

Immer mit Risiken und Nebenwirkungen



ZIS-Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter

Mannheim. Das ZIS-Abendsymposium beschäftigte sich am 04.02.2020 bei sehr gut gefüllten Reihen mit der Geschäftsführerhaftung und der D&O-Versicherung. Zunächst referierte ZIS-Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter über die Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG und in der (vorläufigen) Eigenverwaltung. Im Anschluss gab Prof. Dr. Oliver Brand einen Überblick zur Deckung von Haftungsansprüchen durch D&O-Versicherer. Anschließend referierte RA Dr. Christian Schneider über die praktischen Auswirkungen bei Inanspruchnahme dieser Versicherungen.

Text: Rechtsanwältin Petra Heidenfelder, SGP Schneider Geiwitz

In seinem Eröffnungsvortrag stellte Prof. Dr. Georg Bitter strittige Rechtsmeinungen zur Geschäftsführerhaftung nach § 64 Satz 1 GmbHG in den Vordergrund. Umstritten sei z. B. der zeitliche Anwendungsbereich der Geschäftsführerhaftung. Laut BGH hafte der Geschäftsführer ab Eintritt der Insolvenzzureife und nicht erst nach Ablauf der 3-Wochen-Frist. Die Anwendbarkeit nach dem Insolvenzantrag sei strittig und davon abhängig, wie man den Schutzzweck des § 64 Satz 1 GmbHG interpretiert. Die h. M. sehe § 64 Satz 1 GmbHG als Schutzfunktion zum Erhalt einer verteilungsfähigen Masse. Daher sei § 64 Satz 1 GmbHG auch anwendbar nach der Insolvenzantragstellung. Nach jener Literaturmeinung, die § 64 GmbHG lediglich eine Druckfunktion in Bezug auf die Antragstellung zuschreibt, könne die Norm ab Stellung des Insolvenzantrags nicht mehr anwendbar sein, da sich der Zweck der Norm mit der Insolvenzantragstellung erledigt habe (vgl. ZInsO 2018, 557 ff., 574).

Haftungsadressat der Geschäftsführerhaftung aus § 64 Satz 1 GmbHG ist grundsätzlich der GmbH-Geschäftsführer. Jedoch nehme die Inanspruchnahme von Mitgliedern eines gesetzlich verpflichtenden Aufsichtsrats wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht zu (vgl. § 116 AktG i. V. m. §§ 93 Abs. 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 AktG). Dies gelte laut BGH aber nicht für Mitglieder eines fakultativen Aufsichtsrats, der häufig bei Familiengesellschaften eingesetzt wird, da § 52 GmbHG nicht auf § 93 Abs. 3 AktG verweise.

Zu einer der Kernfragen: Gilt der Kontoeingang bei einem debitorischen Konto als Zahlung, für die der Geschäftsführer haftet? Der BGH bejaht das, da der Geschäftsführer die Verpflichtung gehabt hätte, die Beträge auf ein (neu eröffnetes) kreditorisch geführtes Konto umzuleiten (ZIP 2015, 1480). Dahin gehend sei der Kontoausgang bei einem debitorischen Konto keine Zahlung, für die der Geschäftsführer haftet. Laut BGH handle es sich nur um einen Gläubigertausch mit der Folge, dass die (zusätzliche) Forderung der Bank aus dem Kontokorrent an die Stelle der Forderung des befriedigten Gläubigers tritt. Bitter sieht diese Rechtsprechung kritisch, da Deckungs- und Valutaverhältnis nicht sorgfältig betrachtet und getrennt gesehen würden. Er zitiert Karsten Schmidt (ZIP 2008, 1401 ff.), der folgende Merkformeln

aufgestellt habe: »Debitorisches Konto: Geben ist seliger denn nehmen. Kreditorisches Konto: Nehmen ist seliger denn geben.«

Die Ersatzpflicht des Geschäftsführers verringert sich dann, wenn mit den von dem Geschäftsführer bewirkten Zahlungen ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist, der sog. Aktivtausch. Auch in den Fällen des Aktivtauschs liege eine zur Ersatzpflicht führende Zahlung vor. Durch den Austausch entfalle jedoch der aufgrund der Zahlung bestehende Anspruch gegen den Geschäftsführer. Laut BGH (ZIP 2017, 1619) müsse die Gegenleistung im relevanten Zeitpunkt (Zugang zur Masse) durch die Gläubiger verwertbar sein. Dies sei nicht weitreichend genug, meint Bitter. Er führt einen Beispielsfall an: Eine GmbH, die schon hätte Insolvenzantrag stellen müssen, errichtet ein Haus. Hier wären nicht nur die Steine, die man einzeln verwerten könnte; als Gegenleistung ansetzbar, sondern die gesamte Wertsteigerung der Immobilie.

Gesetzgeber sollte beim § 64 GmbHG nachjustieren

Bitter vertritt daher die Auffassung, dass der Gesetzgeber die Masseschmälerungshaftung in § 64 GmbHG neu regeln sollte. Nicht nur der Begriff der »Zahlung« müsse klargestellt werden, sondern auch das Verhältnis zwischen dem Massesicherungsgebot und der öffentlichen Pflicht, Beiträge zur Sozialversicherung sowie Steuern abführen zu müssen. Hierzu habe er Ausführungen in der alsbald erscheinenden Kommentierung des § 64 GmbHG in Scholz, GmbHG – Großkommentar, Band 3, 12. Aufl. 2020, gemacht.

Im zweiten Teil referierte Bitter über das Urteil des BGH vom 26.04.2018 (IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290 = ZIP 2018, 977). Hier hatte der BGH eine potenzielle persönliche Haftung des Geschäftsführers, der im Rahmen einer Eigenverwaltung tätig war, nach § 64 GmbHG bejaht. Im vorliegenden Fall hatte der Geschäftsführer im Zeitraum der Eigenverwaltung Ware für die GmbH bestellt, welche er jedoch nicht bezahlen konnte. Die Eigenverwaltung wurde später in ein Regelinsolvenzverfahren



Prof. Dr. Oliver Brand, LL. M. (Cambridge)



RA Dr. Christian Schneider

überführt. Der BGH stützte die Haftung auf § 270 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. §§ 60, 61 InsO mit der Begründung, dass die Stellung des Geschäftsführers in der Eigenverwaltung weitgehend dem Amt des Insolvenzverwalters entspreche.

Ein Großteil der Rechtsprechung bejaht die Anwendung des BGH-Urteils auch auf die vorläufige Eigenverwaltung. Natürlich stelle sich somit die Frage, wie ein eigenverwaltender Geschäftsführer seine Haftung begrenzen kann. Möglicherweise sei eine Haftungsbegrenzung durch eine schriftlich festgelegte klare Ressortaufteilung möglich, sodass der jeweilige eigenverwaltende Geschäftsführer nur für sein Ressort haftet. VorsRiBGH Prof. Dr. Godehard Kayser erinnerte in der Diskussion daran, dass sein Senat eine Haftungsbegrenzung durch eine bloße Aufteilung der Ressorts bisher nicht anerkannt habe.

Eine weitere zentrale Frage: Sind §§ 60, 61 InsO auf den CRO als Generalbevollmächtigten/Prokuristen anwendbar? Die Literatur vertritt unterschiedliche Auffassungen. Die Tendenz sei eher ablehnend mit der Ausnahme, wenn der CRO eine faktische Geschäftsführerstellung innehat. Ein CRO ohne Geschäftsführerstellung könne seine (interne) Haftung vertraglich beschränken. Sicher sei es sinnvoll, eine D&O-Versicherung als eigenverwaltender Geschäftsführer abzuschließen. In welchem Umfang eine derartige Versicherung greift, sei noch ungewiss. Laut Bitter werde der Versicherungsmarkt die offenen Haftungsfragen mittelfristig regeln.

Passend zu diesen Haftungsfragen war im Anschluss der Vortrag von Prof. Dr. Oliver Brand, LL. M. (Cambridge), Universität Mannheim, über »Deckung von Haftungsansprüchen durch D&O-Versicherer: Voraussetzungen und Haftungsfällen bei der Rechtsdurchsetzung«. D&O-Versicherungen würden vielfach von Unternehmen für ihre Geschäftsführer abgeschlossen. Mittlerweile verlange jeder Geschäftsführer eines mittelständischen Unternehmens den Abschluss einer derartigen Versicherung. Grundsätzliche Voraussetzung für eine Inanspruchnahme sei, dass die Pflichtverletzung und die Anspruchserhebung im versicherten Zeitraum liegen. Das versicherte Interesse ist die Abdeckung des persönlichen Haftungsrisikos von Unternehmensleitern, insbesondere Vorständen, Aufsichtsräten und Geschäftsführern von Kapitalgesellschaften und ggf. weiteren (leitenden) Mitarbeitern. Abgedeckt werden sollen nach § 64 Satz 1 GmbHG die persönliche Einstandspflicht des Geschäftsführers für Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet wurden.

Die Rechtsprechung sei zurzeit noch sehr restriktiv, ihr Tenor: § 64 GmbHG ist nicht vom Deckungsschutz einer D&O-Versicherung erfasst. OLG Düsseldorf vom 20.07.2018 (4 U 93/16) führe aus, dass die D&O-Versicherung nicht auf den Schutz von Gläubi-

gerinteressen ausgelegt ist, sondern auf die konkreten Vermögensinteressen der versicherungsnehmenden Gesellschaft. Dagegen spreche, so der Referent, dass die Gesellschaft die Prämie zur Absicherung des persönlichen Haftungsrisikos des Organmitglieds zahlt. Es könne aber noch zu einem Umdenken bei den Gerichten kommen, so Brands Einschätzung.

Für die Praxis empfiehlt er, dass man sich bei Abschluss der D&O-Versicherung die Deckung der Ansprüche nach § 64 Satz 1 GmbHG bzw. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i. V. m. § 92 Abs. 2 AktG, § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB bestätigen lassen sollte. Bei Neuabschlüssen von D&O-Versicherungen sollte man Klarstellungen in die Allgemeinen Versicherungsbedingungen unbedingt explizit aufnehmen lassen. Ausgeschlossen vom Versicherungsschutz der D&O-Versicherung seien Haftpflichtansprüche wegen vorsätzlicher Schadensverursachung oder durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Beschluss, Vollmacht oder Weisung oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung. Die Darlegungs- und Beweislast für eine wissentliche Pflichtverletzung liege beim Versicherer. Praktische Beispiele seien die Pflicht, einen Liquiditätsplan aufzustellen (BGH, Ur. v. 17.12.2014 – IV ZR 90/13) oder wirtschaftliche Fehleinschätzungen, wie die ausreichende Abdeckung der Verbindlichkeiten durch eine spätere Verwertung bestimmter Vermögensgüter (BGH, Ur. v. 17.12.2014 – IV ZR 90/13).

RA Dr. Christian Schneider (DLA Piper) berichtete im Anschluss aus der Praxis. Die Inanspruchnahme von D&O-Versicherungen habe in den letzten Jahren sehr zugenommen. Es gehe inhaltlich um Verletzungen von Überwachungspflichten, fehlerhafte unternehmerische Entscheidungen wie Investments, Übernahmen, Kreditaufnahmen und Nichtbeachtung von Compliance-Regelungen. Zunehmend kämen Themen wie Cyberangriffe und Patentverletzungen hinzu. Die Inanspruchnahme wegen insolvenzrechtlicher Verstöße würde häufig ausgeschlossen. Ansprüche wegen Pflichtverletzungen nach Insolvenzantrag oder Insolvenzeröffnung würden oft von der Deckung ausgenommen. Jedoch gebe es mehrere Versicherungsanbieter, die Berater, die im Sanierungsbereich tätig sind, gegen Ansprüche versichern. Vorsicht sei jedoch geboten bei der Beratung, wenn Voraussetzungen für eine Fortführungsprognose nicht vorliegen und die sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Verbindlichkeiten von dem Geschäftsführer, den man berät, nicht mehr erfüllt werden. Schneider geht davon aus, dass sich im Rahmen der Inanspruchnahme von D&O-Versicherungen in den nächsten Jahren die Rechtsprechung verändern werde. Man solle es daher durchaus versuchen, einen möglichen Anspruch aus einer D&O-Versicherung geltend zu machen und praktisch durchzusetzen. Es schloss sich eine rege Diskussion an, insbesondere seitens der Sanierungsberater, die hier große Haftungsfälle befürchten. «