbefugnis nicht an die Insolvenzeröffnung und auch nicht an die Ausübung des Wahlrechts aus § 103 InsO an. Kündigungsgrund ist vielmehr das Vorliegen von Tatsachen, auf Grund derer die Fortsetzung des Vertrags unzumutbar ist. Solche Tatsachen können auch und gerade außerhalb einer Insolvenz gegeben sein. Außerdem sollt bei Vorliegen solcher Tatsachen jeder der beiden Vertragsteile zur Kündigung berechtigt sein. Durch die vertragliche Regelung werden der Insolvenzmasse jedoch keine Nachteile auferlegt, die über diejenigen hinausgehen, welche mit jeder Beendigung des Nutzungsvertrags verbunden sind. Die damit einher gehenden Nachteile sind auch keine spezielle Sanktion dafür, dass der Verwalter in Ausübung seines gesetzlichen Wahlrechts die Nichterfüllung gewählt hat. Sie wären in gleicher Weise eingetreten, wenn das Nutzungsverhältnis aus anderen, ebenfalls zur fristlosen Kündigung berechtigenden Gründen beendet worden wäre⁷⁶.

71 BGH, NZI 2013, 178 Rn. 13.

72 BGH, NZI 2013, 178 Rn. 18.

73 BGH, NZI 2013, 178 Rn. 19.

74 BGH, NZI 2013, 178 Rn. 22.

75 BGH, NZI 2013, 178 Rn. 9.

76 BGH, NZI 2006, 229 Rn. 26 ff.

Rechtsanwalt Dr. Daniel Meppen* ✓

Die Haftung des Geschäftsführers einer polnischen GmbH wegen Insolvenzverschleppung

Polen gehört zu den wichtigsten Handelspartnern Deutschlands. Als siebtgrößte Volkswirtschaft der EU besitzt es die mit Abstand stärkste Wirtschaftskraft unter den neuen Beitrittsländern. Polen entwickelt sich seit Jahren stabil und die Wirtschaft weist ein kontinuierliches Wachstum auf. Dieses Marktumfeld wird auch verstärkt von deutschen Investoren genutzt. Großer Beliebtheit bei der Auswahl der Rechtsform eines Unternehmens erfreut sich dabei vor allem die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), so genannte Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (= Sp. z o.o.), deren Geschäftsführer im polnischen Recht als Vorstandsmitglieder (członek zarządu) bezeichnet werden. Trotz der positiven wirtschaftlichen Entwicklung ist die Zahl der Insolvenzen in Polen in den letzten Jahren stark angewachsen. Im Falle der Krise einer polnischen GmbH sollten daher im Rahmen der grenzüberschreitenden Beratung insbesondere auch Fragen im Zusammenhang mit der Haftung des Vorstandsmitgliedes wegen Insolvenzverschleppung berücksichtigt werden. Hierbei gilt es den Mandanten auf die mit dem polnischen Recht verbundenen Besonderheiten hinzuweisen.

I. Einführung in das polnische Insolvenzrecht

Das polnische Insolvenzrecht ist im Gesetz über das Konkurs- und Sanierungsrecht vom 28.2.2003 (KSR) geregelt, das am 1.10.2003 in Kraft trat¹. Als Verfahrensarten sind das Liquidationsverfahren (Art. 91 ff. KSR) mit dem Ziel der Erlösverteilung und Liquidation sowie das Vergleichsverfahren mit dem Ziel eines Vergleichsabschlusses (Art. 267 ff. KSR) vorgesehen. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann vom Liquidationsverfahren zum Vergleichsverfahren gewechselt werden und umgekehrt. Für den Fall einer drohenden Insolvenz ist ein Sanierungsverfahren (Art. 492 ff. KSR) vorgesehen, welchem allerdings in der Praxis kaum Bedeutung zukommt².

Das Insolvenzverfahren gliedert sich in Polen in das Eröffnungsverfahren sowie das eigentliche Insolvenzverfahren. Im

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Hamburg.

1 Ustawa z dnia 28.2.2003 Prawo upadlosciowe i naprawcze; idF der Bekanntmachung v. 9.4.2003.

2 Vgl. Schmidt/Liebscher, ZInsO 2007, 393 (394 f.).

Eröffnungsverfahren werden alle Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wie etwa Insolvenzfähigkeit, Insolvenzeröffnungsgrund sowie Kostendeckung geprüft³. Im Anschluss erfolgt ein Beschluss, entweder über die Eröffnung des Verfahrens oder die Abweisung des Insolvenzantrags. Erlässt das Insolvenzgericht den Eröffnungsbeschluss, beginnt das eigentliche Insolvenzverfahren. Dabei erfolgen zunächst eine Feststellung der Insolvenzmasse sowie eine Aufstellung aller Forderungen. Je nach Art des Verfahrens endet das Insolvenzverfahren entweder mit einer Befriedigung der Gläubiger und der Liquidation des Schuldnervermögens oder mit einem Vergleich.

II. Zivilrechtliche Haftung der Vorstandsmitglieder bei insolvenzverschleppung

1. Insolvenzantragspflicht

Nach Art. 21 I KSR ist der Schuldner verpflichtet, spätestens zwei Wochen ab dem Tag, an dem der Grund für die Insolvenz eingetreten ist, beim Gericht den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen⁴. Dieselbe Antragspflicht trifft, sofern der Schuldner eine juristische Person oder eine andere organisatorische Einheit ist, gem. Art. 21 II KSR jede Person, die zur Vertretung des Schuldners berechtigt ist⁵. Im Falle einer polnischen GmbH sind dies nach Art. 204 § 1 HGG sämtliche Vorstandsmitglieder⁶. Die Antragspflicht besteht für das Vorstandsmitglied bereits im Stadium der Gesellschaft in Gründung⁷.

a) *Eröffnungsgründe*. Als Insolvenzeröffnungsgründe sieht das polnische Insolvenzrecht die Zahlungsunfähigkeit sowie erweiternd bei juristischen Personen die Überschuldung vor⁸. Zahlungsunfähigkeit ist nach Art. 11 I KSR gegeben, wenn der Schuldner seine fälligen Verbindlichkeiten, egal in welcher Höhe, nicht erfüllt⁹. Zu unterscheiden hiervon ist die bloße „Zahlungsstockung“. Diese liegt nach Art. 12 I KSR vor, wenn die Verzögerung der Erfüllung der Verbindlichkeiten die Dauer von drei Monaten nicht überschreitet und die Summe der nicht erfüllten Verbindlichkeiten zehn Prozent des Bilanzwerts des schuldnerischen Unternehmens nicht übersteigt. In diesem Fall kann das Gericht den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurückweisen. Überschuldung ist gegeben, wenn die Verbindlichkeiten einer juristischen Person den Wert des vorhandenen Vermögens übersteigen, auch wenn der Schuldner seine Verbindlichkeiten laufend erfüllt (Art. 11 II KSR)¹⁰.

b) *Eröffnungsantrag*. Das Insolvenzverfahren wird in Polen ebenso wie in Deutschland nach Art. 20 I KSR nur auf Antrag eröffnet (Antragsprinzip)¹¹. Wie bereits oben erörtert, ist der Schuldner nach Art. 21 I KSR verpflichtet, den Insolvenzantrag innerhalb von zwei Wochen ab dem Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung zu stellen. Der Zeitpunkt, ab welchem die Frist zur Stellung des Insolvenzantrags zu laufen beginnt, ist nicht immer eindeutig zu bestimmen¹². Maßgeblich ist in der Regel, wann die Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung tatsächlich festgestellt werden konnte¹³.

2. Insolvenzzrechtliche Haftung nach Art. 21 III KSR

Sofern eine zur Vertretung der Gesellschaft berechtigte Person iSv Art. 21 II KSR den Insolvenzantrag nicht rechtzeitig innerhalb von zwei Wochen stellt, haftet diese nach Art. 21 III KSR für den Schaden, der den Gläubigern, der Gesellschaft oder den Gesellschaftern auf Grund der nicht rechtzeitigen Insolvenzanmeldung entsteht¹⁴.

a) *Verschulden*. Die Haftung auf Schadensersatz aus Art. 21 III KSR hat deliktischen Charakter, so dass der Anspruchsteller das Verschulden der zur Vertretung der Gesellschaft berechtigten Person nachweisen muss¹⁵. Verschuldensmaßstab ist die Sorgfalt unter Berücksichtigung des beruflichen Charakters der Tätigkeit gem. Art. 355 § 2 ZGB (= Zivilgesetzbuch)¹⁶. Mangelnde Sachkenntnis sowie Arbeitsaufteilung innerhalb des Vorstandes entschuldigen nicht¹⁷. Das Verschulden ist nur dann ausgeschlossen, wenn die zur Vertretung der Gesellschaft berechtigte Person den Eintritt der Insolvenz nicht erkannt oder ohne sein Verschulden gehindert war, den Insolvenzantrag zu stellen, was zum Beispiel bei einer schweren Krankheit denkbar ist¹⁸.

b) *Haftungsumfang*. Für die Höhe des durch die verspätete Insolvenzanmeldung entstandenen Schadens ist der Gläubiger darlegungs- und beweispflichtig. Es werden das positive Interesse sowie der entgangene Gewinn erfasst¹⁹. Die Höhe des Schadens bemisst sich nach dem so genannten Quotenschaden. Dies ist der Schaden, der durch den verspäteten Insolvenzantrag entstanden ist. Der Quotenschaden stellt also den Betrag dar, durch den die Insolvenzmasse verringert wurde und wodurch der jeweilige Gläubiger weniger erhält, als er bei rechtzeitiger Insolvenzanmeldung bekommen hätte²⁰.

3. Gesellschaftsrechtliche Haftung der Vorstandsmitglieder nach Art. 299 HGG

Eine besondere Haftungsgrundlage wegen Insolvenzverschleppung im polnischen Recht ergibt sich aus Art. 299 § 1 HGG²¹. Die Vorschrift begründet eine persönliche, unbeschränkte und gesamtschuldnerische Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern²². Danach haften die Vorstandsmitglieder den Gesellschaftsgläubigern gesamtschuldnerisch für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sofern sich nach Eintritt der Insolvenz eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme gegenüber der Gesellschaft als erfolglos erweist²³.

a) *Subsidiarität der Haftung*. Die Haftung des Vorstandsmitglieds aus Art. 299 § 1 KSR setzt das Bestehen eines fälligen Anspruchs eines Gläubigers gegen die GmbH sowie die Fruchtlosigkeit der Zwangsvollstreckung in das Gesell-

3 Vgl. Schmidt/Liebscher, ZInsO 2007, 393 (396).

4 Cierpial, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, 2005, 659 (678).

5 Winiowska, Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers gegenüber den privatrechtlichen Gesellschaftsgläubigern, 2005, 241.

6 Art. 204 § 1 HGG (Gesetzbuch über die Handelsgesellschaften): „Das Recht eines Vorstandsmitglieds zur Führung der Geschäfte der Gesellschaft und ihrer Vertretung bezieht sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Tätigkeiten der Gesellschaft.“

7 Pabis-Bieniak, Kodeks spolek handlowych, Komentarz, 3. Aufl. 2014, Art. 299 Rn. 3; Trzebiatkowski, Spolka z o.o. w organizacji, 2001, 442.

8 Petramiuk, PPH 2003, Nr. 12.

9 Witosz, Prawo upadlosciowe i naprawcze, 5. Aufl. 2014, 22.

10 Cierpial (o. Fn. 4), 659 (678).

11 Serafin, Polnisches Konkurs- und SanierungsR und deutsches InsolvenzR, 2010, 49 f.

12 Vgl. Strzepka, Prawo Prywatne czasu przemian, 2005, 523 (527).

13 Entscheidung des Obersten Gerichts v. 24.7.2002 – I CKN 938/00.

14 Winiowska (o. Fn. 5), 242.

15 Strzepka (o. Fn. 12), 523 (530).

16 Art. 355 § 2 ZGB: „Die erforderliche Sorgfalt des Schuldners im Bereich der von ihm ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeit bestimmt sich unter Berücksichtigung des beruflichen Charakters dieser Tätigkeit.“

17 Cierpial (o. Fn. 4), 659 (676).

18 Cierpial/Thurner, ZInsO 1998, 203 (209).

19 Strzepka (o. Fn. 12), 530.

20 Zoll/Kraft/Thurner, Polnisches InsolvenzR, 2002, 86 f.

21 Schmidt/Liebscher, ZInsO 2007, 393 (397).

22 Strzelczyk in Noworski/Strzelczyk/Siemiatkowski/Potrzyszcz, Komentarz KSR, 2010, Art. 299 Rn. 2.

23 Cierpial (o. Fn. 4), 659 (679).

schaftsvermögen voraus. Die Beweislast für das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen trifft den Gesellschaftsgläubiger²⁴. Dieser benötigt einen Vollstreckungstitel. Erst wenn sich die Zwangsvollstreckung als erfolglos erweist, dürfen die Vorstandsmitglieder zur Haftung herangezogen werden²⁵. Aus diesem Grunde kann der Gesellschaftsgläubiger das Bestehen der Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft nicht bei der Geltendmachung des Anspruchs aus Art. 299 HGG gegen das Vorstandsmitglied feststellen lassen oder etwa das Vorstandsmitglied und die Gesellschaft gleichzeitig in Anspruch nehmen²⁶. Die Haftung des Vorstandsmitglieds aus Art. 299 HGG hat insofern subsidiären Charakter²⁷. Verzichtet der Gesellschaftsgläubiger auf die Durchsetzung seiner Ansprüche gegenüber der Gesellschaft, dann erlischt ebenfalls die subsidiäre Haftung des Vorstandsmitglieds aus Art. 299 HGG, auch wenn sich der Gläubiger in der Verzichtserklärung die Inanspruchnahme der Vorstandsmitglieder vorbehalten hat²⁸.

b) *Haftungsausschluss mit Beweislast des Vorstandsmitglieds*. Der Geschäftsführer kann sich von der Haftung befreien, wenn er nach Art. 299 § 2 HGG nachweisen kann, dass der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder des Vergleichsverfahrens rechtzeitig gestellt wurde (Alt. 1), der entsprechende Antrag unverschuldet nicht gestellt wurde (Alt. 2) oder trotz des Unterlassens der Antragsstellung dem Gläubiger kein Schaden entstanden ist (Alt. 3)²⁹. Der Zweck der Haftungsausschlussregelung des Art. 299 § 2 besteht darin, dass das Vorstandsmitglied beweisen muss, dass er mit der erforderlichen Sorgfalt gehandelt und durch die rechtzeitige Antragstellung alles mögliche getan hat, um die Befriedigung der Gläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen – wenn auch nur teilweise – zu gewährleisten.

Im Hinblick auf den Nachweis der rechtzeitigen Antragsstellung (Alt. 1) kann das Insolvenzgericht nach Art. 31 KSR zwecks Prüfung der Unternehmenslage und Einhaltung der Insolvenzantragspflicht den Beweis durch Sachverständigen-gutachten zulassen³⁰. Die Möglichkeit, sich von der Vorstandshaftung mangels Verschuldens zu exkulpieren (Alt. 2) setzt voraus, dass das Vorstandsmitglied wegen Abwesenheit (langwierige Krankheit, Auslandsreise etc.) an der Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit tatsächlich gehindert war oder er gar keine Möglichkeit hatte, die Grundlagen für die Beantragung des Insolvenzverfahrens festzustellen. Das wäre etwa der Fall, wenn die anderen Geschäftsführer ihn über die Finanzlage der Gesellschaft getäuscht haben. Die Darlegungslast, dass dem Gläubiger infolge des verspätet gestellten Insolvenzantrags kein Schaden entstanden ist (Alt. 3), erfordert den Nachweis, dass der Gläubiger die Befriedigung seiner Forderung aus dem Gesellschaftsvermögen auch dann nicht erhalten würde, wenn das Vorstandsmitglied den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens rechtzeitig gestellt hätte³¹. Hierzu ist es erforderlich, dass das Vorstandsmitglied die Vermögenslage der polnischen GmbH zu dem für die Insolvenzantragstellung maßgeblichen Zeitraum darstellt und unter Berücksichtigung der Reihenfolge der zu befriedigenden Gläubigerforderungen im Insolvenzverfahren (Art. 342 KSR) darlegt, dass der Anspruch des Gläubigers auch bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags nicht befriedigt worden wäre.³²

Anders als bei der deliktischen Haftung nach Art. 21 III KSR muss der Gläubiger nicht die Höhe des Schadens nachweisen, sondern lediglich darlegen, dass er gegenüber der Gesellschaft eine uneinbringliche Forderung hat. Dagegen liegt die Beweislast für die rechtzeitige Stellung des Insolvenzantrags oder das schuldlose Unterlassen der Einleitung des Insolvenz-

verfahrens im Rahmen der Vorstandshaftung nach Art. 299 HGG beim Vorstandsmitglied³³. Die Haftungstatbestände des Art. 21 III KSR sowie des Art. 299 HGG können von dem Gläubiger unabhängig voneinander geltend gemacht werden.

c) *Haftungsumfang*. Eine weitere Besonderheit der Vorstandshaftung nach Art. 299 HGG liegt darin, dass sie lediglich den Eintritt eines Schadens voraussetzt. Dies bedeutet, dass selbst für den Fall eines im Vergleich zur Höhe der Verbindlichkeit eingetretenen geringeren Schadens das Vorstandsmitglied trotzdem für die gesamte Verbindlichkeit haftet³⁴.

d) *Weitere Besonderheiten der Haftungsnorm*. Zu beachten ist, dass die Haftung des Art. 299 HGG ausschließlich gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gilt, während die insolvenzrechtliche Haftungsgrundlage des Art. 21 III KSR auch gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern greift³⁵. Die Besonderheit des Art. 299 HGG liegt vor allem darin, dass alle anderen europäischen Rechtsordnungen – auch die deutsche – eine derartige Haftungskonstruktion nicht kennen³⁶.

III. Weitere Rechtsfolgen einer Insolvenzverschleppung

Das polnische Recht beinhaltet diverse weitere Haftungsmöglichkeiten des Vorstandsmitgliedes im Falle einer Insolvenzverschleppung. Hierbei sind vor allem die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach Art. 586 HGG sowie die in Art. 372 bis 376 vorgesehenen Sanktionen, insbesondere das Verbot der Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit, zu erwähnen.

1. Strafbarkeit der Insolvenzverschleppung

Die strafrechtliche Regelung der Insolvenzverschleppung in Art. 586 HGG bestimmt, dass wer als Mitglied des Vorstands einer Gesellschaft den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens einer Handelsgesellschaft nicht stellt, obwohl die Voraussetzungen eingetreten sind, mit Geldstrafe, mit Freiheitsbeschränkungsstrafe oder mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft wird. Ebenso wie bei der deutschen Regelung in § 15 a IV InsO handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt. Zugleich stellt die Regelung auch ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar, weil die Strafbarkeit bereits durch die Verletzung der gesetzlichen Pflicht des Vorstandsmitglieds bzw. Geschäftsführers zur Insolvenzantragsstellung indiziert wird, ohne dass ein Schaden oder ein Gefährdungserfolg tatsächlich eintreten muss³⁷. Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen besteht darin, dass die Straftat der Insolvenzverschleppung in Deutschland sowohl für Vorsatz als auch für Fahrlässigkeit gilt (§ 15 a IV, V InsO), während das polnische Recht eine Strafbarkeit nach Art. 586 KSR nur bei Vorsatz vorsieht³⁸.

24 *Winiewska* (o. Fn. 5), 264.

25 *Cierpial* (o. Fn. 4), 659 (679).

26 Vgl. *Winiewska* (o. Fn. 5), 290.

27 *Pabis*, Spolka z o.o., Kommentar, 2003, Art. 299 KSR Rn. 1.

28 *Winiewska* (o. Fn. 5), 250.

29 *Cierpial* (o. Fn. 4), 659 (679).

30 *Winiewska* (o. Fn. 5), 290.

31 *Cierpial* (o. Fn. 4), 659 (680).

32 *Winiewska* (o. Fn. 5), 247 ff.

33 *Dziurzynski/Fenichel/Hontatko*, Kodeks handlowy, 1992, Art. 298 Rn. 5.

34 *Cierpial* (o. Fn. 4), 680.

35 *Szajkowski in Soltysinski/Szajkowski/Szumanski/Szwaja*, KSR, Kommentar do Art. 151 – 300, Bd. 2,3. Aufl. 2014, Art. 299 Rn. 1.

36 *Winiewska* (o. Fn. 5), 246; vgl. auch zur früheren Rechtslage *Cierpial/Thurner*, ZInsO 1998, 203 (209).

37 Polnisches Recht: *Kidyba*, HGG, Kommentar, 7. Aufl. 2010, Art. 299 Rn. 14; Deutsches Recht: *Brettnner*, Die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung gem. § 15 a InsO, 2013, 159.

38 *Marszałkowska-Krzes in Jacyszyn/Krzes/Marszałkowska-Krzes*, 2001, Art. 586 KSR, 927.

2. Berufs- und Funktionsverbot

Eine weitere Sanktion der Insolvenzverschleppung ist in Art. 373 I Nr. 1 KSR vorgesehen³⁹. Danach kann in Polen das Insolvenzgericht derjenigen Person, die zur Antragstellung verpflichtet ist und dieser Pflicht schuldhaft nicht nachkommt, für einen Zeitraum von drei bis zehn Jahren das Recht zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die Funktion als Mitglied eines Aufsichtsrats, des Bevollmächtigten einer Handelsgesellschaft, in einem staatlichen Unternehmen, in einer Genossenschaft, in einer Stiftung oder in einem Verein untersagen⁴⁰. Über das Berufs- und Funktionsverbot entscheidet das Insolvenzgericht nach seinem Ermessen⁴¹.

IV. Fazit

Bei der Beratung deutscher Investoren, die auf dem polnischen EU-Binnenmarkt tätig sind, ist im Falle der Krise einer polnischen GmbH stets auf die weitreichende Haftung des Vorstandsmitglieds hinzuweisen. Berater von Vorstandsmitgliedern sollten dabei unbedingt beachten, dass die Antragsfrist in Polen nach Art. 21 I KSR lediglich zwei Wochen beträgt und somit eine Woche kürzer als im deutschen Recht ist. Wird die Insolvenzantragsfrist versäumt, droht dem Vorstandsmitglied eine Inanspruchnahme durch die Gesellschaftsgläubiger nach Art. 299 HGG. Eine derart strenge Haftungsregelung für den Geschäftsführer einer GmbH kennt das deutsche Recht nicht. Denn bei der Haftung aus Art. 299 HGG muss das Verschulden an dem nicht oder

nicht rechtzeitig gestelltem Antrag nicht vom Gesellschaftsgläubiger nachgewiesen werden, vielmehr obliegt es dem Vorstandsmitglied, sich zu exkulpieren.

Im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstandsmitgliedes im Falle einer Insolvenzverschleppung ist die polnische Regelung dagegen nicht so streng wie in Deutschland. Zum einen haftet das Vorstandsmitglied in Polen im Gegensatz zur deutschen Regelung nur für vorsätzliches Handeln, zum anderen ist auch die Strafanandrohung im polnischen Recht wesentlich milder als im deutschen Recht. Denn nach der polnischen Regelung droht dem Vorstandsmitglied im Falle der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung eine Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe, während das deutsche Recht in § 15 a IV InsO eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren vorsieht. Als weitere Sanktion ist das in Polen vorgesehene Verbot der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu beachten. Im Vergleich zur deutschen Regelung des § 6 II Nr. 3 a GmbHG erweist sich hier das polnische Recht wiederum strenger. Denn es erfasst nicht nur das Verbot, eine Funktion als Geschäftsführer einer GmbH auszuüben, sondern verbietet dem Vorstandsmitglied für den untersagten Zeitraum generell die Ausübung einer wirtschaftlichen bzw. unternehmerischen Tätigkeit. ■

³⁹ Cierpial (o. Fn. 4), 659 (677).

⁴⁰ Schmidt/Liebscher, ZInsO 2007, 393 (397).

⁴¹ Winiewska (o. Fn. 5), 245 f.

Professor Dr. Dr. h. c. Jochen Drukarczyk*

Ökonomische Schieflage, insolvenzrechtliche Verteilungsregel, Eröffnungsgründe, DES und Position der Alteigentümer

Der Gesetzgeber unternimmt mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) einen Anlauf, um die Anreize für eine zeitlich frühere Inangasetzung eines Insolvenzverfahrens zu stärken. Dieser Versuch trifft auf die Sanktionsfunktion der InsO, die sich in der insolvenzrechtlichen Verteilungsregel dokumentiert. Dieses Aufeinandertreffen wirft eine Reihe interessanter Fragen auf, die in diesem Beitrag unter ökonomischen Aspekten diskutiert werden. Es zeigt sich, dass eine Lösung abhängt von dem ökonomischen Zustand, den das Unternehmen im Gefolge eines Eröffnungsgrundes aufweist, und den Bewertungsregeln, die zur Evaluierung der Ansprüche Berechtigter zum Einsatz kommen. Denn diese bestimmen, wer in welchem Ausmaß am Reorganisationswert partizipiert.

I. Einführung

„Ökonomische Schieflage“ einer Kapitalgesellschaft sei definiert als Zustand, in dem es den Eigentümern nicht mehr gelingt, die schleichende Reduktion des Unternehmenswertes zu stoppen. Erst nach geraumer Zeit zeigt sich dieser Werteverfall auch in den GuV-Rechnungen – es treten Bilanzverluste auf – und in den Finanzplanungen: Sie weisen nicht auffällbare Finanzplandefizite auf. Wegen der Festbetragsansprüche der Gläubiger sind Konflikte abzusehen bzw. akut. Es entsteht „financial distress“¹.

Die Literatur trennt zwischen „financial“ und „economic distress“. „Economic distress“ bezeichnet die Situation, in der

ein Unternehmen auch bei vollständiger Eigenfinanzierung keine ausreichende operativen Ergebnisse liefern kann. Verkürzt formuliert deckt es seine Kapitalkosten nicht. Dieses Unternehmen kann man durch ausschließlich finanzielle Maßnahmen nicht retten. „Financial distress“ liegt vor, wenn eine Kapitalstruktur gewählt wurde, die ökonomischen Erfolg verhindert, weil der Druck, den Verpflichtungen gegenüber Fremdkapitalgebern nachzukommen, um eine drohende Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung zu vermeiden, die Kapazität der Eigentümer (Manager) absorbiert und der nach Kapitaldienst verbleibende Cashflow nicht ausreicht, um wertsteigernde Projekte zu realisieren. Gelänge es, den „financial distress“ abzubauen, kehrte das Unternehmen in die Erfolgsspur zurück.

Um „financial distress“ zu beseitigen, bieten sich zwei Wege an: Eine Lösung kann außerhalb oder innerhalb eines Insolvenzplanverfahrens (IPV) gesucht werden. Der erste Weg läuft unter Begriffen wie Workout oder Reorganisation². Der zweite Weg läuft ab in einem regulierten Verfahren, wie zB dem IPV³ oder in einem Verfahren nach Chapter 11-BC oder

* Der Autor war vormals Inhaber des Lehrstuhls für Finanzierung an der Universität Regensburg. – Bei dem Beitrag handelt es sich um die gekürzte Fassung eines Vortrags in ZIS, Mannheim am 11.7.2014.

¹ Vgl. zum Begriff Gertner/Scharfstein, *The Journal of Finance* 1991, 1189 (1190); Andrade/Kaplan, *The Journal of Finance* 1998, 1443 (1450).

² Vgl. zB Gilson/John/Lang, *Journal of Financial Economics* 1990, 313; Gilson, *Journal of Applied Corporate Finance* 1993, 1.

³ Vgl. §§ 217 ff. InsO.