

Forum Insolvenzrecht e.V. – Frühjahrstagung 2016

Insolvenzrecht aktuell – was mich bewegt!

Prof. Dr. Florian Jacoby
Gütersloh, 8. April 2016

Zwei Themen

Teil 1 (ESUG):

Haftung des Sanierungsgeschäftsführers
(Jacoby, FS Vallender, 2015)

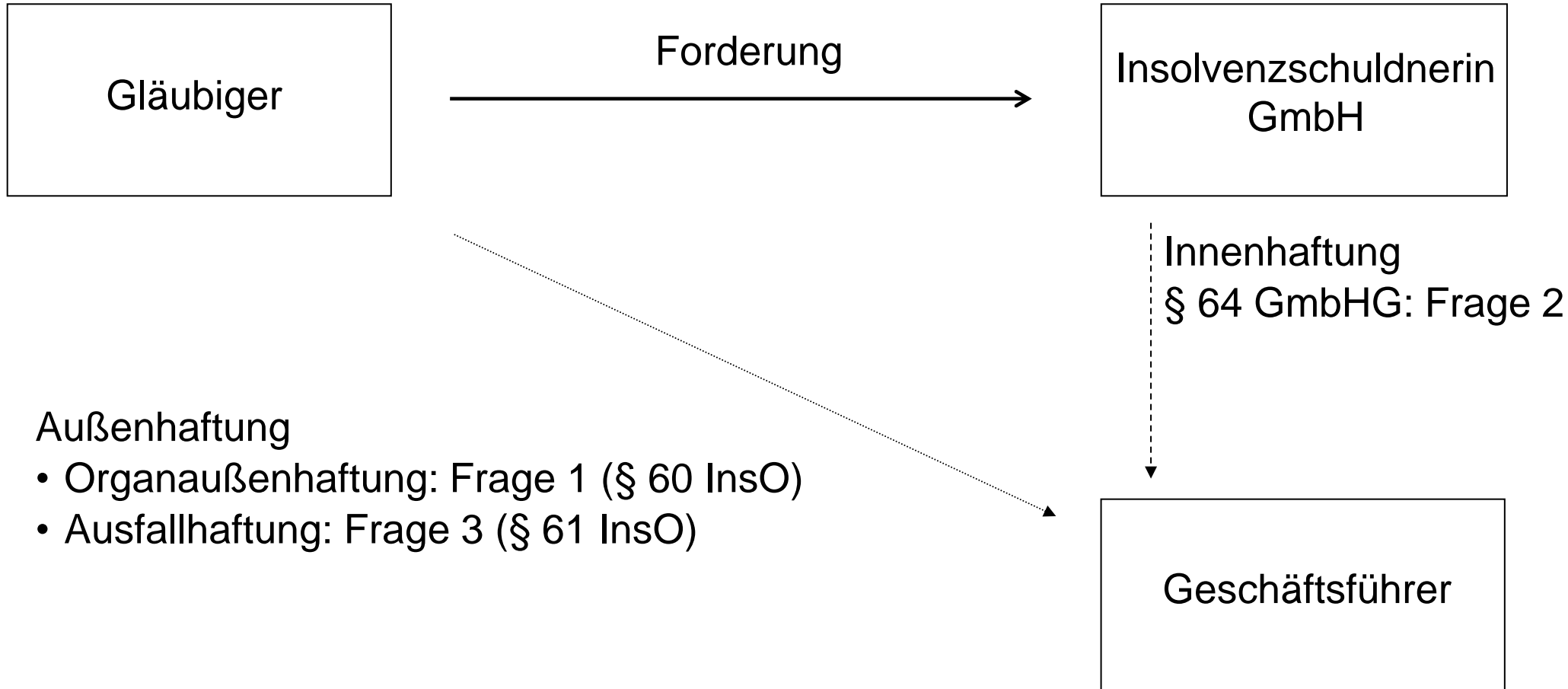
Teil 2 (MoMiG):

Gesellschafterhilfen - Aufgabe des Merkmals der Krise
am Beispiel einer gesicherten Ruhegehaltszusage
(Jacoby, ZIP Heft 22/2016)

Haftung des Sanierungsgeschäftsführers - Leitfragen

1. Richtet sich die Organhaftung des Geschäftsführers allein nach § 43 GmbHG, so dass sie sich auf eine Haftung gegenüber der eigenverwaltenden GmbH beschränkt, oder droht die Haftung wie im Falle des § 60 InsO auch gegenüber anderen Beteiligten des Insolvenzverfahrens?
2. Wie lange droht dem Geschäftsführer eine Haftung nach § 64 GmbHG, inwieweit stehen also Insolvenzantrag, Anordnung von Sicherungsmaßnahmen oder spätestens Verfahrenseröffnung einer Haftung aus § 64 GmbHG entgegen?
3. Inwieweit droht bei Masseunzulänglichkeit dem Geschäftsführer eine Ausfallhaftung für von ihm begründete Masseverbindlichkeiten wie nach § 61 InsO dem Insolvenzverwalter.

Geschäftsführerhaftung im Dreieck Gläubiger, GmbH, Geschäftsführer

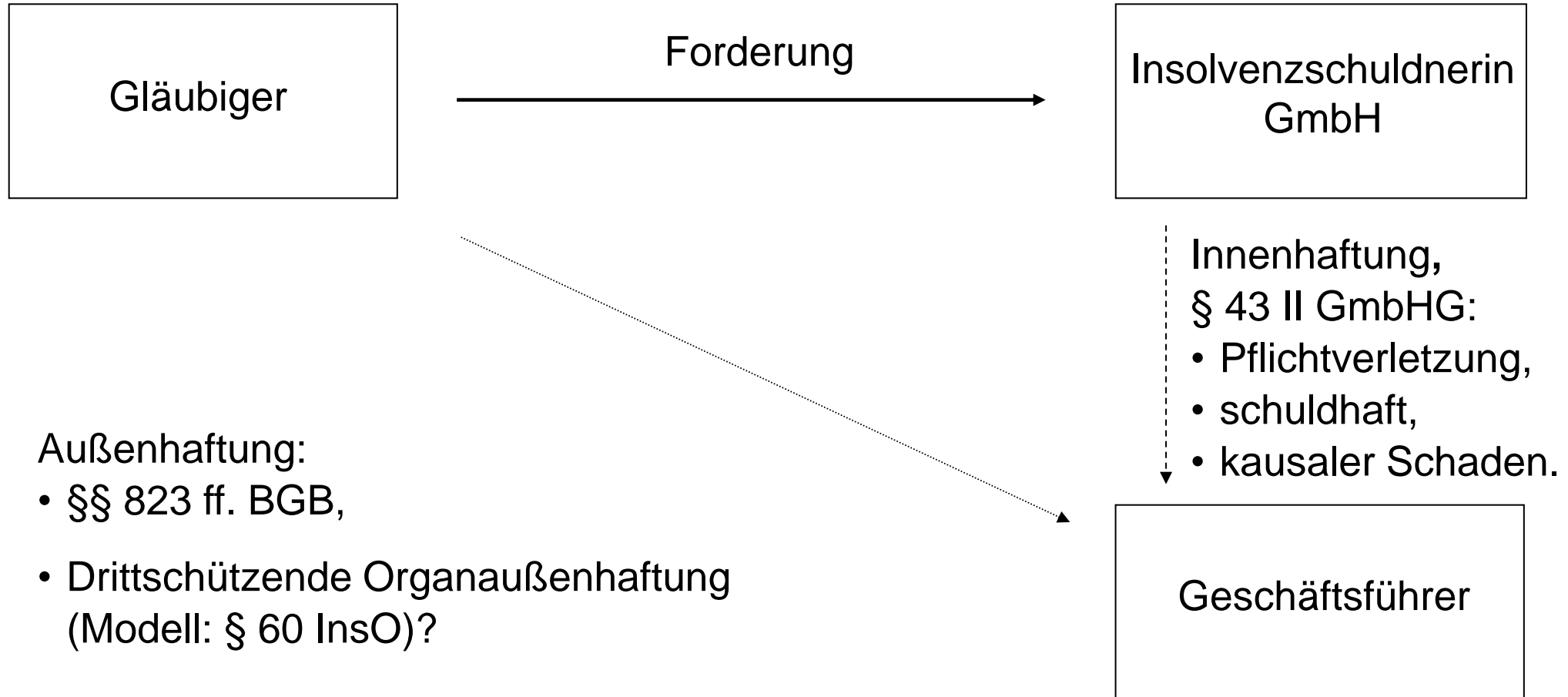


Außenhaftung

- Organaußenhaftung: Frage 1 (§ 60 InsO)
- Ausfallhaftung: Frage 3 (§ 61 InsO)

- I. Organhaftung des Geschäftsführers
- II. Haftung für Zahlungen nach § 64 S. 1 GmbHG
- III. Ausfallhaftung für Masseverbindlichkeiten
- IV. Fazit in Thesen

I. Organhaftung des Geschäftsführers



1. Fallgruppen der Haftung
 - a) Fallgruppe Gesamtschaden
 - b) Fallgruppe Individualschaden
2. Begründung der drittschützenden Organhaftung
 - a) Ausgangspunkt: Haftungsgrundlage
 - b) Geschäftsführer statt GmbH
 - c) Bedürfnis
3. Bestimmung der maßgeblichen Zäsur
 - a) Insolvenzeröffnung samt Anordnung der Eigenverwaltung
 - b) Insolvenzantrag ohne Anordnung von Verfügungsbeschränkungen
4. Ergebnis zur Organhaftung

1. Fallgruppen der Haftung

a) Gesamtschaden:

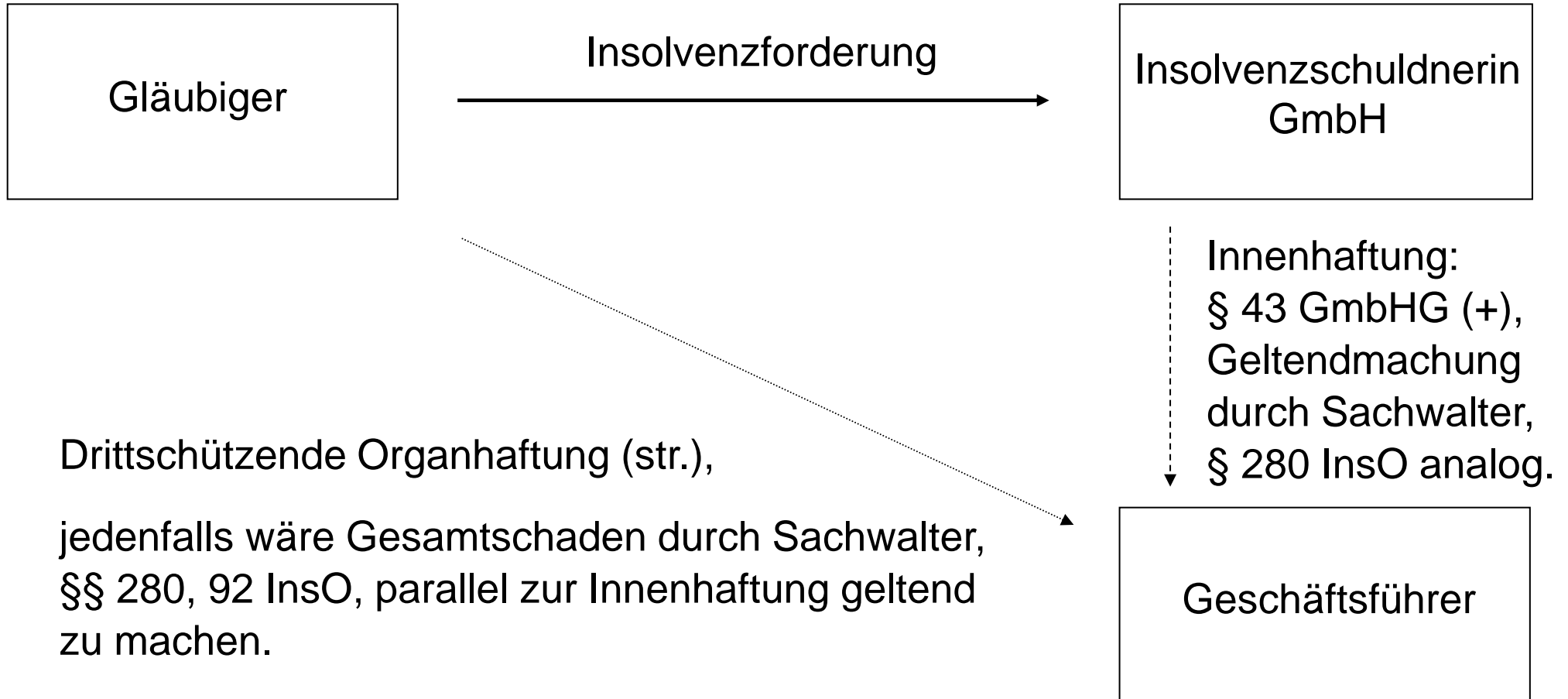
Masseschädigung bedeutet Schädigung von Insolvenzschuldner und Gesamtheit der Gläubiger (sog. Quotenschaden)

*Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt die Insolvenzschuldnerin, eine GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer, aussichtslose Prozesse, erleidet durch die Prozesskosten Vermögenseinbußen (Masseverkürzung), so dass **alle Insolvenzgläubiger** eine geringere Quote erhalten.*

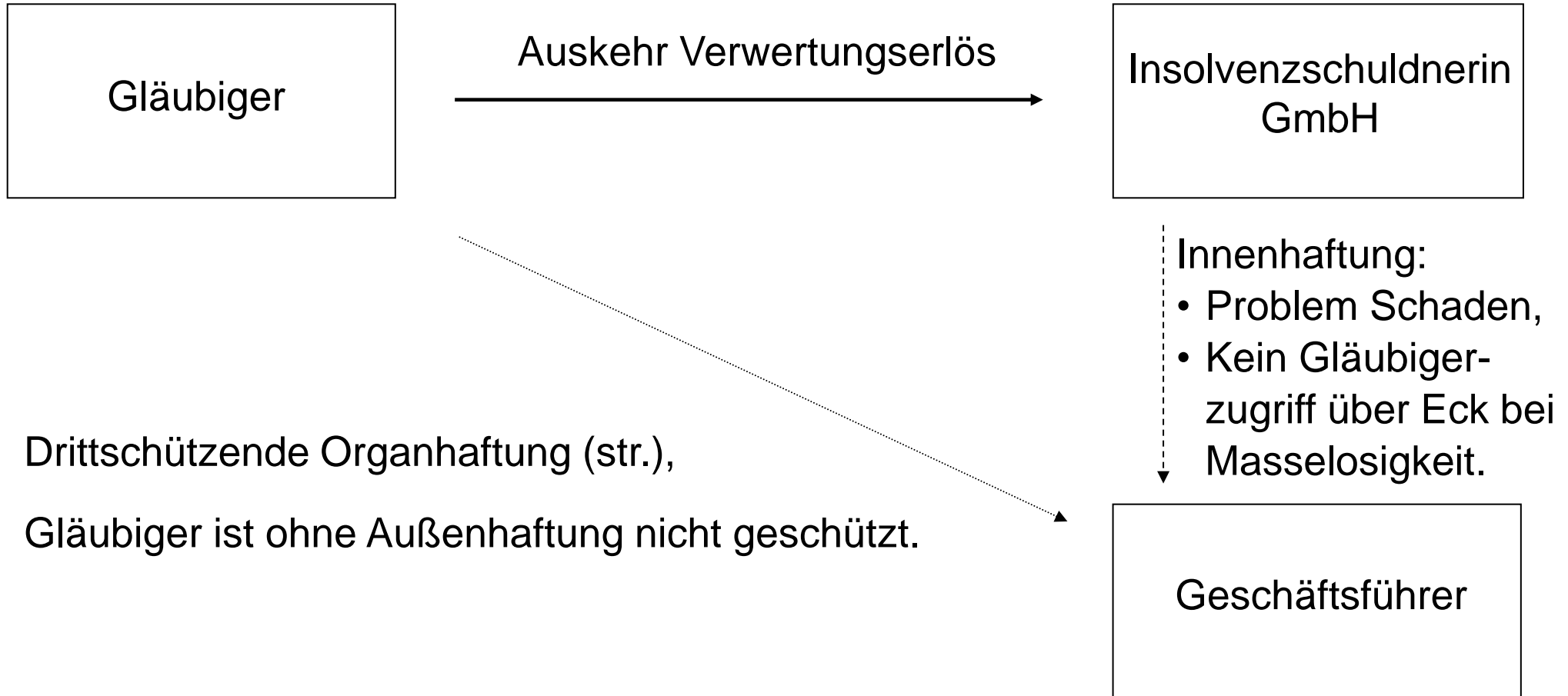
b) Einzelschaden: Schädigung eines einzelnen Gläubigers

*Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verwertet die Insolvenzschuldnerin, eine GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer, ein Warenlager, das **einem** absonderungsberechtigten **Gläubiger** zur Sicherung von Forderungen übereignet worden war. Die GmbH sondert den Verwertungserlös aber pflichtwidrig nicht zugunsten des Gläubigers ab, sondern tilgt aus dem Erlös andere Verbindlichkeiten. Später tritt Masseunzulänglichkeit ein, der absonderungsberechtigte Gläubiger wird nicht befriedigt.*

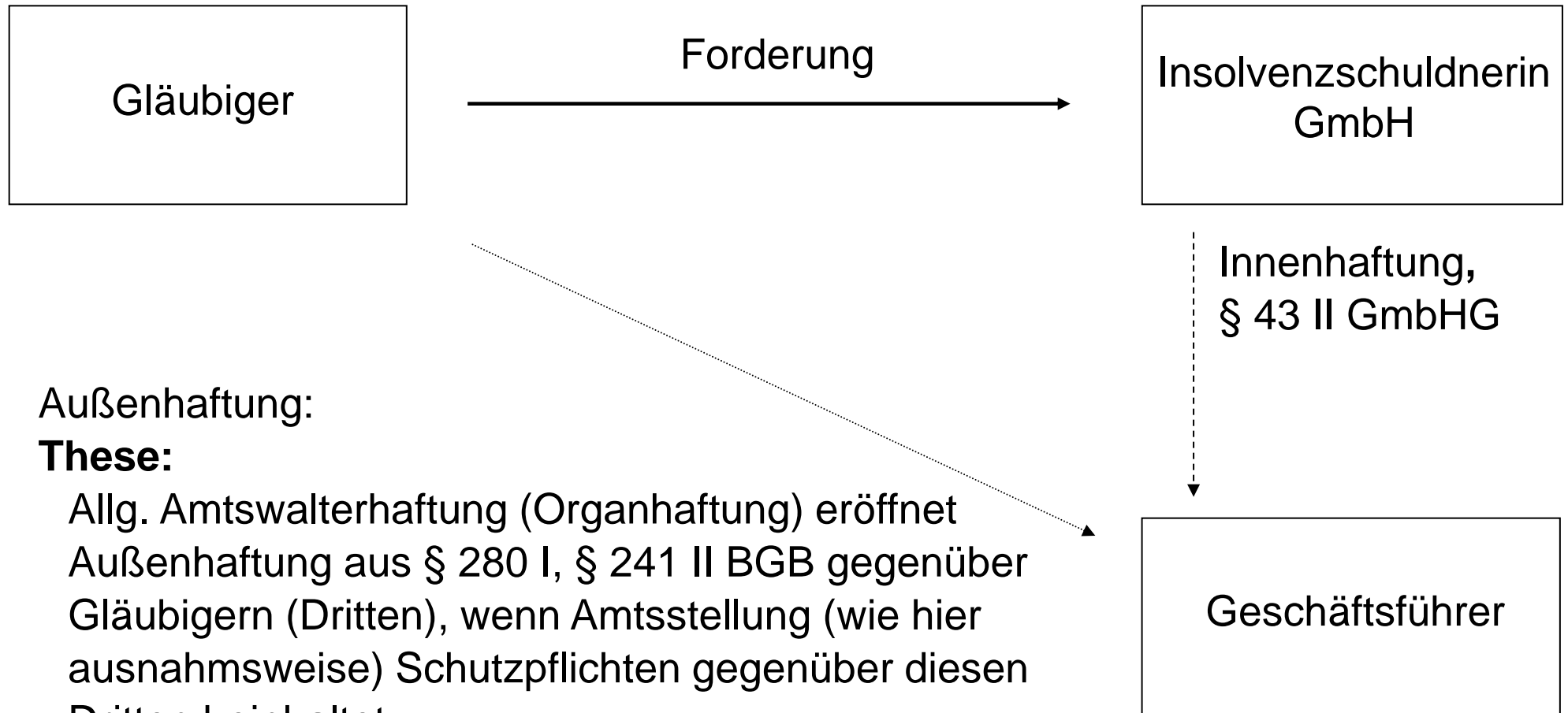
Fallgruppe 1: Gesamtschaden bei Masseschädigung



Fallgruppe 2: Einzelschaden eines Gläubigers



2. Begründung der drittschützenden Organhaftung



Außenhaftung:

These:

Allg. Amtswalterhaftung (Organhaftung) eröffnet Außenhaftung aus § 280 I, § 241 II BGB gegenüber Gläubigern (Dritten), wenn Amtsstellung (wie hier ausnahmsweise) Schutzpflichten gegenüber diesen Dritten beinhaltet.

a) Haftungsgrundlage

- Maßgeblich muss Bestimmung der Organpflichten sein, Haftung folgt dann schon aus § 280 I BGB.
- § 43 Abs. 2 GmbHG baut zwar auf dem Grundsatz auf, dass Organpflichten nur gegenüber Gesellschaft bestehen, Ausnahme für GmbH & Co. KG anerkannt (BGH ZIP 2013, 1712).
- Drittschützende Amtspflichten bei §§ 60, 71 InsO

b) Schutzpflichten des Geschäftsführers gegenüber Gläubigern

- Schutzpflichten bestehen (§ 1 InsO).
- Verpflichtet ist Geschäftsführer (nicht bloß GmbH)
 - Nicht Wortlaut (vgl. § 282 InsO), da rechtsträgerunabhängig,
 - Maßgeblich ist nach Sinn und Zweck Kompetenzordnung (§ 276a, § 274 Abs. 2 InsO),
 - Funktional entspricht Geschäftsführer dem Insolvenzverwalter.

c) Bedürfnis (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO): Deliktshaftung reicht nicht aus.

- § 823 Abs. 1 BGB,
- § 823 Abs. 2 BGB.

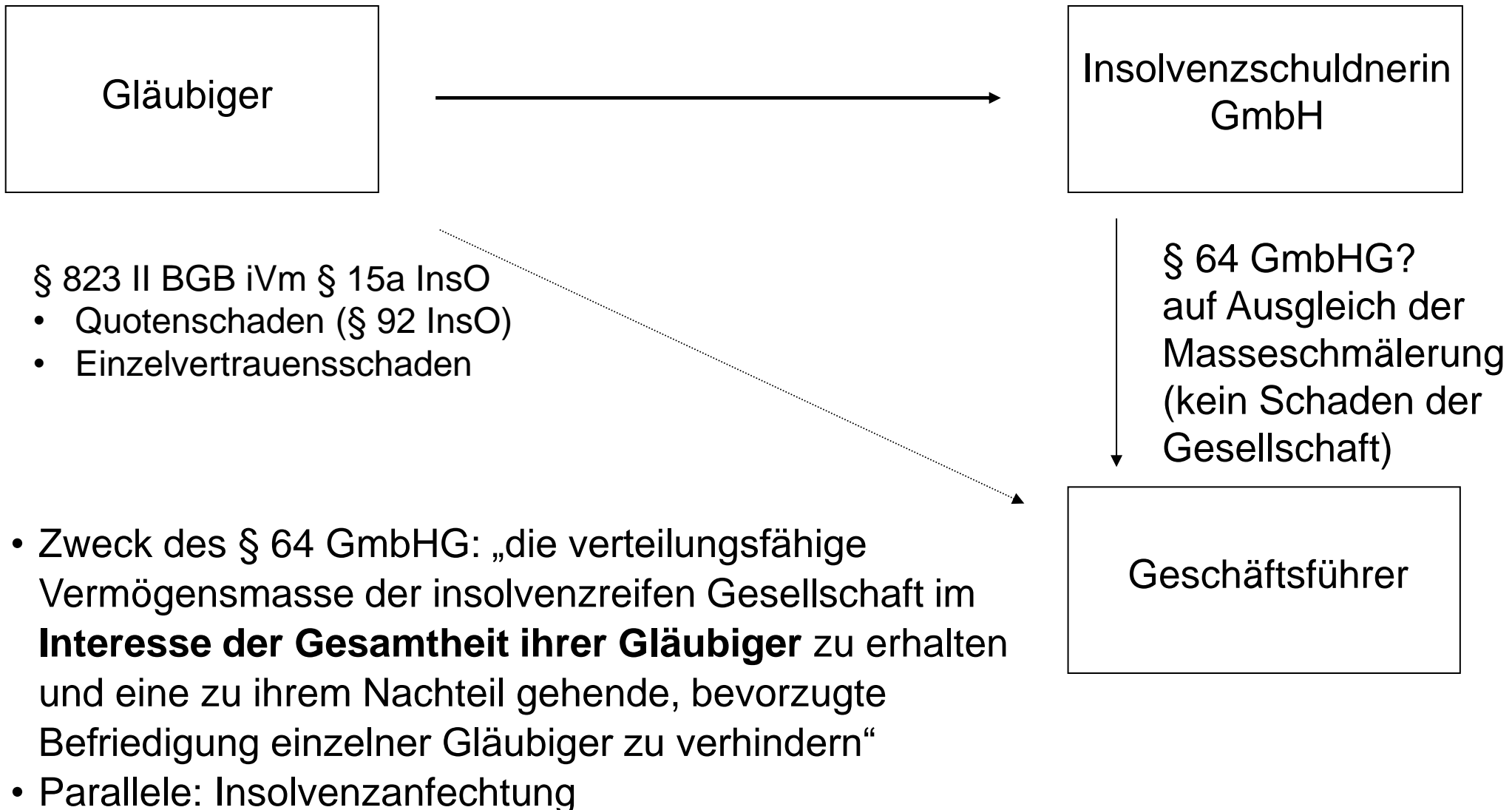
3. Bestimmung der maßgeblichen Zäsur

- **Insolvenzeröffnung samt Anordnung der Eigenverwaltung**
 - Gesellschaftsrechtliche Abwicklung (Liquidation, § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) nach Insolvenzrecht: Fortführung des Unternehmens, § 157 InsO, Fortsetzung der Gesellschaft, § 225a III InsO,
 - Zweck Gläubigerbefriedigung statt Gesellschaftszweck (Gesellschafter bloß noch nachnachrangige Insolvenzgläubiger, § 199 S. 2 InsO),
 - Insolvenzrechtliche Organisationsordnung statt gesellschaftsrechtlicher, § 276a InsO,
 - **Veränderung der Amtspflichten des Geschäftsführers durch Eigenverwaltung:** Geschäftsführer hat wie Sachwalter Interessen der Gläubiger zu schützen; Sachwalter überwacht Geschäftsführung, § 274 II 1 InsO.
- **Insolvenzantrag ohne Anordnung von Verfügungsbeschränkungen**
 - Keine Auflösung, Prüfung des Auflösungsgrunds (allein Sicherungsanordnungen im Gläubigerinteresse),
 - Gesellschaftsrechtliche Organisationsordnung bleibt bestehen, keine Analogie zu § 276a InsO, möglich vertragliche Regelungen,
 - **Keine** Veränderung der gesetzlichen Amtspflichten, möglich Anstellungsvertrag.

4. Ergebnis zur Organhaftung

- a) Beschränkte man die Haftung des Sanierungsgeschäftsführers während der Eigenverwaltung mit § 43 Abs. 2 GmbHG in subjektiver Hinsicht auf eine solche gegenüber der Gesellschaft, fehlte den Beteiligten des Insolvenzverfahrens ein § 60 InsO entsprechender Schutz, wenn sie Individualschäden erleiden.
- b) Diese Schutzlücke besteht aber nicht, da den Sanierungsgeschäftsführer einer eigenverwaltenden GmbH mit Insolvenzeröffnung Organpflichten wie einen Insolvenzverwalter gegenüber allen Beteiligten am Insolvenzverfahren treffen, weil diesem die Geschäftsführung im Gläubigerinteresse zugewiesen ist.
- c) Anspruchsgrundlage ist § 280 Abs. 1 BGB. § 60 InsO hat keine klarstellende Wirkung, weil der Geschäftsführer dort nicht genannt wird. Für eine Analogie zu § 60 InsO fehlt es an der Regelungslücke. Freilich lassen sich die Erkenntnisse zur Haftung des Insolvenzverwalters aus § 60 InsO auf die drittschützende Geschäftsführerhaftung aus § 280 Abs. 1 BGB übertragen.

II. Haftung für Zahlungen nach § 64 S. 1 GmbH



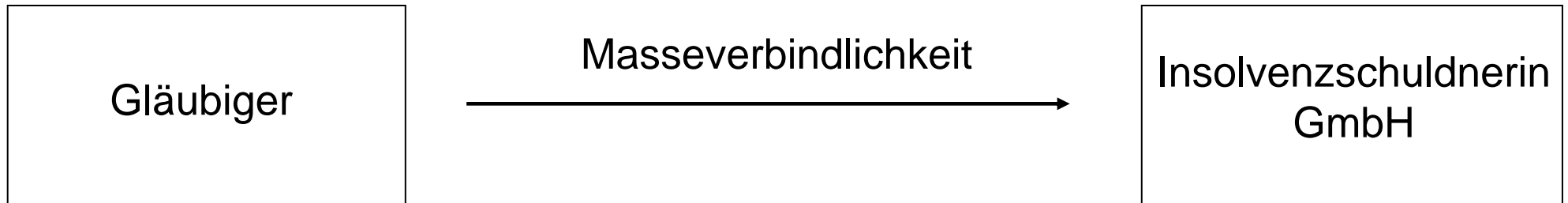
1. Haftung nach Verfahrensantrag

- Keine Beschränkung auf Insolvenzreife bis Antrag,
- Bedürfnis auch nach Antrag, im Interesse der Gläubigergesamtheit Masseschmälerungen zu sanktionieren.
- Organhaftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG versagt, weil dieser Schadensersatzanspruch einen Schaden der Gesellschaft voraussetzt
- Parallele zur Insolvenzanfechtung (BGH ZIP 2014, 584)

2. Keine Haftung nach Verfahrenseröffnung

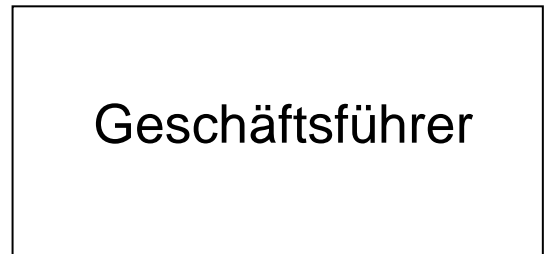
- § 64 S. 1 GmbHG will den Zugriff der Gläubigergesamtheit auf die Masse so sichern, als sei bereits im Zeitpunkt der Insolvenzreife das Verfahren eröffnet worden.
- Ab Eröffnung keine Sicherung, sondern Haftungsrealisierung.
- Schutz über Organhaftung wegen drittschützenden Charakters.
- Parallele zur Insolvenzanfechtung.

III. Ausfall eines Massegläubigers bei Masseunzulänglichkeit



Ausfallhaftung des Geschäftsführers?

Begründung zu § 72 RegE (§ 61 InsO): „[Ist die Masseunzulänglichkeit wahrscheinlich,] so trifft den Vertragspartner ein erhöhtes Risiko, das über die allgemeinen Gefahren eines Vertragsabschlusses – auch des Vertragsschlusses mit einem Insolvenzverwalter – weit hinausgeht und das **den Verwalter daher schon nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen zu einer Warnung des Vertragspartners verpflichtet.**“



Ausfall eines Massegläubigers bei Masseunzulänglichkeit

1. Rechtsnatur der Ausfallhaftung des Insolvenzverwalters

- BGH (1958-1987): § 82 KO (= § 60 InsO)
- Einführung des § 61 InsO durch Gesetzgeber
- Handhabung des § 61 InsO der Sache nach als besondere Ausprägung des § 311 Abs. 3 S. 2 BGB
 - Vertrauensschaden
 - Rechtsgeschäftlich begründete Masseverbindlichkeiten

2. Ausweitung auf den Sanierungsgeschäftsführer

- Rechtsgrundlage: §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 3 BGB
- Vertrauen in Geschäftsführer wie sonst in Verwalter, von der Kompetenz, Masseverbindlichkeiten begründen zu können, nur Gebrauch zu machen, wenn Deckung dieser Verbindlichkeiten nicht nur bei Eröffnung (§ 26 InsO), sondern auch bei Vertragsschluss zu erwarten.
- Vertrauen auch bei Begründung von Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren aufgrund entsprechender gerichtlicher Ermächtigung.

Haftungsgefahren für Sanierungsgeschäftsführer im Zeitraffer

Eröffnungs-
antrag

Verfahrens-
eröffnung

Eröffnungsverfahren

Eigenverwaltungsverfahren

- § 43 II GmbHG,
- § 64 GmbHG.
- § 823 II BGB iVm § 15a InsO.

- § 43 II GmbHG,
- § 64 GmbHG.
- Anstellungsverhältnis mit § 280 I BGB (Einzelfall: ?).
- § 280 I, § 241 II, § 311 III 2 BGB (§ 61 InsO).

- § 43 II GmbHG lässt unberührt allg. Amtswalterhaftung (§ 280 I BGB) zum Schutze aller Insolvenzbeteiligten (§ 60 InsO).
- § 280 I, § 241 II, § 311 III 2 BGB (§ 61 InsO).

IV. Fazit in Thesen

1. Den Sanierungsgeschäftsführer einer eigenverwaltenden GmbH treffen mit Insolvenzeröffnung Organpflichten wie einen Insolvenzverwalter gegenüber allen Beteiligten am Insolvenzverfahren, weil diesem die Geschäftsführung im Gläubigerinteresse zugewiesen ist. Anspruchsgrundlage ist § 280 Abs. 1 BGB. Freilich lassen sich die Erkenntnisse zur Haftung des Insolvenzverwalters aus § 60 InsO auf die drittschützende Geschäftsführerhaftung aus § 280 Abs. 1 BGB übertragen.
2. Der Sanierungsgeschäftsführer haftet über den Zeitpunkt der Insolvenzantragsstellung hinaus aus § 64 S. 1 GmbHG für nach dieser Vorschrift verbotene Zahlungen. Eine Haftung aus diesem Tatbestand scheidet jedoch nach Verfahrenseröffnung aus, weil dann das von § 64 S. 1 GmbHG vorausgesetzte Sicherungsbedürfnis nicht mehr besteht, sondern die bis dahin gesicherte Masse nach Maßgabe der InsO zugunsten der Gläubiger zu verwerten ist.
3. Fällt ein Massegläubiger mit seiner nach Verfahrenseröffnung begründeten Vertragsforderung wegen Masseunzulänglichkeit aus, kann ihm der Sanierungsgeschäftsführer aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 3 BGB haften. Für diese Haftung gelten die zu § 61 InsO entwickelten Grundsätze entsprechend.

Teil 2: Insolvenzfestigkeit einer gesicherten Ruhegehaltszusage

Beispiel (vgl. BGH v. 7.11.2013 - IX ZR 248/12, ZIP 2013, 2368)

- Der Kläger war Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin.
- Im Jahre 2003 erteilte ihm die Schuldnerin eine Pensionszusage über einen Betrag von monatlich 3.000 EUR.
- Zur Sicherung dieser Ansprüche verpfändete die Schuldnerin durch Nachtrag vom 29. November 2004 ihr zustehende Ansprüche aus einer Rückdeckungsversicherung.
- Die GmbH zahlte regelmäßig Prämien auf die Versicherung.
- 2015 wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet.
- Der Insolvenzverwalter beansprucht die verpfändeten Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung für sich.

- I. Qualifizierung des Anspruchs aus der Ruhegehaltszusage, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO
- II. Absonderungsrecht aus Besicherung für nachrangige Forderung
- III. Anfechtbarkeit der Besicherung, § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
- IV. Fazit in Thesen

I. Qualifikation nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO

[Absehen von der Krise!]

- Gesellschafterdarlehen oder Forderungen aus **Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen** (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO):
 - Kein Austausch wie beim Bargeschäft,
 - sondern hinausschieben der Gesellschafterforderung durch
 - anfängliche Vereinbarung oder
 - nachträgliche Stundung (Stehenlassen).
- Gesellschaft ohne auch nur mittelbar nach § 128 HGB haftende natürliche Person (§ 39 Abs. 4 S. 1),
- Kein Sanierungsprivileg, also Anteilserwerb zum Zwecke der Sanierung (§ 39 Abs. 4 S. 2 InsO),
- Kein Kleinbeteiligungsprivileg, also Beteiligung mit mehr als 10 % am Haftkapital oder Geschäftsführer (§ 39 Abs. 5 InsO).

Höchstrichterliches zum „Gesellschafter-Arbeitnehmer“

BAG v. 27.3.2014 - 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927:

- Gleichgestellte Verbindlichkeiten sind nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt 2 InsO Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen - nur - wirtschaftlich entsprechen. Ernstzunehmende Schutzlücken sollen nicht entstehen. Der Begriff der Rechtshandlung ist deswegen weit auszulegen. Rechtshandlung ist jedes von einem Willen getragene Handeln vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, das eine rechtliche Wirkung auslöst.
- Seit der Novellierung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO MoMiG kommt es nicht mehr auf die Merkmale des Eigenkapitalersatzes und der Gesellschaftskrise an. Die zunächst unterbliebene Durchsetzung fälliger Forderungen ist jedoch nach wie vor als Rechtshandlung einzuordnen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich iSv. § 39 Abs 1 Nr 5 Alt 2 InsO entspricht.

BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491:

Wird eine Gehaltsforderung an einen Gesellschafter nach den Grundsätzen des Bargeschäfts gedeckt, liegt darin keine Befriedigung einer einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechende Forderung.

- Charakter
 - Entgeltcharakter: Die Zusage ist Gegenleistung für die Betriebstreue, die der Dienstverpflichtete bereits erbracht hat und die der Dienstberechtigte weiterhin erwartet (BGH ZIP 1982, 95, 96).
 - Alternativ unentgeltlich bei Betonung des Fürsorgewillens.
 - Keine weitere Alternative?!
- Folgerung
 - Entgelt ist von Anfang an hinausgeschoben, also § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (+),
 - Sonst (bei Unentgeltlichkeit) nicht nur § 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO, sondern auch § 30 Abs. 1 S.1 GmbHG.

II. Absonderungsrecht aus Besicherung der nachrangigen Gesellschafterforderung

Steht – abgesehen von der Anfechtbarkeit – Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dem Absonderungsrecht entgegen?

- Mm: Kein Absonderungsrecht, Nachrang erstreckt sich wegen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf Absonderungsrecht (Fortwirkung des alten Rechts),
- hM: Insolvenzfestigkeit der Sicherheit; vgl. BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11 Rn. 14: Anfechtung ausgeschlossen, falls der Gesellschafter über eine länger als zehn Jahre vor Antragstellung begründete unanfechtbare Sicherheit verfügt.

Also kann Gesellschafter sich grds. auf Sicherheit berufen!

BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11, ZIP 2013, 1579 Rn. 19

Der bereits in der beschränkten Haftung auf das Gesellschafts-
vermögen liegende Risikoanreiz des Gesellschafters wird zusätzlich
erhöht, wenn er daraus dank einer Sicherung im Verhältnis zu den
sonstigen Gläubigern auch noch vorrangig befriedigt wird. Ein
gesicherter Gesellschafter, der anders als im Falle der Gabe
ungesicherter Darlehensmittel nicht um die Erfüllung seines
Rückzahlungsanspruchs fürchten muss, wird in Wahrnehmung der
Geschäftsführung zur Eingehung unangemessener, wenn nicht gar
unverantwortlicher, allein die ungesicherten Gläubiger treffender
geschäftlicher Wagnisse neigen (vgl. Engert, ZGR 2004, 813, 831;
Cahn, AG 2005, 217, 225). **Die Gewährung von
Gesellschafterdarlehen, die durch das Gesellschaftsvermögen
gesichert werden, ist darum mit einer ordnungsgemäßen
Unternehmensfinanzierung nicht vereinbar (Engert, aaO).**

III. Anfechtbarkeit der Besicherung, § 135

Abs. 1 Nr. 1 InsO

- Besicherung einer nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangigen Forderung
 - [Bei Unentgeltlichkeit entscheidet neben § 134 InsO, ob § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG sich auf die Verwertung einer Sicherheit erstreckt, offen gelassen von BGH ZIP 2007, 1705 Rz. 25.]
- Zehnjahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
 - Anfechtbarkeit der Bestellung
 - Anfechtbarkeit des **Werthaltigmachens** der Sicherheit, vgl. BGHZ 174, 297 = ZIP 2008, 183, BGH ZIP 2013, 588
- Bargeschäft (Bestellung „anfänglicher“ Sicherheiten)
 - Anwendbarkeit (str.)
 - Voraussetzungen
 - Unmittelbarer Leistungsaustausch,
 - auf Grundlage einer Vereinbarung.

1. Die Ansprüche eines Gesellschafters aus einer Ruhegehaltszusage sind typischerweise nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 Fall 2 InsO nachrangig.
2. Der Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO hindert allerdings den Gesellschafter nicht, abgesonderte Befriedung aus einer von der Gesellschaft gestellten Realsicherheit zu beanspruchen.
3. Das Werthaltigmachen der Sicherheit in den letzten zehn Jahren vor Eröffnungsantrag ist aber typischerweise nach §§ 129, 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und
Gesellschaftsrecht,

Universität Bielefeld
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

florian.jacoby@uni-bielefeld.de
www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/