

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **WM-Tagung zur Sanierung**

**Haftungsrisiken der Bank bei Sanierungen**

**21. April 2009**

**Eschborn**

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

## **Haftungsfahren bei Sanierung – Überblick –**

### **1. Ausgangslage:**

- Bedarf nach Intensivbetreuung (Workout)
- Kontrolle / Unterstützung der Geschäftsleitung
- Unsicherheit hinsichtlich Sanierungsfähigkeit des Unternehmens
- Sicherheitenstellung durch Dritte

### **2. Haftungsfahren**

- Behandlung als faktischer Geschäftsführer
- Behandlung wie ein Gesellschafter (sog. Quasigesellschafter)
- Beitrag zur Insolvenzverschleppung bei Scheitern der Sanierung

## 1. Haftungsgefahren

- BGHZ 104, 44 = WM 1988, 756
  - Insolvenzantragspflicht; zivil- und strafrechtliche Verantwortung
- BGHZ 150, 61 = WM 2002, 960 (Leitsatz 3)
  - Haftung aus § 43 II GmbHG
- BGH WM 2005, 1606
  - Haftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 266 StGB
- BGH WM 2005, 1706 (Leitsatz 1)
  - Haftung aus § 64 II GmbHG a.F. (jetzt § 64 GmbHG)

## 2. Haftungstatbestand

- (faktischer) Geschäftsführer = natürliche Person
- BGHZ 104, 44 = WM 1988, 756
  - Geschäftsführungsfunktionen in maßgeblichem Umfang wahrgenommen; keine vollständige Verdrängung der gesetzlichen Geschäftsführer erforderlich
  - rein interne Einwirkung auf Geschäftsführung reicht nicht
- BGHZ 150, 61 = WM 2002, 960 (Leitsatz 3)
  - nach außen hervortretendes, üblicherweise der Geschäftsführung zuzurechnendes Verhalten erforderlich

## 2. Haftungstatbestand

- BGH WM 2005, 1606 und BGH WM 2005, 1706 (Leitsatz 2)
  - Geschicke der Gesellschaft durch eigenes Handeln im Außenverhältnis maßgeblich in die Hand genommen
- BGH WM 2008, 1020 (Rdn. 5)
  - Verfügungsgewalt über das Gesellschaftskonto + Vornahme einzelner Verfügungen ggü. der Bank reicht nicht (Fall eines Anteilsveräußerers)

## 2. Haftungstatbestand

- Konkretisierung der Geschäftsführungsfunktionen
  - ❖ BayObLGSt 97, 38 = NJW 1997, 1936: faktische Geschäftsführung jedenfalls, wenn sechs von acht Merkmalen im Kernbereich der Geschäftsführung erfüllt sind:
    - Bestimmung der Unternehmenspolitik
    - Unternehmensorganisation
    - Einstellung von Mitarbeitern
    - Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern
    - Verhandlung mit Kreditgebern
    - Gehaltshöhe
    - Entscheidung der Steuerangelegenheiten
    - Steuerung der Buchhaltung

## 1. Grundlagen: Die Neuregelung im MoMiG

- Aufhebung der §§ 32a, 32b GmbHG, 129a, 172a HGB
- Konzentration auf die insolvenzrechtlichen Regelungen
  - Rangrücktritt der Gesellschafterdarlehen – § 39 I Nr. 5 InsO
  - Anfechtbarkeit der Sicherung für 10 Jahre – § 135 I Nr. 1 InsO
  - Anfechtbarkeit der Rückzahlung für 1 Jahr – § 135 I Nr. 2 InsO
- rechtsformneutrale Ausgestaltung – § 39 IV InsO
  - alle Gesellschaften ohne unbeschränkt haftende natürliche Person
- Abschaffung der „Zweispurigkeit“ (§§ 57 I 4 AktG, 30 I 3 GmbHG)
- Ergänzung durch §§ 6, 6a AnfG für masselose Insolvenzen

## 2. Einbeziehung Dritter im alten und neuen Recht

- altes Recht: § 32a III 1 GmbHG
  - „Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen.“
- neues Recht: § 39 I Nr. 5 InsO
  - „Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden ... berichtigt: ... nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.“
  - Bezugnahme darauf für die Anfechtung in § 135 I InsO
- keine Änderung des personellen Anwendungsbereichs gewollt

**3. Rechtsprechung / Literatur zu § 32a III 1 GmbHG**

- BGHZ 81, 311: Gesellschafter-Gesellschafter
  - Übernahme der Geschäftsanteile durch eine 100 %ige Tochtergesellschaft der Bank
- BGHZ 106, 7 = WM 1989, 14: atypisch stiller Gesellschafter
  - stiller Gesellschafter, der ähnlich wie ein Gesellschafter die Geschicke der GmbH bestimmt sowie an Vermögen und Ertrag beteiligt ist
- BGH WM 2006, 691: atypisch stiller Gesellschafter
  - stiller Gesellschafter mit vermögensmäßiger Beteiligung und Einfluss auf die Geschicke der GmbH
- *Florstedt*, Der „stille Verband“, 2007

**3. Rechtsprechung / Literatur zu § 32a III 1 GmbHG**

- BGHZ 119, 191: atypischer Pfandgläubiger (WestLB)
  - Pfandgläubiger am Gesellschaftsanteil mit Einräumung zusätzlicher Befugnisse, die es ihm ermöglichen, die Geschicke der Gesellschaft ähnlich einem Gesellschafter mitzubestimmen
    - ⇒ Sicherungsabtretung der Gewinn-, Abfindungs- und Liquidationsüberschussansprüche
    - ⇒ Zustimmungsrecht bei Gewinnverwendungsbeschlüssen + Fusionen
    - ⇒ Übernahme der Geschäftsleitung durch Unternehmensberatungsgesellschaft als „gleichsam faktischer Geschäftsführer“
- *Fleischer*, ZIP 1998, 313: Covenants in Kreditverträgen
  - Frage: Kompensation fehlender Vermögensbeteiligung durch weitreichende Mitspracherechte?

**Geschäftsführer / Gesellschafter**

1. Risikoabwälzung auf Dritte
2. Täuschung über Erfüllungsbereitschaft
3. Unterkapitalisierung
4. Vermögensvermischung
5. Insolvenzverschleppung
6. Existenzvernichtung

**Banken**

1. Teilnahme am Delikt des Geschäftsführers / Gesellschafters (§ 830 BGB)  
←
2. Eigenes Delikt: Schädigung weiterer Gläubiger durch fehlgeschlagenen Sanierungskredit

**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 = WM 2008, 1220 (Gamma)
- 4. Vermögensvermischung zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung**
- 5. Vorsätzliche Insolvenzverschleppung** ⇒ Folie 23

- 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 = WM 2008, 1220 (Gamma)
  - Erfordernis eines kompensationslosen Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen der GmbH; Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung reicht nicht (Leitsatz 1)

**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



**❖ Haftung der Geschäftsführer / Gesellschafter**

- Differenzierung nach Außen- und Innenhaftung
  - Außenhaftung: § 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO / § 826 BGB
  - Innenhaftung: § 64 GmbHG
  - Innenhaftung: § 43 II GmbHG

**❖ Haftung externer Dritter (z.B. Banken)**

- Teilnehmerhaftung (§ 830 BGB)
- Haftung aus vorsätzlich sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB)
- Haftung als faktischer Geschäftsführer ⇨ s.o. Folien 3 ff.
- neue Frage nach MoMiG: Haftung als Quasigesellschafter?

**1. Haftungsvoraussetzungen**

- Insolvenzantragspflicht bei Haftungsbeschränkung (§ 15a InsO)
  - Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)
  - Überschuldung (§ 19 InsO)
    - ❖ BGHZ 171, 46 (Tz. 19): keine Fortgeltung des sog. „zweistufigen Überschuldungsbegriffs“
    - ❖ zeitlich befristete Wiedereinführung durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz
  - nicht: drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)
- Fahrlässige Unkenntnis der Insolvenzgründe (h.M.)
  - ❖ BGH NJW 2007, 2118: Rateinholung bei qualifiziertem Berufsträger

**2. Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)**

- Schutzgesetz früher § 64 I GmbHG, §§ 130a, 177a HGB
  - MoMiG: Verschiebung der Antragspflicht in § 15a InsO
  - Ausdehnung auf Gesellschafter bei Führungslosigkeit (§ 15a III InsO)
  - 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

Problemfall 1: Vertragsschluss vor, Vorleistung nach  
Insolvenzantragspflicht

  - ❖ BGHZ 171, 46: Erhöhung der Inanspruchnahme einer Kreditlinie
  - ❖ OLG Hamburg ZIP 2007, 2318: Arbeitsverhältnis (⇔ LAG-Rspr.)

**2. Fortsetzung: Deliktische Außenhaftung (§ 823 II BGB)**

- voller Schadensersatz (negatives Interesse) für die Neugläubiger
- Problemfall 2: Deliktsgläubiger  
kritisch BGHZ 164, 50 für einen Extremfall: betrügerische  
Doppelabtretungen in Millionenhöhe
- Problemfall 3: Neugläubiger erhält während des Zeitraums der  
Insolvenzverschleppung noch Zahlungen auf Altforderungen  
BGH ZIP 2007, 1060: keine Anrechnung / Vorteilsausgleichung
- BGHZ 138, 211: Eigene Zuständigkeit der Neugläubiger auch  
bei eröffnetem Insolvenzverfahren

**3. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher Absatz 2)**

- 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)
  - Warenlieferung an einzelne Gläubiger

**3. Innenhaftung (§ 64 GmbHG, früher Absatz 2)**

- 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)
  - Sonderfall: Sozialversicherungsbeiträge + Steuern
- Problem: Haftungsumfang
  - Ersatz einzelner „Zahlungen“ (BGH ZIP 2007, 1501 m.w.N.) oder
  - Ersatz der Masseschmälerung (*Karsten Schmidt, Bitter, Altmeyen* u.a.)
- Problem: Zahlung vom debitorischen Konto
  - BGH ZIP 2007, 1006 (Tz. 8): bloßer Gläubigertausch

#### 4. Haftung aus § 826 BGB für gezahltes Insolvenzgeld

- ❖ BGHZ 175, 58 = WM 2008, 456
- 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. Teilnehmerhaftung (§ 830 II BGB)

- bedingter Vorsatz bez. Verstoß des Geschäftsführers (BGHZ 75, 96, 107)
- h.M.: bedingt vorsätzliche Haupttat (a.A. *Karsten Schmidt* u.a.)

#### 2. Haftung aus § 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung

- Ansatzpunkt: fehlgeschlagener Sanierungskredit (= Kredit bei drohender Zahlungsunfähigkeit)
- Problem: Sanierungsbedürftigkeit soll nicht allgemein publik werden; aber die weitere Kreditierung weckt Fehlvorstellungen über die Bonität
- Abgrenzung: echter Sanierungsversuch oder Scheinsanierung = Hinausschiebung des unvermeidlichen Konkurses aus *eigensüchtigen* Gründen (*Eigennutz* allein ist unschädlich)

**2. Haftung aus § 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung**

- Konkretisierung erforderlich (*Wenzel*, NZI 1999, 294, 296 f.):
- Sanierungsbedarf = Bank erkennt drohenden Zusammenbruch, dritte Geschäftspartner nicht
- fehlende Sanierungsfähigkeit des Unternehmens / mangelnde Sanierungseignung der Kreditierung = Todeskampf verlängert
- keine Sanierungsprüfung (externe Prüfung ggf. sinnvoll, aber nicht zwingend erforderlich, str.)
  - ⇒ Problem: Rückschauverzerrung des Gerichts bei späterem Scheitern
- Sanierungsschaden = Vorteilsverschaffung durch Kreditrückführung oder weitere Sicherheitenbestellung
- Rechtsfolge: Differenzierung zw. Alt- und Neugläubiger ⇒ Folien 19 f.

**3. Nichtigkeit von Sicherheitenbestellungen (§ 138 BGB)**

- BGH WM 1995, 995 = NJW 1995, 1668
  - ⇒ Sittenwidrigkeit einer Globalzession aller Kundenforderungen (letztes pfändbares Vermögen) ohne Zuführung neuer Mittel bei mindestens grob fahrlässiger Verkennung der drohenden Insolvenz
- OLG Hamm WM 2000, 518
  - ⇒ Übertragung des letzten Vermögens ohne neue Mittelzuführung;  
Ausnahme: Sicherungsnehmer hält Krise für überwindbar
- OLG Frankfurt 2004, 402
  - ⇒ Sicherungsübertragung des (nahezu) letzten Vermögens bei drohender Insolvenz infolge Täuschung gegenwärtiger und zukünftiger Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners

### 3. Nichtigkeit von Sicherheitenbestellungen (§ 138 BGB)

- BGHZ 138, 291 = WM 1998, 968 ⇒ Folien 29 f.
  - Kreditsicherung für Kredit, der den wirtschaftlichen Zusammenbruch voraussichtlich nicht hindert = Sanierung ohne Aussicht auf Erfolg
- OLG Köln WM 2003, 1070 = ZIP 2002, 521
  - Globalzession aus Anlass einer Krediterweiterung ist nicht sittenwidrig, auch wenn ein Blankoanteil von Altkrediten mit abgedeckt werden soll
  - vorübergehende Liquiditätshilfe durch Festschreibung bestehender Überziehung ≠ Sanierungskredit mit Pflicht zur Prüfung der Sanierungsfähigkeit

### 1. Änderungen durch das MoMiG

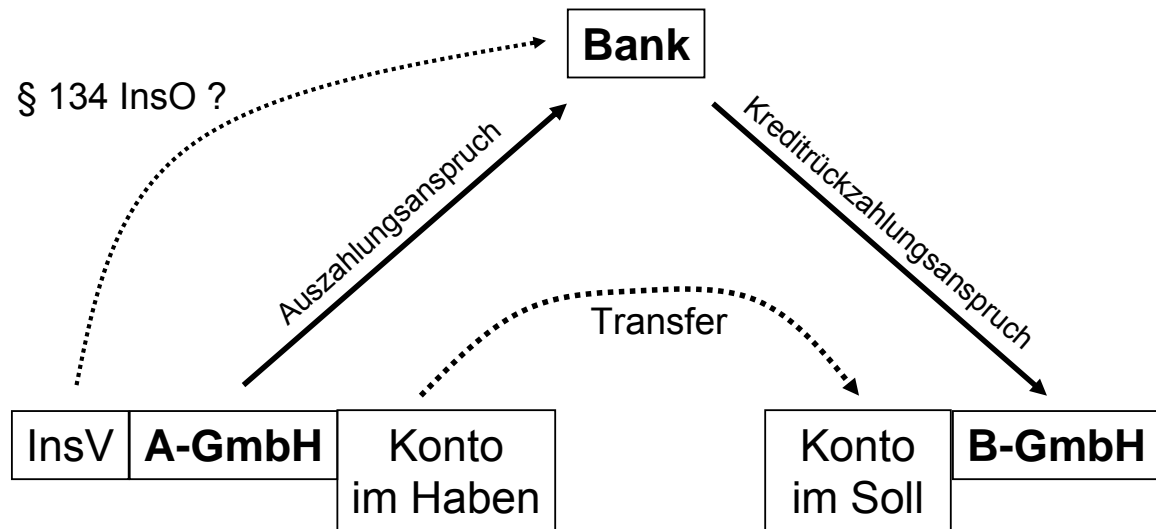
- keine Anwendung des Kapitalerhaltungsrechts auf Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags (§ 291 AktG) erfolgen, oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind (§ 30 I 2 GmbHG, § 57 I 3 AktG)
- Rückkehr zur „bilanziellen Betrachtungsweise“ beim Cashpooling
  - ❖ BGH WM 2009, 78 (MPS): Geltung auch für Altfälle (Aufgabe der Rspr. aus dem „November-Urteil“ v. 24.11.2003); aber: Kontrollpflichten der Geschäftsleitung ⇒ Frühwarnsystem
- „Bilanzielle Betrachtung“ auch bei Upstream-Sicherheit ⇒ kein Verstoß, wenn Regressanspruch der Tochter- gegen die Muttergesellschaft vollwertig (Zeitpunkt streitig: Bestellung oder Verwertung?)

## 2. Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung bei Upstream-Sicherheit (§ 138 BGB)

- restriktiv BGHZ 138, 291 = WM 1998, 968
  - Kapitalschutzvorschriften richten sich nur an Gesellschafter / Geschäftsführer + nahestehende Personen, nicht an Kreditgeber (Sicherungsnehmer)
  - Kapitalerhaltung ≠ Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB
  - auch ein vorsätzlicher Verstoß gegen § 30 GmbHG reicht nicht; Schutz vor Gläubigerbenachteiligung grundsätzlich nur durch Insolvenz- / Gläubigeranfechtung
  - Sittenwidrigkeit bei bewusstem Zusammenwirken von Kreditinstitut + Gesellschafter zum Schaden von Gesellschaft + Gläubigern

- BGHZ 138, 291 = WM 1998, 968 (Fortsetzung)
  - Übertragung (fast) des ganzen freien Vermögens der Schuldnerin reicht nicht; Gläubigergefährdung mit Täuschungsabsicht oder Schädigungsvorsatz erforderlich
  - Interesse an Einbindung aller Gesellschaften im Konzern wegen „Durchlässigkeit“ in Konzernlagen
  - Sittenwidrigkeit nur nach allgemeinen Regeln: Kreditsicherung für Kredit, der den wirtschaftlichen Zusammenbruch voraussichtlich nicht hindert = Sanierung ohne Aussicht auf Erfolg
- Fortgeltung auch nach dem MoMiG
  - §§ 30 I 2 GmbHG, 57 I 3 AktG für § 138 BGB ohne Bedeutung
  - Geschäftsleiterpflicht ≠ Pflicht des Kreditinstituts

### 3. Schenkungsanfechtung von Zahlungen im Cashpool

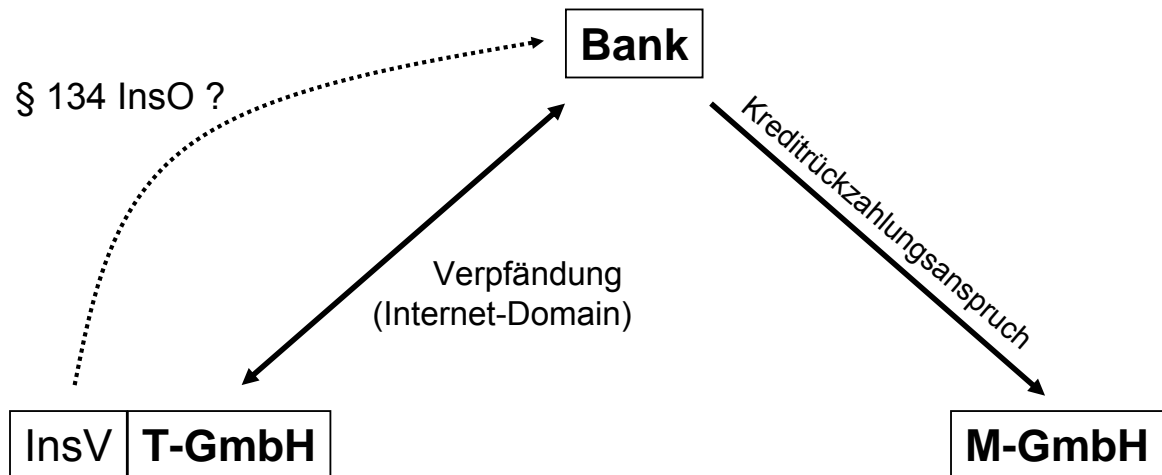


### 3. Schenkungsanfechtung von Zahlungen im Cashpool

- Normalfall: Tilgung eigener Darlehensverbindlichkeiten
  - keine „unentgeltliche“ Leistung
- Tilgung fremder Darlehensverbindlichkeiten
  - bei Werthaltigkeit der getilgten Forderung liegt das „Entgelt“ im Verlust der Forderung gegen den Schuldner
  - bei Wertlosigkeit der Forderung kein „Entgelt“, da kein Vermögensverlust beim Gläubiger (keine Schutzwürdigkeit)
    - ⇒ Beispiel: Vermögenslosigkeit des Schuldners
    - ⇒ (Un-)Kenntnis des Gläubigers von Wertlosigkeit unerheblich
  - Leistung als Dritter i.S.v. § 267 BGB
    - ⇔ Abgrenzung: Leistung an den Kontoinhaber (so im Cashpool)



## 4. Schenkungsanfechtung von Upstream-Sicherheiten



BGH WM 2006, 1396

## 4. Schenkungsanfechtung von Upstream-Sicherheiten

- Normalfall: Sicherung eigener Darlehensverbindlichkeiten
  - keine „unentgeltliche“ Leistung (BGH WM 2004, 1837)
- Sicherung fremder Darlehensverbindlichkeiten (BGH WM 2006, 1396)
  - anfängliche Drittsicherheit: nicht „unentgeltlich“, da Kredit (an den Schuldner) als Gegenleistung (Rdn. 10)
  - nachträgliche Drittsicherheit grundsätzlich „unentgeltlich“ (Rdn. 7)
  - Stehenlassen keine beachtliche Gegenleistung, wenn Forderung ohnehin wertlos; offen, wenn werthaltig (Rdn. 11 f.)
  - eigenes wirtschaftliches Interesse (z.B. im Konzern) unerheblich (Rdn. 14; a.A. noch BGH WM 1998, 968, 976 [nicht in BGHZ 138, 291])
  - ❖ Problem: wechselseitige Besicherung (OLG Stuttgart WM 1997, 105, 108)

- Eine jährlich aktualisierte, umfassende Zusammenstellung aller Tatbestände der Gesellschafter- und Geschäftsführerhaftung (für die GmbH) ist auf der Seite des ZIS ([www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)) unter dem Stichwort „Vorlesungen“ eingestellt !!!
- Foliensatz mit 44 Folien
- Leitsatzsammlung mit 37 Seiten

© 2009  
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](http://www.georg-bitter.de)



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V.  
[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)