

Die Haftungsklage aus § 64 GmbHG auf Grundlage der aktuellen Rechtsprechung des II. Zivilsenats

- AK Inso OWL, 13.06.2018 -

André Berbuer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Kaiser & Sozien RAe/WP/StB, Freiburg

Gliederung / Übersicht

1. Allgemeines
2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess
3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen
4. Annex: Aktuelle Entwicklungen bei der D&O-Versicherung

1. Allgemeines

1. Allgemeines

§ 64 GmbHG

Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

„Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. (...)“

1. Allgemeines

Dreistufige Prüfung:

→ Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

→ Zahlungen

→ Verschulden

(-) bei Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns

privilegierte Zahlungen // Kompensation // Zielkonflikt des GF

1. Allgemeines

Darlegungs- und Beweislast?

- Insolvenzreife → grdsl. IV
- Zahlungen → IV
- Verschulden → wird (widerleglich) vermutet

daher: Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns, privilegierte Zahlungen, Kompensation → Beweislast beim GF

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Überschuldung, § 19 Abs. 2 InsO

- Nach „neuem“ Überschuldungsbegriff: zweistufige Prüfung
 - 1. Zahlungsfähigkeitsprognose laufendes + folgendes Geschäftsjahr
 - nur wenn Zahlungsfähigkeit nach Prognose (-):
 - 2. Erstellung Überschuldungsbilanz
 - Vergleich Aktiva / Passiva (nach Zerschlagungswerten)
 - nur wenn Passiva > Aktiva → ÜS (+)

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Überschuldung, § 19 Abs. 2 InsO

- Fortbestehensprognose / Zahlungsfähigkeitsprognose
 - Fortführungswille + „Überlebensfähigkeit“
 - Notwendig ist mindestens Ertrags- und Finanzplan (vgl. BGH, ZIP 2010, 2400, Rz. 13)
 - Vielfach wird integrierte Planung für erforderlich gehalten (vgl. Kühne/Nickert, ZInsO 2017, 2405; IDW S 11, Rz. 58)
 - P: Umgang mit ungewissen Verbindlichkeiten?
 - P: Umgang mit bestrittenen Forderungen?

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Überschuldung, § 19 Abs. 2 InsO

- Überschuldungsbilanz
 - P: Umgang mit ungewissen Verbindlichkeiten?
 - Verbindlichkeiten sind anzusetzen, wenn ernsthaft mit Inanspruchnahme zu rechnen ist (BGH ZIP 2003, 2068)
 - Stundungen sind grdsl. unerheblich (anders im Finanzplan)
 - P: Umgang mit ungewissen Forderungen?
 - Bestrittene Forderungen dürfen nicht aktiviert werden (OLG Hamburg, ZIP 2017, 2197)

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Überschuldung, § 19 Abs. 2 InsO

- Darlegungs- und Beweislast im Prozess?
 - Grundsatz: IV muss Insolvenzreife darlegen und beweisen
 - aber: Wenn IV Handelsbilanz mit bilanzieller ÜS vorlegt und darlegt, dass keine stillen Reserven bestanden, welche die ÜS ausschließen
 - Sekundäre Darlegungslast des GF zu stillen Reserven
- Ist ÜS-Bilanz negativ, muss GF positive Fortbestehensprognose darlegen und beweisen (BGH, ZIP 2009, 1220)

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- Zahlungsmittel Vs. Fällig Verbindlichkeiten
 - hier ebenfalls zweistufige Prüfung
 - 1. Liquiditätsbilanz zum Stichtag
 - wenn Unterdeckung (+):
 - 2. Finanzplan für die nächsten 3 Wochen
 - wenn Unterdeckung 10% oder mehr → ZU (+)

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- P: Fälligkeit einzelner Verbindlichkeiten?
 - maßgeblich ist insolvenzrechtlicher Fälligkeitsbegriff
 - fällig nach § 271 BGB + „ernsthaft eingefordert“ (vgl. BGH ZIP 2011, 1875)
 - Durch zivilrechtliche Fälligkeit darf nicht schematisch auf insolvenzrechtliche Fälligkeit geschlossen werden (BGH ZIP 2007, 1666)
 - für ernsthaftes Einfordern reicht aber grdsl. bereits die Übersendung einer Rechnung aus (BGH ZIP 2007, 1666)

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- P: Stundungen
 - iRd Fälligkeitsprüfung sind Stundungen zu berücksichtigen
 - möglich ist auch rein „faktische Stundung“
 - P: Abgrenzung faktische / erzwungene Stundung?
 - Beweislast für Fälligkeit? Grdsl. beim IV
 - Aber: GF muss substantiiert zu etwaigen Stundungen vortragen; wenn das geschieht, verbleibt Beweisrisiko beim IV
 - Auch Feststellung zur Tabelle ist iRd Fälligkeitsprüfung nur Indiz (so bei der Anfechtung Schoppmeyer in K/B/P, InsO, § 130, Rz. 158)

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16 (ZIP 2018, 283):

LS. 1:

„Einen vom Insolvenzverwalter zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO aufgestellten Liquiditätsstatus, der auf den Angaben aus der Buchhaltung des Schuldners beruht, kann der Geschäftsführer nicht mit der pauschalen Behauptung bestreiten, die Buchhaltung sei nicht ordnungsgemäß geführt worden. Er hat vielmehr im Einzelnen vorzutragen und ggf. zu beweisen, welche der in den Liquiditätsstatus eingestellten Verbindlichkeiten trotz entsprechender Verbuchung zu den angegebenen Zeitpunkten nicht fällig und eingefordert gewesen sein sollen.“

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16 (ZIP 2018, 283):
 - Tabellarische Aufstellung über Geldeingänge und Verbindlichkeiten mit Belegdatum, Kontoname und Kontonummer aus Buchhaltung reicht zur Darlegung der ZU aus (Rz. 12f.)
 - Vorlage einzelner Rechnungen nicht erforderlich (Rz. 15)
 - Bereits durch Einbuchen der Rechnungen in die Buchhaltung der Schuldnerin ist von ernsthaftem Einfordern auszugehen; GF obliegt der Gegenbeweis (Rz. 16, 17)
 - Pauschale Behauptung zu Unrichtigkeit der Buchhaltung nicht ausreichend (Rz. 21f.)

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16 (ZIP 2018, 283):
 - Ergo: Für verfügbare Geldmittel, Verbindlichkeiten + Fälligkeit reicht Darstellung der Daten aus der Schuldnerbuchhaltung grds. aus!
 - Bankkonten + Barkasse Vs. Kreditoren / OPOS
 - Dann: Beweislastumkehr zu Lasten des GF
 - GF muss darlegen und beweisen, welche Verbindlichkeiten entgegen der Buha nicht fällig waren (Rz. 28)
 - Arg.: GF verantwortet Buha nach HGB und muss sich daher i.Zw. daran festhalten lassen (Rz. 24ff.)

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- Fazit nach BGH II ZR 88/16:
 - Wird ZU anhand von Buha-Daten dargelegt, bedarf es zunächst keines weiteren Beweisantritts durch IV
 - GF muss dann darlegen und beweisen, dass Buha-Daten falsch sind und ZU tatsächlich nicht bestand
 - Folge:
 - GF wird sich mit Gegenbeweis im Prozess sehr schwer tun
 - SV-Gutachten im Prozess ggf. nicht mehr nötig

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

Was muss im 3-Wochen-Finanzplan berücksichtigt werden?

- G. Fischer (VRiBGH a.D.):
 - fällig werdende Forderungen (+)
 - Fällig werdende Verbindlichkeiten (-)
 - sog. „**Bugwelleneffekt**“
 - Schuldner darf Bugwelle vor sich her schieben (Argument: § 15a InsO)
 - Verschiebung der Antragspflicht um 3 Wochen

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

Was muss im 3-Wochen-Finanzplan berücksichtigt werden?

- a.A. aber :
 - hM in Literatur (Gehrlein, Kleindiek, Ganter, Haas, Altmeppen...)
 - IDW S 11, Rz. 24ff., 35
 - „...voraussichtliche Zahlungsein- und -ausgänge“
 - BGH 1. StS (1 StR 665/12)
 - „...zu erwartende Einnahmen und Ausgaben...“

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

Was muss im 3-Wochen-Finanzplan berücksichtigt werden?

- II. ZS:
 - bisher offen gelassen (vgl. ZIP 2016, 1119, Rz. 31)
- IX. ZS?
 - Standpunkt bislang unklar

„...Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit kann eine Liquiditätsbilanz aufgestellt werden, wobei die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen sind zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten..“

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16 (ZIP 2018, 283)

stellt jetzt erstmals klar:

LS. 2:

„Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO anhand einer Liquiditätsbilanz sind auch die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) einzubeziehen.“

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16 (ZIP 2018, 283):
 - Ziel des Gesetzgebers war frühzeitige Insolvenzantragstellung und Verfahrenseröffnung (Rz. 49)
 - Mit Bugwelle könnte Antragstellung auf Dauer verzögert werden (Rz. 50)
 - „zeitliche Verzerrung“ widerspricht betriebswirtschaftlichen Grundsätzen und (iZw. vorrangigen) Gläubigerinteressen (Rz. 53)
 - Abgrenzung zu drohender ZU bleibt trotzdem möglich (Rz. 45, 46)

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16 (ZIP 2018, 283):
 - Konsens mit Rspr. des IX. ZS zur Zahlungseinstellung (Rz. 54ff.)
 - Beseitigung der ZU setzt allgemeine Wiederaufnahme der Zahlungen voraus
 - Offenbleiben von Verbindlichkeiten / schleppende Zahlungen sind Indizien für ZU
 - Ergo: „Bugwelle“ indiziert im Anfechtungsrecht gerade die ZU

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- Fazit nach BGH II ZR 88/16:
 - Im Prozess ist Streit um Passiva II passé
 - „Berechnung“ der ZU am Beispiel:
 - 1. Januar: Aktiva I ./ Passiva I → Unterdeckung?
wenn (+)
 - 21. Januar: Aktiva I+II ./ Passiva I+II?
(prognostizierte) Unterdeckung > 10%?

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

Zahlungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 InsO

- Fazit nach BGH II ZR 88/16:
 - Folgefrage aber: Retrograde Darlegung der ZU?
 - Muss hier auch Prognosehorizont berücksichtigt werden?
 - nach IDW S 11, Rz. 49, 50:

ZU bei erstmaliger Unterdeckung (+) wenn nach 3 Wochen Unterdeckung noch bestand! (keine Prognose erforderlich)
 - BGH (Rz. 62) indiziert, dass diese Auffassung vom BGH geteilt wird

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

- Ausgangsfrage: Welche Zahlungen sind mit Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar?
- sog. „privilegierte“ Zahlungen
 - Wasser-, Strom- und Heizrechnungen (BGH ZIP 2008, 72)
 - (angem.) Kosten für Sanierungsberater (BGH ZIP 2007, 1501)
 - Löhne + Gehälter, Miete (so z.B. OLG Celle ZIP 2004, 1210)
- Arg.: Die Nichtzahlung würde zur sofortigen Stilllegung des Betriebes führen und damit jegliche Sanierungschance (für den IV) vereiteln

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

- hM: haftungsbegründende Zahlung muss Insolvenzmasse verkürzt haben; ansonsten Verschulden (-)
- P: Berücksichtigung **kompensierender Gegenleistungen?**
 - Bsp.: Einkauf wertäquivalenter Waren
 - frühere Rspr: Kompensation nur (+), wenn Gegenleistung bei Insolvenzeröffnung noch in der Masse vorhanden ist (vgl. bspw. BGH ZIP 2003, 1005; ZIP 2010, 2400), seither streitig;
 - dann Wende in BGH ZIP 2015, 71: Ausgleich in unmittelbarem Zusammenhang ausreichend; kein Verbleib des Gegenwertes bis zur Insolvenzeröffnung nötig!

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

- Wann liegt eine Kompensation in unmittelbarem Zusammenhang vor?
- Lit. (u.a. Bitter, Casper, Altmeyen): Analoge Anwendung des Rechtsgedankens von § 142 InsO
 - Privilegierung bei unmittelbarem Leistungsaustausch
 - wirtschaftlicher Zusammenhang
 - Ausgleich bzw. Kompensation

2. Darlegung und Nachweis der Insolvenzreife im Zivilprozess

BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15 (ZIP 2017, 1619):

- „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 gelangende 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.“*

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15 (ZIP 2017, 1619):

LS 1: Keine analoge Anwendung von § 142 InsO

- Arg.: Keine vergleichbare Interessenlage
 - Bei § 64 GmbHG ist keine Gläubigerbenachteiligung nötig; § 64 GmbHG schützt allein vor Masseverkürzung (Rz. 13)
 - § 142 InsO schützt Anfechtungsgegner (Vertrauensschutz) (Rz. 14)
 - Kompensation soll – anders als bei § 142 InsO – nicht weitere Beteiligung des Schuldners am Rechtsverkehr ermöglichen (Rz. 15)

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

BGH, Ur. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15 (ZIP 2017, 1619):

- Aber weiterhin: Kompensation bei unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang möglich (Rz. 11)
 - Kein unmittelbar zeitlicher Zusammenhang erforderlich
 - Zuordnung der Kompensation allein nach wirtschaftlicher Betrachtung

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15 (ZIP 2017, 1619):

LS 2: Keine Privilegierung von Lohn- und Gehaltszahlungen

*„Um diese Masseverkürzung ausgleichen zu können, muss auch die in die Masse gelangende Gegenleistung für eine Verwertung durch die Gläubiger geeignet sein. (...) Die Bewertung selbst hat aber schon aufgrund der Insolvenzreife der Gesellschaft danach zu erfolgen, ob die Insolvenzgläubiger die Gegenleistung verwerten könnten, wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt das Verfahren eröffnet wäre. **Das ist bei Arbeits- oder Dienstleistungen regelmäßig, so auch hier, nicht der Fall. Dienstleistungen führen nicht zu einer Erhöhung der Aktivmasse und sind damit kein Ausgleich des Masseabflusses (...).**“*

(Rz. 18)

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15 (ZIP 2017, 1619):

LS 2: Keine Privilegierung von Lohn- und Gehaltszahlungen

*„Den Zahlungen der Schuldnerin an die (...) i. H. v. 6.508,27 € steht ebenfalls kein Massezufluss gegenüber. Soweit es sich um **Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienstleistungen, Entgelt für Internet und Kabelfernsehen**, gehandelt hat, gilt wie für Arbeits- und andere Dienstleistungen, dass sie die für die Gläubiger verwertbare Aktivmasse nicht erhöhen und damit kein Ausgleich der Masseschmälerung durch die Zahlung sind.“*

(Rz. 19)

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15 (ZIP 2017, 1619):

LS 2: Keine Privilegierung von Lohn- und Gehaltszahlungen

„Dass die Bezahlung der Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienstleistungen durch die Schuldnerin erforderlich war, um einen sofortigen Zusammenbruch eines auch in der Insolvenz sanierungsfähigen Unternehmens zu verhindern, und die Zahlung daher nach § 64 Satz 2 GmbHG zur Abwendung eines größeren Schadens für die Gläubiger entschuldigt wäre (...), ist nicht festgestellt und nicht ersichtlich.“

(Rz. 21)

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15 (ZIP 2017, 1619):

LS 3: Bewertung der Gegenleistung idR mit Liquidationswerten

*„Wenn die Gesellschaft insolvenzreif und eine Liquidation zugrunde zu legen ist, ist die in die Masse gelangende Gegenleistung **grundsätzlich nach Liquidationswerten zu bemessen**. (...) Die Bewertung hat aufgrund der Insolvenzreife der Gesellschaft danach zu erfolgen, ob die Insolvenzgläubiger die Gegenleistung verwerten könnten, wenn zum Bewertungszeitpunkt das Verfahren eröffnet wäre. Auch eine Bewertung einer Gegenleistung nach Liquidationswerten setzt aber voraus, dass die als Gegenleistung zur Masse gelangten Gegenstände für die Insolvenzgläubiger verwertbar wären.“*

(Rz. 20)

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15 (ZIP 2017, 1619):

Folgen für die Praxis?

- Lohn- und Gehaltszahlungen sind nicht (mehr) privilegiert und vielmehr vorrangig bei § 64 GmbHG zu berücksichtigen
- Auch Stromzahlungen u.a. sind nicht per se von der Haftung ausgenommen
- GF muss substantiiert wirtschaftlich werthaltige Gegenleistung vortragen und hierzu ggf. auch den in die Masse geflossenen Liquidationswert darlegen (und beweisen)

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

Sonderproblem: Belieferung unter erweitertem Eigentumsvorbehalt?

- Bargeschäft dann (-) vgl. BGH, ZIP 2015, 585
- Gläubigerbenachteiligung bei Zahlung dann stets (+) vgl. BGH NZI 2017, 64
- Übertragbarkeit auf GF-Haftung?
 - Welcher Liquidationswert kommt in das Vermögen der GmbH?
i.Zw. gar keiner!?

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

OLG München v. 22.06.2017, ZIP 2017, 1368:

„1. Die Haftung des Organs für masseverkürzende Leistungen nach § 64 Satz 1 GmbHG kann nur dann entfallen, wenn der Gesellschaft ein dem Gläubigerzugriff unterliegender Vermögenswert zufließt.

2. Insbesondere Zahlungen, mit denen Arbeitsleistungen abgegolten werden, sind masseschmälernde Zahlungen i. S. d. § 64 Satz 1 GmbHG (...).“

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

OLG München v. 22.06.2017, ZIP 2017, 1368:

- *„Nach wohl hM, der sich der Senat anschließt, können Zahlungen aus dem Vermögen einer insolvenzreifen GmbH nicht durch Vorleistungen des Zahlungsempfängers mit der Folge kompensiert werden, dass schon der Tatbestand einer Zahlung iSd § 64 S. 1 GmbHG entfällt (...).“*
- *„Wenn die ausgleichende Gegenleistung zeitlich vor der haftungsbefangenen Zahlung in das Vermögen des späteren Insolvenzschuldners gelangt, kommt es jedoch bei der nachfolgenden Zahlung in jedem Fall zu einer Verkürzung der Aktivmasse.“*

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

OLG München v. 22.06.2017, ZIP 2017, 1368:

- *„In dem Zeitpunkt, in dem die ausgleichende Gegenleistung in das Vermögen des späteren Insolvenzschuldners gelangt ist, hat sich das zugunsten der Insolvenzgläubiger haftende Vermögen um den Wert dieser ausgleichenden Gegenleistung erhöht, da die gleichzeitig entstehende Verbindlichkeit nach der Rechtsprechung des BGH (...) nicht als vermögensmindernd dagegen zu rechnen ist (...).“*

Entscheidung ist nicht rechtskräftig!

(anhängig am BGH unter Az. II ZR 248/17)

3. Privilegierte Zahlungen und kompensierende Gegenleistungen

Dazu nochmals Blick auf BGH ZIP 2017, 1619:

„Vielmehr ist ein unmittelbarer wirtschaftlicher, nicht notwendig zeitlicher Zusammenhang mit der Zahlung erforderlich (...)“ (Rz. 11)

(...)

„Die Bewertung hat aufgrund der Insolvenzreife der Gesellschaft danach zu erfolgen, ob die Insolvenzgläubiger die Gegenleistung verwerten könnten, wenn zum Bewertungszeitpunkt das Verfahren eröffnet wäre. Auch eine Bewertung einer Gegenleistung nach Liquidationswerten setzt aber voraus, dass die als Gegenleistung zur Masse gelangten Gegenstände für die Insolvenzgläubiger verwertbar wären.“ (Rz. 20)

4. Annex: Aktuelle Entwicklungen bei der D&O- Versicherung

4. Annex:

Aktuelle Entwicklungen bei der D&O-Versicherung

- BGH, Beschl. v. 14.04.2016 – IX ZR 161/15 (ZIP 2016, 1126)

„Der Insolvenzverwalter einer GmbH ist deren Geschäftsführer gegenüber nicht verpflichtet, eine zu dessen Gunsten abgeschlossene Haftpflichtversicherung aufrechtzuerhalten, um ihn aus einer Inanspruchnahme wegen verbotener Zahlungen freizustellen.“

- Redaktioneller Leitsatz:

„Keine Haftung des Insolvenzverwalters wegen Beendigung der D&O-Versicherung für Geschäftsführer“

4. Annex:

Aktuelle Entwicklungen bei der D&O-Versicherung

- BGH, Rz. 16 aber:

*„Unter dem Gesichtspunkt der bestmöglichen Wahrung der Gläubigerinteressen **mag es geboten sein, eine zu Gunsten des Geschäftsführers einer insolventen GmbH abgeschlossene Haftpflichtversicherung aufrechtzuerhalten, sofern Haftungsansprüche gegen den Geschäftsführer mangels finanzieller Leistungsfähigkeit nicht durchsetzbar sind (...).** Hingegen besteht keine Verpflichtung des Insolvenzverwalters, eine solche Haftpflichtversicherung aus Mitteln der Masse zu bestreiten, um den Geschäftsführer von einer etwaigen Haftung zu befreien.“*

4. Annex:

Aktuelle Entwicklungen bei der D&O-Versicherung

- OLG Celle, Beschl. v. 01.04.2016 – 8 W 20/16 (BeckRS 2016, 125428)

*„Es spricht jedoch einiges für die Annahme der Beklagten, dass der Kläger auch mit den restlichen Klagansprüchen zu 1. bis 4. und 8. keinen Erfolg gehabt hätte, weil der vom Nebenintervenienten gegen den Kläger erhobene Zahlungsanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG **kein vom Versicherungsvertrag erfasster Haftpflichtanspruch** ist (...).“*

- ablehnend bspw. Schubert GmbHR 2017, R321
- eher zustimmend aber aktuell Cyrus NZG 2018, 7

4. Annex:

Aktuelle Entwicklungen bei der D&O-Versicherung

- Lösung des Konflikts: Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG?
- mE neben § 64 GmbHG möglich (vgl. dazu Heitsch in ZInsO 2015, 1375); so auch BGH ZIP 2013, 1332 (Rz. 27)
- Haftung für Insolvenzverschleppungs- bzw. Vertiefungsschaden, § 249 BGB
- Vergleich Vermögenslage bei Eintritt der Insolvenzreife mit Vermögenslage bei Antragstellung (Schadensschätzung nach § 287 ZPO möglich)

Vielen Dank!

RA André Berbuer

Kontakt: andre.berbuer@kaisersoziende.de

Kaiser & Sozien Partnerschaft mbB

Wilhelmstraße 1b, 79098 Freiburg

www.kaisersoziende.de