

Prof. Dr. Georg Bitter

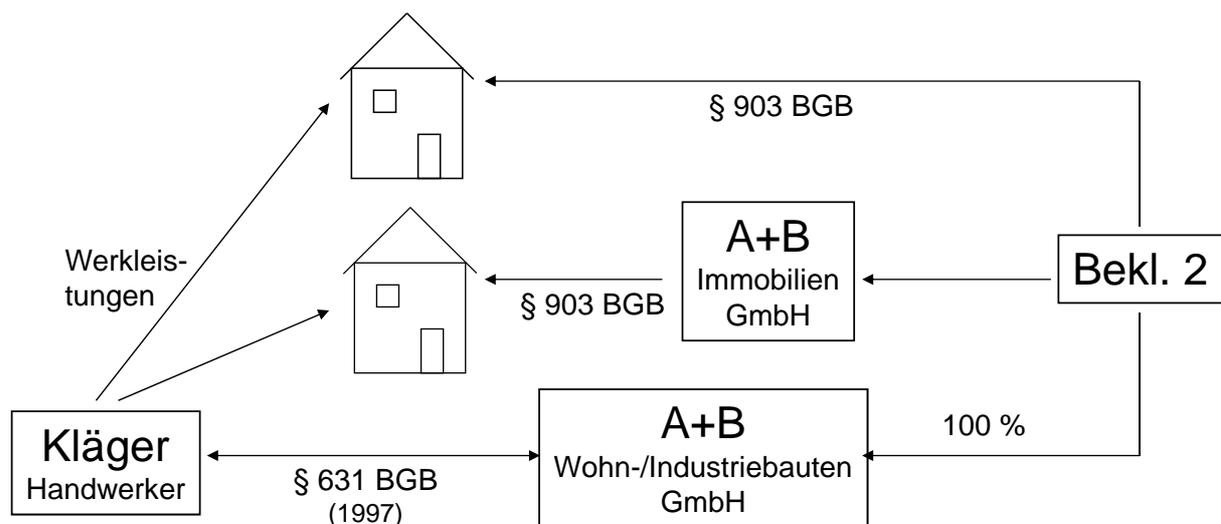
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Haftung von GmbH-Gesellschaftern und GmbH-Geschäftsführern in der Insolvenz

Workshop des VID am 21.11.2014 in Frankfurt

www.georg-bitter.de

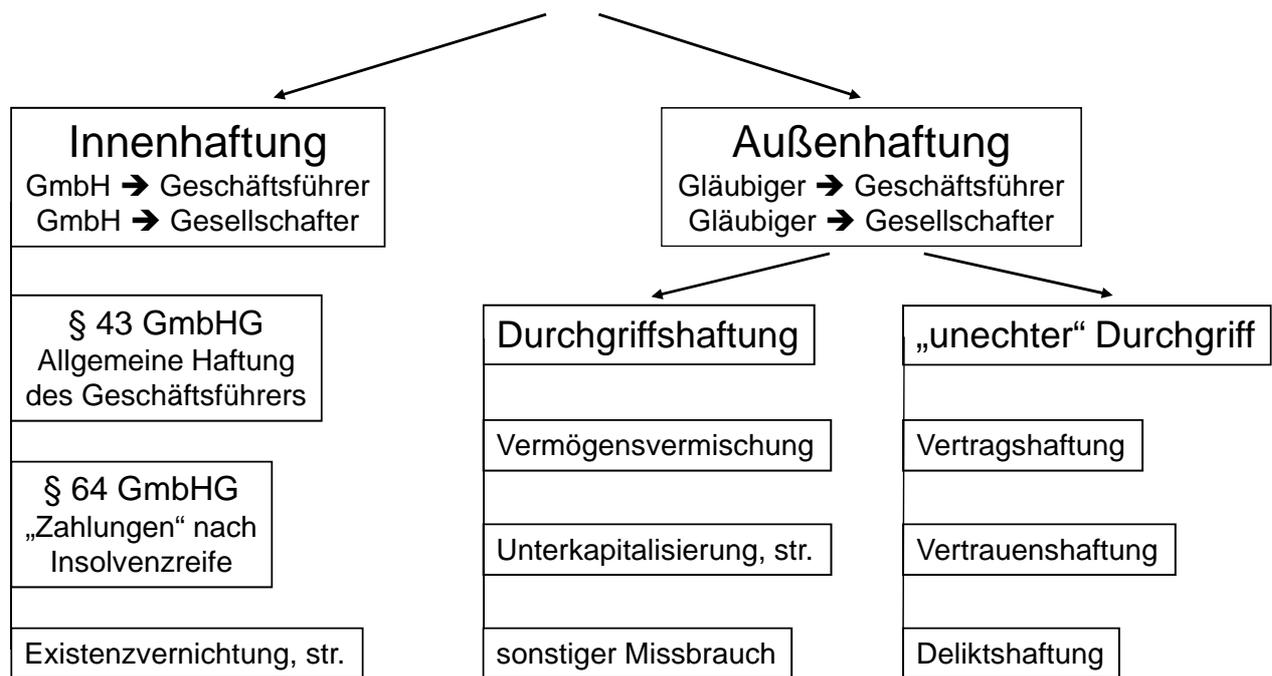
Fallbeispiel



OLG Thüringen,
GmbHHR 2002, 112

bis 1995: Bekl. 1 = GF
1995-02/1998: Bekl. 2 = GF
ab 02/1998: Bekl. 1 = fakt. GF
Drittgeschäftsführer

Anfang 1996: Insolvenzureife
07/1998: Insolvenzantrag (Gl.)
03/1999: Ablehnung mangels
Masse



1. Beschlusserfordernis (§ 46 Nr. 8 GmbHG)

Ausnahmen:

- „actio pro socio“ (OLG Düsseldorf DStR 2012, 1350)
- Klage des pfändenden Gläubigers
- Klage des Insolvenzverwalters
- bei masseloser Liquidation (BGH WM 2004, 1925)

2. Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns

- BGH ZIP 2008, 1675: Haftungsprivilegierung im Rahmen des unternehmerischen Ermessens
 - sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen durch Auswertung verfügbarer Informationen + Abwägung der Vor- und Nachteile
- vgl. § 93 I 2 AktG für den Vorstand einer AG
 - sog. *Business Judgement Rule*

Beispiele

- Verzicht auf realisierbare Forderung
- Verjährenlassen von Forderungen

b.w.

Beispiele (Fortsetzung)

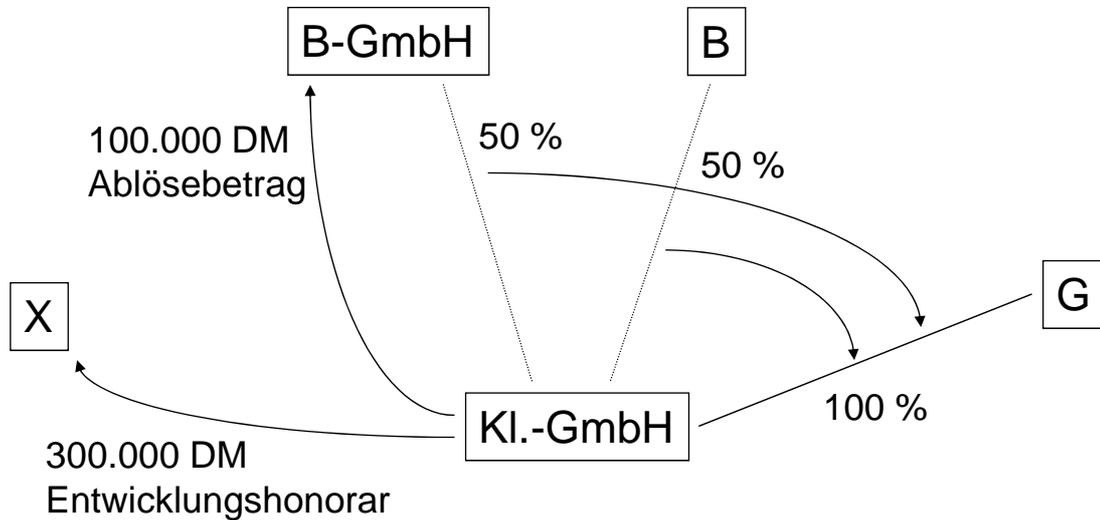
- nicht vom Gesellschaftszweck gedeckte Geschäfte (BGH ZIP 2013, 455)
- Unentgeltliche Arbeitnehmerüberlassung (BGH DB 2004, 1423)
- Abschluss nutzloser (Mietkauf-)verträge (BGH DB 2005, 821)
- Auszahlung überhöhter Vergütung (BGH ZIP 2008, 117)
- Fehlkalkulation eines Angebotspreises (BGH ZIP 2008, 736)
- Risikogeschäfte (wenn übermäßig riskant)
 - u.U. Spekulationsgeschäfte (BGH ZIP 2013, 455: Zinsderivate)
 - Warenlieferung auf Kredit ohne Bonitätsprüfung
 - Darlehensvergabe ohne Sicherheiten
- Verstoß gegen Weisungen / Wettbewerbsverbot
- Verfrühter Insolvenzantrag (OLG München ZIP 2013, 1121: § 18 InsO)

3. Problem: Abgrenzung zwischen der Haftung im Gesellschafter- und Gläubigerinteresse

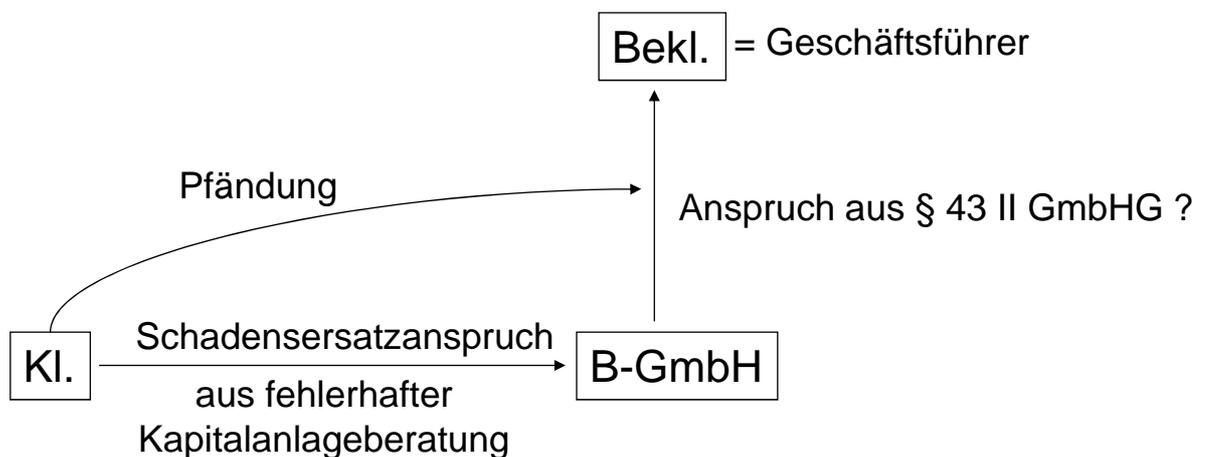
- Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens = mittelbare Beeinträchtigung der Vermögensposition der Gesellschafter durch Entwertung der Gesellschaftsanteile
 - Geschäftsführer „verwirschaftet“ fremdes Vermögen
 - Parallele zum Verwalter fremden Vermögens (§§ 280, 241 II BGB)
- Beeinträchtigung des Gesellschafterinteresses durch
 - Fremdgeschäftsführer
 - Gesellschafter-Geschäftsführer bei Vorhandensein weiterer Gesellschafter
- keine Haftung im Gesellschafterinteresse bei Einverständnis aller Gesellschafter (b.w.)

- BGHZ 142, 92: Keine Schadensersatzhaftung aus § 43 II GmbHG bei einvernehmlichem Vermögensentzug
- BGH NJW 2000, 1571: Kein SchE-Anspruch bei weisungsgemäßigem Handeln bzw. Handeln des Alleingesellschafter-Geschäftsführers
Ausnahmen: §§ 30, 33, 43 III, 64 GmbHG
Aber: §§ 30 f., 43 III 1, 3 GmbHG erfassen nur „Auszahlungen“ an Gesellschafter, nicht Belastungen des Gesellschaftsvermögens mit Ansprüchen Dritter
- BGH ZIP 2008, 308 (Rn. 15): kein Wettbewerbsverbot des Alleingesellschafters, wenn Gläubigerinteressen nicht betroffen
- BGH ZIP 2012, 1071 (Rn. 27): Zeitpunkt der Handlung entscheidet
- BGHSt 54, 52 = ZIP 2009, 1860 (Rn. 24 ff.) zu § 266 StGB

BGHZ 142, 92 (Golfplatzprojekt)



BGH NJW 2000, 1571 (Kapitalanlageberatung)



4. Haftung im Gläubigerinteresse (§ 43 III GmbHG)

- Verletzung der Stammkapitalerhaltungspflicht
 - Verstoß gegen § 30 GmbHG = verbotene „Auszahlung“ an Gesellschafter
 - ⇒ auch sog. „verdeckte Gewinnausschüttung“
 - ⇒ nicht bei Weggabe an Dritte (z.B. Spende/Sponsoring)
 - Verstoß gegen das Verbot des Erwerbs eigener Anteile aus § 33 GmbHG
- Differenzierung der Rechtsfolgen
 - Gesellschafter haftet gemäß § 31 GmbHG (nur) auf Rückgewähr
 - Geschäftsführer haftet gemäß § 43 III GmbHG auf Schadensersatz
 - jeweils keine absolute Begrenzung durch den Betrag des Stammkapitals
- keine Entlastung durch Weisung des Gesellschafters (Satz 3)

4. Haftung im Gläubigerinteresse (§ 43 III GmbHG)

- BGHZ 149, 10 („Bremer Vulkan“): Pflicht des Geschäftsführers zum Abzug von Finanzmitteln aus einem konzernweiten Cash-Management bei drohender Illiquidität des Konzerns

Die Befolgung einer gegenteiligen Weisung des Gesellschafters verstößt gegen § 43 III GmbHG.
- gilt m.E. generell für „Existenzvernichtung“ bzw. „Existenzgefährdung“

5. Fälle zur Abgrenzung

- a) Die fußballbegeisterten Gesellschafter der Bau-GmbH weisen den Geschäftsführer an, für den heimischen Fußballclub kostenlos ein Vereinsheim zu bauen.
- b) Die Weisung lautet auf die kostenlose Errichtung eines Privathauses auf einem Grundstück der Gesellschafter.
- c) Im Fall a) bzw. b) kommt es später zu einer Insolvenz der GmbH.
- d) Im Fall a) bzw. b) kommt es unmittelbar durch den Vermögensentzug zu einer Insolvenz der GmbH.

6. „Faktischer“ Geschäftsführer

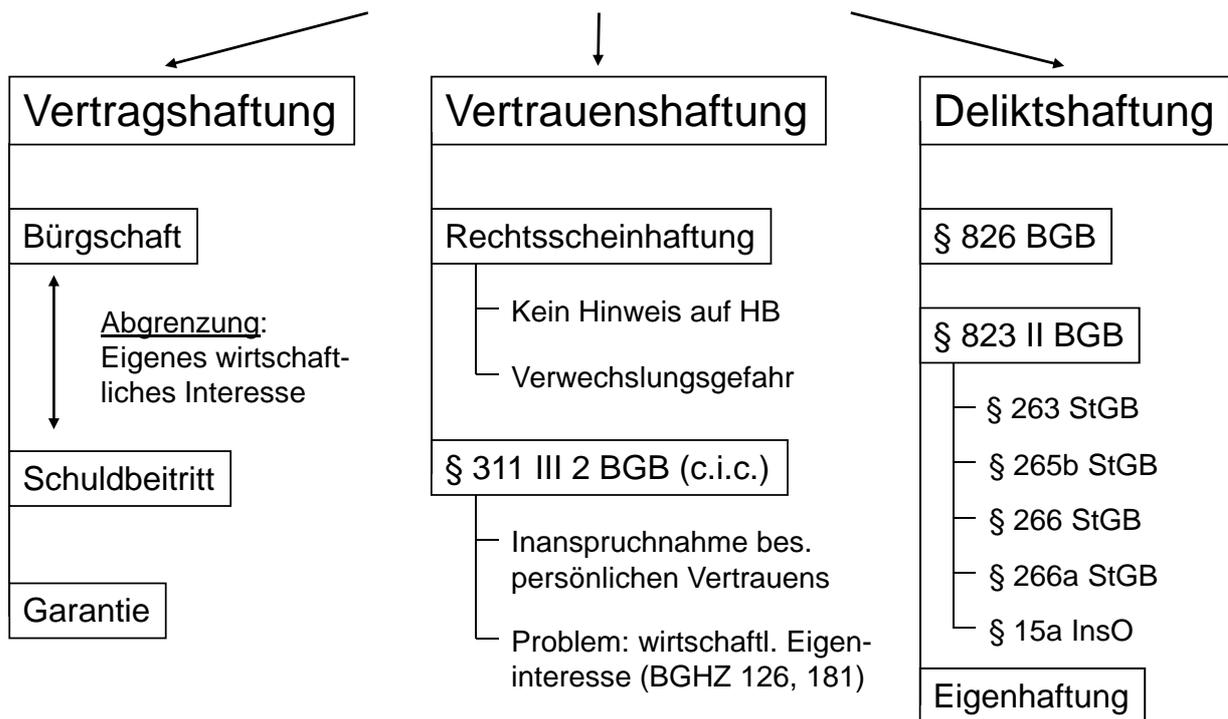
- BGHZ 148, 167, 169 f. = NJW 2001, 3123 (Ziff. II. 1 der Gründe): Haftung auch solcher Personen, die ohne (wirksame) Bestellung tatsächlich Geschäftsführerkompetenzen wahrnehmen
- BGH ZIP 2000, 1390, 1391: Faktischer Geschäftsführer ist, wer
 - sowohl betriebsintern als auch nach außen anstelle des rechtlichen Geschäftsführers
 - mit Einverständnis der Gesellschafter tatsächlich das Sagen hat und
 - eine gegenüber dem formellen Geschäftsführer überragende Stellung einnimmt.
- BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803 (LS 3): eine allein im Innenverhältnis beherrschende Stellung reicht nicht
- gleiche Grundsätze gelten bei der Insolvenzverschleppungshaftung

6. „Faktischer“ Geschäftsführer

- BayObLGSt 97, 38 = NJW 1997, 1936: Überraschende Stellung bei Erfüllung von 6 der 8 klassischen Merkmale im Kernbereich der Geschäftsführung:
 - Bestimmung der Unternehmenspolitik
 - Unternehmensorganisation
 - Einstellung von Mitarbeitern
 - Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern
 - Verhandlung mit Kreditgebern
 - Bestimmung der Gehaltshöhe
 - Entscheidung der Steuerangelegenheiten
 - Steuerung der Buchhaltung
- offen gelassen bei BGH ZInsO 2013, 721 (Rn. 34 f.); jedenfalls müssen Geschäftsführerfunktionen in maßgeblichem Umfang übernommen sein

7. Austausch des Geschäftsführers bei Firmenbestattung

- OLG Karlsruhe ZIP 2013, 1915 = GmbHHR 2013, 1090 = ZInsO 2013, 1313:
Leitsätze:
 1. Die Bestellung eines neuen Geschäftsführers einer GmbH ist nicht allein deshalb nichtig, weil sie im Rahmen einer sog. "Firmenbestattung" erfolgt.
 2. Die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses einer GmbH ist in entsprechender Anwendung von § 241 AktG zu beurteilen.
 3. Soweit sich die Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen drittschützende Vorschriften (§ 241 Nr. 3 AktG) oder wegen Sittenwidrigkeit (§ 241 Nr. 4 AktG) ergeben kann, muss der Verstoß sich aus dem Inhalt des Beschlusses selbst in der Weise ergeben, dass er ihm seinem inneren Gehalt nach anhaftet.
- m.E. richtige Differenzierung zw. (wirksamer) Bestellung und (unwirksamer) Abberufung bei *Kuhn*, Die GmbH-Bestattung, 2011, S. 64 ff., 93 ff.
- gleiche Grundsätze gelten bei der Insolvenzverschleppungshaftung



- Rechtsschein unbeschränkter Haftung
 - „Zeichnung“ des Vertreters unter Fortlassung des Rechtsformzusatzes
 - Ausdrückliche mündliche Verneinung des Handelns für eine GmbH
- Zurechenbarkeit des Rechtsscheins
- Entschließung des Dritten im Vertrauen auf unbeschränkte Haftung
- Schutzwürdigkeit des Dritten (Gutgläubigkeit)
 - (–) bei Kenntnis und grober Fahrlässigkeit (str. bei einfacher Fahrlässigkeit)

Fälle aus der Rechtsprechung:

❖ BGH NJW 2007, 1529

- Haftung nur des für die Gesellschaft auftretenden Vertreters
- gilt auch bei Auslandsgesellschaft (niederländische „BV“)

❖ BGH ZIP 2012, 1659

- Rechtsscheinhaftung analog § 179 BGB auch bei Auftreten einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) als GmbH
- offen, ob absolute Obergrenze der Haftung in Höhe der Differenz zwischen der Stammkapitalziffer der UG und 25.000 Euro (Rn. 26)

- Fahrlässigkeitshaftung für Verletzung der Aufklärungspflicht über die prekäre wirtschaftliche Lage (c.i.c. / § 311 II BGB)
- Problem: Pflicht trifft den Vertretenen
 - Grundsatz: Haftung der GmbH
 - Ausnahme: Eigenhaftung des Vertreters (§ 311 III BGB)
- Zwei Fallgruppen:
 - Wirtschaftliches Eigeninteresse
 - Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens

Fallgruppe 1: Wirtschaftliches Eigeninteresse

- nicht ausreichend: Mehrheits-/Alleingesellschafter
- BGH früher: Bürgschaft oder dingliche Sicherheit
- BGHZ 126, 181: Rückkehr zur Rspr. des RG: „procurator in rem suam“
- BGH NJW-RR 2002, 1309: GmbH wird nur zum Schein als Auftraggeber vorgeschoben
- BAG ZIP 2014, 1976 – „Karstadt“: Bei Organmitgliedern reicht allein das eigenwirtschaftliche Interesse am Erhalt einer Vorstands- oder Geschäftsführerposition für § 311 III BGB nicht aus.

Fallgruppe 2:**Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens**

- jetzt gesetzlich geregelt in § 311 III 2 BGB
- Geschäftsführer nimmt grundsätzlich nur das normale Verhandlungsvertrauen in Anspruch ⇒ Anspruch gegen die GmbH
- Zusätzliches, vom Geschäftsführer selbst ausgehendes Vertrauen erforderlich (Vorfeld einer Garantie)
- ❖ BGHZ 177, 25: Haftung der Vorstände einer Kapital suchenden Gesellschaft bei unrichtiger persönlicher Information der Anlageinteressenten

1. Sozialwidrige Risikoabwälzung auf Dritte durch Gestaltung der gesellschaftlichen Struktur

- „Architektenfall“ (BGH NJW 1979, 2104)
 - Bauvorhaben zu Festpreis, der die Selbstkosten der Gesellschaft voraussichtlich nicht deckt

- „Bauhandwerkerfall“ (BGH NJW-RR 1988, 1181)
 - Werkleistung an privatem Grundstück; Beauftragung der Bauhandwerker durch die GmbH

2. Täuschung über Bereitschaft/Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung von Verträgen

⇒ zusätzlich: § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB

3. Einseitige Risikoverlagerung auf die Gläubiger durch krasse Unterkapitalisierung

❖ offen BGHZ 176, 204 („Gamma“) – Leitsatz 2

4. Vermögensvermischung zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung

5. Vorsätzliche Insolvenzverschleppung ⇒ Folie 96

6. „Existenzvernichtung“ – Innenhaftung !

- ❖ BGH NJW 2007, 2689 (Trihotel)
 - Aufgabe der Durchgriffs(außen)haftung
 - Missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens
 - Schadensersatzrechtliche Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft als Fallgruppe des § 826 BGB
 - keine Subsidiarität gegenüber §§ 30, 31 GmbHG

6. „Existenzvernichtung“ – Innenhaftung !

- ❖ BGH ZIP 2008, 455 (IX. Zivilsenat)
 - Beurteilung des existenzvernichtenden Eingriffs durch Umgestaltung in Innenhaftung nicht verändert (Tz. 10)
 - Haftung auf Verzugszins ab Entziehung von Geldbeträgen (Tz. 9 ff.)
- ❖ BGHZ 176, 204 („Gamma“) – Leitsatz 1
 - Erfordernis eines kompensationslosen Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen der GmbH; Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung reicht nicht
- ❖ BGHZ 179, 344 („Sanitary“)
 - Existenzvernichtung auch noch im Liquidationsstadium möglich

6. „Existenzvernichtung“ – Innenhaftung !

- ❖ BGH ZIP 2012, 1071 (II. Zivilsenat)
 - Die Veräußerung von Gesellschaftsvermögen in der Liquidation einer GmbH kann nur dann ein existenzvernichtender Eingriff sein, wenn die Vermögensgegenstände unter Wert übertragen werden.
- ❖ Literatur: Scholz/*Bitter*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 13 Rn. 152 ff.

- BGHZ 95, 330 („Autokran“)
 - Ausfallhaftung analog §§ 302, 303 AktG
- BGHZ 107, 7 („Tiefbau“)
 - Verlustausgleich analog § 302 AktG
- BGHZ 115, 187 („Video“)
 - Konsequenz: weitgehende Aufhebung der Haftungsbeschränkung im GmbH-Recht
- BGHZ 122, 123 („TBB“)
 - Objektiver Missbrauch

- BGHZ 149, 10 („Bremer Vulkan“)
 - Aufgabe des konzernrechtlichen Ansatzes
 - Dogmatisches Modell offen
- BGHZ 150, 61 = WuB II C. § 13 GmbHG 2.02 *Bitter*
 - „Ausfallhaftung“
- BGHZ 151, 181 („KBV“)
 - Anerkennung der Durchgriffshaftung = teleologische Reduktion der Haftungsbeschränkung
 - Durchgriff außerhalb des Insolvenzverfahrens

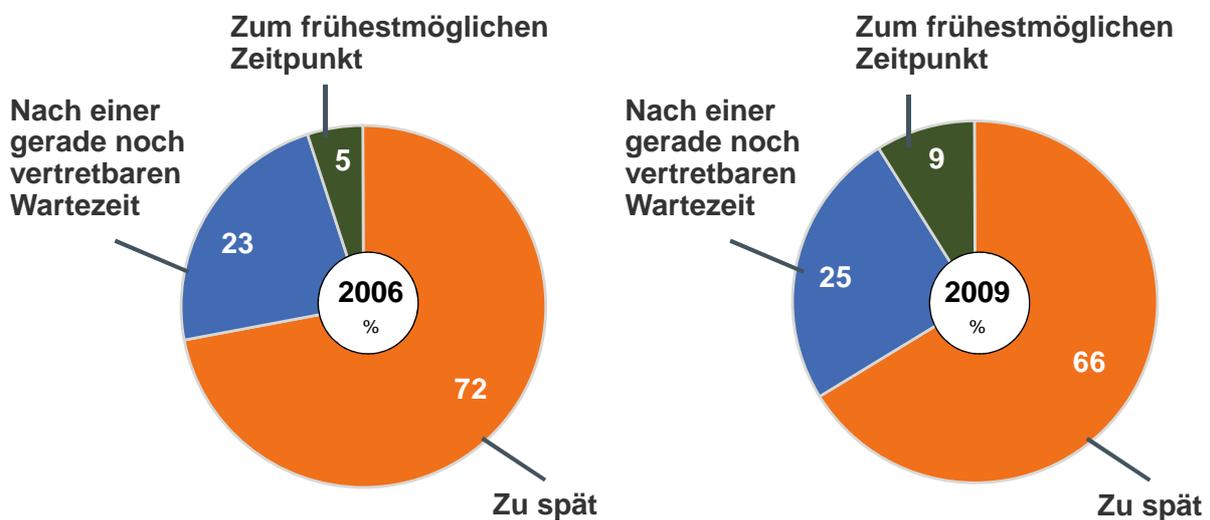
- „Liquidation auf kaltem Wege“
 - BGHZ 151, 181 („KBV“)
 - BGH NJW 2000, 1571 = WM 2000, 575
 - BGH NJW-RR 2005, 335 = WM 2005, 176 (Leitsatz 1)
- „Spekulation auf Kosten der Gläubiger“
 - BGH WM 1994, 203 („EDV“)
 - BGH NJW 2000, 1571 = WM 2000, 575
 - Identität mit dem Durchgriff wegen Unterkapitalisierung (⇒ Folien 115 f.) ?
 - Insolvenzwahrscheinlichkeit (*Bitter*, WM 2001, 2133, 2141)
- Sonstige „Existenzgefährdung“
 - BGHZ 149, 10 („Bremer Vulkan“) – Cash-Management

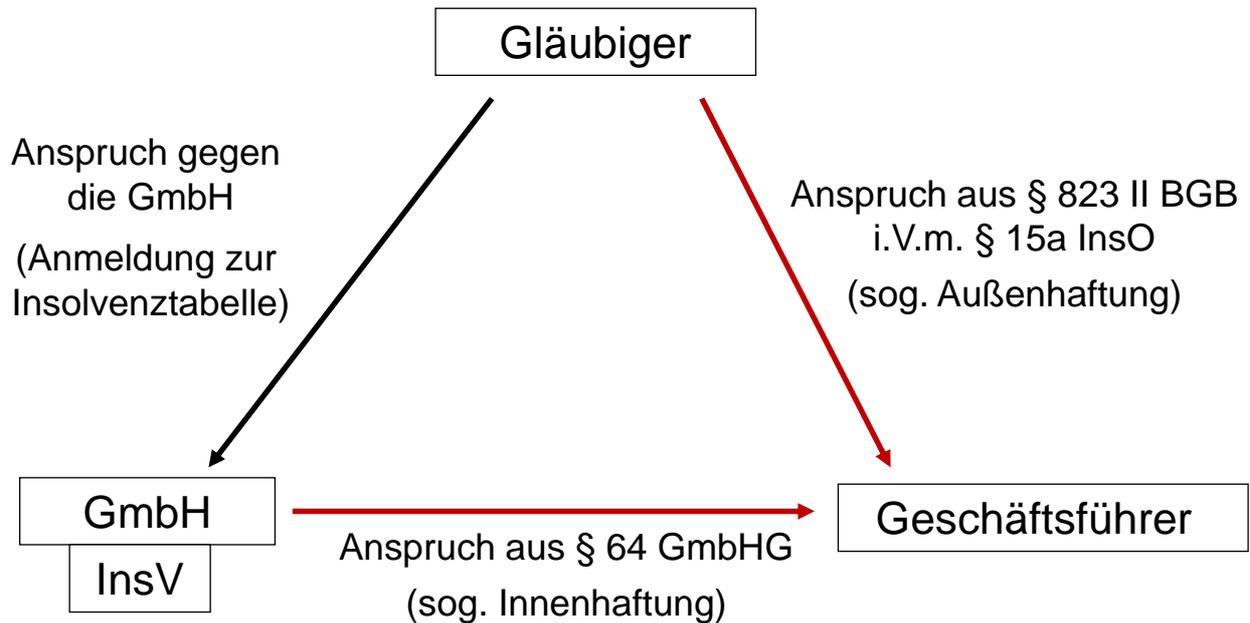
7. Gegenbeispiele

- GmbH-Stafette (BGH NJW 1996, 1283)
 - Einstellung des Geschäftsbetriebs einer GmbH mit dem Ziel der Weiterführung durch eine neugegründete GmbH reicht nicht aus
 - ❖ Vgl. aber auch BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803 (KBV): Liquidation auf kaltem Wege durch planmäßigen Abzug (fast) aller Vermögenswerte

- Sanierungsversuch (BAG ZIP 1991, 884)
 - Scheitern eines ex-ante lohnend erscheinenden Rettungsversuchs reicht nicht aus

Zeitpunkt der Antragstellung (im Vergleich 2006 – 2009)





1. Differenzierung nach Außen- und Innenhaftung

- Außenhaftung: § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO
 - Innenhaftung: § 64 GmbHG
- ⇔ Innenhaftung bei zu frühem Antrag: § 43 II GmbHG
- ❖ OLG München ZIP 2013, 1121: Antrag nach § 18 InsO ohne Zust. der Ges.ter

2. Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung
- Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)
 - ❖ BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
 - Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
 - Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)

➤ Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

⇒ Vermutung bei Zahlungseinstellung (§ 17 II 2 InsO)

- Stundungsbitte an Gläubiger / Öffentlichkeit
- Unerreichbarkeit / Schließung des Ladenlokals
- Nichtzahlung wichtiger, typischerweise bei Fälligkeit gezahlter Verbindlichkeiten wie Löhne + Sozialversicherungsbeiträge
- Schuldner schiebt Forderungsrückstand ständig vor sich her
- im Verschleppungsprozess Beweisvereitelung bei fehlenden Büchern

➤ BGH GmbHR 2013, 482: Liquiditätsbilanz entbehrlich; Gegenbeweis durch Darlegung einer Liquiditätslücke < 10 %

⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 6 ff.

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)

➤ Überschuldung (§ 19 InsO)

⇒ Neudefinition mit Inkrafttreten der InsO in § 19 II InsO:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“

⇒ BGHZ 171, 46 (Rn. 19): keine Fortgeltung des sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“

⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 20ff.

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)
- Überschuldung (§ 19 InsO)
 - ⇒ zunächst befristete Wiedereinführung des „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“ in der Finanzmarktkrise „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. ...“
 - ❖ OLG Schleswig ZIP 2010, 516: keine Geltung für Altfälle
 - ⇒ Ende 2012: dauerhafte Entfristung auf der Basis der Studie von *Bitter/Hommerich*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012 (Kurzfassung bei *Bitter/Hommerich/Reiss*, ZIP 2012, 1201 ff.)

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)
- Überschuldung (§ 19 InsO)
 - ⇒ Beweislast für eine positive Prognose liegt beim Geschäftsführer; sonst bilanzielle Überschuldung maßgeblich
 - ⇒ indizielle Bedeutung der handelsrechtlichen Bilanz für die Überschuldungsbilanz (BGH ZIP 2011, 1007, Rn. 33 m.w.N.)
 - BGH ZIP 2014, 168: Legt der Insolvenzverwalter durch Vorlage einer Handelsbilanz und den Vortrag, dass keine stillen Reserven sowie aus der Bilanz nicht ersichtlichen Vermögenswerte vorhanden sind, die Überschuldung dar, genügt der Geschäftsführer seiner sekundären Darlegungslast nicht durch die schlichte Behauptung abweichender Werte; er muss vielmehr substantiiert zu etwaigen stillen Reserven oder in der Bilanz nicht abgebildeten Werten vortragen.

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)
- Überschuldung (§ 19 InsO)
 - ⇒ Wertansatz bei negativer Prognose
 - Liquidationswerte ≠ Zerschlagungswerte
 - Differenzierung zwischen Prognose in Bezug auf das Unternehmen und den Unternehmensträger erforderlich
 - ❖ Prognose kann für Unternehmensträger negativ sein wegen hohen Schuldenstandes und zugleich für das Unternehmen positiv wegen innerer Ertragsfähigkeit ⇒ übertragende Sanierung möglich
 - ⇒ Gesamtwert bei Veräußerung einschließlich realisierbarem Firmenwert entscheidend

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

- a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)
- Überschuldung (§ 19 InsO)
 - ⇒ Inhalt der Fortführungsprognose: subjektiver Fortführungswille + objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft
 - ⇒ Prognose muss „zumindest vertretbar“ darzustellen sein (BAG ZIP 2014, 1976, 1979, Rn. 29 – „Karstadt“)
 - ⇒ Prognosezeitraum: laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr
 - Grund: Prognoseunsicherheit bei noch weitergehendem Blick
 - Aber: Berücksichtigung auch weiter in der Zukunft liegender Ereignisse, wenn die Prognoseunsicherheit fehlt
 - Beispiel: PIK-Finanzierung: Heute steht schon fest, dass ein großer Betrag in 3 oder 4 Jahren fällig wird und dann nicht refinanziert werden kann.

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

a) Objektiv: Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Fortsetzung)

➤ Überschuldung (§ 19 InsO)

⇒ Problem: Positive Fortführungsprognose trotz fehlender Ertragsfähigkeit (*Bitter/Kresser*, ZIP 2012, 1733 ff.)

- AG Hamburg ZIP 2012, 1776: Ertragsfähigkeit für positive Prognose erforderlich; aber Sonderfall: Rentnergesellschaft mit absehbarer Aufzehrung der Vermögenssubstanz
- Ertragsfähigkeit m.E. nicht generell zu fordern
 - ❖ Beispiel: werthaltiger Verlustausgleichsanspruch
 - ❖ Beispiel: subventionierter Betrieb in öffentlicher Hand
 - ❖ Beispiel: Start-up-Unternehmen in der Anfangsphase
- Sicherung der *Liquidität* ist letztlich entscheidend

2. Fortsetzung: Gemeinsame Voraussetzungen

b) Subjektiv: fahrlässige Unkenntnis der Insolvenzgründe (h.M.)

- ❖ BGH ZIP 2012, 1557: einfache Fahrlässigkeit reicht; Verschulden wird vermutet; Aufstellung eines Vermögensstatus bei Anzeichen einer Krise; Geschäftsführer muss für eine Organisation sorgen, die ihm die Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der GmbH jederzeit ermöglicht; bWA reicht nicht, da keine Rückstellungen
- ❖ BGH NJW 2007, 2118: Rateinholung bei qualifiziertem Berufsträger
 - ⇒ Entlastung des Geschäftsführers
 - dem folgend BAG ZIP 2014, 1976, 1979 (Rn. 28) – „Karstadt“
- ❖ BGH ZIP 2012, 1174: Pflicht zur Einholung von fachkundigem Rat, wenn persönliche Kenntnisse unzureichend sind; Hinwirken auf unverzügliche Vorlage der Prüfergebnisse + Plausibilitätskontrolle

1. Überschuldung

- a) Regelung seit dem MoMiG in (§ 19 II 2 InsO): „Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.“
- Streit 1: Ist neben dem Rangrücktritt eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre erforderlich?
 - Streit 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?

1. Überschuldung

- b) Streit 1: Anforderungen an den Rangrücktritt
- Vor dem MoMiG: BGHZ 146, 264, 271: „wird ... allgemein angenommen, daß sich die Frage der Passivierung von Gesellschafterforderungen mit eigenkapitalersetzendem Charakter auch beim Überschuldungsstatus dann nicht stellt, wenn der betreffende Gesellschafter seinen Rangrücktritt, also sinngemäß erklärt hat, er wolle wegen der genannten Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handle es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital (...). Stellt sich der Gesellschafter in dieser Weise wegen seiner Ansprüche aus einer in funktionales Eigenkapital umqualifizierten Dittleistung auf dieselbe Stufe, auf der er selbst und seine Mitgesellschafter hinsichtlich ihrer Einlagen stehen, besteht keine Notwendigkeit, diese Forderungen in den Schuldenstatus der Gesellschaft aufzunehmen. Einer darüber hinausgehenden Erklärung des Gesellschafters, insbesondere eines Verzichts auf die Forderung (...) bedarf es nicht.“

1. Überschuldung

b) Streit 1: Anforderungen an den Rangrücktritt

- Klärung der Rangtiefe durch das MoMiG: § 39 Abs. 2 InsO
 - streitig, ob Unterordnung für die Zeit vor Insolvenz erforderlich
 - Meinung 1: keine entsprechende Anforderung in § 19 II 2 InsO; Rangrücktritt (für das eröffnete Verfahren) allein ist ausreichend
 - Meinung 2: Schuldendeckungsfähigkeit wird nur dann richtig angezeigt, wenn die Forderung auch vorinsolvenzlich nicht durchgesetzt werden kann ⇒ Vereinbarung vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre erforderlich
- ⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 65 f.

1. Überschuldung

c) Streit 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?

- § 19 II 2 InsO betrifft unmittelbar nur Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen
 - analoge Anwendung auf Dritte (z.B. Genussrechte)?
 - ❖ Problem Nr. 1: keine Sanktion bei vorzeitiger Rückzahlung, da § 135 I Nr. 2 InsO bei freiwilligem Rangrücktritt unanwendbar ist (*Bitter*, ZIP 2013, 2 ff. gegen *Bork*, ZIP 2012, 2277 ff.)
 - ⇒ Vorschlag von *Adolff*, FS Hellwig, 2010, S. 433, 442 f.: freiwillige Unterwerfung unter das Regime des § 135 InsO
 - ⇔ keine privatautonome Schaffung von Anfechtungstatbeständen
- ⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 69

1. Überschuldung

- c) Streit 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?
- analoge Anwendung auf Dritte (z.B. Genussrechte)?
 - ❖ Problem Nr. 2: Wenn – richtigerweise – neben dem Nachrang eine vorinsolvenzliche Sperre erforderlich ist (⇒ Folie 45), kann diese gegenüber gesellschaftsfremden Dritten zumindest in AGB kaum wirksam vereinbart werden (⇒ Folien 57 + 62)
 - ❖ Ergebnis: Erhebliche Bedenken gegen die Anwendung auf Dritte!!!

2. Zahlungsunfähigkeit

- a) Gesetzliche Ausgangslage: Es existiert keine dem § 19 II 2 InsO entsprechende Regelung in § 17 InsO.
- b) Probleme:
- Sind „nachrangige“ Forderungen in der Liquiditätsbilanz zur Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen?
 - Welche Anforderungen gelten ggf. für einen Nachrang?
 - Gilt § 19 II 2 InsO analog bei der Zahlungsunfähigkeit?
 - Ist (neben dem Nachrang) die Vereinbarung einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre erforderlich?

2. Zahlungsunfähigkeit

- c) Der Beschluss BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666
- Leitsatz 1: Eine Forderung ist in der Regel dann i.S.v. § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt.
 - Leitsatz: 2: Forderungen, deren Gläubiger sich **für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben, sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zu berücksichtigen.

2. Zahlungsunfähigkeit

- c) Der Beschluss BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666
- Sachverhalt: Zwischen der Gläubigerin und dem Schuldner war „vereinbart worden, dass er zahlen oder Forderungen abtreten sollte, wie es ihm möglich war“. Die Gläubigerin verzichtete auf Mahnungen; die jeweilige Restforderung wurde mit 8 Prozent verzinst.
 - Interpretation: Die Gläubigerin – die Steuerberaterin des Schuldners – wollte offenbar verhindern, dass aufgrund ihrer Honoraransprüche das Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit über das Vermögen ihres Mandanten eröffnet werden musste.
 - Folge: Die Gläubigerin unterlag einer liquiditätserhaltenden = die Zahlungsunfähigkeit vermeidenden Durchsetzungssperre

2. Zahlungsunfähigkeit

- d) Der Beschluss BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 282/09, ZIP 2010, 2055
- Leitsatz: Der Insolvenzantrag eines nachrangigen Gläubigers ist auch dann zulässig, wenn dieser im eröffneten Verfahren keine Befriedigung erwarten kann.
 - Rn. 10: „Nachrangige Forderungen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind – wenn keine weitergehende Nachrangvereinbarung getroffen (§ 39 Abs. 2 InsO) wurde (BGHZ 173, 286, 292 Rn. 18) – abweichend zu der für den früheren Rechtszustand überwiegend vertretenen Auffassung [...] nach jetziger Gesetzeslage bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) in die Liquiditätsprognose einzubeziehen, weil mit der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) das präventive Auszahlungsverbot für Gesellschafterdarlehen entfallen ist.“

2. Zahlungsunfähigkeit

- d) Der Beschluss BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 282/09, ZIP 2010, 2055
- Interpretation (eigene Ansicht):
 - ❖ Die Vereinbarung eines (auf das Insolvenzverfahren) beschränkten Nachrangs i.S.v. § 39 II InsO reicht nicht, um die Forderung im Liquiditätsstatus außen vor zu lassen.
 - ❖ Erforderlich ist neben dem Nachrang eine liquiditätsbezogene vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, die nicht notwendig in einer Nachrangvereinbarung enthalten ist.
 - ❖ keine Analogie zu § 19 II 2 InsO im Rahmen des § 17 InsO wegen fehlender vergleichbarer Interessenlage
 - Ergebnis: Parteiabrede im Einzelfall ist entscheidend.

2. Zahlungsunfähigkeit

e) Literatur (Auswahl)

- *Bitter/Rauhut*, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005
- *Bork*, Genussrechte und Zahlungsunfähigkeit, ZIP 2014, 997
- *Mock*, Genussrechtsinhaber in der Insolvenz des Emittenten, NZI 2014, 102
- *Dittmer*, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2013, S. 181
- *Kriegel*, in: Nickert/Lamberti, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung, 1. Aufl. 2008 und 2. Aufl. 2011, Rn. 28 ff.
- *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 9; Anh. § 64 Rn. 363 ff.
- *Schultze*, in: Cranshaw/Paulus/Michel (Hrsg.), Bankenkomentar zum InsR, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 23 ff.

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Frage des Einzelfalls = keine allgemeine Aussage möglich
- Literatur zur AGB-Prüfung: *Poelzig*, WM 2014, 917, 920 ff.
- Anwendbarkeit des AGB-Rechts?

Ausschluss gemäß § 310 IV BGB (Gebiet des Gesellschaftsrechts)?

- (+) BGH v. 10.10.1994 – II ZR 32/94, BGHZ 127, 176 = ZIP 1994, 1847 für stille Beteiligung; Argument: gemeinsamer Zweck = Gesellschaft (streitig)

- ❖ keine Übertragbarkeit auf Nachrangdarlehen

- (–) BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 312 = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 13) – „Klößner“ für Genussrechte; Argument: kein Mitgliedschaftsrecht, sondern schuldrechtliches Gläubigerrecht

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)
 - ⇒ Problem: Anlegerhorizont? ⇒ Parallele zum Prospektrecht?
 - ❖ BGH v. 12.7. 1982 – II ZR 175/81, NJW 1982, 2823, 2824 – BuM: durchschnittlicher Anleger, der zwar eine Bilanz lesen kann, aber nicht mit der in Fachkreisen verwendeten Schlüsselsprache vertraut ist
 - ❖ BGH v. 18.9.2012 – XI ZR 344/11, BGHZ 195, 1 = ZIP 2012, 2199: durchschnittlicher Kleinanleger, wenn sich der Emittent ausdrücklich auch an das unkundige und börsenunerfahrene Publikum wendet
 - ⇒ Parallelproblem bei Intransparenz ⇒ Folie 63

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)
 - ⇒ keine Überraschung bei Erkennbarkeit des unternehmerischen Risikos
 - ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 11 ff.) für ein „Zinsloses nachrangiges Darlehen“ von Eltern der Schüler an einen Schulträger
 - ❖ OLG Schleswig v. 5.2.2009 – 5 U 106/08, GmbHR 2009, 374 für Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen; Berücksichtigung von Werbeprospekten
 - ⇒ Überraschung bei Nachrang + vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn der Eindruck eines „normalen“ Kreditverhältnisses erzeugt wird
 - ⇒ Überraschungseffekt einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre bei kurzfristig liquidierbarem Anlagetyp
 - ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Überraschende Klausel (§ 305c I BGB)
 - ⇒ Überraschung bei (umfassender) vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn sich das besonders hohe (Insolvenz-)Risiko nicht aus der Bezeichnung des Darlehens / der Anleihe oder sonst aus einem hervorgehobenen Hinweis ergibt
 - ⇒ Beispiel: „Das Risiko dieser Geldanlage ist im Vergleich zum allgemeinen Insolvenzrisiko deutlich erhöht. Die Geschäftsleitung ist berechtigt, das Nachrangkapital komplett zugunsten anderer Gläubiger zu verbrauchen, ohne Insolvenz anmelden und ohne den Anleger vor dem Totalverlust informieren zu müssen. Es besteht – anders als bei einer Gesellschaftsbeteiligung – nicht einmal die Möglichkeit, auf die Realisierung jenes Risikos des Totalverlustes durch Mitwirkungs- und Kontrollrechte Einfluss zu nehmen.“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)
 - ⇒ Problem: Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 III BGB)
 - (–) BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 314 ff. = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 16 ff.) – „Klößner“: bei „Genussrechten mit Eigenkapitalcharakter“ keine Kontrolle der Möglichkeit, das Genusskapital analog dem Grundkapital bei Verlusten herabzusetzen; Argument: Beteiligung am Verlust = Hauptleistungsinhalt; aber: Art + Weise der Herabsetzung kontrollfähig
 - (–) BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 29) für Verlustteilnahme bei Genussrecht; Art + Weise der Herabsetzung kontrollfähig
 - (?) Übertragbarkeit auf *Rangrücktritt* in Genussrechtsbedingungen?
dafür *Bork*, ZIP 2014, 997 m.w.N.
dagegen *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015 in Fn. 67

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)
 - ⇒ Problem: Eröffnung der Inhaltskontrolle (§ 307 III BGB)
 - (+) in zident BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 20): Nachrang beim *Darlehen* als Abweichung von §§ 38, 174 I InsO
 - (+) in zident (ohne Begründung) OLG Schleswig v. 5.2.2009 – 5 U 106/08, GmbHR 2009, 374 für Rangrücktritt bei Gesellschafterdarlehen
 - (?) Relevanz der Bezeichnung als „Genussrecht“ bzw. „Nachrangdarlehen“?
Frage: Privilegierung des für den Anleger positiv = weniger gefährlich klingenden „Genussrechts“ gegenüber dem immerhin einen Nachteil andeutenden „Nachrangdarlehen“?

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)
 - ⇒ Unwirksamkeit beim Nachrang umso weniger denkbar, je klarer dieser in der Bezeichnung des Finanzierungsverhältnisses, im Vertrag und/oder den „Begleitdokumenten“ zum Ausdruck kommt
 - ❖ Argumente: Rangrücktritt ist im Gesetz vorgesehen (§ 39 II InsO) und nach § 5 III Nr. 4 SchVG 2009 sogar mit Mehrheit beschließbar
 - ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 20 ff.): offen, ob ein Nachrang gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung verstößt; jedenfalls keine unangemessene Benachteiligung bei einem betragsmäßig begrenzten zinslosen nachrangigen Darlehen von Eltern der Schüler an einen Schulträger zur Ermöglichung des Schulbetriebs
- krit. Anm. Matz, NZI 2014, 506: „gewichtige Gründe“ für Wirksamkeit erforderlich

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)
 - ⇒ Unwirksamkeit einer Kombination aus Nachrang und insolvenzvermeidender vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre, wenn sie in einem Vertrag über den Ankauf von Lebensversicherungen mit Stundung des Kaufpreises enthalten ist
 - ❖ LG Hamburg v. 16.1.2013 – 332 O 72/12 (juris-Rn. 43 ff.): Unwirksamkeit eines sog. „qualifizierten Rangrücktritts“ im Zusammenhang mit einer sog. „Policenaufwertung“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Inhaltskontrolle (§ 307 I 1, II BGB)
 - ⇒ m.E. Unwirksamkeit einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre, wenn sie umfassend gilt und sich nicht auf einen begrenzten Zeitraum der Liquiditätsbeschaffung durch die Geschäftsführung beschränkt
 - ❖ Argumente: Ausstiegsoption als Leitbild des Darlehens (§ 490 BGB); Insolvenzantragsrecht der §§ 13, 14 InsO gilt auch für nachrangige Gläubiger (gesetzlicher Regelfall); „Notbremse“ sogar bei Eigenkapital (§ 49 II GmbHG, § 92 I AktG)
 - ❖ zulässiger Zeitraum der Sperre abhängig von der Kündigungsfrist
 - ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1015; *Kaler/Kneuer*, NVwZ 2012, 791, 795
 - ❖ daneben auch § 138 BGB denkbar wegen „Selbstentmündigung“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)
 - ⇒ Anlegerhorizont?
 - ❖ BGH v. 5.10.1992 – II ZR 172/91, BGHZ 119, 305, 312 f. = ZIP 1992, 1542 (juris-Rn. 14) – „Klößner“: durchschnittlicher Erwerber von Genussscheinen
 - ❖ BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 27): Durchschnittskunde
 - ❖ Parallelproblem bei § 305c BGB ⇒ Folie 55
 - ⇒ Transparenz des Begriffs „Bilanzverlust“ für Verlustzuweisung
 - ❖ BGH v. 29.4.2014 – II ZR 395/12, ZIP 2014, 1166 (Rn. 27 f.): gesetzliche Bestimmung des Begriffs „Bilanzverlust“ in § 158 I 1 Nr. 5 AktG

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Intransparenz (§ 307 I 2 BGB)
 - ⇒ Transparenz der Formulierung „nachrangiges Darlehen“
 - ❖ BGH v. 20.2.2014 – IX ZR 137/13, ZIP 2014, 1087 (Rn. 25 f.): Erläuterung gängiger Rechtsbegriffe nicht erforderlich; zust. *Dörner*, EWIR 2014, 424
 - ⇒ Intransparenz, wenn durch Bezugnahme auf unklare Begriffe wie „sonstiges Eigenkapital“ nicht deutlich wird, in welchem Rang genau der Anspruch bedient wird
 - ❖ AG Itzehoe v. 1.5.2014 – 28 IE 1/14, 28 IN 1/14, ZIP 2014, 1038, 1040
 - ⇒ Intransparenz, wenn die Bedeutung von Nachrang + vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre durch risikoverschleiende Zusätze unklar wird
 - ⇒ Intransparenz, wenn die rechtliche Wirkung *unrichtig* erläutert wird

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Unklarheiten gehen zu Lasten des Verwenders (§ 305c II BGB)
 - ⇒ wird neben einem „Nachrang“ nicht deutlich eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre vereinbart, hat der „Nachrang“ nur die gesetzliche Wirkung des § 39 InsO = Verteilungsregel im Insolvenzverfahren
 - ❖ *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1012 f. + 1015

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Folge der fehlenden (wirksamen) Vereinbarung
 - a) eines Nachrangs:
 - Risikoerhöhung für sonstige Gläubiger (z.B. Banken)
 - ggf. Überschuldung (⇒ Folien 46 f.); Folge: Insolvenzverschleppung
 - ggf. unrichtige Bilanzierung / Besteuerung
 - erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft (s.u.)
 - b) einer insolvenzvermeidenden vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre:
 - erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft bei fehlender Verbriefung des Rückzahlungsanspruchs (§ 1 I 2 Nr. 1 KWG), str.
 - ⇒ LG Hamburg v. 16.1.2013 – 332 O 72/12 (juris)
 - ⇒ *Poelzig*, WM 2014, 917, 919 f. m.N. auch zur Gegenansicht
- http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Fachartikel/2014/fa_bj_1408_qualifizierte_nachrangklauseln.html

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Beispiel „Prokon“ – Nachrang in § 10 GRB

„Die Forderungen aus den Genussrechten der PROKON Regenerative Energien GmbH **treten** gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der PROKON Regenerative Energien GmbH **im Rang zurück**. Die gesamte Vermögenseinlage der Genussrechtsinhaber haftet jedoch nachrangig **nach dem sonstigen Eigenkapital der Emittentin**, insbesondere nach dem Stammkapital, für Verbindlichkeiten der Emittentin. Eine über die Nominaleinlage hinausgehende Nachschusspflicht besteht nicht.“

- ähnlich § 9 GRB der German Pellets Genussrechte GmbH

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Beispiel „Prokon“ – vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre in § 8 Abs. 2 GRB a.F.

„Sollte aufgrund der eingehenden Kündigungen absehbar sein, dass die Liquidität der Emittentin für die Rückzahlung des gekündigten Kapitals nicht ausreicht, ist der geschäftsführende Kommanditist verpflichtet, alles zu unternehmen, um bis zum Rückzahlungstermin eine ausreichende Liquidität bei der Emittentin aufzubauen. Hierzu können insbesondere Projekte der Emittentin verkauft werden, sofern mindestens ein Kaufpreis in Höhe ihres Verkehrswertes erzielt werden kann. Der geschäftsführende Kommanditist ist darüber hinaus angehalten, die Investitionen in neue Projekte aus vorhandener Liquidität einzuschränken. Sollte die Liquidität der Emittentin zum Rückzahlungstermin dennoch nicht ausreichen, **kann die Rückzahlung des gekündigten Genussrechtskapitals ausgesetzt werden, bis der Emittentin die notwendige Liquidität zur Verfügung steht.**“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Beispiel Württembergische Hypothekenbank AG – § 8 GRB

„Die Genussrechte **treten** gegenüber allen anderen nicht nachrangigen Gläubigern der Württembergische Hypothekenbank AG **im Rang zurück**. **Im Falle eines Insolvenzverfahrens** über das Vermögen oder der Liquidation der Württembergische Hypothekenbank AG werden die Genussrechte nach allen anderen nicht nachrangigen Gläubigern, gleichrangig mit weiteren Genussrechten und vorrangig vor den Aktionären bedient; die Genussrechte gewähren keinen Anteil am Liquidationserlös.“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

- Beispiel DeinBus.de – Nachrang in § 11 GRB

„1. Der Anspruch des Zeichners ist gegenüber den Ansprüchen anderer Gesellschaftsgläubiger **im Insolvenzfall nachrangig**.

2. Das Kapital wird **im Fall des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen der Gesellschaft oder der Liquidation der Gesellschaft erst nach Befriedigung aller nicht nachrangigen Gläubiger zurückgezahlt.

3. Die Genussrechte begründen keinen Anspruch auf Teilnahme am Liquidationserlös im Fall der Auflösung der Gesellschaft.“

3. Wirksamkeit der Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

➤ Beispiel SeniVita Sozial gGmbH – Nachrang + Sperre in § 10 GRB

10.1 Die Forderungen aus den Genussrechten **treten** gegenüber allen anderen Ansprüchen von Gläubigern der SeniVita Sozial gGmbH, die nicht ebenfalls nachrangig sind, **im Rang zurück**.

10.2 Die Geltendmachung der Ansprüche auf Auszahlung der Genussrechtsvergütung oder der Rückzahlung des Genussrechtskapitals sind **solange und soweit ausgeschlossen, als sie einen Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens herbeiführen würden**.

10.3 **Im Falle des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen oder der Liquidation der SeniVita Sozial gGmbH werden die Genussrechte erst nach Befriedigung aller nicht nachrangigen Gläubiger und vorrangig vor den Gesellschaftern der SeniVita Sozial gGmbH bedient.

10.4 Die Genussrechte gewähren keinen Anteil am Liquidationserlös. Eine Nachschusspflicht der Genussrechtsinhaber besteht nicht.

10.5 ...

4. Widerrufsrecht nach Fernabsatzrecht

➤ Fortbestand des Widerrufsrechts bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung

⇒ Früher: zeitlich nicht begrenztes Widerrufsrecht

❖ Beginn der Widerrufsfrist nur bei Mitteilung einer deutlich gestalteten Belehrung über das Widerrufsrecht (§ 355 III 1 BGB) + Erfüllung der Informationspflichten (§ 312d II BGB)

❖ bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung / Nichterfüllung der Informationspflichten auch kein Erlöschen des Widerrufsrechts nach sechs Monaten (§ 355 IV 3 BGB)

⇒ jetzt zwar zeitliche Befristung in § 356 III BGB (12 Monate + 14 Tage), aber Ausnahme für Finanzdienstleistungen (Satz 3)

⇒ Möglichkeit des Widerrufs verhindert die Wirkungen des Nachrangs und der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre ⇒ Folie 66

1. Überschuldung

- a) Relevanz für Fortführungsprognose i.S.v. § 19 II 1 InsO
- grundsätzlich (+), weil reine Zahlungsfähigkeitsprognose ⇒ Folie 41
 - Mindestbedingung wohl: verbindlicher Zahlungsanspruch (harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons
 - Problem: (jederzeitige) Kündbarkeit ⇒ 2-stufige Prüfung:
 - (1) Wille der Vertragsparteien = Privatautonomie (BGHZ 187, 69 – „Star 21“)
 - (2) Eignung zur Begründung einer positiven Prognose
 - ⇒ bei überwiegender Wahrscheinlichkeit, dass die Zahlungsfähigkeit im gesamten Prognosezeitraum (Folie 40) erhalten bleibt
 - ⇒ fehlt bei Beschränkung der Liquiditätszusage auf die Phase einer (völlig ergebnisoffenen) Prüfung der Sanierungsfähigkeit
 - Problem: (jederzeitige) Aufhebbarkeit i.R.d. Privatautonomie

1. Überschuldung

- b) Aktivierbarkeit im Überschuldungsstatus
- grundsätzlich auch Ansprüche gegen Gesellschafter aktivierbar
 - Mindestbedingung: verbindlicher Zahlungsanspruch (= harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons
 - Problem: Kündbarkeit + Umfang der Verpflichtung ⇒ 2-stufige Prüfung:
 - (1) Wille der Vertragsparteien = Privatautonomie (BGHZ 187, 69 – „Star 21“)
 - ⇒ m.E. auch Kündbarkeit mit ex-tunc-Wirkung vereinbar (a.A. die h.L.)
 - (2) Aktivierbarkeit
 - ⇒ nicht bei Kündbarkeit mit ex-tunc-Wirkung
 - ⇒ bei Begrenzung der Haftung nach Kündigung auf fällige Forderungen nur in dieser Höhe (vgl. *Frystatzki*, NZI 2013, 161, 166)
 - Problem: (jederzeitige) Aufhebbarkeit i.R.d. Privatautonomie

1. Überschuldung

c) Literatur (Auswahl)

- *Frystatzki*, Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter in der Überschuldungsbilanz der GmbH, NZI 2013, 161, 164-166
- *Kaiser*, Ist eine kündbare Patronatserklärung geeignet, die Überschuldung gem. § 19 InsO zu beseitigen?, ZIP 2011, 2136
- *Maier-Reimer/Etzbach*, Die Patronatserklärung, NJW 2011, 1110
- *Raeschke-Kessler/Christopeit*, Die harte Patronatserklärung als befristetes Sanierungsmittel, NZG 2010, 1361
- *Ringstmeier*, Patronatserklärungen als Mittel zur Suspendierung der Insolvenzantragspflicht – Zugleich Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.9.2010 – II ZR 296/08 – („Star 21“), in: FS Wellensiek, 2011, 133
- *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 40 f., 52
- *Tetzlaff*, Aufhebung von harten Patronatserklärungen, WM 2011, 1016

2. Zahlungsunfähigkeit

- Berücksichtigung in der Liquiditätsbilanz möglich, wenn verbindlicher Zahlungsanspruch besteht (harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons
- Kündbarkeit weniger problematisch wegen kurzfristiger Betrachtung (max. 3-Wochen-Zeitraum)

3. Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- Schutzgesetz: § 15a InsO (Antragspflicht; 3-Wochen-Frist)
 - Ausdehnung auf Gesellschafter bei Führungslosigkeit (§ 15a III InsO)
 - ❖ LG München ZIP 2013, 1739: ggf. auch Gesellschafter-Gesellschafter
 - Geltung auch für Scheinauslandsgesellschaften (Limited)
- BGHZ 126, 181: Neudefinition der Schutzrichtung
 - Quotenschaden für die Altgläubiger (Zuständigkeit: § 92 InsO)
 - voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger
 - ❖ BGH ZIP 2009, 1220 (Rz. 16): kein Ersatz für den Gewinnanteil eines Vergütungsanspruchs des Neugläubigers; ggf. aber Ersatz des Gewinns aus einem sonst anderweitig getätigten Geschäft
 - ❖ BGH ZIP 2012, 1456 (Rz. 7, 13 ff.): nur negatives Interesse

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

Problemfall 1: Vertragsschluss vor, Vorleistung nach dem Zeitpunkt der Insolvenzantragspflicht

- ❖ BGHZ 171, 46: Erhöhung der Inanspruchnahme einer Kreditlinie
- ❖ OLG Oldenburg GWR 2010, 170: Erbringung ungesicherter Leistungen nach Insolvenzreife (arg: § 321 BGB)
- ❖ OLG Hamburg ZIP 2007, 2318: Arbeitsverhältnis (⇔ LAG-Rspr.)
- ❖ BGH ZIP 2009, 366: nicht bei Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Problemfall 2: Deliktsgläubiger

kritisch BGHZ 164, 50 für einen Extremfall: betrügerische Doppelabtretungen in Millionenhöhe

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

Problemfall 3: Neugläubiger erhält während des Zeitraums der Insolvenzverschleppung noch Zahlungen auf Altforderungen

BGH ZIP 2007, 1060: keine Anrechnung / Vorteilsausgleichung

Problemfall 4: Neugläubiger = Mitglied des Verbandes

BGH ZIP 2010, 776: Haftung auch gegenüber den Mitgliedern (einer eG), wenn diese wie außenstehende Dritte mit dem Verband kontrahieren

Problemfall 5: Mangelhafte Werkleistung durch insolvente GmbH

BGH ZIP 2012, 1455: kein Ersatz des positiven Interesses, aber Vertrauensschaden; auch Schäden des Neugläubigers, die durch fehlerhafte Bauleistungen verursacht werden und wegen fehlender Mittel durch die GmbH nicht mehr beseitigt werden können

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

Problemfall 6: Anspruch aus Mietvertrag (Dauerschuldverhältnis)

- BGH ZIP 2014, 23

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

- OLG Stuttgart ZIP 2012, 2342: Altgläubiger auch bei Eintritt als neuer Vermieter nach Insolvenzureife in ein zuvor begründetes Mietverhältnis

Argument: Vertragsübernahme ist kein Vertrag mit der Insolvenzschuldnerin

Kritik: Vertrauensschaden auch bei Vertrag mit Drittem möglich

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

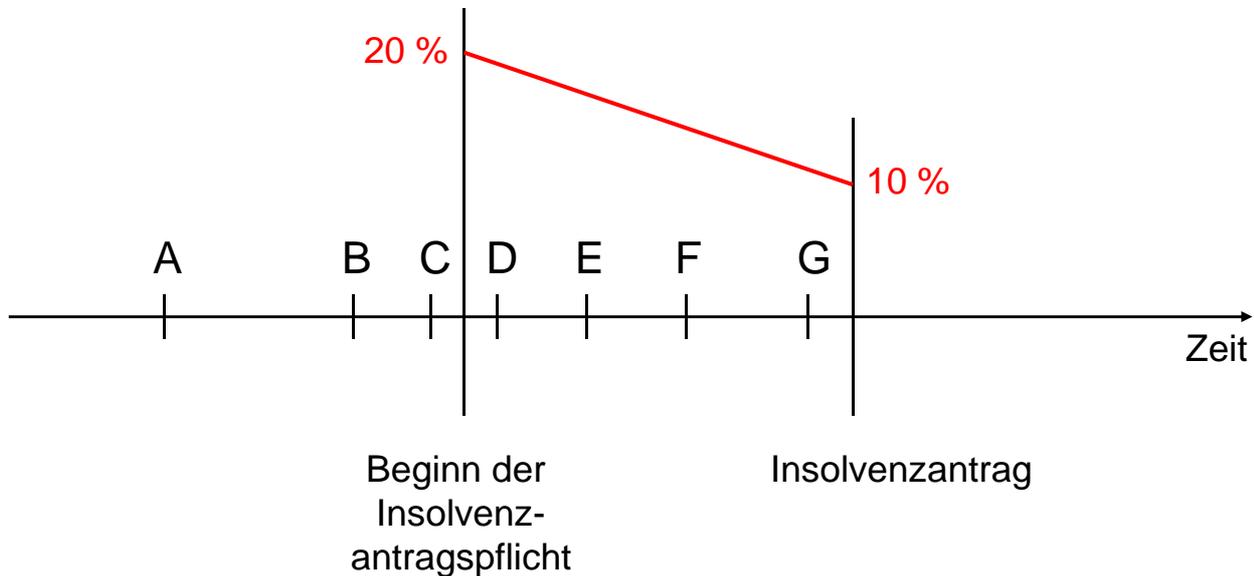
- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger

Problemfall 7: Zusage einer Abfindung und Übertritt in Transfergesellschaft aufgrund eines Sanierungsplans

- BAG ZIP 2014, 1976, 1979 (Rn. 29) – „Karstadt“: fehlende Kausalität für entgangene Abfindung, weil es bei früherem Insolvenzantrag nicht mehr zur Zusage einer Abfindung gekommen wäre und die Gefahr einer Insolvenzkündigung mit kurzer Kündigungsfrist (§ 113 InsO) bestanden hätte

3. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)

- BGHZ 138, 211: Eigene Zuständigkeit der Neugläubiger auch bei eröffnetem Insolvenzverfahren
- BGH ZIP 2011, 1007: Verjährung nach allgemeinen Regeln; keine Analogie zu §§ 64 S. 2, 43 IV GmbHG



4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

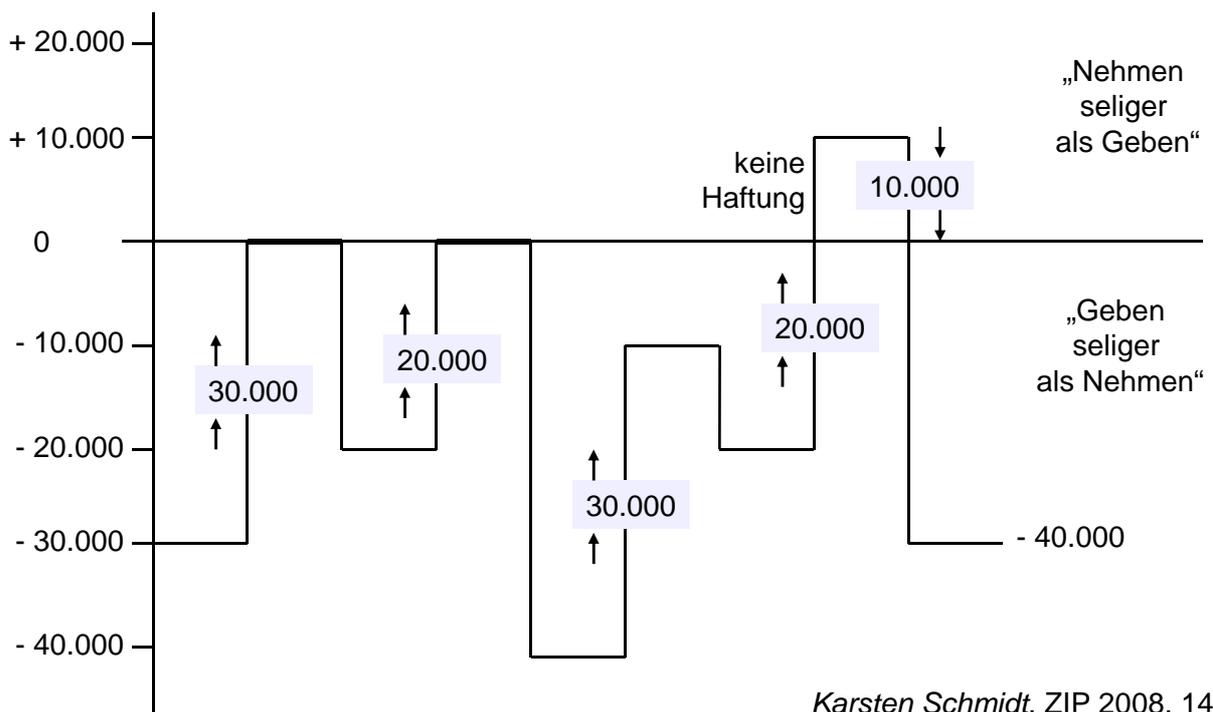
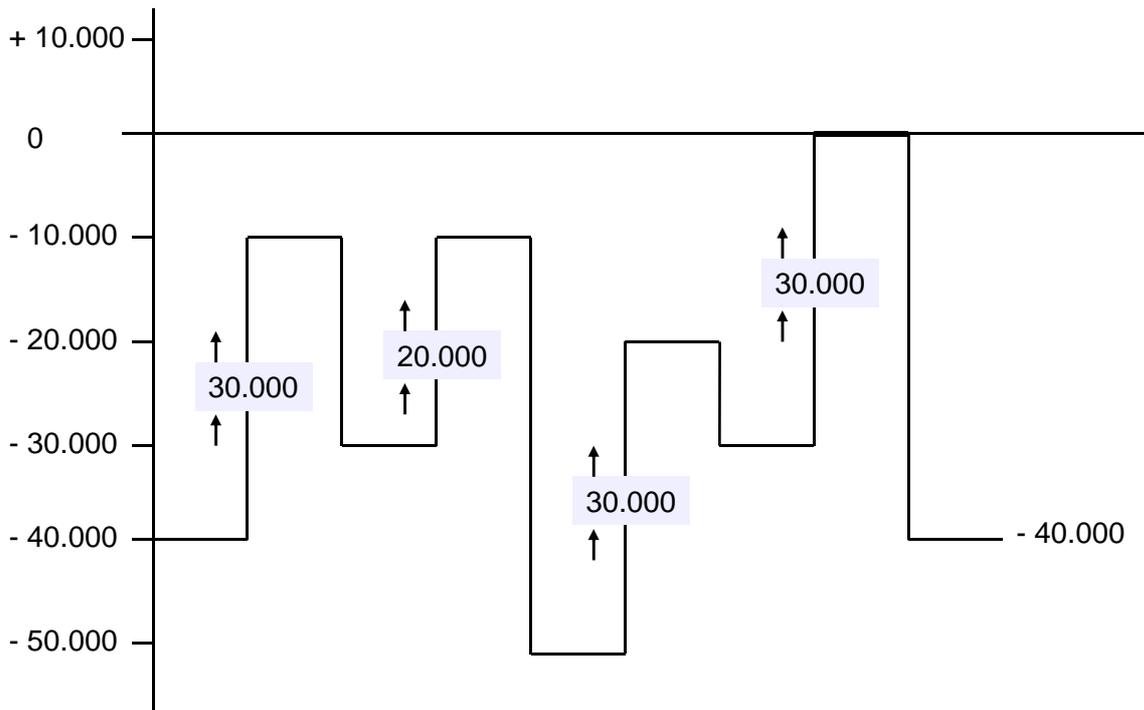
- Haftungsadressat
 - GmbH-Geschäftsführer (für AG-Vorstand: §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
 - BGH ZIP 2009, 860: auch Mitglieder eines gesetzlich verpflichtenden Aufsichtsrats wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht (vgl. § 116 AktG i.V.m. §§ 93 III Nr. 6, 92 II AktG)
 - Anlass für Überwachung, wenn Arbeitnehmer vorhanden sind: Verbot der Zahlung von Löhnen + Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung
 - BGHZ 187, 60 – „Doberlug“: i.d.R. keine Haftung der Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats (arg: § 52 GmbHG verweist nicht auf § 93 III AktG; Schaden i.S.v. § 93 II AktG fehlt regelmäßig)
 - BGH ZIP 2010, 1080: keine analoge Anwendung beim Verein

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Begriff der „Zahlung“
 - bare / unbare Leistung an einzelne Gläubiger
 - BGHZ 143, 184: Einzug von Kundenschecks auf ein debitorisches Bankkonto
 - BGH ZIP 2007, 1006: Zahlungen von Gesellschaftsschuldern auf ein debitorisches Bankkonto der GmbH (Grund: fehlende „Umleitung“)
 - Lastschriftabbuchung vom Konto der GmbH (Grund: fehlender Widerruf)
 - OLG München ZIP 2013, 778: Verrechnung wegen „Cross-Pledge“
 - Warenlieferung an einzelne Gläubiger
 - BGH ZIP 2009, 956: ggf. nicht bei Pfändung des Gesellschaftskontos

4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Hauptproblem: Haftungsumfang ⇒ Schaubilder b.w.
 - Ersatz einzelner „Zahlungen“
 - ❖ BGH ZIP 2007, 1501 m.w.N. (siehe aber noch Folie 92)
 - Ersatz der Masseschmälerung
 - ❖ *Karsten Schmidt, Bitter, Altmeyen u.a.*
- Problem: Zahlung vom debitorischen Konto
 - ❖ BGH ZIP 2007, 1006 (Rn. 8) und BGH ZIP 2010, 470 (Rn. 10): bloßer Gläubigertausch



4. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher § 64 II GmbHG)

- Vereinbarkeit der Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns (Satz 2)
 - BGH ZIP 2008, 72: bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung);
 - für den Zeitraum vor Antragstellung m.E. zweifelhaft ⇒ Folie 93
 - Problem: Leistungen, bei denen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt und dort verbleibt
 - Fall des Satzes 2 oder teleologische Korrektur des Satzes 1?
 - offen BGH ZIP 2010, 2400 (Rn. 21)
 - Sonderfall: Sozialversicherungsbeiträge + Steuern ⇒ Folien 90 f.

5. Verhältnis des § 64 GmbHG zu § 266a StGB (§ 69 AO)

- ❖ BGH NJW 2005, 2546 (II. Zivilsenat)
 - § 266a StGB (dazu Folie 107) begründet in der Insolvenz keinen Vorrang der Ansprüche der Sozialkasse ⇒ Haftung aus § 64 II GmbHG a.F. bei Abführung
- ❖ BGH NJW 2005, 3650 (5. Strafsenat)
 - Grundsatz der Massesicherung aus § 64 II GmbHG a.F. berührt Strafbarkeit aus § 266a StGB nicht, wenn Insolvenzantrag pflichtwidrig nicht gestellt
- ❖ BFH ZIP 2007, 1604
 - Anschluss an die Rspr. des 5. Strafsenats (bez. Haftung aus § 69 AO)

5. Verhältnis des § 64 GmbHG zu § 266a StGB (§ 69 AO)

- ❖ BGH NJW 2007, 2118 (II. Zivilsenat – Änderung der Rspr.)
 - Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bei Insolvenzzureife entspricht der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ⇒ keine Ersatzpflicht aus § 64 II GmbHG a.F.
- ❖ BFH ZIP 2009, 122
 - Haftung auch in der 3-Wochen-Frist
- ❖ BGH ZIP 2009, 1468 (II. Zivilsenat)
 - keine Privilegierung bei Zahlung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung (arg.: anders als bei Arbeitnehmerbeiträgen besteht keine Strafbarkeit des Geschäftsführers)
- ❖ BGH ZIP 2011, 422 (II. Zivilsenat)
 - Privilegierung bei Zahlung rückständiger Umsatz- und Lohnsteuer

6. Verhältnis des § 64 GmbHG zu § 266 StGB

- ❖ BGH ZIP 2008, 1229
 - Fall: Weiterleitung von Beträgen, die von anderen Konzerngesellschaften auf das Geschäftskonto der GmbH gezahlt werden, an die Gläubiger jener Gesellschaften
 - Verletzung der Pflicht aus § 64 II GmbHG a.F. auch bei Weiterleitung (str.; s.o. Folie 86 zum Haftungsumfang)
 - Aber Pflichtenkollision: Massesicherung hat keinen Vorrang vor den – durch § 266 StGB (Untreue) – geschützten Interessen der anderen Konzerngesellschaften
- ❖ OLG München ZIP 2008, 2169 (bestätigt durch BGH BB 2010, 1609)
 - mehrfache Haftung, wenn derselbe Geldbetrag durch mehrere Gesellschaften gelaufen ist und eine Treuepflicht i.S.v. § 266 StGB fehlt

7. Anwendung der §§ 64 GmbHG, 92 II AktG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

- allgemeines Problem: Zahlungsverbot im Eröffnungsverfahren?
 - bei starkem vorläufigem Insolvenzverwalter (–)
 - bei schwachem vorläufigem Insolvenzverwalter grundsätzlich (+)
- Lösung über §§ 64 S. 2 GmbHG, 92 II 2 AktG
 - BGH ZIP 2008, 72 (s.o. Folie 89): bei Abwendung größerer Nachteile für die Insolvenzmasse (Wasser, Strom, Heizung)
 - ⇒ für das Eröffnungsverfahren richtige und insoweit auszuweitende, sonst jedoch zweifelhafte Rechtsprechung
 - keine Vermutung für sorgfaltsgemäßes Verhalten bei Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, vielmehr Gesamtschuld denkbar
 - ab Insolvenzantrag Parallele zur Haftung aus §§ 43 GmbHG, 93 AktG

7. Anwendung der §§ 64 GmbHG, 92 II AktG in (vorläufiger) Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren

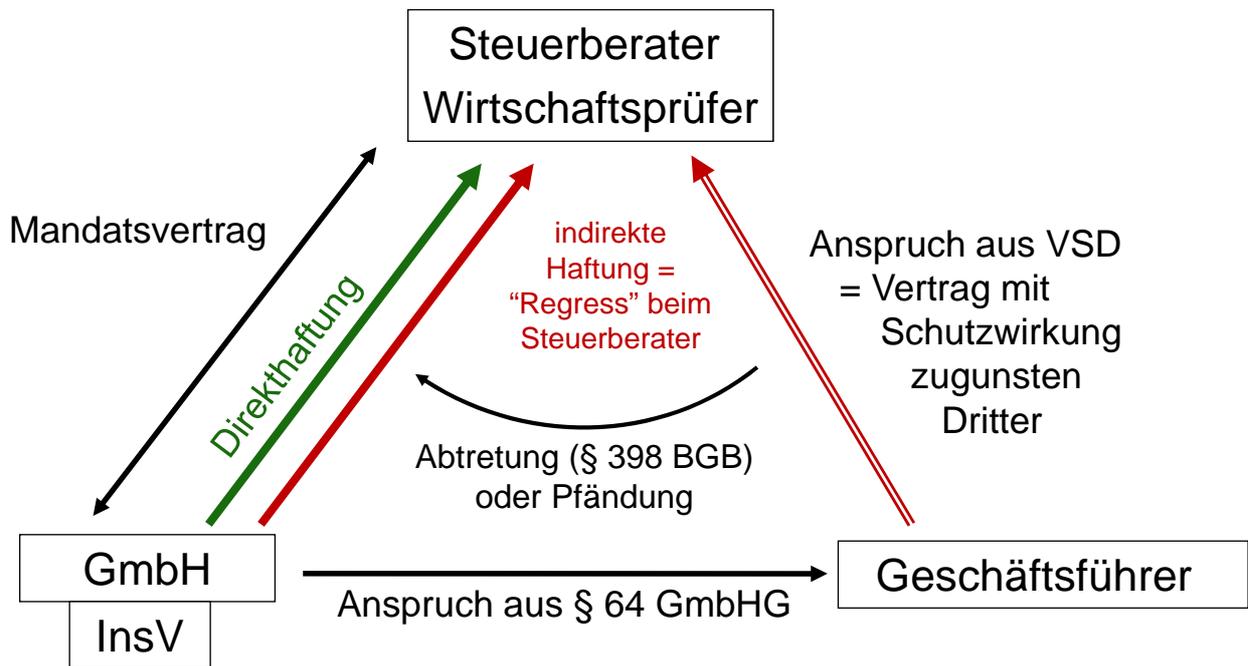
- Thesen
 - a) Eine allgemeine teleologische Reduktion der §§ 64 GmbHG, 92 II AktG im Eröffnungsverfahren ist nicht veranlasst. Bei starker vorläufiger Insolvenzverwaltung entfällt die Haftung jedoch wegen des Fortfalls der Geschäftsführungsbefugnis.
 - b) Zahlungen, die – in Fällen schwacher vorläufiger Insolvenzverwaltung, vorläufiger Eigenverwaltung und im Schutzschirmverfahren – zur Betriebsfortführung im Interesse der Gläubiger erforderlich sind, fallen unter §§ 64 S. 2 GmbHG, 92 II 2 AktG. Diese Ausnahme vom Zahlungsverbot greift nach dem Insolvenzantrag weiter als vorher; der Pflichtenmaßstab entspricht sodann dem der §§ 43 GmbHG, 93 AktG nach Eintritt der materiellen Insolvenz.

8. Insolvenzverursachende Zahlungen (§ 64 S. 3 GmbHG)

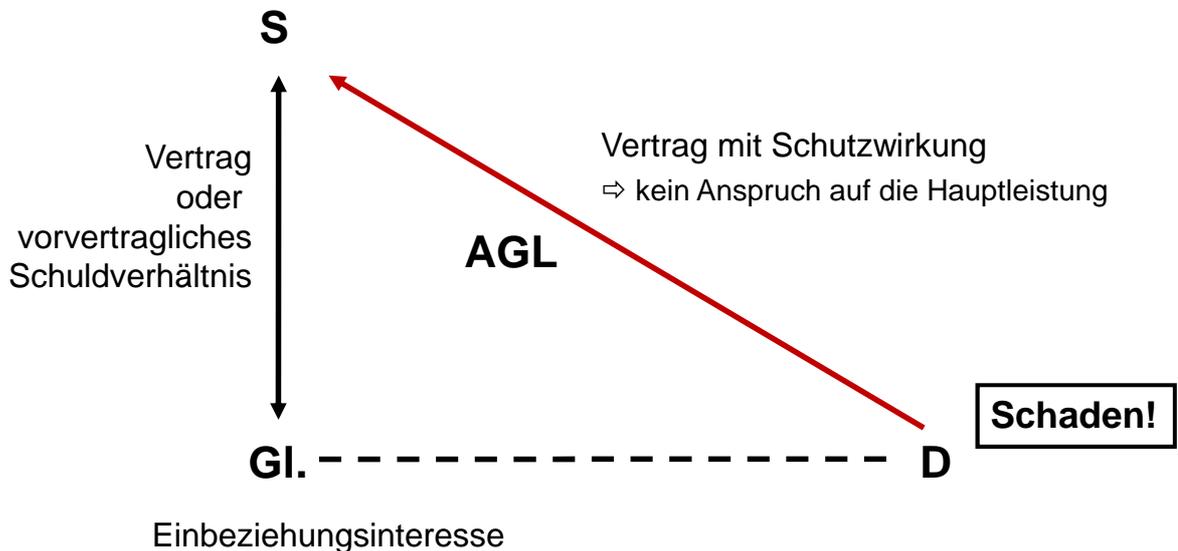
- Verbot von Zahlungen an Gesellschafter, die zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten
 - neuer Satz 3 eingeführt durch das MoMiG
 - Teilregelung der sog. „Existenzvernichtung“, aber Haftung der Geschäftsführer, nicht der Gesellschafter
 - BGHZ 195, 42 = ZIP 2012, 2391: Zahlungsverweigerungsrecht der Gesellschaft bei Erfüllung des Tatbestands
 - Problem: Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch Leistung auf vorhandene Verbindlichkeit möglich?
 - ❖ BGHZ 195, 42 = ZIP 2012, 2391 (Leitsatz 1): „Die Zahlungsunfähigkeit wird durch eine Zahlung an den Gesellschafter nicht im Sinn des § 64 Satz 3 GmbHG verursacht, wenn die Gesellschaft bereits zahlungsunfähig ist.“

9. Haftung aus § 826 BGB für gezahltes Insolvenzgeld

- ❖ BGHZ 175, 58 = ZIP 2008, 361
 - Haftung aus § 826 BGB bei vorsätzlicher Insolvenzverschleppung, wenn der als unabwendbar erkannte „Todeskampf“ des Unternehmens hinausgezögert + dabei die Schädigung der Unternehmensgläubiger in Kauf genommen wird
 - subjektive Seite des § 826 BGB entfällt bei berechtigtem Vertrauen auf Sanierungsbemühungen
 - kein Schaden der Bundesagentur für Arbeit, wenn Insolvenzgeld auch bei rechtzeitigem Antrag hätte gezahlt werden müssen



1. Vertrag mit Schutzwirkung (VSD)
a) Allgemeine Konstellation



b) VSD – Rechtsidee

- Dritter wird in den Schutzbereich eines Vertrags oder eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses (c.i.c.) einbezogen
- Vorteil: eigener vertraglicher Schadensersatzanspruch bei Verletzung von Schutz-/Sorgfaltspflichten

c) VSD – Zweck: Ausgleich der Schwächen deliktischer Ansprüche

- ⇒ durch Exculpationsmöglichkeit (§ 831 I 2 BGB) Einstandspflicht für Gehilfen eingeschränkt im Vergleich zum Vertragsrecht (dort unbedingte Zurechnung nach § 278 BGB)
- ⇒ keine Beweislastumkehr wie in § 280 I 2 BGB
- ⇒ Ersatz reiner Vermögensschäden nur bei Schutzgesetzverletzung (§ 823 II BGB) oder sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB)

d) VSD – Rechtsgrundlage: ergänzende Vertragsauslegung**e) VSD – Voraussetzungen**

- (1) bestimmungsgemäße Leistungsnähe des Dritten
- (2) berechtigtes Einbeziehungsinteresse
 - „Wohl und Wehe“
 - Gutachter-/Expertenhaftung
- (3) Erkennbarkeit von Leistungsnähe und Einbeziehungsinteresse für den Schuldner
- (4) Schutzbedürfnis des Dritten

f) VSD – Rechtsfolgen

- (1) kein Anspruch auf Primärleistung (\Leftrightarrow VzD i.S.v. § 328 I BGB)
- (2) aber: eigener vertraglicher Schadenersatzanspruch des Dritten bei Verletzung von Schutz-/Sorgfaltspflichten
 - ⇒ Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages bzw. vorvertraglichen Schuldverhältnisses
- (3) Haftungsbeschränkungen (§ 334 BGB analog)
 - i.d.R. Anrechnung von Mitverschulden des Gläubigers (Ausnahme: Abbedingung des § 334 BGB – auch stillschweigend)
- (4) daneben deliktische Ansprüche denkbar

2. „Haftungsregress“ beim Steuerberater und Wirtschaftsprüfer

Fall: Der Geschäftsführer oder – nach Anspruchsabtretung bzw. Pfändung – der Insolvenzverwalter verlangt Schadensersatz vom Steuerberater für die Inanspruchnahme aus § 64 GmbHG

▪ Anspruch bejaht

- BGH v. 14.6.2012 – IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 = ZIP 2012, 1353 = DB 2012, 1559

Leitsatz: Der Gesellschafter und der Geschäftsführer können in den Schutzbereich eines zwischen einer GmbH und einem Steuerberater geschlossenen Vertrages einbezogen sein, welcher die Prüfung einer möglichen Insolvenzreife der GmbH zum Gegenstand hat.

- Anspruch verneint
 - BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 64/12, ZIP 2013, 829 = DB 2013, 928
Leitsatz 1: Das steuerberatende Dauermandat von einer GmbH begründet bei üblichem Zuschnitt keine Pflicht, die Mandantin bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz auf die Pflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, eine Überprüfung in Auftrag zu geben oder selbst vorzunehmen, ob Insolvenzreife besteht.
Leitsatz 2: Eine entsprechende drittschützende Pflicht trifft den steuerlichen Berater auch gegenüber dem Geschäftsführer der Gesellschaft nicht.
 - ebenso die Vorinstanz: OLG Köln NZG 2012, 504
 - a.A. z.B. LG Wuppertal ZInsO 2011, 1997 = NZI 2011, 877: Pflicht zum Hinweis auf Insolvenzreife auch bei Auftrag zur Erstellung des Jahresabschlusses

3. Direkthaftung gegenüber der GmbH

Fall: Die GmbH nimmt den Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer direkt wegen des fehlenden Hinweises auf die Insolvenzreife in Anspruch.

- Anspruch bejaht
 - BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, ZIP 2013, 1332 = DB 2013, 1542
Sachverhalt: Erstellung des Jahresabschlusses einer GmbH mit dem Hinweis auf eine „Überschuldung rein bilanzieller Natur“
Leitsatz 1: 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.

Leitsatz 2: Der durch eine verspätete Insolvenzantragstellung verursachte Schaden der Gesellschaft bemisst sich nach der Differenz zwischen ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags.

Leitsatz 3: Wird der Insolvenzantrag einer GmbH infolge einer fehlerhaften Abschlussprüfung verspätet gestellt, trifft die Gesellschaft mit Rücksicht auf ihre Selbstprüfungspflicht in der Regel ein Mitverschulden an dem dadurch bedingten Insolvenzverschleppungsschaden.

▪ Anspruch verneint

- OLG Saarbrücken DB 2013, 2324 = DStR 2013, 2240

Sachverhalt: grobe Bilanzfälschung durch den Geschäftsführer; Wirtschaftsprüfer erteilt uneingeschränkten Bestätigungsvermerk

Leitsatz 1: Eine Haftung des Abschlussprüfers wegen Missachtung der ihm aus § 323 Abs. 1 S. 1 HGB obliegenden Pflichten tritt hinter eine der zu prüfenden Gesellschaft zuzurechnende vorsätzliche Bilanzfälschung des Geschäftsführers vollständig zurück, solange der Pflichtverstoß des Abschlussprüfers die Grenze zur groben Fahrlässigkeit nicht erreicht..

Leitsatz 2: Es stellt keinen groben Fehler im vorgenannten Sinne dar, wenn der Abschlussprüfer von der Routine der vorangegangenen Jahre nicht abweicht und er die Funktionsweise des Warenwirtschaftssystems sowie dessen konkreten Einsatz nicht durch unmittelbaren Einblick in den virtuellen Datenbestand überprüft.

- Tatbestand: Nichtabführen von Beiträgen des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung
- Zahlungsunfähigkeit schließt Möglichkeit normgemäßen Verhaltens aus
 - ⇒ Aber: bei Anzeichen für Liquiditätsprobleme sind Sicherungsvorkehrungen erforderlich, z.B. Rücklagenbildung, notfalls durch Kürzung der Nettolöhne (BGHSt 47, 318; BGH ZIP 2006, 2127)
- Zuständigkeitsdelegation bei mehrgliedriger Geschäftsführung
 - ⇒ Überwachungspflicht bleibt, insbes. in finanzieller Krisensituation (BGHZ 133, 370; BGH ZIP 2008, 1275, Tz. 10 f.)
- Spätere Anfechtbarkeit im Insolvenzverfahren lässt Strafbarkeit nicht entfallen (BGHSt 48, 307, Leitsatz 2), wohl aber den Schaden (BGH NJW 2005, 2546, Leitsatz 3)

1. Wer haftet?

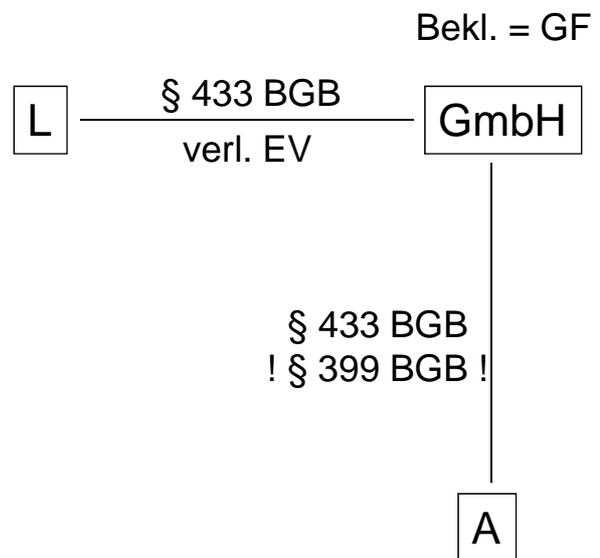
- Haftung des den Deliktstatbestand selbst erfüllenden Geschäftsführers
- Haftung des nicht geschäftsführenden Gesellschafters bei Teilnahme (§ 830 BGB)

2. Garantenpflicht des Geschäftsführers

- Lederspray-/Erdal-Fall (BGHSt 37, 106)
 - Strafrechtliche Garantenpflicht des Herstellers trifft den Geschäftsführer persönlich
 - Strafbarkeit bei Unterlassung eines gebotenen Produktrückrufs
 - Folge: zivilrechtliche Eigenhaftung aus § 823 I + II BGB
- „Baustoff“-Fall (BGHZ 109, 297) ⇒ b.w.

„Baustoff“-Fall (BGHZ 109, 297)

- Verletzung des Vorbehaltseigentums von Lieferanten durch Verarbeitung, wenn verlängerter EV aufgrund eines Abtretungsverbots des Abnehmers ins Leere geht
- Garantenstellung des nicht selbst am Vertragsschluss beteiligten Geschäftsführers
- Beachte jetzt: § 354a HGB



- Einschränkung durch BGHZ 194, 26 = ZIP 2012, 1552?
(Entscheidungsgründe unter Rn. 21 ff.)
 - Die Geschäftsführerpflicht hat nicht den Zweck, Gesellschaftsgläubiger vor den mittelbaren Folgen einer sorgfaltswidrigen Geschäftsleitung zu schützen.
 - Allein aus §§ 93 AktG, 43 GmbHG folgt keine Garantenstellung gegenüber außenstehenden Dritten, eine Schädigung ihres Vermögens zu verhindern.
- *Schirmer*, NJW 2012, 3398 ff.: es bleibt abzuwarten, ob das neue BGH-Urteil eine Abkehr von der Baustoff-Entscheidung bedeutet

1. Abgrenzung zwischen Zurechnungs- und Haftungsdurchgriff

- Haftungsdurchgriff = Durchbrechung der Haftungsbeschränkung, insbes. aus § 13 II GmbHG
 - ⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 13 Rn. 55 ff.

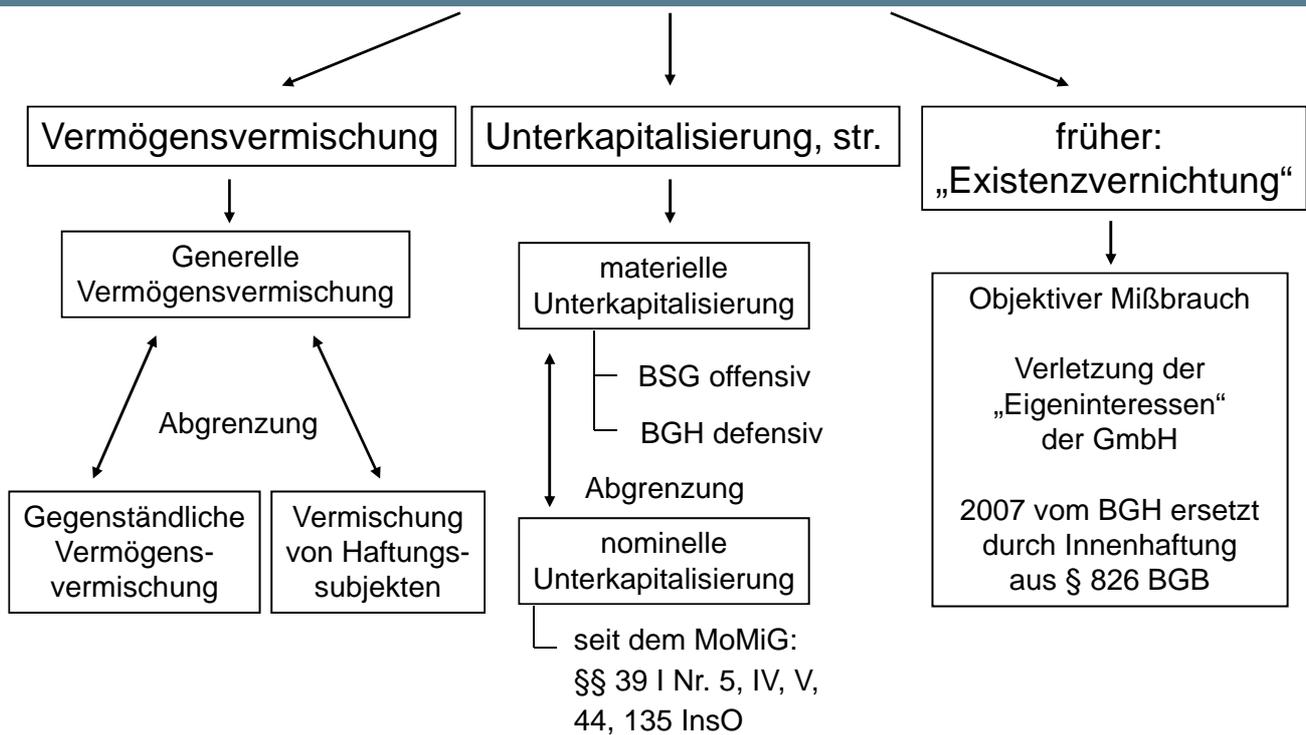
2. Grundproblem der Durchgriffshaftung

- Anerkennung der Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsrecht
 - ökonomischer Sinn der Haftungsbeschränkung
- Missbrauch der Haftungsbeschränkung
 - Stammkapital nur Mindestschutz („Eintrittsentgelt“)
 - Gefahr der Kostenexternalisierung

3. Ausnahmecharakter

4. Dogmatische Begründung

- Fehlen eines dogmatischen Konzeptes in der älteren Rspr.
 - z.T. subjektiv / z.T. objektiv
- ältere Rspr. des II. Senats: Verwendung der jur. Person widerspricht (objektiv) dem Zweck der Rechtsordnung
- neuere Rspr. des II. Senats (BGHZ 165, 85) und h.L.: teleologische Reduktion der haftungsbeschränkenden Norm und ggf. Analogie zu §§ 105, 128 HGB
 - ⇒ Scholz/*Bitter*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 13 Rn. 110 ff.



- ❖ BGHZ 95, 330 („Autokran“)
 - Haftung des GmbH-Gesellschafters in Analogie zu §§ 128, 129 HGB
- ❖ BGHZ 125, 366
 - Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert
 - Verantwortlichkeit für den Vermögensvermischungstatbestand aufgrund Einflusses in der Gesellschaft erforderlich
- ❖ BGHZ 165, 85
 - keine Zustands-, sondern Verhaltenshaftung = Verantwortlichkeit aufgrund Einflusses als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter erforderlich
 - Anspruchsberechtigung des Insolvenzverwalters analog § 93 InsO

❖ BGHZ 68, 312 („Fertighaus“)

- Keine Haftung der Alleingeschafterin wegen Unterkapitalisierung trotz finanzieller, wirtschaftlicher und organisatorischer Eingliederung der GmbH

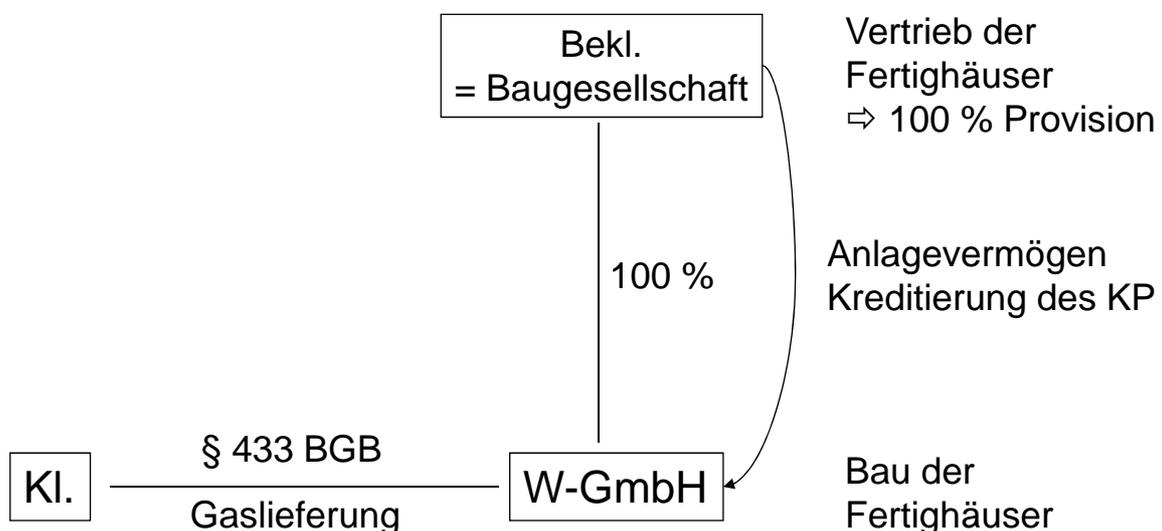
❖ BGHZ 176, 204 („Gamma“) – Leitsatz 2

- keine (verschuldensabhängige oder verschuldensunabhängige) Durchgriffshaftung mangels Gesetzeslücke
- offen, ob Haftung aus § 826 BGB

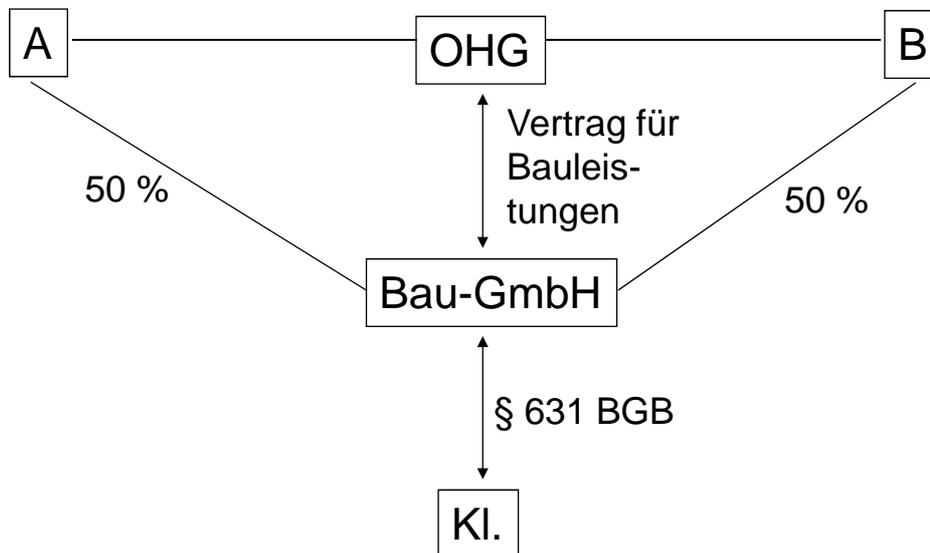
❖ BSG und wohl h.L. für Durchgriffshaftung

- Scholz/Bitter, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 13 Rn. 143 ff.

BGHZ 68, 312 (Fertighaus)



BGH NJW 1994, 1690 (Architekten-Urteil)



- Differenzierung nach Gläubigergruppen bei der Fallgruppe „Unterkapitalisierung“
 - *Bitter*, WM 2001, 2133, 2140 + WM 2004, 2190, 2198
 - *Koppensteiner*, FS Honsell, S. 607, 617
 - a.A. Henze, NZG 2003, 649, 657 f.
- Beschränkung auf den bei der Gesellschaft durch den Eingriff verursachten Nachteil bei der (früheren) Fallgruppe „Existenzvernichtung“
 - bei Durchgriffsaußenhaftung zweifelhaft
(a.A. *Vetter*, ZIP 2003, 601, 605; auch BGH ZIP 2005, 117)
 - bei Innenhaftung – z.B. aus § 826 BGB (s.o. Folien 25 ff.) – möglich

Eine zusammenfassende Darstellung aller Haftungstatbestände findet sich bei:

Bitter, Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH, ZInsO 2010, 1505 - 1524 (Teil 1), 1561 - 1582 (Teil 2)

© 2014
Prof. Dr. Georg Bitter
Universität Mannheim
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht
Schloss, Westflügel W 241/242
68131 Mannheim
www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.
www.zis.uni-mannheim.de