

Seminar

„Die GmbH in der Krise – Handlungspflichten der Geschäftsführung und Gesellschafter vor und nach Verfahrenseröffnung (am Beispiel der Eigenverwaltung)“

Rainer Ferslev

Rechtsanwalt

Rathausstraße 6

20095 Hamburg

Telefon 040 / 38 65 34 33

Telefax 040 / 38 65 34 36

info@rainerferslev.de

www.rainerferslev.de

Stand 02.01.2018

Inhaltsverzeichnis:

I.	Grundlagen der Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern.....	3
1.	Grundsätzliches.....	3
2.	Pflichtverletzung.....	5
3.	Schaden.....	10
4.	Kausalität.....	12
5.	Verschulden.....	14
6.	Verzicht und Vergleich.....	16
II.	Die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife, § 64 GmbHG.....	17
1.	Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO.....	17
	<i>Exkurs:</i> Rechtssprechung zu Ratenzahlungsvereinbarungen.....	19
2.	Überschuldung nach § 19 InsO.....	30
3.	Aktuelle Rechtsprechung zu § 64 GmbHG.....	37
	<i>Exkurs:</i> Regressansprüche.....	52
	<i>Aktuelle Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung.....</i>	52
	<i>Exkurs:</i> Berücksichtigung der Insolvenzquote.....	53
III.	Kapitalerhaltungsrecht.....	54
IV.	Die Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB.....	56
V.	Aktuelle Rechtsprechung zur Außenhaftung der Geschäftsführer.....	57
1.	Insolvenzverschleppungshaftung, §§ 15a InsO, 823 BGB.....	57
2.	Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, § 826 BGB.....	63
VI.	Die D&O – Versicherung.....	64
VII.	Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern im Rahmen der Eigenverwaltung ..	66
1.	Aufgabenzuweisung in der Eigenverwaltung.....	66
2.	Haftung der Geschäftsführer.....	67
a)	Das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG.....	67
b)	Insolvenzverschleppungshaftung.....	69
c)	Haftung aus § 43 Absatz 2 GmbHG, § 93 Absatz 2 AktG.....	69
d)	Haftung aus §§ 60, 61 InsO.....	72
3.	Haftung der Gesellschafter.....	74

I. Grundlagen der Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern.

1. Grundsätzliches

Grundsätzlich haften die Organe von juristischen Personen und Ihre Gesellschafter nur gegenüber der Gesellschaft selbst (Innenhaftung) und nur im Ausnahmefall auch gegenüber außenstehenden Dritten (Außenhaftung). Allgemeine Anspruchsgrundlagen der Innenhaftung sind

- bei der AG: Vorstand gemäß § 93 Absatz 2 AktG (Sondertatbestände in Absatz 3) sowie Aufsichtsrat gemäß § 116 AktG i.V.m. § 93 AktG
- bei der GmbH: § 43 Absatz 2 GmbHG (Sondertatbestand in Absatz 3 und § 64 GmbHG).

Die Tatbestandsvoraussetzungen sind im Wesentlichen identisch.

§ 93 AktG

(1) die Vorstandsmitglieder haben bei Ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln...

(2) Vorstandsmitglieder die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.

In dieser Weise ist auch die Haftungsnorm des § 43 Absatz 2 GmbHG zu lesen.

Die Darlegungs- und Beweislast ist folgt aufgeteilt: Bei der Pflichtverletzung muss die Gesellschaft das Verhalten darlegen, das möglicherweise pflichtwidrig war. Der Vorstand muss darlegen, dass die Voraussetzungen des Absatz 1 Satz 2 (unternehmerische Entscheidung) oder eben keine Pflichtverletzung vorlag.

Die Gesellschaft muss die Kausalität sowie den Schaden darlegen, wobei bei der Kausalität insbesondere der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zulässig ist.

Das Verschulden wird widerlegbar vermutet.

2. Pflichtverletzung

Hierzu hat der BGH in BGHZ 135, 244 (ARAG / Garmenbeck) entschieden, dass

- eine „glücklose Hand“ grundsätzlich keine Haftung begründet und
- riskante Entscheidungen zwingender Bestandteil unternehmerischen Handelns sind, so dass
- bei Einhaltung von Gesetz, Satzung und Organbeschlüssen sowie der Schaffung einer hinreichenden Entscheidungsgrundlage dem Geschäftsführer im Innenverhältnis ein weites Ermessen zuzubilligen ist.

Bei Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen sind die Business – Judgement - Rule aus dem US-Recht, übertragen seit dem 01.11.2005 in § 93 Absatz 1 Satz 2 AktG, wie folgt zu überprüfen:

- Es muss sich um eine unternehmerische Entscheidung handeln, die
- auf Grundlage angemessener Information getroffen wird und
- ausschließlich zum Wohl der Gesellschaft ergeht.

Rechtsfolge hieraus:

- Pflichtgemäßheit wird unwiderlegbar vermutet (safe harbour)
- liegen die Voraussetzungen nicht vor, entfällt nur das Haftungsprivileg (safe harbour) und muss dann der Sorgfaltspflichtverstoß konkret dargelegt und überprüft werden (vgl. hierzu BGH ZIP 2016, 2467. LS 2).

Bei Prüfung der Frage, ob eine Unternehmerentscheidung nicht bereits zwingend durch

- Gesetz,
- Satzung,
- Geschäftsordnung
- oder Beschlüsse anderer Gesellschaftsorgane

vorgegeben ist (**Legalitätspflicht**), ist zu beachten, dass Regelungen in Satzungen (Zustimmungsvorbehalt) wie etwa:

§ 10. Im Übrigen bedarf die Geschäftsführung zum Abschluss der folgenden Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrates...

...alle für die Gesellschaft wesentlichen Rechtsgeschäfte

unwirksam sind.

So OLG Stuttgart vom 28.05.2013, NZG 2013, 1101:

Unabhängig davon schließt der in § 111 Absatz 4 Satz 2 AktG verankerte Bestimmtheitsgrundsatz alle generalklauselartigen Zusammenfassungen von Geschäften aus. **Vielmehr sind die Zustimmungsvorbehalte hinreichend konkret zu fassen.**

Die vom Vorbehalt erfassten Geschäfte müssen daher präzise definiert und enumerativ aufgezählt werden.

Anmerkung: Es ist zu beachten, dass im Gegensatz zur GmbH der Vorstand einer Aktiengesellschaft gemäß § 76 AktG weisungsunabhängig von der Hauptversammlung das Unternehmen leitet.

Hierzu folgendes Beispiel:

Die S-AG unterhält ein System „schwarzer Kassen“, die insbesondere dazu dienen, Amtsträger in Nigeria zu bestechen. Zusätzlich wurden durch Mitarbeiter der S-AG „Scheinberaterverträge“ mit diversen Amtsträgern abgeschlossen, um so die Zahlung von Bestechungsgeldern in Höhe von € 2 Mio zu kaschieren. Zur Aufklärung des Systems „schwarzer Kassen“ schaltete das Unternehmen eine US-amerikanische Rechtsanwaltskanzlei ein, die hierfür ein Honorar in Höhe von € 12,97 Mio erhielt.

Vorstand V hat selbst keine Korruptionsdelikte begangen. Er hatte jedoch Kenntnis von diversen Korruptionsvorfällen bei der S-AG. Zudem erhielt er auch Hinweise auf die mangelnde Effizienz des Compliance-Systems und auf

die mangelnde Verlässlichkeit der Regional Compliance Officer. Maßnahmen in Richtung auf eine Effizienzsteigerung des im Grundsatz bestehenden Compliance-Systems ergriff V nicht.

- Der Unternehmensleiter haftet nur für eigene Pflichtverletzungen; eine Zurechnung des Verhaltens von Mitarbeitern sowie anderen Organmitgliedern findet grundsätzlich nicht statt.
- Aber es besteht eine Legalitätspflicht des Unternehmensleiters.

Der Unternehmensleiter hat das Unternehmen so zu leiten, dass es sich **im Außenverhältnis rechtmäßig** d.h., entsprechend den gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen sowie den anerkannten Grundsätzen der Geschäftsmoral verhält (BGH vom 12.10.1987, NJW 1988, 1321, 1323).

Sowie:

Im Rahmen seiner Legalitätspflicht hat ein Vorstandsmitglied dafür Sorge zu tragen, dass das Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine Gesetzesverstöße wie Schmiergeldzahlungen ... erfolgen. Seiner Organisationspflicht genügt ein Vorstandsmitglied bei entsprechender Gefährdungslage nur dann, wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichtet (vgl. LG München vom 10.12.2013, ZIP 2014, 570, Neubürger).

Dabei kann sich der Beklagte auch nicht darauf berufen, der Begriff der Compliance sei im fraglichen Zeitraum noch nicht etabliert gewesen. **Letztlich geht es nämlich darum, dass der Vorstand sicherstellen muss, wie die Organisation innerhalb eines Unternehmens zu erfolgen hat, um zwingende gesetzliche Vorgaben einzuhalten, um die es bei Vermeidung strafbarer Korruptionshandlungen geht** (vgl. LG München a.a.O.).

- Da es keine perfekte Organisation gibt, folgt aus der Legalitätspflicht nur das „**ob**“ es eine Compliance-Organisation geben muss. Der Ge-

setzgeber hat bewusst darauf verzichtet, Vorgaben für die Errichtung einer solchen Organisation zu geben.

Hieraus folgt, dass der Vorstand Compliance-Richtlinien ausarbeiten und bekannt machen muss. Hierbei ist nicht die einmalige Einrichtung einer Compliance-Organisation ausreichend, sondern es muss eine kontinuierliche Anpassung, Fortentwicklung, Überwachung und Kontrolle dieser Organisation erfolgen (zur Vertiefung: Fleischer in NZG 2014, 321).

Hierzu BGH in DStR 2016, 1938 Rz 24:

Überlässt es der Geschäftsführer anderen für das Unternehmen tätigen Personen, für die Zahlung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung zu sorgen, muss er jedenfalls im Rahmen der ihm verbliebenen Überwachungspflicht tätig werden, **sobald Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Erfüllung der Aufgaben durch die intern damit betraute Person nicht mehr gewährleistet ist.**

Bei seiner Entscheidung muss sich der Geschäftsleiter auf eine ausreichende Informationsgrundlage beziehen können.

Hierzu BGH in WM 2013, 1648, 1652:

Der Geschäftsführer muss in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art ausschöpfen und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung tragen. Nur wenn diese Anforderungen erfüllt sind, ist Raum für die Zubilligung unternehmerischen Ermessens.

Sowie BGH vom 12.10.2016 – Az 5 StR 134/15 „HSH“, Rz 34:

Die konkrete Entscheidungssituation ist danach der Bezugsrahmen des Ausmaßes der Informationspflichten. Dementsprechend ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass sich der Vorstand unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und unter der Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer Informationsgewinnung eine „angemessene“ Tatsachenbasis verschafft; je nach Bedeutung der Entscheidung ist eine breitere Informationsbasis rechtlich zu fordern. Dem Vorstand steht danach letztendlich ein dem konkreten Einzelfall angepasster Spielraum zu, den Informationsbedarf zur Vorbereitung seiner unternehmerischen Entscheidung selbst abzuwägen.

Letztendlich muss sich die Entscheidung am Wohle der Gesellschaft ausrichten. Hierbei ist ausreichend, wenn die Maßnahme auch dem Interesse der Gesellschaft dient, auch wenn ein Interessenkonflikt beim Geschäftsleiter besteht (vgl. Spindler in MükO-AktG, 3. Auflage 2008, § 93 Rz 54).

Anmerkung: Hierbei kann sich der Vorstand nicht darauf berufen, dass die Gesellschaft hierdurch profitiert hat. Denn ein unternehmerisches Ermessen des Organvertreters zur Begehung „nützlicher“ Gesetzesverstöße besteht nicht (vgl. LAG Düsseldorf vom 20.01.2015, 16 Sa 459/14 und zur Vertiefung: Fleischer in ZIP 2005, 141 ff).

3. Schaden

Der Schadensbegriff und die Dogmatik zu den §§ 249 ff BGB (z.B. Differenzhypothese) sind auf die Schadenersatzansprüche gegen Geschäftsleiter und Organe übertragbar, wobei Kausalität und Schaden vollen Umfanges durch die Gesellschaft zu beweisen sind (vgl. BGH NJW 2013, 1958 Rz 14). Eine Beweislastumkehr im Sinne des § 93 Absatz 2 Satz 2 AktG kommt nicht in Betracht.

Wäre im vorgeschilderten Falle der S-AG der Schaden bei der 100%igen Tochtergesellschaft T-GmbH eingetreten, müsste V – eine Pflichtverletzung einmal unterstellt – nicht für die 12,97 Mio Schadenaufklärungskosten aufkommen, da nicht das Vermögen der S-AG, sondern dasjenige der T-GmbH geschädigt wurde. Zwar wirkt sich dieser Schaden mittelbar für die Klägerin in der Verringerung des Wertes ihrer Geschäftsanteile aus; dieser sogenannte Reflexschaden des Gesellschafters ist allerdings kein ersetzbarer Schaden im Sinne des § 249 BGB (vgl. LAG Düsseldorf vom 20.01.2015 – 16 Sa 460/14 und BGH in NJW 1995, 1739 und NJW 1987, 1637).

Hierzu BGH NJW 2013, 2586, Rz 18:

Wegen eines solchen nur mittelbaren Schadens kann der Gesellschafter den Schädiger, auch wenn es dabei wie hier um eine Schädigung durch Verletzung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht durch einen Mitgesellschafter geht, **nur auf Leistung an die geschädigte Gesellschaft in Anspruch nehmen.**

Ein Innenregress wegen Geldbußen ist wohl nicht möglich. LAG Düsseldorf vom 20.01.2015, a.a.O.:

Eine nach § 81 GWB gegen eine GmbH verhängte Geldbuße kann das Unternehmen **nicht** nach § 43 Absatz 2 GmbHG vom Geschäftsführer erstattet verlangen (zugelassene Revision beim BAG anhängig).

Denn ein Bußgeld enthält in der Regel auch einen Gewinn-Abschöpfungsteil, den allein das Unternehmen trifft. Des Weiteren würde der Sanktionszweck des § 81 GWB ausgehebelt, wenn der Geschäftsleiter das Bußgeld zahlen müsste. Denn auch die Haftungsnorm des § 93 AktG hat Sanktionscharakter.

Das Bezahlen fremder Geldstrafen ist nach der Rechtsprechung des BGH keine Strafvereitelung (vgl. BGH vom 07.11.1990 – 2 StR 439/90).

Zur **Vorteilsausgleichung** BGH vom 15.01.2013, NJW 2013, 1958:

Wenn aus einer Reihe gleichartiger unzulässiger Spekulationsgeschäfte durch ein Organ sowohl Gewinne als auch Verluste entstehen, **muss sich die Gesellschaft auf ihren Schadenersatzanspruch wegen der entstandenen Verluste grundsätzlich die Gewinne anrechnen lassen**. Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung. Die Grundsätze der Vorteilsausgleichung sind auf den Schadenersatzanspruch nach § 93 Absatz 2 AktG anwendbar.

Bei der **Beweislast** ist zu beachten:

- Vorteilsausgleichung: Geschäftsführer
- Differenzhypothese: Gesellschaft

4. Kausalität

Hierbei ist grundsätzlich der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zulässig; so BGH WM 2013, 1648:

Das Berufungsgericht ist verfahrensfehlerhaft dem Vortrag des Beklagten nicht nachgegangen, die Gründungsgesellschafter wären mit dem Abschluss der Honorarvereinbarung einverstanden gewesen. Dieses Vorbringen ist unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des pflichtgemäßen Alternativverhaltens relevant.

Die Beweislast trifft dabei den Vorstand / Geschäftsführer.

Nach herrschender Meinung ist der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens auch bei

- Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Business Judgement Rule, insbesondere bei unzureichenden Informationen genauso zulässig, wie
- bei Übergehen eines in der Satzung bestimmten Zustimmungsvorbehalts des Aufsichtsrats (zur Vertiefung: Spindler, in MüKo-AktG, 4. Auflage 2014, § 93 Rz 174).

Zur hypothetischen Zustimmung des Aufsichtsrats OLG Oldenburg, NZG 2007, 434:

Auch insoweit kann der Kausalzusammenhang nicht empirisch und insbesondere auch nicht durch von der Beklagten angebotene Vernehmung der Aufsichtsratsmitglieder festgestellt werden, weil die damalige Entscheidungssituation für die Aufsichtsratsmitglieder bei dem nunmehr vorhandenen Wissensstand nicht mehr hergestellt bzw. simuliert werden kann.

Entscheidend muss vielmehr sein, wie ein verantwortlich handelndes, seine Aufsichtsfunktion sorgfältig wahrnehmendes Aufsichtsratsmitglied sich verhalten hätte und welche Entscheidung bei vollständiger, zutreffender Information von ihm zu erwarten gewesen wäre.

Diese Frage ist also nur einem Sachverständigenbeweis zugänglich.

Besteht die Pflichtverletzung in einer Unterlassung, ist dies für den Schaden nur dann kausal, wenn

pflichtgemäßes Handeln den Eintritt des Schadens verhindert hätte. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt regelmäßig der Geschädigte, also die Gesellschaft. Die bloße Möglichkeit eine gewisse Wahrscheinlichkeit genügt nicht (vgl. BGH NJW 2012, 850).

Allerdings besteht eine tatsächliche Vermutung für die Kausalität, vgl. hierzu LG München I vom 10.12.2013, ZIP 2014, 570:

Bei Errichtung einer funktionierenden Aufsicht als zu fordernder Maßnahme muss davon ausgegangen werden, dass effektive Kontrollen im Sinne eines effektiven Compliance-Systems geeignet sind, Rechtsverletzungen der dann entsprechend überwachten Mitarbeiter zu verhindern.

Gegenposition, Landgericht Osnabrück vom 18.10.2016 (10 O 2708/13):

Für den Nachweis der Kausalität ist es erforderlich, dass der Eintritt des Schadens „mit Sicherheit“ verhindert worden wäre (vgl. BGHZ 64, 46, 51). Die Klägerseite stellt dabei lediglich auf das Unterlassen einer ordnungsgemäßen Kontrolle bzw. Überwachend der Konten ab. Trotz Hinweises der Kammer hat Kläger nicht konkretisiert, welche Handlungen bzw. Kontrollmechanismen die Beklagten hätten vornehmen bzw. ergreifen müssen, um die streitgegenständlichen Zahlungen zu verhindern.

5. Verschulden

Das Verschulden kann nur bei unverschuldetem Rechtsirrtum ausgeschlossen sein. Vgl. hierzu BGH NZG 2011, 1217 (Ision):

Der organschaftliche Vertreter einer Gesellschaft, der selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, kann den strengen Anforderungen an eine ihm obliegende Prüfung der Rechtslage und an die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung nur genügen, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und den erzielten Rechtsrat einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle (in Bezug auf die falsch erteilte Rechtsauskunft, nicht in Bezug auf die wahre Rechtslage) unterzieht.

Bei einer mehrköpfigen Geschäftsführung trägt jeder Vorstand / Geschäftsführer die Pflicht für die Geschäftsleitung im Ganzen. Dieser Grundsatz kann nur eingeschränkt werden durch Bildung von Ressortzuständigkeiten, die jedoch in Satzung oder Geschäftsordnung eine Rechtsgrundlage haben müssen.

Die Handlungspflicht wandelt sich dann in eine Überwachungs- und Informationspflicht.

Innerhalb des Ressorts kann der Vorstand sodann einzelne Aufgaben an untergeordnete Mitarbeiter delegieren. Dies gilt jedoch nicht für zentrale Organpflichten wie z.B.

- Kernbereich der Unternehmensleitung im Sinne von § 76 AktG,
- Berichterstattung an Aufsichtsrat (§ 90 AktG), Buchführung (§ 91 AktG) und Insolvenzantrag (§ 92 AktG).

- Insbesondere in der Krise ist die Ressortverteilung (horizontal und vertikal) aufgehoben, da sich jeder Vorstand / Geschäftsführer einen Überblick über die finanzielle Situation schaffen muss (vgl. BGH NJW 1964, 2149).

Hierzu folgendes **Beispiel**:

Der Vorstand der A-AG besteht aus 5 Personen und beschließt, „schwarze Kassen“ zu bilden. Dies führt später zu einem Schaden der Gesellschaft.

Kann sich der Vorstand dadurch entlasten,

- dass er zwar auch dafür gestimmt habe, jedoch ohnehin überstimmt worden wäre?
- dass er sich enthalten hat?
- dass er mit „nein“ gestimmt hat?

BGH vom 06.07.1990 – StR 549/89 (Lederspray):

Jeder Geschäftsführer, der es trotz seiner Mitwirkungskompetenz unterlässt, seinen Beitrag zum Zustandekommen der gebotenen Rückrufentscheidung zu leisten, setzt damit eine Ursache für das Unterbleiben der Maßnahme.

V kann sich also nicht darauf berufen, er sei „überstimmt“ worden.

Auch Enthaltung oder das Stimmen mit „nein“ führt nicht zur Entlastung; vielmehr sind

konkrete Gegenmaßnahmen (Einwirken auf Vorstandskollegen, Information an Aufsichtsrat) zu ergreifen oder notfalls das Amt niederzulegen (vgl. Fleischer in MüKo-AktG, 2012, § 93 Rz 249).

Anmerkung: Die Haftungsbeschränkungen für Arbeitnehmer (Grundsätze der gefahrengeneigten Arbeit) sind auf zum Geschäftsführer beförderte Arbeitnehmer nicht übertragbar. Dies gilt auch für die in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte Haftungshöchstgrenze von einem Jahres-Bruttogehalt.

6. Verzicht und Vergleich

Bei der GmbH führt die Entlastung des Geschäftsführers (§ 46 Nr. 5 GmbHG) zur Präklusion der GmbH mit sämtlichen zu dem Zeitpunkt der Entlastung bekannten oder bei sorgfältiger Prüfung erkennbaren Ersatzansprüchen (vgl. BGH NJW 1986, 129). Dies gilt auch für ein stillschweigendes Einverständnis, z.B. bei einer Einmann-GmbH:

Ein Handeln des Geschäftsführers einer GmbH im auch stillschweigenden Einverständnis mit sämtlichen Gesellschaftern stellt keine haftungsbegründende Pflichtverletzung im Sinne von § 43 Absatz 2 GmbHG dar (vgl. BGH WM 2013, 1648).

Bei einer AG ist dies nur in den Grenzen des § 93 Absatz 4 Satz 3 möglich. Hierbei führt die Billigung des Aufsichtsrats nicht zur Enthftung, vgl. § 93 Absatz 4 Satz 2 AktG.

II. Die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife, § 64 GmbHG

Tatbestandsvoraussetzung der Haftung nach § 64 GmbHG sind Zahlungen nach Insolvenzreife, also nach Zahlungsunfähigkeit, §17 InsO (1.) oder Überschuldung, § 19 InsO (2.).

1. Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO

Hierzu die Grundsatzentscheidung des BGH vom 24.05.2005 (NZI 2005, 547):

Beträgt eine innerhalb von 3 Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger, als 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10% oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen.

Beträgt die Unterdeckung 10% oder mehr, muss der Geschäftsführer im Rahmen des § 64 GmbHG – falls er meint, es sei doch von einer Zahlungsfähigkeit auszugehen – entsprechende Indizien vortragen und beweisen. Dazu ist in der Regel die Benennung konkreter Umstände erforderlich, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, dass die Liquiditätslücke zwar nicht innerhalb von 2-3 Wochen – dann läge nur eine Zahlungsstockung vor -, jedoch immerhin in überschaubarer Zeit beseitigt werden wird.

Und zur Liquiditätsbilanz BGH ZIP 2006, 2222:

Dabei sind die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von 3 Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten.

Zu den Darlegungsvoraussetzungen BGH NZI 2007, 722:

Deshalb kann die Vorlage von Listen über die Verbindlichkeiten der Schuldnerin in Verbindung mit ergänzenden Anlagen, insbesondere den Rechnungen der Gläubiger zur Substantiierung genügen, wenn sich hieraus die notwendigen Informationen über den jeweiligen Anspruch und seine Fälligkeit entnehmen lassen.

Die Zahlungseinstellung nach § 17 Absatz 2 Satz 2 InsO ist im Übrigen kein eigener Insolvenzantragsgrund, **sondern widerlegbare Vermutung für Zahlungsunfähigkeit**, d.h. **ein nach außen erkennbares Verhalten des Schuldners**, das typischerweise ausdrückt, dass er nicht mehr in der Lage ist, seine Zahlungspflichten zu erfüllen und dieser Zustand für **die beteiligten Verkehrskreise erkennbar** ist. Dies kann z.B.: sein:

- Gescheiterte Vollstreckungsversuche
- Eigene Erklärung des Schuldner, fällige Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen zu können, wenn der Stundungsbitte nicht Folge geleistet wird (vgl. BGH ZInsO 2006, 2222) und
- Nichtzahlung einer wesentlichen Verbindlichkeit bis zur Insolvenzeröffnung (vgl. BGH DB 2007, 2138).

Exkurs: Rechtssprechung zu Ratenzahlungsvereinbarungen

Ratenzahlungsverlangen wegen Unmöglichkeit sofortiger Forderungstilgung allein kein zwingendes Indiz für Zahlungseinstellung.

Urteil des BGH vom 14.07.2016 – IX ZR 188/15, ZIP 2016, 1686

InsO §§ 133 Absatz 1 Satz 2, 17 Absatz 2 Satz 2

Leitsatz des Gerichts:

Erklärt der Schuldner seinem Gläubiger, eine fällige Zahlung nicht in einem Zug erbringen und nur Ratenzahlungen leisten zu können, muss dieser allein aus diesem Umstand nicht zwingend darauf schließen, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

- Die Mitteilung des Schuldners deutete auf einen Liquiditätsengpass hin, brachte aber, weil eine vollständige ratenweise Tilgung der Forderung in Aussicht gestellt wurde, im Unterschied zu dem Hinweis auf einen ohne sofortigen Forderungsverzicht unabwendbaren Eintritt der Zahlungsunfähigkeit **nicht zweifelsfrei** zum Ausdruck, dass bereits Insolvenzreife vorlag und die Zahlungsschwierigkeiten unüberwindbar waren.

Das Indiz, das keine eindeutige Beurteilung der Vermögenslage des Schuldners gestattete, erscheint auch deshalb **in einem milderem Licht**, weil der Schuldner die Erklärung nicht als Reaktion auf ein Zahlungsverlangen des Beklagten, sondern von sich aus mit dem Ziel abgegeben hat, die Forderung der Beklagten durch Ratenzahlung zu befriedigen.

- Im Anschluss an die Mitteilung des Schuldners haben sich bis zur Vornahme der angefochtenen Zahlungen keine weiteren Beweisanzeichen verwirklicht, die sich aus

der Sicht der Beklagten zu der zweifelsfreien Bewertung verdichteten, dass bei dem Schuldner Zahlungsunfähigkeit eingetreten war.

Vorliegend hatte der Gläubiger keine verhältnismäßig hohe Forderung gegen den Schuldner (€ 10.684,09), die sich zudem auf die Lieferung von Baumaterialien bezog, die der Schuldner auch anderweitig hätte beziehen können und handelte es sich auch nicht um Forderungen **aus Steuern**, Sozialabgaben, Löhnen oder Mieten und war diese Forderung bislang **auch noch nicht tituliert** und demgemäß noch kein Vollstreckungsdruck auf den Schuldner ausgeübt worden.

Der Gläubiger musste also nicht davon ausgehen, durch den Erhalt der Teilzahlungen besser als die sonstigen Gläubiger des Schuldners gestellt zu werden.

- Bei dieser Sachlage geht es nicht um einen Sachverhalt, bei dem der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erkannt hatte und sich nunmehr darauf beruft, diese sei nachträglich bis zur Vornahme der anfechtbaren Zahlungen entfallen. Denn allein der Umstand der Ratenzahlungsvereinbarung legt nicht nahe, dass der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit zurückgewonnen und seine Zahlungen im Wesentlichen vollständig wieder aufgenommen hat (vgl. BGH ZIP 2016, 874).

Diese Grundsätze sind in dessen **vorliegend nicht einschlägig**, weil die Beklagte allein aus der Erklärung des Schuldners, nicht sofort und nicht in einem Zug Zahlungen leisten zu können, nach den revisionsrechtlich hinzunehmenden Feststellungen des Berufungsgerichts nicht dessen Zahlungsunfähigkeit erkennen musste. Vielmehr hätte die Kenntnis der Zahlungseinstellung durch die Beklagte das Hinzutreten weiterer Indizien gefordert.

Indiz für Zahlungsunfähigkeit bei Bitte um Ratenzahlung gegenüber Inkassounternehmen nach mehreren erfolglosen Mahnungen und Zahlungszusagen.

Beschluss des BGH vom 24.09.2015 – IX ZR 308/14, ZIP 2015, 2180

InsO § 133 Absatz 1

Leitsatz des Gerichts:

Die Bitte des Schuldners um Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung entspricht nicht den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs, wenn sie nach mehreren fruchtlosen Mahnungen und nicht eingehaltenen Zahlungszusagen gegenüber einem von dem Gläubiger mit dem Forderungseinzug betrauten Inkassounternehmen geäußert wird.

Die Beklagte zu 1. hatte gegenüber der Schuldnerin vor Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung wiederholt die Zahlung der rückständigen Rechnungen ohne Erfolg angemahnt. Ausweislich der 3. Mahnung hatte die Schuldnerin eine fernmündlich erteilte Zahlungszusage nicht eingehalten. Die erst nach Einschaltung eines Inkassounternehmens und Offenbarwerden der Zahlungsschwierigkeiten geschlossene Ratenzahlungsvereinbarung entspricht nicht mehr den üblichen Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs.

Bei dieser Sachlage konnte die Bitte der Schuldnerin um Ratenzahlung entsprechend der Auslegung des Berufungsgerichts dahin verstanden werden, ihre fälligen Verbindlichkeiten anders nicht begleichen zu können.

Zur Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung

Urteil des BGH vom 25.02.2016 – IX ZR 109/15, ZIP 2016, 627

InsO § 133 Absatz 1

Leitsatz des Gerichts:

Schweigt der Schuldner einer erheblichen Forderung während eines monatelangen Zeitraums auf Rechnungen und Mahnungen und bietet er nach Einschaltung eines Inkassounternehmens und Erwirken eines Mahnbescheides in dem auf seinen Widerspruch hin eingeleiteten gerichtlichen Verfahren die ratenweise Zahlung der Gesamtforderung einschließlich der Zinsen und der angefallenen Kosten an, hat der Gläubiger die Zahlungseinstellung des Schuldners, dessen Zahlungsverzug nicht mit einer fortdauernden Anspruchsprüfung erklärt werden kann, erkannt.

- Das monatelange völlige Schweigen der Schuldnerin auf die Rechnungen und vielfältigen Mahnungen der Beklagten begründete schon für sich genommen ein Indiz für eine Zahlungseinstellung. Durch die Einleitung des Mahnverfahrens und den Übergang in das streitige Verfahren waren erhebliche zusätzliche Kosten angefallen, die ein zahlungsunfähiger Schuldner durch Begleichung der begründeten Forderung vermieden hätte. Ein weiteres Indiz einer Zahlungseinstellung verkörperte sich in dem für die Beklagte in Folge des Zeitablaufs zu Tage getretenen Unvermögen des Schuldners, die erhebliche Verbindlichkeit (€ 16.195,70) der Beklagten zu tilgen.
- Daraus konnte und musste die Beklagte entnehmen, dass die Schuldnerin nicht in der Lage war, ihre Verbindlichkeiten zurückzuführen. Da die Beklagte mit weiteren Gläubigern der gewerblich tätigen Schuldnerin rechnen musste, war sie über deren Zahlungseinstellung unterrichtet.

Zu den Voraussetzungen eines schlüssigen Sanierungskonzepts bei Gläubigeranfechtung

Urteil des BGH vom 12.05.2016 – IX ZR 65/14, ZIP 2016, 1235

InsO § 133 Absatz 1 Satz 2

Leitsätze des Gerichts:

1. Den Gläubiger, der die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und die Benachteiligung der Gläubiger kennt, trifft die Darlegungs- und Beweislast, dass er spätere Zahlungen auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzepts erlangt hat.
2. Der Gläubiger kann nur dann von einem schlüssigen Sanierungskonzept des Schuldners ausgehen, wenn er in Grundzügen über die wesentlichen Grundlagen des Konzepts informiert ist; dazu gehören die Ursachen der Insolvenz, die Maßnahmen zu deren Beseitigung und eine positive Fortführungsprognose.
3. Der Gläubiger, der im Rahmen eines Sanierungsvergleichs quotal auf seine Forderungen verzichtet in der Annahme, andere Gläubiger verzichteten in ähnlicher Weise, kann von einer Sanierung des Schuldnerunternehmens allein durch diese Maßnahme nur ausgehen, wenn nach seiner Kenntnis die Krise allein auf Finanzierungsproblemen beruht, etwa dem Ausfall berechtigter Forderungen des Schuldners.
4. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, das Sanierungskonzept des Schuldners fachmännisch zu prüfen oder prüfen zu lassen; er darf sich auf die Angaben des Schuldners oder dessen Berater zu den Erfolgsaussichten des Konzepts verlassen, solange er keine Anhaltspunkte dafür hat, dass er getäuscht werden soll oder dass der Plan keine Chancen auf dauerhaften Erfolg bietet.
5. Der Sanierungsplan des Schuldners muss nicht den formalen Erfordernissen entsprechen, wie sie das Institut für Wirtschaftsprüfer e.V. in dem IDW Standard S6 (IDW S 6) oder das Institut für die Standardisierung von

Unternehmenssanierungen (ISU) als Mindestanforderungen an Sanierungskonzepte (MaS) aufgestellt haben.

FALL:

Der Kläger nimmt als Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin die Beklagte auf Rückzahlung einer Vergleichszahlung in Anspruch. Die Beklagte erbrachte für die Schuldnerin Speditionsleistungen in Höhe von € 60.000,00, von denen € 30.000,00 rechtskräftig tituliert waren. Im Rahmen eines beantragten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses teilte die Volksbank als Drittschuldnerin mit, dass keine pfändbaren Guthaben der Schuldnerin vorhanden seien und Vorpfändungen in Höhe von € 16.000,00 bestünden.

Daraufhin wandten sich die von der Schuldnerin beauftragten Wirtschaftsprüfer an die Beklagte und teilten mit, dass eine buchmäßige Überschuldung der Schuldnerin in Höhe von € 3,5 Mio. bestehe. Die Kreditlinien seien eingefroren; es drohe in kürze Zahlungsunfähigkeit. Zur Vermeidung der Insolvenz sei ein Vergleichsvorschlag erarbeitet worden, nach dem die Gläubiger auf 65 % der Forderungen verzichten sollten, davon auf 15 % gegen Besserungsschein. Der Vergleichsvorschlag können dann umgesetzt werden, wenn von Dritten Liquidität zur Verfügung gestellt werde. Voraussetzung hierfür sei, dass alle Gläubiger dem Vorschlag bedingungslos zustimmen. Anderenfalls sei ein Insolvenzverfahren unabdingbar, das keine Befriedigungsquote erwarten lasse. Eine Antwort werde binnen 2 Wochen erbeten.

Nach Zustimmung durch die Beklagte wurde der Vergleichsbetrag dann 3 Wochen nach dem zunächst vorgesehenen Zahlungstermin an die Beklagte ausgezahlt.

- Die Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit kann nach ständiger Rechtsprechung des Senats ihre Bedeutung als Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des Gläubigers hiervon verlieren, wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften, letztendlich aber fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs ist. Denn in diesem Fall ist die Rechts-

handlung von einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger tritt in den Hintergrund (BGH vom 08.12.2011, ZIP 2012, 137).

- Voraussetzung ist auf Schuldnerseite, dass zu der Zeit der angefochtenen Rechts- handlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sa- nierungskonzept vorlag, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt war und ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigte. Die bloße Hoff- nung des Schuldners auf eine Sanierung räumt seinen Benachteiligungsvorsatz nicht aus, wenn die dazu erforderlichen Bemühungen über die Entwicklung von Plänen und die Erörterung von Hilfsmöglichkeiten nicht hinaus gekommen sind (vgl. BGH, ZIP 2012, 137).
- Ein schlüssiges Sanierungskonzept setzt nicht notwendigerweise eine Einbeziehung sämtlicher Gläubiger voraus, da die Zustimmung aller Gläubiger häufig ohnehin nicht erreichbar sein wird. Erforderlich ist aber eine Analyse der Verluste und der Möglich- keit deren künftiger Vermeidung, eine Beurteilung der Erfolgsaussichten und der Rentabilität des Unternehmens in der Zukunft und Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung der (drohenden) Insolvenzreife. Ein solcher Sanierungsplan muss nicht den formalen Erfordernissen des IDW S 6 oder des ISU entsprechen.
- Ist dem Gläubiger – wie vorliegend – die drohende Zahlungsunfähigkeit bekannt ge- macht worden (Mitteilung der Wirtschaftsprüfer des Schuldners und der Drittschuld- nererklärung der Volksbank), obliegt ihm es, darzulegen und zu beweisen, dass er spätere Zahlungen auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzepts erlangt hat (vgl. BGH, ZIP 2014, 1032). **Hinsichtlich der Kenntnis vom Vorliegen der Vo- raussetzungen eines ernsthaften Sanierungsversuchs sind allerdings nicht dieselben Anforderungen zu stellen, wie sie für den Schuldner oder dessen Ge- schäftsführer gelten.** Der Anfechtungsgegner muss aber konkrete Umstände darle- gen und beweisen, die es naheliegend erscheinen lassen, dass ihm im Hinblick auf den Sanierungsversuch der hier unterstellte Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners unbekannt geblieben war.
- Der Gläubiger ist hinsichtlich eines ernsthaften Sanierungsversuchs in der Regel auf die Informationen angewiesen, die ihm der Schuldner zur Verfügung stellt. Auf die Er- teilung der erforderlichen Informationen muss der Gläubiger im Vorfeld einer Sanie- rungsvereinbarung im eigenen Interesse bestehen. Verzichtet er hierauf, handelt er mit Anfechtungsrisiko.

Zum Inhalt des Sanierungsplans hat der Gläubiger allerdings kein Auskunftsrecht gegen seinen Schuldner; der Schuldner muss einem Gläubiger auch keine entsprechende Prüfung ermöglichen. Lässt sich der Gläubiger aber auf einen Vergleich ein, mit dem er deutlich besser gestellt werden soll, als bei Durchführung eines Insolvenzverfahrens, muss er zumindest aber so viele Informationen verlangen, dass er die Frage der möglichen Benachteiligung anderer Gläubiger nach dem Konzept des Schuldners einschätzen kann.

- Das Sanierungskonzept des Schuldners muss der Gläubiger allerdings nicht selbst fachmännisch überprüfen oder durch Sachverständige überprüfen lassen. Er darf sich grundsätzlich auf schlüssige Angaben des Schuldners und seiner Berater verlassen, solange er keine (erheblichen) Anhaltspunkte dafür hat, dass er getäuscht werden soll oder dass der Sanierungsplan keine Aussicht auf Erfolg hat.
- Beschränkt sich der Sanierungsversuch allein darauf, dass alle oder ein Teil der Gläubiger quotal auf ihre Forderungen verzichten, ist dies nur dann erfolgsversprechend, wenn der Insolvenzgrund allein auf einem Finanzierungsproblem beruht, etwa dem Ausfall berechtigter Forderungen des Schuldners, das Schuldnerunternehmen aber grundsätzlich profitabel arbeitet. Kann in diesem Fall durch einen Schuldenschnitt die Zahlungsfähigkeit dauerhaft wiederhergestellt und die Überschuldung beseitigt werden, werden hierdurch andere, auch künftige Gläubiger nicht benachteiligt.
- Dass der Sanierungserfolg mit einem reinen Quotenvergleich der Gläubiger herbeigeführt werden kann, ist jedoch ungewöhnlich. Hiervon kann der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners nur ausgehen, wenn ihm derartige besondere Umstände vom Schuldner oder dessen Beratern schlüssig dargelegt worden sind.
- Beruht die Insolvenz des Schuldners nicht lediglich auf dem Ausfall berechtigter Forderungen, sondern – wie im Regelfall – vor allem auf dem dauerhaft unwirtschaftlichen Betrieb des Unternehmens, kann ein Gläubiger von einem erfolgsversprechenden Sanierungskonzept nur ausgehen, wenn vom Schuldner oder dessen Beratern zumindest die Grundlagen einer weitergehenden Sanierung schlüssig dargelegt wurden. Details müssen den Gläubigern nicht mitgeteilt werden.

Aus den Informationen, die dem Gläubiger danach mitgeteilt worden sind, muss sich aus seiner Sicht das Sanierungskonzept als schlüssig darstellen und erfolgsversprechend erscheinen. Sicher muss der Erfolg nicht sein. Es genügen gute Chancen für eine Sanierung.

Von einem erfolgsversprechenden Sanierungsplan kann der Gläubiger nicht ausgehen, wenn er keine Kenntnis von den Ursachen der drohenden Insolvenz sowie den Gründen für eine positive Fortführungsprognose hat. Die Reduzierung allein der Schulden durch (Teil-) Verzicht der Gläubiger ist für eine Sanierung in der Regel nicht erfolgsversprechend, wenn dadurch die Ursachen der Krise nicht beseitigt werden und in der Zukunft unverändert fortwirken würden. Ihre Beseitigung ist die Grundlage jeder erfolgsversprechenden Sanierung, sofern die Krise – wie ausgeführt – nicht ausnahmsweise lediglich auf einem Zahlungsausfall beruht.

Die Reform des Insolvenzanfechtungsrechts.

Änderung der Insolvenzordnung

Die Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 8 Absatz 3 des Gesetzes vom 17. Juli 2015 (BGBl. I S. 1245) geändert worden ist, wird mit Wirkung zum 05.04.2017 wie folgt geändert:

1. § 14 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Der Antrag wird nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird.“

b) Satz 3 wird aufgehoben.

2. § 131 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Eine Rechtshandlung wird nicht allein dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt worden ist.“

b) In Absatz 2 Satz 1 wird die Angabe „Nr. 3“ durch die Wörter „Satz 1 Nummer 3“ ersetzt.

3. § 133 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 werden die folgenden Absätze 2 und 3 eingefügt:

„(2) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, beträgt der Zeitraum nach Absatz 1 Satz 1 vier Jahre.

(3) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nach Absatz 1 Satz 2 die eingetretene. Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.“

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 4.

4. § 142 wird wie folgt gefasst:

„§ 142

Bargeschäft

(1) Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.

(2) Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt.“

5. Dem § 143 Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Eine Geldschuld ist nur zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegen; ein darüber hinaus gehender Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen eines erlangten Geldbetrags ist ausgeschlossen.“

2. Überschuldung nach § 19 InsO.

(2) Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.

Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehn oder aus Rechtshandlungen, die einem solchem Darlehn wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Absatz 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Absatz 1 Nr. 1-5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.

Von einer positiven Fortbestehensprognose ist auszugehen, wenn und so lange die Fortführung des Unternehmens ohne Eintritt der Zahlungsunfähigkeit überwiegend wahrscheinlich ist. Fortbestehensprognose ist deshalb **Zahlungsunfähigkeitsprognose**. Festzustellen ist die Fortbestehensprognose anhand eines auf einem Unternehmenskonzept aufbauenden Finanzplanes. Es ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls wie die Gesellschaft auf Dauer den zu erwartenden Auszahlungsverpflichtungen nachkommen wird.

Folge: Solange die Zahlungsfähigkeit besteht oder jedenfalls wahrscheinlich ist, besteht auch regelmäßig eine positive Fortführungsprognose.

Die Beweislast dürfte hierfür der Geschäftsführer tragen (vgl. BGH NZG 2010, 1393, 1395). Nach dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht vom 11.02.2010 (5 U 60/09) ist die Fortführungsprognose wie folgt **zu beweisen**:

Bei einer Fortbestehensprognose ist dem Geschäftsführer ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Insofern reichen bereits begründete Anhaltspunkte für das Bestehen einer solchen Prognose aus, um zulässigerweise den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten. Daher kommt es nicht auf nachträgliche Erkenntnisse (ex post) sondern auf die damalige Sicht (ex ante) eines ordentlichen Geschäftsmannes an.

Und OLG Frankfurt vom 20.03.2009 (10 U 148/08):

Die Berechtigung der Annahme eines Geschäftsführers, eine positive Fortbestehensprognose sei für die Gesellschaft gegeben, setzt aber nicht voraus, dass diese Einschätzung auf Grund eines Ergebnis- und Finanzplanes als Bestandteil eines Sanierungskonzepts getroffen worden ist (OLG Düsseldorf, GmbHR 1999, 718). Ihre Bejahung kann sich vielmehr auch aus weniger formellen Planungen und Beratungen ergeben, wenn diese sich über einen betriebswirtschaftlich überschaubaren Zeitraum erstrecken und die Planung betriebswirtschaftliche Maßnahmen betrifft, die eine Besserung der Situation erwarten ließen.

Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt zur Vermeidung der Überschuldung

Urteil des BGH vom 05.03.2015 – IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638

InsO § 19 Absatz 2 Satz 2, § 39 Abs. 2, § 134; BGB §§ 812, 311 Abs. 1, 328

Leitsätze des Gerichts:

1. Eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung stellt einen Schuld- oder Schuldänderungsvertrag dar, nach dessen Inhalt die Forderung des Gläubigers nicht mehr passiviert wird und nur im Falle eines die Verbindlichkeiten übersteigenden Aktivvermögens befriedigt werden darf.

Als Vertrag zu Gunsten der Gläubigergesamtheit kann die Vereinbarung ab Eintritt der Insolvenzreife nicht mehr durch eine Abrede des Schuldners mit dem Gläubiger der Forderung aufgehoben werden.

2. Wird eine mit einem qualifizierten Rangrücktritt versehene Verbindlichkeit trotz Insolvenzreife beglichen, kann die Zahlung mangels eines Rechtsgrundes kondiziert werden.
3. Eine trotz eines qualifizierten Rangrücktritts im Stadium der Insolvenzreife bewirkte Zahlung kann als unentgeltliche Leistung angefochten werden.

- Ein Rangrücktritt kann zwischen einem Gesellschafter als Inhaber eines Darlehns oder einer sonstigen Drittforderung und seiner Gesellschaft genauso vereinbart werden, wie zwischen einer Gesellschaft und einem Nichtgesellschafter.
- Inhalt und Reichweite eines Rangrücktritts können Gläubiger und Schuldner der Forderung frei vereinbaren. Eine Drittforderung braucht nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung dann nicht passiviert werden, wenn der betreffende Gläubiger auf Grund eines qualifizierten Rangrücktritts **sinngemäß** erklärt hat, er wolle wegen seiner Forderung erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise - auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerück-

gewähransprüchen der Gesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handele sich bei dem Darlehn um statutarisches Kapital.

- Ein vereinbarter Nachrang nur für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nur bestimmten einzelnen Gläubigern gegenüber reicht mithin nicht aus.
- Bei einer im engen Wortsinn unzureichenden Vereinbarung kann sich im Wege der Auslegung ergeben, dass ein umfassender Rangrücktritt gewollt war.
- Eine Rangrücktrittsvereinbarung bildet die Übereinkunft über einen verfügenden Schuldänderungsvertrag, § 311 Absatz 1 BGB. Auf Grund eines solchen Schuldänderungsvertrages wird die Forderung mit dinglicher Kraft inhaltlich dahin umgewandelt, dass sie nicht mehr zu passivieren ist. Die Forderung bildet im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern haftendes Kapital und darf deshalb nicht an den Forderungsinhaber ausbezahlt werden.

Damit wird der Forderung vereinbarungsgemäß eine nachrangige Stellung zugewiesen, die eine Befriedigung nur aus freiem, nicht zur Schuldendeckung benötigten Vermögen der Gesellschaft gestattet. Durch die Vereinbarung wird die Rangfolge, aber nicht der Bestand der Forderung geändert, so dass etwaige Sicherungsrechte nicht berührt werden.

Darum verwirklicht sich in der Rangrücktrittsvereinbarung eine Durchsetzungssperre, die auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Bindung kapitalersetzender Darlehn entspricht.

- Eine Rangrücktrittsvereinbarung ist ein Vertrag zu Gunsten Dritter, § 328 Absatz 1 BGB, der zum Vorteil aller Gläubiger des Schuldners Rechte begründet und deshalb nicht durch eine Abrede des Schuldners mit dem Forderungsgläubiger aufgehoben werden kann. Deshalb kann dahinstehen, ob in der Zahlung des Schuldners an den Forderungsgläubiger trotz einer Rangrücktrittsvereinbarung ein einer konkludenten Annahme (§ 151 BGB) zugängliches Angebot auf Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung erkannt werden kann.

Als Vertrag zu Gunsten Dritter kann eine Rangrücktrittsvereinbarung grundsätzlich nicht ohne Mitwirkung der begünstigten Gläubiger aufgehoben werden. Allerdings kann das Recht des Dritten gemäß § 328 Absatz 2 BGB an gewisse Voraussetzungen geknüpft werden. Mithin ist eine Aufhebung einer Rangrücktrittsvereinbarung oh-

ne Mitwirkung der Gläubiger zulässig, wenn **eine Insolvenzreife der Schuldnerin nicht vorliegt oder beseitigt ist.**

- Wird die mit einem Rangrücktritt versehene Forderung von dem Schuldner trotz Insolvenzreife beglichen, steht ihm nach § 812 Absatz 1 Satz 1 Fall 1 BGB ein Rückforderungsanspruch gegen den Gläubiger zu. Allerdings kann einem solchen Bereicherungsanspruch § 814 BGB entgegengehalten werden, sofern die Schuldnerin die Zahlung in Kenntnis ihrer Insolvenzreife und der folglich durchgreifenden Zahlungssperre bewirkt hat. Nach diesen Grundsätzen kann § 814 BGB eingreifen, wenn die Schuldnerin oder ihre handelnden Vertreter, die die Leistung angewiesen haben, über die bestehende Durchsetzungssperre unterrichtet waren.
- In jedem Falle können trotz Durchsetzungssperre geleistete Zahlungen gemäß § 134 InsO angefochten werden, weil bei einer Anfechtung wegen Unentgeltlichkeit die Bereicherungsgrundsätze nicht anzuwenden sind (vgl. BGH vom 11.12.2008, ZIP 2009, 186). Bei Zahlung auf eine Nichtschuld fehlt es an einer Entgeltlichkeit der Leistung, weil sie in Folge des im Rahmen der Rangrücktrittsvereinbarung getroffenen Zahlungsverbots eines Rechtsgrundes entbehrt. Auch ein zwischen den Parteien Kraft des Rangrücktritts vereinbartes rechtsgeschäftliches Zahlungsverbot führt zur Unentgeltlichkeit der Leistung.
- Zu wünschen bleibt, dass dem vom BGH nunmehr entwickelten insolvenzrechtlichen Konzept nicht das Steuerrecht einen Strich durch die Rechnung macht. Müsste nämlich die Forderung als Konsequenz des so genannten qualifizierten Rangrücktritts erfolgswirksam ausgebucht werden, wäre jenes Sanierungsinstrument für die Praxis verloren. Indessen besteht begründete Hoffnung, dass die vom BGH geforderte Abrede steuerneutral ist (vgl. Karsten Schmidt, Der Betrieb 2015, 600 ff). Auf Grundlage der BFH-Rechtsprechung (vgl. BFHE 235, 476 = ZIP 2012, 570) zu Rangrückritten erscheint nämlich ein Rangrücktritt mit vorinsolvenzlicher Sperre jedenfalls dann unproblematisch, wenn die Befriedigung der Forderung nicht nur aus zukünftigen Gewinnen (oder einem eventuellen Liquidationsüberschuss), sondern auch aus dem **sonstigen freien Vermögen** zu erfolgen hat. Dabei ist lediglich streitig, ob dies ausdrücklich in die Abrede aufgenommen werden muss (vgl. hierzu Kahlert-Gehrke, DStR 2010, 227, 232).

Hierzu dann auch das Urteil des BFH vom 15.04.2015, ZIP 2015, 1386:

Leitsätze des Gerichts:

1. Eine Verbindlichkeit, die nach einer im Zeitpunkt der Überschuldung getroffenen Rangrücktrittsvereinbarung **nur** aus einem zukünftigen Bilanzgewinn und aus einem etwaigen Liquidationsüberschuss zu tilgen ist, unterliegt dem Passivverbot des § 5 Absatz 2 a EStG 2002.
2.

- Der I. Senat des BFH hat mit dieser Entscheidung bestätigt, dass eine Verbindlichkeit, für welche ein Rangrücktritt nach dem neuen Konzept des IX. Senats des BGH (BGH vom 05.03.2015, ZIP 2015, 638) vereinbart wird, (weiterhin) in der Steuerbilanz zu passivieren ist.
- Im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH und des BFH kann mithin eine Rangrücktrittsvereinbarung wie folgt vereinbart werden:

Rangrücktrittsvereinbarung

Herr A (nachfolgend „Gläubiger“) hat der B GmbH (nachfolgend „Gesellschaft“) mit Vertrag vom 01.01.2015 ein Darlehn in Höhe von € 1 Mio. gewährt. Zur Vermeidung einer Überschuldung (§ 19 InsO in der jeweils geltenden Fassung) vereinbaren Gläubiger und Gesellschafter das Folgende:

1. Vor einem etwaigen Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft darf die Gesellschaft das Darlehn einschließlich Zinsen (nachfolgend „Forderung“) nicht zurückzahlen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder durch die Zahlung die Zahlungsunfähigkeit oder die Überschuldung der Gesellschaft droht (nachfolgend auch „Insolvenzreife“).

Gläubiger und Gesellschaft vereinbaren diese Ziffer 1. als Vertrag zu Gunsten der Gläubiger der Gesellschaft (§ 328 BGB) mit der Folge,

dass eine Aufhebung dieser Ziffer 1. ohne deren Mitwirkung nur zulässig ist, wenn keine Insolvenzreife der Gesellschaft vorliegt oder die Insolvenzreife der Gesellschaft beseitigt worden ist.

2. In einem etwaigen Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft tritt der Gläubiger mit seiner Forderung gemäß §§ 19 Absatz 2 Satz 2, 39 Absatz 2 InsO im Rang hinter die in § 39 Absatz 1 Nr. 1 bis 5 InsO bezeichneten Forderungen zurück.

Datum und Unterschriften

3. Aktuelle Rechtsprechung zu § 64 GmbHG

Praxisgerechte Anwendung des § 64 Satz GmbHG

1. Normzweck des § 64 Satz 1 GmbHG.

§ 64 Satz 1 und 2 GmbHG verpflichten den Geschäftsführer zur Erstattung aller pflichtwidrigen, das heißt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns unvereinbaren Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder Feststellung Ihrer Überschuldung. Erfasst sind auch Zahlungen während der 3 Wochenfrist des § 15 a InsO (vgl. instruktiv: Schmidt/Poertzgen, NZI 2013, 369). Die Norm bezweckt die Erhaltung des verteilungsfähigen Gesellschaftsvermögens in der Zeit zwischen dem Eintritt der Insolvenz und dem Verlust der Verfügungsbefugnis, mithin bereits im Vorfeld der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

2. Verbot der Masseschmälerung.

Der Tatbestand des § 64 Satz 1 GmbHG setzt zunächst „Zahlungen“ des Geschäftsführers - oder eines gleichgestellten Adressaten - aus dem Gesellschaftsvermögen voraus, wobei der Zahlungsbegriff unter Berücksichtigung des Normzwecks des § 64 Satz 1 GmbHG nach überwiegender Ansicht weit auszulegen ist (vgl. Kleindiek in: Luther/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage 2012, § 64 Rz 7). § 64 Satz 1 GmbHG umfasst über reine Geldzahlungen hinaus somit auch sonstige masseschmälernde Leistungen, etwa die Erbringung von Dienstleistungen oder die Lieferung von Waren.

Haftungsbegründende Voraussetzung ist jedoch stets, dass die zu Lasten der Gläubigermehrheit verursachte Schmälerung des Gesellschaftsvermögens durch den Geschäftsführer **veranlasst worden ist**, ihm also zurechenbar ist (vgl. OLG München, NZI 2013, 317).

- a) Die Fallgruppen der „Gesamtschau“ miteinander zusammenhängender Rechtshandlungen und der „Berücksichtigung von Vorteilen“ sind Ausprägung dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise (vgl. hierzu Haas in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, § 64 Rz 70 ff). Ergibt die Gesamtschau beispielsweise, dass in Folge der Zahlung durch den Geschäftsführer nur ein Gläubiger gegen einen anderen oder ein Zugriffsobjekt gegen ein anderes ausgetauscht wurde, liegt keine Gläubigerbenachteiligung vor mit der Folge, dass eine Haftung entfällt.
- b) Hat die Gesellschaft unmittelbar für die Zahlung respektive Weggabe des Vermögensgegenstandes eine gleichwertige Gegenleistung erhalten, greift die Masseschmälerungshaftung ebenfalls nicht Platz (vgl. Haas, in: Baumbach/Hueck, § 64 Rz 70).

3. Privilegierte Zahlungen im Sinne von § 64 Satz 2 GmbHG.

Die Ersatzpflicht des Geschäftsführers tritt nicht ein bei Zahlungen bzw. sonstigen Masseschmälerungen, die auch nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind (vgl. Schmidt/Pörtzgen, NZI 2013, 369, 373). Der Geschäftsführer ist in soweit darlegungs- und beweisbelastet.

- a) Nach § 64 Satz 2 GmbHG werden Zahlungen und andere Vermögensabflüsse privilegiert, die etwa auch von einem rechtzeitig eingesetzten (vorläufigen) Insolvenzverwalter geleistet würden oder durch die - aus der ex ante Sicht - größere Nachteile für die Masse abgewendet werden, als wenn der Geschäftsführer sich unreflektiert an das Zahlungsverbot halten würde (vgl. Götte, ZInsO 2005, 1, 5 und BGH NZI 2001, 196).
- b) Privilegiert sind in gewissem - engen - Rahmen Masseminderungen auf Grund der Ergreifung (aussichtsreicher) Maßnahmen zur Sanierung des Unternehmens bzw. zur Sicherung von Vermögenswerten, sofern diese unabdingbar erscheinen, um den Geschäftsbetrieb jedenfalls für die Zwecke des Insolvenzverfahrens aufrecht zu erhalten und eine Vorwegnahme der Entscheidung über die Fortführung des Betriebes, die in einem später eröffneten Insolvenzverfahren der Gläubigerversammlung obliegt, zu verhindern (vgl. Schmidt/Pörtzgen, NZI 2013, 369, 372).

- c) Zur Erhaltung von Sanierungschancen dient regelmäßig die Begleichung laufender Wasser-, Strom-, Heiz-, Lohn-, Miet- oder Steuerschulden bzw. Löhnen zur Aufrechterhaltung des Betriebes (vgl. Haas in: Baumbach/Hueck, § 64 Rz 73). Ebenfalls als sorgfaltsgemäß dürften solche Zahlungen anzusehen sein, die in Folge einer Fortsetzung der werbenden Tätigkeit letztlich zu einer Massemehrung geführt haben.
- d) Pflichtenkollision.

Ein Geschäftsführer unterliegt insbesondere in der Krise der Gesellschaft verschiedenen Handlungspflichten und Interessen, die im Zweifel nicht deckungsgleich sind. So muss der Geschäftsführer seinen gesetzlichen Verpflichtungen, insbesondere nach § 30 Absatz 1 Nummer 1 GmbHG (Pflicht zur Stammkapitalerhaltung; Auszahlungsverbot), § 43 Absatz 1 (Generalklausel; Sorgfalts- und Haftungsmaßstab), § 64 Satz 1 (Verbot der Masseschmälerung nach Insolvenzverfahrensreife), Satz 3 GmbHG (Verbot der Insolvenzverursachung) etc. sowie § 15 a Absatz 1 Nummer 1 InsO (Pflicht zur Insolvenzantragsstellung) nachkommen.

Der BGH hat dieses Dilemma von gleichzeitig bestehenden Pflichten, dem sich ein Geschäftsführer ausgesetzt sehen kann - beispielsweise Haftung bei Nichtzahlung (Zahlungsverbot) und Strafbarkeit auf der einen und Haftung auf Schadenersatz bei Zahlung (Zahlungsverbot) auf der anderen Seite, im Rahmen des pflichtgemäßen Verhaltens gemäß § 64 Satz 2 GmbHG aufgelöst. Das bedeutet, dass ein pflichtgemäßes Verhalten dann vorliegt, wenn der Geschäftsführer Zahlungen vorgenommen hat, die der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes entsprechen. Dies hat der BGH im Leitsatz des Urteils vom 14.05.2007 (BGH in NZI 2007, 477) klar zum Ausdruck gebracht:

Ein Geschäftsführer, der strafbewährten Normbefehlen folgt, handelt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns im Sinne von § 64 Satz 2 GmbHG. Eine Haftung gemäß § 64 Satz 1 GmbHG für auf Grund von solchen Vorgaben geleistete Zahlungen kommt nicht in Betracht.

Die Haftung nach § 64 Satz 1 GmbHG ist dann ausgeschlossen, wenn der Geschäftsführer durch die Nichtzahlung höherrangige Pflichten ver-

letzt, sich insbesondere der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde (BGH NZI 2008, 509). Der BGH hat hier insbesondere steuer- und sozialrechtliche Pflichten, die bei einer Nichtzahlung die persönliche Inanspruchnahme des Geschäftsführers nach sich ziehen würden, hinter die Massesicherungspflicht als Normbefehl des § 64 Satz 1 GmbHG zurücktreten lassen (BGH NZI 2010, 235). So ausdrücklich etwa die Haftung nach § 266 a StGB wegen Nichtabführens des Arbeitnehmeranteils zur Sozialversicherung sowie die Haftung wegen Verletzung steuerlicher Pflichten.

e) (vgl. auch b) + c)) Zahlungen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs sind gerechtfertigt, wenn innerhalb der 3 Wochenfrist des § 15 a InsO ernsthafte Sanierungschancen bestehen oder die einstweilige Weiterführung des Unternehmens gegenüber der sofortigen Stilllegung für die Masse günstiger ist (vgl. Haas in: Baumbach/Hueck, § 64 Rz 73). Maßstab ist hierbei grundsätzlich, welche Ausgaben ein besonnener vorläufiger Insolvenzverwalter tätigen würde.

Es müssen daher Zahlungen an wichtige Lieferanten erlaubt sein, um diese dazu zu bewegen, der Gesellschaft weiterhin Leistungen oder Waren zur Verfügung zu stellen, die für den Weiterbetrieb des Unternehmens dringend erforderlich sind. Entscheidend ist, ob die Zahlungen aus der ex ante Betrachtung eines ordentlichen Geschäftsleiters im wohlverstandenen Interesse der Gläubigergemeinschaft liegen; ob dies - aus ex post Sicht - letztendlich zutrifft, ist hingegen gleichgültig (vgl. Haas, in: Baumbach/Hueck, § 63 Rz 72). Damit dürften unter der Prämisse, dass realistische Sanierungschancen noch bestehen, Altverbindlichkeit innerhalb der 3 Wochenfrist des § 15 a InsO gezahlt werden dürfen.

Keine Haftungsminde rung des organschaftlichen Vertreters auf Grund erfolgreicher Anfechtung.

Urteil des BGH vom 03.06.2014 – II ZR 100/13, ZInsO 2014, 1615 ff.

HGB a.F. § 130 a Absatz 3

Leitsatz des Gerichts:

Die erfolgreiche Anfechtung der von einem debitorischen Konto geleisteten Zahlungen an Gläubiger der Schuldnerin durch den Insolvenzverwalter ist bei einer Haftung des organschaftlichen Vertreters für Zahlungen auf das debitorische Konto nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen.

- Zwar kommt die erfolgreiche Ausübung des Anfechtungsrechts dem nach § 130 a Absatz 3 Satz 1 HGB a.F. haftenden organschaftlichen Vertreter zu Gute, wenn die haftungsbegründende masseschmälernde Leistung, etwa eine Zahlung an einen Gläubiger der Schuldnerin, dadurch ausgeglichen wird (vgl. BGH Z 131, 325, 327), vorliegend haftet der Beklagte Geschäftsführer aber für Zahlungseingänge auf das debitorische Konto.
- Mit der Zahlung auf ein debitorisches Konto liegt eine masseschmälernde Leistung an die kontoführende Bank vor, weil das Debet vermindert wird (vgl. BGH Z 143, 184, 187 f). Demgegenüber liegt bei Zahlungen von einem debitorischen Konto keine masseschmälernde Leistung vor, wenn die Bank über keine freien Gesellschaftssicherheiten verfügt (vgl. BGH Z 143, 184, 187 f).

Keine Haftung wegen Zahlung nach Insolvenzreife bei unmittelbarem Ausgleich der Masseschmälerung.

Urteil des BGH vom 18.11.2014 – II. ZR 231/13, ZIP 2015, 71

HGB §§ 130 a Absatz 1, 177 a Satz 1

Leitsätze des Gerichts:

1. Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr ausgeglichen wird.
 2. Der als Ausgleich erhaltene Gegenstand muss nicht noch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorhanden sein. Maßgeblich für die Bewertung ist der Zeitpunkt, in dem die Massekürzung durch einen Massezufluss ausgeglichen wird.
- Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife nach § 130 a Absatz 1 i.V.m. § 177 a Satz 1 HGB entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr wieder ausgeglichen wird. Da der „Schaden“ bereits in dem Abfluss von Mitteln aus der im Stadium der Insolvenzreife der Gesellschaft zu Gunsten der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhaltenden Vermögensmasse liegt, ist nicht jeder beliebige weitere Massezufluss als Ausgleich der Masseschmälerung zu berücksichtigen. Vielmehr ist ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Zahlung erforderlich, damit der Massezufluss der Masseschmälerung zugeordnet werden kann.
 - Dagegen ist es nach dem Zweck der Vorschrift nicht erforderlich, dass der Gegenstand des Massezuflusses auch bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch vorhanden ist. An früherer Rechtsprechung (vgl. BGH ZIP 2010, 2400 – Fleischgroßhandel; BGH ZIP 2003, 1005, 1006; BGH vom 11.09.2000, ZIP 2000, 1896, 1897) **hält der Senat nicht mehr fest.**

- Maßgeblich für die Bewertung ist der Zeitpunkt, in dem die Massekürzung durch einen Massezufluss ausgeglichen wird und nicht der Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung. Die Massekürzung ist ausgeglichen und die Haftung des Organs für die masseverkürzende Leistung entfällt, sobald und soweit ein ausgleichender Wert endgültig in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist.
- Eine dem Gesellschaftsorgan nicht zurechenbare, insbesondere zufällige Verschlechterung des Gegenstandes bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällt nicht unter den Schutzzweck des § 130 a Absatz 1 HGB. Das Organ ist nach dieser Vorschrift nicht für jede Massekürzung verantwortlich. § 130 a Absatz 1 HGB schützt nur vor Masseschmälerungen, die das Organ veranlasst hat und erfasst nicht jeden Schaden, der durch die Insolvenzverschleppung entsteht. Für Insolvenzverschleppungsschäden, die nicht in einer Masseschmälerung durch Zahlung bestehen, haftet das Organ nach § 15 a Absatz 1 i.V.m. § 823 Absatz 2 BGB.

Zur Haftung des Geschäftsführers wegen Einzugs sicherungsabgetretener Forderungen auf debitorischem Konto.

Urteil des BGH vom 23.06.2015 – II ZR 366/13, ZIP 2015, 1480

GmbHG § 64

Leitsätze des Gerichts:

1. Der Einzug von Forderungen, die an die Bank zur Sicherheit abgetreten waren, auf einem debitorischem Konto der GmbH und die anschließende Verrechnung mit dem Sollsaldo ist grundsätzlich keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlasste masseschmälernde Zahlung im Sinne von § 64 GmbHG, wenn vor Insolvenzreife die Sicherungsabtretung vereinbart und die Forderung der Gesellschaft entstanden und werthaltig geworden ist.
 2. Eine Zahlung kann auch ausscheiden, soweit in Folge der Verminderung des Debetsaldos durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei werden.
- Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Einzug von Forderungen einer insolvenzreifen GmbH auf ein debitorisches Konto grundsätzlich eine masseschmälernde Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG ist, weil dadurch das Aktivvermögen der Gesellschaft zu Gunsten der Bank geschmälert wird.
- Der Einzug von Forderungen, die an die Bank zur Sicherheit abgetreten waren, auf einem debitorischem Konto der GmbH und die anschließende Verrechnung mit dem Sollsaldo stellen aber dann keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlasste masseschmälernde Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG dar, wenn
- vor Insolvenzreife die Sicherungsabtretung vereinbart wurde **und**
 - die Forderung der Gesellschaft vor Insolvenzreife entstanden und auch werthaltig geworden ist.

- Die Verrechnung des in Folge der Einzahlung auf dem Konto gutgeschriebenen Betrages schmälert die Masse nicht, weil die zur Sicherheit an die Bank abgetretene und eingezogene Forderung den Gläubigern nicht zur Verwertung zur Verfügung steht und der Geschäftsführer die Verwertung zu Gunsten der Bank als ordentlicher Geschäftsmann nicht verhindern muss.
- Besteht keine Globalzession zu Gunsten der Bank, muss der Geschäftsführer einer GmbH nach der Rechtsprechung des BGH allerdings dafür Sorge tragen, dass Schuldner nicht auf ein debitorisches Konto einzahlen und obliegt es ihm, eine Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG an die Bank etwa durch Eröffnung eines kreditrisch geführten Bankkontos oder Vereinbarung von Barzahlung zu vermeiden.
- Eine masseschmälernde Leistung durch Zahlung auf ein debitorisches Bankkonto liegt aber dann vor, wenn die zur Sicherheit abgetretene Forderung erst nach Eintritt der Insolvenzreife entstanden ist, oder zwar vor Eintritt der Insolvenzreife entstanden, aber erst danach werthaltig geworden ist und der Geschäftsführer dies verhindern konnte.
- Eine Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG kann aber dann ausscheiden, soweit in Folge der Verminderung des Debitsaldos durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei geworden sind. Auf das Freiwerden von solchen Sicherheiten hatte sich der Beklagte im Prozess aber nicht berufen.

Zur Masseschmälerung bei Einziehung einer erst nach Insolvenzreife entstandenen, zur Sicherheit an die Bank abgetretenen Forderung auf debitorisches Konto.

Urteil des BGH vom 08.12.2015 – II ZR 68/14, ZIP 2016, 364

GmbHG § 64 Satz 1

Leitsatz des Gerichts:

Wird auf ein debitorisches Konto einer GmbH eine zur Sicherheit an die Bank abgetretene Forderung eingezogen, die erst nach Insolvenzreife entstanden oder werthaltig geworden ist, kann es an einer masseschmälernden Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG gleichwohl fehlen, wenn die als Gegenleistung an den Forderungsschuldner gelieferte Ware im Sicherheitseigentum der Bank stand.

- Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob Zahlungen auf das Kontokorrentkonto als Gegenleistung für die Lieferung von Waren geleistet wurden, an denen die Volksbank auf Grund der Vereinbarung vom 09.06.2009 Sicherungseigentum erworben hatte. In diesem Fall wäre in Höhe des Wertes der Warenlieferung eine Masseschmälerung auch dann zu verneinen, wenn die – auf Grund der Globalzession an die Volksbank zur Sicherheit abgetretene – Kaufpreisforderung erst nach Eintritt der Insolvenzreife entstanden bzw. werthaltig geworden ist.
- Wegen des nach § 51 Nr.1 InsO bestehenden Absonderungsrechts des Sicherungnehmers stehen zur Sicherheit übereignete bewegliche Sachen, nicht anders als zur Sicherheit abgetretene Forderungen, der Gläubigersamtheit nicht als freie Masse zur gleichmäßigen Befriedigung zur Verfügung.
- Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die auf das Kontokorrentkonto eingezogenen Forderungen von der Globalzession erfasst und vor dem – vom Insolvenzver-

walter zu beweisenden – Eintritt der Insolvenzreife entstanden bzw. werthaltig gemacht worden sind, liegt bei dem beklagten Geschäftsführer. Das gleiche gilt hinsichtlich der Frage, ob nach Insolvenzreife entstandene bzw. werthaltig gemachte Forderungen der Schuldnerin aus der Veräußerung von zur Sicherheit übereigneten Waren herrühren.

Masseschmälerung gemäß § 142 InsO analog – Geschäftsführerhaftung

Urteil des BGH vom 04.07.2017 – II ZR 319/15

GmbHG § 64 Satz 1

Leitsätze des Gerichts:

1. Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Zahlung durch eine Gegenleistung ausgeglichen wird. Die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO a.F. sind insoweit nicht entsprechend anwendbar.
2. Die in die Masse gelangte Gegenleistung muss für eine Verwertung durch die Gläubiger geeignet sein. Das sind Arbeits- oder Dienstleistungen in der Regel nicht.
3. Wenn die Gesellschaft insolvenzreif und eine Liquidation zugrunde zu legen ist, ist die in die Masse gelangende Gegenleistung grundsätzlich nach Liquidationswerten zu bemessen.

Berücksichtigung von Gegenleistungen im Rahmen des § 64 Satz 1 GmbHG, § 92 Absatz 2 Satz 1 AktG, § 99 Satz GenG und § 130 a Absatz 1 Satz 1 HGB

1. Neuere Rechtsprechung des II Zivilsenats des BGH (vgl. vorstehend erläuterte Urteile)
 - Notwendigkeit wirtschaftlicher Zuordnung von Leistung und Gegenleistung.
 - Beachtlichkeit bei unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang.
 - Ausgleichende Gegenleistung muss nicht bis zur Verfahrenseröffnung erhalten bleiben (Inanspruchnahme eines Kontokorrents).
2. Anforderungen entsprechen in gewissem Grade einem Bargeschäft gemäß 142 InsO.
 - Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Zuordnung bei Vertrag gegeben.

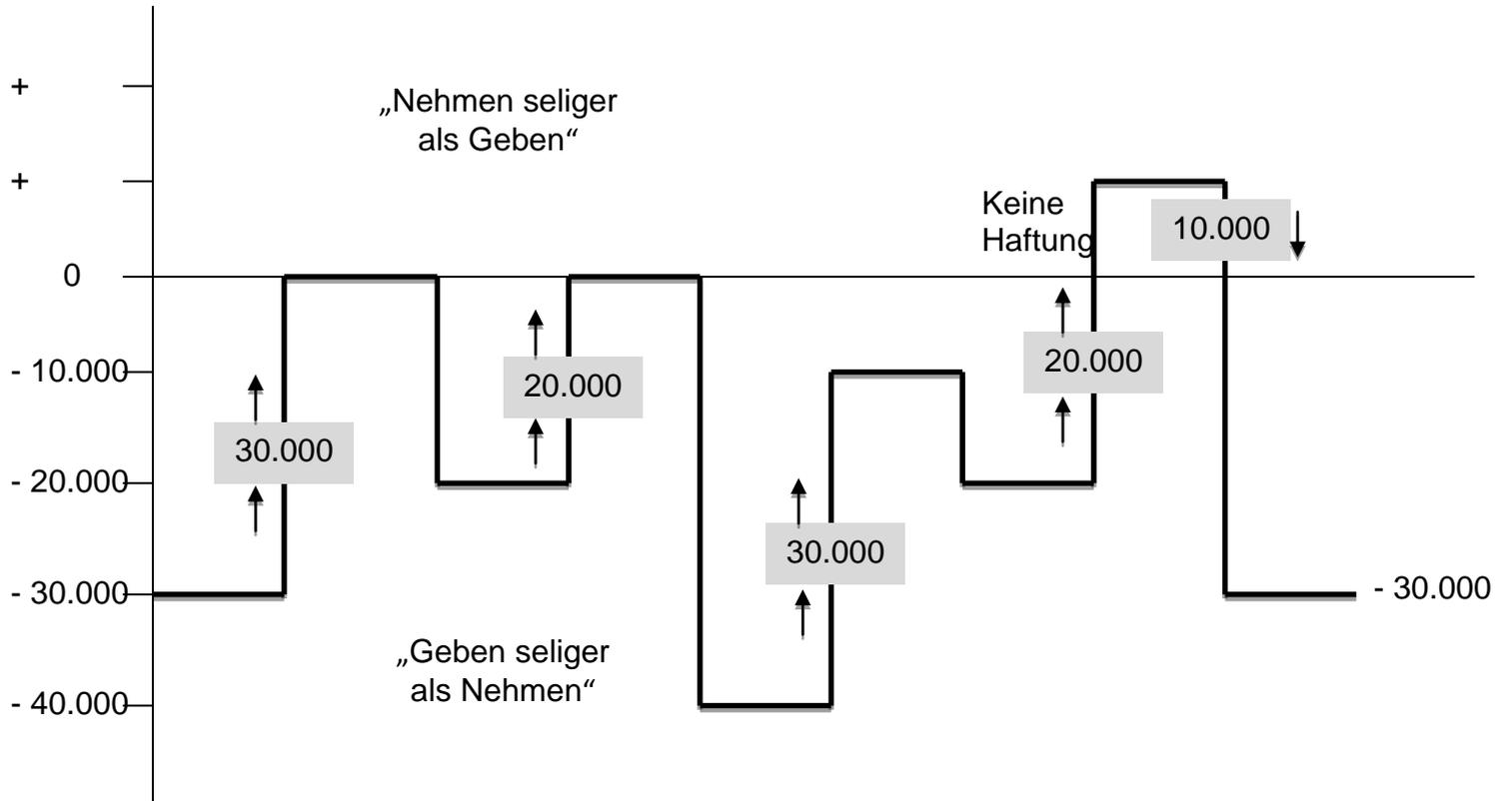
Austausch in Dreiecksbeziehung kann genügen:

- Leistungen unter Einsatz eines Leistungsmittlers sind grundsätzlich inkongruent.
 - Allerdings kann dreiseitiges Zuwendungsverhältnis wirksam von den Beteiligten vereinbart werden.
 - Vertragsabrede muss vor Beginn des Leistungsaustauschs getroffen werden (BGH Z 208, 243 Rz 20).
- Unmittelbarer Zusammenhang:
- Wahrung des zeitlichen Zusammenhangs entsprechend § 286 Abs. 3 BGB bei Leistungsaustausch in 30 Tagen (BGH Z 202, 59 R 31 f).
 - Leistung des Schuldners nach Eintritt der Krise (§ 130 InsO, § 64 GmbHG).
 - Gegenleistung kann vor oder nach Beginn der Krise erbracht werden (BGH WM 1984, 1430).
 - Ohne Bedeutung, welcher Teil vorleistet (BGH Z 150, 122, 131).

– Wertäquivalenz:

- Kein Gläubigerzugriff notwendig.
- Zeitpunkt des Leistungsaustauschs entscheidend. Späterer Wertverlust und Unverkäuflichkeit ist bedeutungslos. Gleiches gilt für Diebstahl.
- Angemessene Lohn- und Mietzahlungen genießen unabhängig von Wertschöpfung Bargeschäftsprivileg.
- Ausgaben für Geschäftsessen und Luxusfahrzeug als Baraustausch.
- Nützlichkeit des Geschäfts nur bei § 133 Abs. 1 InsO gefordert (BGH WM 2015, 591 Rz 24).
- Mögliche Ersatzansprüche aus § 43 GmbHG bei zweckwidriger Verwendung von Gesellschaftsmitteln.

Insolvenzverschleppungshaftung nach § 64 GmbHG (Schaubild)



frei nach Karsten Schmidt, ZIP 2008, 1401

Exkurs: Regressansprüche

Aktuelle Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung, BGH NZI 2013, 438:

Bei einem Mandat nur zu allgemeiner steuerlicher Beratung besteht keine Hinweispflicht des Steuerberaters auf einen Insolvenzgrund.

Insbesondere der Auftrag zur Erstellung eines Jahresabschlusses und einer Bilanz führt also grundsätzlich nicht zur Pflicht des Steuerberaters, auf eine Insolvenzantragspflicht hinzuweisen.

Aber BGH NZI 2013, 793:

Erklärt der vertraglich lediglich mit der Erstellung der Steuerbilanz betraute Steuerberater, dass eine insolvenzrechtliche Überschuldung nicht vorliege, haftet er der Gesellschaft wegen der Folgen der dadurch bedingten verspäteten Insolvenzantragstellung.

Sowie BGH vom 26.01.2017 – IX ZR 285/14:

Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater hat die Mandantin auf einen möglichen Insolvenzgrund und die daran anknüpfende Prüfungspflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, wenn entsprechende Anhaltspunkte offenkundig sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife der Mandantin nicht bewusst ist und der Steuerberater dennoch nach Fortführungswerten bilanziert.

Verletzt der Steuerberater seine Pflicht zur Erstellung eines objektiv richtigen Jahresabschlusses oder die Pflicht, auf einen möglichen Insolvenzgrund und die daran anknüpfende Prüfungspflicht hinzuweisen, kommt die Haftung für einen Insolvenzverschleppungsschaden in Betracht, wenn die Gesellschaft ohne die Pflichtverletzung früher Insolvenz angemeldet hätte. Dann bemisst sich der Schaden nach der Differenz zwischen der Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrages (vgl. BGH NZG 2013, 911 Rz 28).

Exkurs: Berücksichtigung der Insolvenzquote

BGH NJW 2001, 1280:

Zahlungen, die der Geschäftsführer dem Verbot des § 64 Absatz 2 zuwider geleistet hat, sind von ihm ungekürzt zu erstatten. Ihm ist in dem Urteil vorzubehalten, seinen Gegenanspruch, der sich nach Rang und Höhe mit dem Betrag deckt, den der begünstigte Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte, nach Erstattung an die Masse gegen den Insolvenzverwalter zu verfolgen.

Beispiel:

- Der Geschäftsführer hat € 120.000,00 verbotswidrig geleistet.
- Erstattet er der Insolvenzmasse den Betrag, kann er eine Forderung von € 120.000,00 zur Insolvenztabelle anmelden.
- Beträgt die Insolvenzquote am Ende des Verfahrens 50%, erhält er dann € 60.000,00 wieder ausgeschüttet.

Im Übrigen ist zu beachten, dass die Anfechtbarkeit der dem Geschäftsführer vorgeworfenen Zahlungen auch als Einrede gegen den Anspruch aus § 64 GmbHG geltend gemacht werden kann (aber keine Haftung des Insolvenzverwalters deswegen gemäß § 60 InsO).

BGH NJW 2001, 1280:

Etwa bestehende Erstattungsansprüche der Masse gegen Dritte sind Zug um Zug an den Geschäftsführer abzutreten.

Es ist also die Einrede der „Zug-um-Zug“ gemäß §§ 255, 273, 274 BGB zu erheben.

III. Kapitalerhaltungsrecht

Ausgangsfall:

H-AG ist zu 100% Gesellschafterin der A-GmbH, der B-GmbH und der C-GmbH.

H-AG und A, B und C-GmbH haben einen Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag abgeschlossen, § 291 Absatz 1 AktG.

Zusätzlich haben sie einen Vertrag geschlossen, worin geregelt ist, dass die Konten der A, B und C-GmbH werktäglich „auf Null“ gestellt werden, also

- positive Salden der Konten A, B und C-GmbH werden dazu auf ein Konto der H-AG abgeführt und
- negative Salden von diesem Konto ausgeglichen.

Gemäß § 30 Absatz 1 Satz 1 GmbHG dürfen keine Zahlungen zu Lasten des Stammkapitals geleistet werden. Um solche Zahlungen handelt es sich, wenn hierdurch eine „Unterbilanz“ entsteht oder hierdurch verursacht wird.

Allerdings gilt Satz 1 nicht für Leistungen, die

- bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages (§ 291 AktG) erfolgen, oder
- durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind, vgl. hierzu Altmeppen, NZG 2010, 261 (363 f).

Dieser Rückzahlungsanspruch ist vollwertig, wenn nach einer vernünftigen kaufmännischen Bewertung im Zeitpunkt der Besicherung ein Forderungsausfall für den Darlehensrückzahlungsanspruch unwahrscheinlich ist (BGH vom 10.01.2017 – II ZR 94/15 Rz 14). Der Rückgewähranspruch muss also nur einmal zum Zeitpunkt der Auszahlung vollwertig sein.

Zum Werteverfall des Rückgewähranspruches BGH NJW 2009, 850 (MPS):

Das bedeutet freilich nicht, dass die Verwaltungsorgane der abhängigen Gesellschaft nach einer für diese ex ante gesehen nicht nachteiligen Darlehensausreichung keine hierauf gerichteten Kontrollpflichten mehr trafen. Unberührt bleibt vielmehr ihre aus § 93 Absatz 1 AktG herzuleitende Verpflichtung, laufend etwaige Änderungen des Kreditrisikos zu überprüfen und auf eine sich nach Darlehensausreichung andeutende Bonitätsverschlechterung mit einer Kreditkündigung oder der Anforderung von Sicherheiten zu reagieren,

...was bei umfangreichen langfristigen Darlehn oder bei einem Cash-Management die Einrichtung eines geeigneten Informations- oder Frühwarnsystems zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft erforderlich macht.

Rechtsfolgen hieraus anhand nachstehender Ergänzung des Ausgangsfalles:

Im Ausgangsfall wird über das Vermögen der Mutter und der Tochtergesellschaften am 19.12.2012 das Insolvenzverfahren eröffnet. Insolvenzverwalter I stellt fest, dass sämtliche Gesellschaften bereits seit dem 03.03.2012 zahlungsunfähig und überschuldet waren. Zwischen dem 03.03.2012 und dem 19.12.2012 sind noch Zahlungen von jeweils € 5 Mio von A, B und C-GmbH an die H-AG geleistet worden.

Welche Ansprüche bestehen, wenn kein Unternehmensvertrag abgeschlossen worden wäre (bei Bestehen eines Unternehmensvertrages und Werthaltigkeit der Ansprüche wohl keine Haftung)

- Haftung des Gesellschafters:
§ 31 Absatz 1 GmbHG, § 62 AktG
- Haftung der Organe der Gesellschafterin:
§ 15a InsO i.V.m. § 823 Absatz 2 BGB (vgl. OLG Düsseldorf, GmbHR 2014, 303)
- Haftung der Organe der Tochtergesellschaft
§ 43 Absatz 3 Satz 1 GmbHG
§ 64 GmbHG

IV. Die Existenzvernichtungshaftung aus § 826 BGB

Die Existenzvernichtungshaftung dient der Ergänzung des Kapitalerhaltungsrechts und der Schließung der Schutzlücken des § 30 GmbHG, da § 30 GmbHG das Stammkapital nur vor bewussten Auszahlungen bei Unterbilanz schützt, nicht jedoch den Fall umfasst, dass der Gesellschafter die Gesellschaft „bestiehlt“. Die Haftung trifft auch den „Gesellschafter-Gesellschafter“.

Es besteht bei Existenzvernichtung ein Innenhaftungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter aus § 826 BGB (vgl. hierzu BGH NZG 2007, 667 – Trihotel).

Tatbestandsvoraussetzungen der Existenzvernichtung sind:

- Objektiver Tatbestand: kompensationsloser, zur Insolvenz führender oder diese vertiefender Eingriff in das Gesellschaftsvermögen, z.B.
 - Tilgung privater Verbindlichkeiten der Gesellschafter,
 - Vereinnahmung von Forderungen der Gesellschaft,
 - Eingriff in Geschäftschancen der Gesellschaft.

- Subjektiver Tatbestand: bedingter Vorsatz ausreichend.
Sittenwidrigkeit: Selbstbedienung zum eigenen Vorteil der Gesellschafter und zum Nachteil der Gläubiger der Gesellschaft.
Kausalität: für Insolvenz bzw. Insolvenzvertiefung.

V. Aktuelle Rechtsprechung zur Außenhaftung der Geschäftsführer

1. Insolvenzverschleppungshaftung, §§ 15a InsO, 823 BGB

Haftung des Geschäftsführers: Haftung wegen Insolvenzverschleppung für Mängelgewährleistungskosten.

Urteil des BGH vom 14.05.2012 - II ZR 130/10, GmbHR 2012, 899 ff.

GmbHG i. d. F. vor 31.10.2008 § 64 Absatz 1 (jetzt InsO § 15 a); BGB § 823 Absatz 2, § 249.

Leitsatz des Gerichts:

Der Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht umfasst auch solche Schäden des Neugläubigers, die durch eine fehlerhafte Bauleistung der insolvenzreifen Gesellschaft am Bauwerk verursacht werden und von dieser wegen fehlender Mittel nicht mehr beseitigt werden können.

FALL:

Die Kläger hatten eine GmbH beauftragt, an Ihrem Haus eine Außendämmung anzubringen. Die Werkleistung der GmbH wurde abgenommen und bezahlt. Später stellten sich dann erhebliche Mängel heraus, so dass letztendlich ein erheblicher Schadenersatzanspruch gegenüber der GmbH zu Gunsten der Kläger tituliert wurde. Über das Vermögen der GmbH wurde sodann viele Jahre nach Abschluss des Werkvertrages und Fertigstellung des Bauobjekts das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Kläger nahmen den Geschäftsführer auf Schadenersatz in Anspruch, und zwar in Höhe des gegen die GmbH titulierten Schadenersatzanspruches sowie der gegenüber der GmbH angefallenen Rechtsverfolgungskosten.

- Nach den Feststellungen des OLG war die GmbH im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit den Klägern am 01.09.2004 bereits überschuldet. Der Beklagte als damaliger Geschäftsführer hatte keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt.
- Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH kann nach § 823 Abs. 2 BGB, § 64 Abs. 1 GmbHG a. F., § 15 a InsO nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen. Es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde. Notwendig ist ein innerer Zusammenhang zwischen der Pflicht - oder Normverletzung und dem Schaden, nicht nur eine mehr oder weniger zufällige äußere Verbindung.
- Da der Schutzzweck der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht u. a. darin besteht, insolvenzreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr fernzuhalten, damit durch das Auftreten solcher Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet werden, sind nur solche Schäden ersatzpflichtig, die mit der Insolvenzreife der Gesellschaft in einem inneren Zusammenhang stehen, BGH vom 25.07.2005, BGH Z 164, 50 (60).
- Dieser Schutzbereich ist im Streitfall entgegen der Auffassung des OLG betroffen. Die Kläger haben einen Anspruch gegen den Beklagten auf Rückzahlung des geleisteten Werklohnes, für den Sie keine Gegenleistung erhalten haben. Da der Beklagte nicht rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt hat, haben die Kläger mit der GmbH einen Vertrag geschlossen und an die unerkannt insolvenzreife Gesellschaft den Werklohn bezahlt. Eine werthaltige Gegenleistung haben Sie hierfür nicht erhalten. Die GmbH hat den Vertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt.
- Nach § 633 Abs. 1 BGB hat der Unternehmer dem Besteller das Werk frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die mangelhafte Herstellung des Werkes ist ein Unterfall der Nichterfüllung, vgl. Busche in Palandt, BGB, 71. Aufl., § 633 Rz 1 und 3 und Vor § 633 Rz 1.
- Das geschützte und durch die Verletzung der Insolvenzantragspflicht beeinträchtigte negative Interesse der Kläger ist darauf gerichtet, den Zustand wieder herzustellen, der bestand, bevor sie mit der insolvenzreifen Gesellschaft einen Werkvertrag geschlossen haben. Die Kläger haben also einen Anspruch auf Rückzahlung des ge-

leisteten Werklohns, für den sie keine Gegenleistung erhalten haben. Die Kläger haben dagegen keinen Anspruch auf Zahlung eines Betrages für die Mängelbeseitigung. Denn dieser Anspruch wäre auf den Ersatz des positiven Schadens gerichtet.

- Der Schutzbereich der verletzten Insolvenzantragspflicht umfasst aber auch solche Kosten, die dem Neugläubiger wegen der Verfolgung seiner Zahlungsansprüche gegen die insolvenzreife Gesellschaft entstanden sind, vgl. BGH vom 27.04.2009, ZIP 2009, 1220. Die Rechtsverfolgungskosten des Prozesses gegen die GmbH sind mithin ebenfalls erstattungsfähig.

- Ggfs. ist der Beklagte zur Zahlung Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche der Kläger gegen die Insolvenzmasse der GmbH zu verurteilen (Insolvenzquote).

Zum Umfang des zu ersetzenden Neugläubigerschadens bei der Insolvenzverschleppungshaftung

Urteil des BGH vom 21.10.2014 – II ZR 113/13, ZIP 2015, 267

InsO § 15 a Absatz 1; BGB § 823 Absatz 2

Leitsatz des Gerichts:

Hat eine insolvenzreife GmbH die von ihr geschuldete vertragliche Leistung nicht ordnungsgemäß erbracht und ist dadurch die Schädigung des Vermögens des Vertragspartners der GmbH durch deliktisches Handeln eines Dritten begünstigt worden, besteht darin unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht kein die Haftung des Geschäftsführers der GmbH für den eingetretenen Schaden auslösender innerer Zusammenhang zwischen der Verletzung der Insolvenzantragspflicht durch den Geschäftsführer und dem Vermögensschaden des Vertragspartners der GmbH.

FALL:

Die Klägerin und ihr Ehemann kauften mit notariellem Vertrag vom 28.01.2004 eine Penthousewohnung von der Schuldnerin (GmbH), einer Bauträgerin, deren Geschäftsführer der Beklagte war. Im ersten Halbjahr 2004 wurde von einem Subunternehmer der Schuldnerin eine Eingangstür in die Wohnung eingebaut. Am 12.08.2005 brach ein Unbekannter durch diese Tür ein und entwendete Schmuck der Klägerin.

Am 30.04.2007 beantragte der Beklagte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin, das am 05.07.2007 eröffnet wurde. Ein vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begonnener Prozess der Klägerin gegen die Schuldnerin endete mit einem Vergleich, nach dem die Schuldnerin an die Klägerin insgesamt € 513.134,74 zu zahlen hatte. Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt die Klägerin vom Beklagten Zahlung dieses Betrages als Neugläubigerschaden wegen (unbestreitbarer) Verletzung seiner Insolvenzantragspflicht. Die Klägerin behauptet, der Diebstahl sei nur möglich gewesen, weil die Schuldnerin entgegen der vertraglichen Vereinbarung und unter Außerachtlassung ihrer vorvertraglich geäußerten Wünsche eine Tür mit einer zu geringen Sicherheitsstufe eingebaut habe. Eine Tür mit der im Kaufvertrag vereinbarten Sicherheitsstufe hätte € 3.000,00, die eingebaute Tür habe € 1.098,00 gekostet. Diese Minderleistung sei darauf zurückzuführen, dass die Schuldnerin im Zeitpunkt der Bestellung der Tür bereits zahlungsunfähig gewesen sei.

- Unter Bestätigung seiner Grundsätze zum Ersatz des Neugläubigerschadens in seinem Urteil vom 14.05.2012 (ZIP 2012, 1445) stellt der Senat hier fest, dass der Schadenersatzanspruch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht nicht zuerkannt werden kann.
- Die Entwendung des Schmucks der Klägerin durch einen Dritten steht in keinem inneren Zusammenhang zur Insolvenzreife der Schuldnerin. Hätte der Beklagte allerdings rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt, wäre es nicht zum geschäftlichen Kontakt der Schuldnerin mit der Klägerin gekommen und dann auch nicht zur Entwendung des Schmucks. Der kausale Zusammenhang zwischen der Pflicht- oder Normverletzung und dem Schaden beruht bei wertender Betrachtung aber auf einer mehr oder weniger zufälligen äußeren Verbindung, nämlich auf dem strafbaren Verhalten eines Dritten.

- Die Insolvenzantragspflicht soll Gläubiger aber nicht vor dem Schaden bewahren, nach Insolvenzreife noch Opfer der unerlaubten Handlung eines Dritten zu werden, der zudem in keiner Beziehung zur insolventen Gesellschaft steht. Eine bloße Kausalitätsbetrachtung würde auf eine Haftung für Zufallsschäden hinauslaufen.

Zur Insolvenzverschleppungshaftung des Geschäftsführers einer Mieter-GmbH

Urteil des BGH vom 22.10.2013, ZIP 2014, 23 ff

Leitsatz des Gerichts:

Ein Vermieter, der dem Mieter vor Insolvenzreife Räume überlassen hat, ist regelmäßig Altgläubiger und erleidet in Folge der Insolvenzverschleppung keinen Neugläubigerschaden, weil er sich bei Insolvenzreife nicht von dem Mietvertrag hätte lösen können.

- Die Vermieter sind regelmäßig keine Neu- sondern Altgläubiger, weil sie sich bei Insolvenzreife nicht von dem Mietvertrag hätten lösen können, vgl. §§ 108, 112, 119 InsO.

2. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, § 826 BGB

Kirch / Deutsche Bank AG und Breuer

OLG München, ZIP 2013, 558:

Ein Verhalten ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sittenwidrig, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden verstößt...

Nach diesem Maßstab hat der Beklagte zu 2 sittenwidrig gehandelt, als er in Verfolgung eines Gewinnstrebens für die Beklagte zu 1 bewusst und gewollt Dr. K. in eine Lage gebracht hat, in der diesem nur die Wahl blieb, das Angebot des Beklagten zu 2 auf Begleitung der Umstrukturierung seiner Firmengruppe anzunehmen oder den Untergang seiner Firmengruppe mangels anderweitiger Sanierungsmöglichkeiten hinnehmen zu müssen. Die darin steckende versuchte Nötigung von Dr. K., insbesondere das selbstgeschaffene empfindliche Übel des Wegfalls einer Sanierungsfähigkeit bei Nichtannahme des Angebots des Beklagten zu 2 bei gleichzeitig eigenem Gewinnstreben der Beklagten zu 1, entspricht nicht nur keiner vom gesamten Deutschen Recht gebilligten Verhaltensweise, sie widerspricht wegen des von ihr ausgehenden Drucks auf die Entschließungsfreiheit des Betroffenen auch dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.

VI. Die D&O – Versicherung

Versicherungsfall Definition der Musterbedingungen des GDV:

Der Versicherer gewährt Versicherungsschutz für den Fall, dass ein gegenwärtiges oder ehemaliges Mitglied des Aufsichtsrates, des Vorstandes oder der Geschäftsführung der Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft (versicherte Person) wegen einer bei Ausübung dieser Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung auf Grund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtliche Inhalts für einen Vermögensschaden von Dritten, also nicht von der Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft oder einer anderen versicherten Person auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird.

Es gilt Prinzip der erstmaligen Inanspruchnahme und nicht das Verstoß- oder Schadensereignis-Prinzip. Zur Wirksamkeit solcher Klauseln: BGH vom 14.04.2016 – IV ZR 304/13 und BGH vom 26.03.2014, NJW 2014, 2038.

Der Anspruch auf Versicherungsschutz ist einheitlich – nach Wahl des Versicherers – auf

- Abwehr oder
- Freistellung von begründeten Haftpflichtansprüchen gerichtet. Hierbei ist die Abtretung des Freistellungsanspruches an den Versicherungsnehmer, also die Gesellschaft, zulässig (vgl. BGH vom 13.04.2016, AG 2016, 395).

Anmerkung: Eine Eigenschadenversicherung zu **Unternehmensbußen und sonstigen Bußgeldern** wird (bisher) noch nicht angeboten.

Bindungswirkung und Trennungsprinzip:

- Haftungsbegründende Pflichtverletzung wird im Rahmen des Haftpflichtprozesses festgestellt.
- Bindungswirkung: notwendige Ergänzung hierzu ist die Bindungswirkung. Denn wird die Haftpflichtschuld rechtskräftig festgestellt und kommt es über die Frage der Deckung zu einem Deckungsrechtsstreit, so sind die tatsächli-

chen Feststellungen des vorangegangenen Haftpflichtprozesses für den dann folgenden Deckungsprozess bindend (grundlegend: BGHZ 119, 276). Eine Streitverkündung an den die D&O – Versicherer ist daher grundsätzlich nicht notwendig.

Zu § 103 VVG: Herbeiführung des Versicherungsfalles:

Die Darlegungs- und Beweislast hierfür trägt der Versicherer, BGH vom 17.12.2014, NZI 2015, 271:

Für den Ausschlussgrund der Wissentlichkeit der Pflichtverletzung ist der Versicherer darlegungs- und beweispflichtig.

Hierfür hat er – wenn es sich nicht um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann – Anknüpfungstatsachen vorzutragen und zu beweisen, die als schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können.

Zur Bindungswirkung des Haftpflichturteils hinsichtlich des Verschuldensgrades, BGH NJW 2011, 610:

Der für den Deckungsprozess bindende Haftungstatbestand umfasst lediglich die vom Tatrichter des Haftpflichtprozesse festgestellten und seiner Entscheidung zu Grunde gelegten tatsächlichen Elemente; seine rechtliche Einordnung ist dagegen ohne Belang.

VII. Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern im Rahmen der Eigenverwaltung

1. Aufgabenzuweisung in der Eigenverwaltung

Die Verteilung der Aufgaben in der Eigenverwaltung ergibt sich aus § 270 ff InsO. Vor Verfahrenseröffnung kann auf den Antrag auf Eröffnung in Eigenverwaltung nach § 270a Absatz 1 Satz 2 InsO ein vorläufiger Sachwalter bestellt werden, dem insbesondere die Kontrollbefugnisse der §§ 274, 275 InsO zustehen. Gleiches gilt gemäß §§ 270b Absatz 2 Satz 1, 270a, 274, 275 InsO im Schutzschirmverfahren.

Der Sachwalter tritt - verallgemeinernd ausgedrückt - an die Stelle eines im Regelinsolvenzverfahren eingesetzten vorläufigen Insolvenzverwalters, wobei ihm neben der Überwachung des Schuldners gemäß § 274 Absatz 2 InsO und der Zustimmung bei außergewöhnlichen Maßnahmen gemäß § 275 InsO insbesondere die Insolvenzanfechtung, § 280 InsO und die Führung der Insolvenztabelle gemäß § 270c Satz 2 InsO obliegen.

Demgegenüber nimmt der Schuldner abweichend von einem Regelinsolvenzverfahren gemäß § 270 Absatz 1 Satz 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen alleine wahr. Darum hat er die Masse zu sichern und zu verwalten und grundsätzlich das Unternehmen bis zum Berichtstermin fortzuführen. In diesem Zusammenhang hat der Schuldner notwendige Zahlungen zu veranlassen und den Zahlungsverkehr abzuwickeln, falls nicht der Sachwalter die Kassenführung gemäß § 275 Absatz 2 InsO an sich zieht.

Der Schuldner hat unter Beachtung der Aus- und Absonderungsrechte das Sicherungsgut zu verwerten, § 282 InsO und gemäß § 279 InsO die Wahlrechte aus den §§ 103 ff InsO auszuüben. Die Verteilung des Erlöses an die Gläubiger ist von dem Sachwalter zu verantworten, § 283 Absatz 2 InsO.

Im Schutzschirmverfahren gemäß § 270b InsO als besonderer Form der vorläufigen Eigenverwaltung (§ 270a InsO) hat der Schuldner entsprechend dem Verfahrensziel einen Insolvenzplan auszuarbeiten, § 270b Absatz 1 InsO. Ferner ist der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen, § 270b Absatz 4 Satz 2 InsO.

2. Haftung der Geschäftsführer

Die Eigenverwaltung betrifft regelmäßig das Vermögen einer insolvenzreifen juristischen Person und als typischer Rechtsform des Mittelstandes das einer GmbH. Es liegt auf der Hand, dass einem Geschäftsführer in einer derartigen Krisensituation vielfältige Haftungsgefahren drohen.

a) Das Zahlungsverbot des § 64 GmbHG

– Vorläufige Eigenverwaltung

Da das Zahlungsverbot ab Eintritt der Insolvenzreife (und nicht erst ab dem Ende der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist) Bindungswirkung entfaltet, kann der Geschäftsleiter die Haftung aus § 64 GmbHG nur vermeiden, indem er sich nach Antragstellung weitgehend passiv verhält (vgl. Bachmann, ZIP 2015, 101).

Das erklärte Einverständnis des von dem Geschäftsleiter zutreffend informierten vorläufigen Verwalters dürfte aber grundsätzlich entweder das für eine Haftung aus § 64 GmbHG erforderliche Verschulden des Geschäftsführers entfallen lassen, oder aber den Ausnahmetatbestand der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gemäß § 64 Satz 2 GmbHG erfüllen (vgl. Schmidt/Poertzgen NZI 2013, 369, 374).

Wird im Vorfeld der Eigenverwaltung ein vorläufiger Sachwalter gemäß § 270a Absatz 1 InsO bestellt, bleibt die Verfügungsbefugnis des Geschäftsführers gleichwohl unberührt. Deswegen hat der Geschäftsführer weiter den Pflichten des § 64 GmbHG zu genügen (vgl. Spliedt in Schmidt/Ohlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 6. Aufl., Rz 9.148). Der Einwand, der Geschäftsführer werde nunmehr als Verwalter der Gläubigerinteressen tätig, überzeugt nicht, weil er mangels Geltung des § 276a InsO im Eröffnungsverfahren weiter den Weisungen der Gesellschafterversammlung nachzukommen hat (vgl. Klinck, DB 2014, 938, 940).

Allerdings ist der Geschäftsleiter bei vorläufiger Eigenverwaltung regelmäßig dann von der Haftung befreit, wenn er im Einvernehmen mit allen Mitgliedern des vorläufigen Gläubigerausschusses oder im Einvernehmen mit dem vor-

läufigen Sachwalter handelt. Die Zustimmung des Gläubigerausschusses wirkt haftungsbefreiend, weil dieser gemäß § 272 Absatz 1 Nr. 1 InsO die Aufhebung der Eigenverwaltung erwirken kann. Ähnliches gilt für den vorläufigen Sachwalter, der gemäß § 274 Absatz 3 InsO durch eine Mitteilung an den Gläubigerausschuss den Anstoß für eine Beendigung der Eigenverwaltung geben kann. **Wer aber die vorläufige Eigenverwaltung beenden kann, ist berechtigt, bei ihrer Ausübung haftungsbefreiende Weisungen zu erteilen.** Ferner ist die Tilgung von Masseverbindlichkeiten gestattet (vgl. Bachmann, ZIP 2015, 101, 108).

– Eröffnung in Eigenverwaltung

Obwohl im Rahmen der Eigenverwaltung die Verfügungsbefugnis des Schuldners und damit diejenige des Geschäftsführers einer GmbH auch nach Verfahrenseröffnung unangetastet bleibt, findet § 64 GmbHG auch dort keine Anwendung, weil der Geschäftsführer wegen des Verlustes der Verfügungsbefugnis gemäß §§ 80 ff InsO nicht mehr zu masseschmälernden Maßnahmen in der Lage ist. Die Interessen der Gläubigergesamtheit nimmt nach Verfahrenseröffnung im Eigenverwaltungsverfahren der Sachwalter wahr. Eine Legitimation zugunsten der Anwendung des § 64 GmbHG ist daher nicht mehr gegeben (vgl. Sandhaus in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG 3. Aufl. § 64, Rz 8).

– Folgerungen für das Schutzschirmverfahren

Ein Schutzschirmverfahren kann gemäß § 270b Satz 1 InsO nur eingeleitet werden, sofern der Schuldner drohend zahlungsunfähig oder überschuldet ist.

Im Fall der Überschuldung oder dem nachträglichen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sind zu Gunsten des Geschäftsführers die haftungsbeschränkenden Grundsätze zu berücksichtigen, die im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung entwickelt wurden. Da dem Sanierungsgedanken verstärkte Bedeutung zukommt, entsprechen Zahlungen, die eine Betriebsfortführung fördern, im angemessenen und erforderlichen Umfang der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, § 64 Satz 2 GmbHG (vgl. Schmidt/Poertzgen, NZI 2013, 369, 375 f).

b) Insolvenzverschleppungshaftung

Da die Insolvenzverschleppungshaftung mit der (verspäteten) Antragstellung endet, kommt ihr im vorliegenden Zusammenhang keine Bedeutung zu. Denn die vorläufige Eigenverwaltung gemäß § 270a InsO, ein Schutzschirmverfahren gemäß § 270b InsO und die Eröffnung in Eigenverwaltung gemäß § 270 InsO setzen einen Insolvenzantrag voraus.

c) Haftung aus § 43 Absatz 2 GmbHG, § 93 Absatz 2 AktG

– Pflichtenmaßstab

Die Vorschriften über die Haftung der Geschäftsleiter, insbesondere § 43 Absatz 2 GmbHG § 93 Absatz 2 AktG, sind mit Rücksicht auf die fortbestehende Befugnis zum Abschluss von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften grundsätzlich sowohl während eines vorläufigen Eigenverwaltungs- bzw. Schutzschirmverfahrens, als auch nach Anordnung der Eigenverwaltung anwendbar.

Bereits im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren hat der Schuldner im Gläubigerinteresse insolvenzspezifische Pflichten zu erfüllen (vgl. Brinkmann DB 2012, 1369).

Nach Verfahrenseröffnung ist das Interesse der Gesellschaft vor dem Hintergrund des § 276a InsO an dem Interesse der Gläubiger als den wirtschaftlichen Eigentümern des Unternehmens auszurichten (vgl. MüKO-InsO/Klöhn § 276a Rz 5,8). Darum haben die Geschäftsführer der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters zu genügen. Immerhin wird man sagen können, **dass die Gesellschaftsinteressen in einem Konflikt mit den Gläubigerinteressen zurücktreten müssen, weil die Legalitätspflicht und damit die Pflicht zur Beachtung der einschlägigen insolvenzrechtlichen Regelungen in der Insolvenz den Gläubigerbelangen den Vorzug zuweist.**

Ob der Insolvenzverwalter und damit der Geschäftsführer in der Eigenverwaltung für eine unternehmerische Fehlentscheidung haftet, ist am Insolvenzziel der bestmöglichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger unter Berücksichtigung der von den Insolvenzgläubigern getroffenen Verfahrensentscheidungen zu messen.

– Erfasste Schäden

Die Schadenersatzpflicht aus § 43 Absatz 2 GmbHG, § 93 Absatz 2 AktG beschränkt sich jedoch auf die Eigenschäden der Gesellschaft und umfasst nicht die Schäden der Gesellschaftsgläubiger.

Gemäß § 64 GmbHG verbotene Zahlungen lösen keinen Schaden bei der Gesellschaft aus, soweit dadurch Verbindlichkeiten zurückgeführt werden (vgl. Michalski/Haas/Ziemons, GmbHG, 2. Aufl. § 43 Rz 209). Da die Gesamtgläubigerschäden nur über § 64 GmbHG und § 823 Absatz 2 BGB, § 15a InsO ausgeglichen werden, sind die mit einer Insolvenz typischerweise verbundenen Zerschlagungsverluste nicht nach § 43 Absatz 2 GmbHG zu ersetzen (vgl. Michalski/Haas/ Ziemons § 43 Rz 209).

Auf Grund der Legalitätspflicht ist der Geschäftsführer allerdings verpflichtet, im Rahmen der Eigenverwaltung die maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben zu beachten. Rechtshandlungen, welche die Gläubiger benachteiligen, können ausnahmsweise eine Haftung gegenüber der Gesellschaft auslösen, wenn dieser selbst aus der Maßnahme ein Schaden erwächst. Als Beispiel wäre an die Missachtung von Sanierungs- und Verwertungschancen zu denken (vgl. Thole/Brünkmans, ZIP 2013, 1097, 1110). Gleiches dürfte gelten, wenn Geschäftsleiter das Gesellschaftsvermögen schmälern, in dem sie Bestandteile beiseiteschaffen.

Hingegen könnte ein Schaden der Gesellschaft fehlen, wenn der Geschäftsleiter mit Aus- und Absonderungsrechten belastetes Vermögen zu Gunsten der Gesellschaft verwertet. Ein Schaden kann aber auch aus einer solchen Maßnahme erwachsen, wenn nämlich der Berechtigte die Gesellschaft in Haftung nimmt. Falls die Gesellschaft für ein Fehlverhalten ihres Geschäftsführers einstehen muss, erleidet sie nämlich selbst einen Schaden.

– Außenhaftung gegenüber Gläubigern

In Folge des Binnenhaftungskonzepts kann eine Haftung des Geschäftsleiters im Verhältnis zu außenstehenden Dritten lediglich aus anderen speziellen Anspruchsgrundlagen hergeleitet werden.

So trifft den Geschäftsführer beispielsweise die Verpflichtung, durch entsprechende Maßnahmen eine Verletzung des Vorbehaltseigentums der Lieferanten durch Dispositionen über die Lieferungen an Kunden im Rahmen des Möglichen zu verhindern. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, haftet der Geschäftsleiter dem Eigentümer aus § 823 Absatz 1 BGB (vgl. BGH vom 05.12.1989, BGHZ 109, 297, 302 ff). Diese Rechtsprechung ist einschlägig, wenn der Geschäftsführer bei der Eigenverwaltung Aus- und Absonderungsrechte von Gläubigern verletzt (vgl. Thole/Brünkmans, ZIP 2013, 1097, 1099).

Das geschäftsführende Gesellschaftsorgan muss bei einer erkannten Überschuldung nach pflichtgemäßem Ermessen die Aussichten und Vorteile eines Sanierungsversuchs gegen die Nachteile abwägen, die nicht eingeweihten Kunden bei einem Scheitern des Versuchs durch zwischenzeitliche Vermögensbewegungen entstehen können. Entscheidet sich der Geschäftsführer nach sorgfältiger und gewissenhafter Prüfung für einen solchen Versuch und darf er ihn den Umständen nach als sinnvoll ansehen, so verstößt der Geschäftsführer nicht deshalb gegen die guten Sitten oder das Betrugsverbot, weil eine für das Gelingen des Versuchs unerlässliche Fortführung des Betriebes unter Geheimhaltung seiner bedrängten Lage die Möglichkeit einschließt, dass hierdurch Getäuschte bei einem Zusammenbruch des Unternehmens einen Schaden erleiden, der ihnen bei sofortiger Einleitung eines Insolvenzverfahrens erspart geblieben wäre. Erst, wenn ernste Zweifel an dem Gelingen eines Sanierungsversuchs bestehen und deshalb damit zu rechnen ist, dass er den Zusammenbruch des Unternehmens allenfalls verzögert, aber nicht auf die Dauer verhindern wird, kann der Vorwurf sittenwidrigen Handelns zum Schaden der Gläubiger gemäß § 826 BGB, jedenfalls dann, wenn dieses Handeln auf eigensüchtigen Beweggründen beruht, gerechtfertigt sein (vgl. BGH vom 09.07.1979, BGHZ 75, 96, 114).

Da Vertragsbeziehungen nur zwischen der Gesellschaft und einem Vertragspartner zustande kommen, ist für eine Vertragshaftung des Geschäftsführers regelmäßig kein Raum. Ein Insolvenzverwalter, der pflichtwidrig eine erkennbar nicht gedeckte Masseschuld begründet, haftet ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht persönlich aus Verschulden bei Vertragsabschluss. Mehr, als das im Geschäftsverkehr übliche Verhandlungsvertrauen nimmt auch ein Verwalter nicht in Anspruch. Diese Grundsätze können auf den Geschäftsführer in Ausübung der Eigenverwaltung übertragen werden (vgl. BGH vom 14.04.1987, BGHZ 100, 346, 351). Besondere haftungsbegründende Umstände werden regelmäßig nicht gegeben sein (vgl. Thole/Brünkmans, ZIP 2013, 1097, 1099). Eine Haftung dürfte ohne eine besondere, garantieähnliche Erklärung auch dann nicht eingreifen, wenn der Geschäftsleiter einen Vertrag in dem Bewusstsein schließt, dass die Masse nicht zur Begleichung der Verbindlichkeit ausreicht (vgl. BGH vom 06.06.1994, BGHZ 126, 181, 189 f). Schon gar nicht haftet der Geschäftsleiter, sofern er die fehlende Leistungsfähigkeit der Gesellschaft lediglich pflichtwidrig nicht erkannt hat (vgl. Ulmer/Paefgen, GmbHG 2. Aufl., § 43Rz 345, Brinkmann DB 2012, 1369, 1370).

d) Haftung aus §§ 60, 61 InsO.

Sollen Gläubiger bei der Eigenverwaltung nicht schlechter, als im Regelinsolvenzverfahren gestellt werden, drängt sich der Gedanke auf, die Geschäftsführer, die der Sache nach zugleich die Aufgaben des Insolvenzverwalters verrichten, nach §§ 60, 61 InsO haftbar zu machen. Hierfür spricht die weitere Erwägung, dass die Geschäftsführer nach Eröffnung des Eigenverwaltungsverfahrens nicht mehr auf Grund gesellschaftsrechtlicher Leitungsmacht tätig werden, sondern insolvenzrechtliche Rechte und Pflichten ausüben (vgl. Madaus, KTS 2015, 115, 124).

Es wäre ungereimt, im Falle einer Pflichtverletzung nur den auf eine bloße Überwachung beschränkten Sachwalter gem. § 274 Absatz 1, 60 InsO haftbar zu machen, hingegen die Geschäftsleiter als Entscheidungsträger der Eigenverwaltung von einer insolvenzrechtlichen Haftung freizustellen. Da der Schuldner selbst im Eigenverwaltungsverfahren die Funktion des Insolvenzverwalters übernimmt, erscheint vielmehr eine Haftung seiner Vertretungsorgane aus §§ 60, 61 InsO durchaus angemessen (vgl. Madaus, KTS 2015, 115, 124).

Wer die Rechte und Pflichten eines Insolvenzverwalters wahrnimmt, sollte damit als Gegenstück notwendig der Insolvenzverwalterhaftung unterliegen. Dabei ist zu beachten, dass der Geschäftsführer die durch die Verfahrenseröffnung zunächst verlorene und Kraft Anordnung der Eigenverwaltung verliehene Verfügungsbefugnis nach § 80 ff InsO ausübt. Da die Verfügungsbefugnis insolvenzrechtlicher Natur ist, erweisen sich insolvenzzweckwidrige Verfügungen als unwirksam. Der Geschäftsführer verwertet gesicherte Gegenstände, § 282 InsO, befindet sowohl über die Erfüllung nicht vollständig abgewickelter Verträge, § 279 InsO, als auch über die Ausübung von Sonderkündigungsrechten, §§ 109, 113 InsO, kann die Feststellung einer Forderung durch seinen Widerspruch verhindern, § 283 Absatz 1 InsO und entscheidet über die Aufnahme unterbrochener Rechtstreitigkeiten, § 240 InsO (vgl. Madaus, a.a.O.).

Vor diesem Hintergrund sprechen alle guten Gründe für eine Außenhaftung der Geschäftsleiter nach §§ 60, 61 InsO gegenüber den Verfahrensbeteiligten. Eine Haftung nach § 61 InsO scheidet auch nicht deshalb aus, weil der Sachwalter bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten mitwirkt, § 275 InsO. Vielmehr besteht eine gesamtschuldnerische Haftung des Geschäftsleiters und des Sachwalters, wenn Masseverbindlichkeiten nicht beglichen werden können (vgl. MüKo-InsO/Tetzlaff, 3. Aufl. § 70 Rz 179 f).

Hierzu wird sich der BGH bald äußern, da die Revision gegen das Urteil des OLG Düsseldorf vom 07.09.2017 – I – 16 U 33/17 mit folgenden Leitsätzen durchgeführt wird:

Eine über die besondere Vertrauenshaftung gemäß §§ 280 Absatz 1, 311 BGB hinausgehende verschärfte persönliche Haftung des (neu bestellten) Sanierungs-Geschäftsführers einer GmbH gegenüber Dritten besteht auch dann nicht, wenn die Gesellschaft im Rahmen einer Insolvenz in Eigenverwaltung nach §§ 270 ff InsO zum Zwecke ihrer Sanierung fortgeführt wird. Eine analoge Anwendung der Haftungsvorschriften der §§ 60, 61 InsO scheidet aus. Hierfür fehlt es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, als auch an einer Vergleichbarkeit des Geschäftsführers mit dem Insolvenzverwalter.

3. Haftung der Gesellschafter

Die Bestimmung des § 276a Satz 1 InsO stellt klar, dass Weisungen der Gesellschafterversammlung oder des Aufsichtsrats einer Gesellschaft an die Geschäftsführungsorgane des Unternehmens im Eigenverwaltungsverfahren unzulässig sind. Der Vorstand einer AG, die Geschäftsführer einer GmbH und die geschäftsführenden Gesellschafter einer Personengesellschaft sind mithin im Innenverhältnis von gesellschaftsrechtlichen Weisungen freigestellt. In Folge ihres Bezugs zu Kontroll- und Weisungsrechten sind auch allgemeine Prüfungs- und Auskunftsrechte, vgl. etwa § 51a GmbHG, der Gesellschafter suspendiert (vgl. Schmidt-Undritz, a.a.O., § 276 a Rz 2).

Im Antragsverfahren ist § 276 a InsO mangels eines Verweises der §§ 270a, 270b InsO auf diese Regelung unanwendbar; eine Vorwirkung auf das Antragsverfahren bedürfte einer gesetzlichen Grundlage (vgl. Schmidt/Undritz a.a.O., § 276 a Rz 3).

Ein Wechsel der Geschäftsleitung ist gemäß § 276a Satz 2 InsO nur wirksam, wenn der Sachwalter zustimmt. Zur Sicherung der Unabhängigkeit der Geschäftsführung wird ein Austausch von Organen an die Zustimmung des Sachwalters gekoppelt. Eine Zustimmungspflicht des Sachwalters ist nach § 276a Satz 3 InsO gegeben, wenn die Maßnahme nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führt. Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes sind von der Gesellschaft zu beweisen, so dass etwaige Zweifel zu ihren Lasten gehen (vgl. Schmidt/Undritz a.a.O., § 276a Rz 5).

Nicht berührt werden die Befugnisse der Gesellschafterorgane, die sich nicht auf die Verwaltung der Masse beziehen. Hier bleiben – wie im Bereich der Regelverwaltung – die Befugnisse der Gesellschafter voll erhalten.

Die Grundsätze der Kapitalerhaltung, § 30 GmbHG, gelten auch im Zeitraum des Eigenverwaltungsverfahrens. Unter Verstoß von § 30 GmbHG bewirkte Zahlungen sind folglich von den Gesellschaftern zu erstatten. Solche Zahlungen dürften mit Rücksicht auf das Gläubigerinteresse zudem als evident insolvenzweckwidrig bewertet werden (vgl. Brinkmann, DB 2012, 1369, 1372).

Ebenso unterliegt der Gesellschafter einer Haftung nach § 826 BGB, sofern er einen existenzvernichtenden Eingriff vornimmt (vgl. BGH vom 16.07.2007, ZInsO 2007, 881).

Wird ein Gesellschafterdarlehn vor Verfahrenseröffnung gewährt, erleidet es im Insolvenzverfahren den Nachrang des § 39 Absatz 1 Nr. 5 InsO. Dies gilt auch für eine nach Antragstellung gegebene kurzfristige Zwischenfinanzierung. **Vermieden werden kann die Nachrangigkeit durch eine Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten.**

Die Bestimmung des § 280 InsO sieht vor, dass neben der Insolvenzanfechtung, §§ 129 ff InsO, die Verfolgung von Gesamtschäden, § 92 InsO, sowie die persönliche Haftung der Gesellschafter, § 93 InsO, von dem Sachwalter wahrgenommen wird. **Es erscheint eine Auslegung vorzugswürdig und interessengerecht, dem Sachwalter die Geltendmachung aller Schadenersatzansprüche gegen Organvertreter und Gesellschafter zuzuweisen.** Dabei sollte es keinen Unterschied machen, ob die Ansprüche vor oder nach Eröffnung des Eigenverwaltungsverfahrens entstanden sind. Gleiches sollte für – notwendigerweise vorinsolvenzrechtliche Ansprüche aus § 64 GmbHG und aus § 823 Absatz 2 BGB, § 15 a InsO gelten.

Die Bestimmung des § 93 InsO ist auf eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit zugeschnitten, etwa die Kommanditistenhaftung aus § 171 Absatz 2 HGB. Die Vorschrift sollte im Rahmen der Eigenverwaltung generell auch Ansprüche gegen die Gesellschafter einer GmbH erfassen (vgl. Splied, a.a.O., Rz 9.51.). Hierfür streitet der Gedanke, dass der Sachwalter gemäß § 280 InsO sämtliche Insolvenzanfechtungsansprüche und mithin insbesondere Anfechtungsansprüche gegen Gesellschafter aus § 135 InsO zu verfolgen hat. Für Ansprüche im Zusammenhang mit der Gewährung von Gesellschafterhilfen sollte folgerichtig stets der Sachwalter zuständig sein (vgl. MünchKomm–InsO/Kirchhoff a.a.O., § 280 Rz 3).

Im Regelinsolvenzverfahren ist also der Insolvenzverwalter und im Eigenverwaltungsverfahren der Sachwalter zur Verwirklichung der Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter einer GmbH berufen.