

# Gesellschaftsrecht in der Insolvenz

## – ausgewählte Fragestellungen

Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.

1. Dezember 2015

Dr. Jürgen D. Spliedt

Feser • Spliedt

Uhlandstraße 165/166 • 10719 Berlin

Tel. 030 / 88 56 73 29 • Fax 030 / 88 56 73 55

E-Mail: [juergen.spliedt@ra-fs.com](mailto:juergen.spliedt@ra-fs.com)

# Gliederung

- 1. Haftung bei fehlerhafter Sacheinlage**
- 2. Unbegrenzte Organhaftung**
- 3. Haftung des Aufsichtsrats für unangemessene Vorstandsvergütung**
- 4. Umwandlungen im Insolvenzplan**
- 5. Überschießende Außenhaftung des Kommanditisten**
  - Rangrücktritt
  - Zinszahlungen
  - Insolvenzplan
- 6. Vermeidung eines Insolvenzgrundes durch Gesellschafterleistung**

# Kapitalerhöhung

## Fall 1:

Das Stammkapital der A-AG wird um € 5 Mio. gegen Sacheinlage erhöht. Die Sacheinlage besteht aus Know-how zur Herstellung eines Waschmittels. Dazu schließt der neue Aktionär NA einen Lizenzvertrag mit der Gesellschaft ab, der gekündigt werden darf, wenn die A-AG binnen Jahresfrist keine Maschine zur Aufnahme der Produktion gebaut hat. Der zum Prüfer bestellte WP bestätigt den Wert der Sacheinlage. Daraufhin wird der Vollzug der Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen. Der WP rechnet für die Prüfung die vereinbarten T€ 80 ab. Ein halbes Jahr später wird die AG insolvent.

Der Verwalter ist der Auffassung, dass die Sacheinlage nicht ordnungsgemäß erbracht wurde, weil die Sacheinlagefähigkeit und die Werthaltigkeit fehlten.

# Kapitalerhöhung

- Anforderungen an die Sacheinlage, § 27 Abs. 2 AktG
  - Vermögensgegenstände
  - verkehrsfähig
    - auf Gesellschaft übertragbar
    - Verwertbarkeit für Gläubiger (Pfändung, Verkauf durch Verwalter) nicht erforderlich
    - Nutzungsrecht genügt
  - wirtschaftlicher Wert feststellbar
    - Geldeinlageäquivalenz verlangt Feststellbarkeit eines Kapitalwertes mit hinreichender Sicherheit
    - bei Nutzungsrechten ist Kapitalwert nur im Rahmen der Mindestlaufzeit feststellbar, **BGH ZIP 2004, 1642**
  - Dienstleistung mangels Vollstreckbarkeit nicht einlagefähig , **BGH ZIP 2009, 713**
    - anders evtl. bei vertretbarer Werkleistung wg. § 887 ZPO

# Kapitalerhöhung

- Know-how einlagefähig, **BGH DB 1993, 323**
  - aber Abgrenzung zur Dienstleistung erforderlich
  - deshalb umfassende Know-how-Dokumentation notwendig (vgl. § 2 GWB)
- vorliegend keine Einlagefähigkeit
  - wegen Kündbarkeit
  - wegen fehlender Know-how-Dokumentation
- Wertlosigkeit muss Verwalter nachweisen, aber sekundäre Behauptungslast der Inferenten bzw. des Prüfers über Einlagegegenstand
- Differenzhaftung von NA analog § § 9 Abs. 1, 56 Abs. 2 GmbHG
- Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Anmeldung, § § 184, 188 Abs. 1, 36 Abs. 2, 116, 93 Abs. 1, 93 Abs. 1 Nr. 4 AktG (vgl. **BGH ZIP 2008, 788** zur Haftung wg. Überbewertung der Aktiva bei einer im Insolvenzverfahren gegründeten Auffanggesellschaft) sowie § 399 Abs. 1 Nr. 4 AktG i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB
  - jedoch: Verschulden wegen Testats fraglich

# Kapitalerhöhung

- Haftung des WP
  - Haftung gem. § 839a BGB? Verdrängung durch AktG?
  - Haftung gem. §§ 183 Abs. 3, 34 AktG
    - aber kein ausdrücklicher Verweis auf § 49 AktG
  - Schaden der Gesellschaft?
    - bei anerkannter Wertlosigkeit wäre Kapitalerhöhung nicht eingetragen worden
    - jedoch normativer Schaden, **BGH NJW 1975, 974** (streitgegenständlich waren Folgeschäden, u. a. Schadensersatz ggü. Auftraggeber, weil Verträge mangels Sacheinlage nicht erfüllt wurden)
    - deshalb verlangte **LG Berlin v. 20.2.2015** Nachweis der Insolvenzursächlichkeit
    - maßgebender Beurteilungszeitpunkt ist jedoch fehlerhafte Eintragung (vgl. zur Zeitpunkt Betrachtung bei der Einlagenrückgewähr gem. §§ 30 f. GmbHG als actus contrarius **BGH ZIP 2000, 1251** – Balsam/Procedo)

# Kapitalerhöhung

- Verschulden des WP
  - Haftung für Fahrlässigkeit gem. §§ 49 AktG, 323 Abs. 2 HGB auf € 1 Mio. begrenzt. Anwendbarkeit für Kapitalerhöhung jedoch fraglich, da in § 183 AktG kein Verweis
  - Beweislast für Verschuldensumfang beim WP gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB (Grundsatz: Schadensersatz. „*Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.*“)?
  - zumindest sekundäre Behauptungslast über Prüfungsablauf beim WP
  - Vorsatz schon wegen unterlassenen Hinweises auf fehlende Unabhängigkeit wegen Honorarvereinbarung? Vergütung setzt Gericht fest, § 35 Abs. 3 AktG

# Kapitalerhöhung

- Exkurs:
  - Auslegung des Kapitalerhöhungsbeschlusses
  - Einbringung eines Aliuds  
Fehlerhafte Sacheinlage = verschleierte Sacheinlage gem. § 27 Abs. 3 Satz 4 AktG?
    - falls ja: Anrechnung auch auf WP-Haftung
    - Beweislast jedenfalls wegen Anrechnung bei WP analog § 27 Abs. 3 Satz 5 AktG?



# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - Grundlagen

## Fall 2:

Der inzwischen in eine AG umgewandelte volkseigene Betrieb VB AG hat einen neuen Trabi entwickelt, der angabegemäß sämtliche Crash-Tests bestanden hat. Später stellt sich heraus, dass bei der Dummi-Software geschummelt wurde, was dem für die Fahrzeugentwicklung zuständigen Geschäftsführer FG nicht bekannt war. Die Rückruf-Aktion zur Verbesserung des Crash-Verhaltens kostet € 50 Mio., von denen € 25 Mio. auch dann angefallen wären, wenn die Sicherheitsvorrichtungen von vornherein eingebaut worden wären.

### Haftung des FG

- nicht für positives Tun
- möglicherweise für unterlassene Organisation

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - Grundlagen

## – Beweislast: **BGH ZIP 2002, 2314:**

*„... nach den Grundsätzen des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG trifft die Gesellschaft – ggf. mit der Erleichterung des § 287 ZPO – die Darlegungs- und Beweislast für einen Schaden und dessen Verursachung durch ein Verhalten des Geschäftsleiters in seinem Pflichtenkreis, das als pflichtwidrig **überhaupt in Betracht kommt**, sich also insofern als ‚**möglicherweise**‘ pflichtwidrig darstellt. Ebenso wie der Vorstand ... muss auch der **Geschäftsführer** einer GmbH ... **sich dahin entlasten**, dass er nach den Umständen, die er darzulegen und zu beweisen hat, seinen ... Sorgfaltspflichten gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG nachgekommen ist oder schuldlos nicht nachkommen konnte oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativerhalten eingetreten wäre. Das schließt ggf. den Nachweis der Einhaltung seines – grundsätzlich weiten – unternehmerischen Ermessensspielraums ein. All das gilt auch dann, wenn dem Geschäftsführer das (pflichtwidrige) **Unterlassen** einer bestimmten Maßnahme vorgeworfen wird ...*

...

*[Für das Beweismaß der Gesellschaft gelten] nicht die strengen Voraussetzungen des § 286 ZPO, sondern diejenigen des § 287 ZPO. ... Denn bei einem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung gehört der Ursachenzusammenhang mit einem daraus erwachsenen allgemeinen Vermögensschaden ... zur haftungsausfüllenden Kausalität.“*

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - Grundlagen

## **Ergebnis:**

Geschäftsführer haftet auf € 25 Mio., falls es genügend Anhaltspunkte ( § 287 ZPO) dafür gibt, dass bei richtiger Organisation Schaden vermieden worden wäre und er sich nicht entlasten kann.

Zu „Dieselgate“: *Altmeyden*, ZIP 2016, 97 ff.

## **Exkurs:**

Wegen der Verstöße gegen die Crash-Vorschriften machen Käufer, Behörden und Wettbewerber Schadensersatzansprüche von € 750 Mio. geltend. Würden sie bestehen, wäre die VB AG überschuldet. Muss sie einen Insolvenzantrag stellen?

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - Organisationsverschulden

## Fall 3:

Die S-AG hat ungefähr 400.000 Mitarbeiter. Ein Geschäftsbereich ist der Kraftwerksbau. Die Mitarbeiter der Auftraggeber werden durch „finanzielle Unterstützungen“ motiviert. Als die Sache bekannt wird, beauftragt die S-AG amerikanische Anwälte mit der Aufklärung. Deren Honorar beläuft sich auf ca. € 850 Mio. Die AG nimmt ihren Finanzvorstand mit einer Teilklage auf Schadensersatz i.H.v. € 15 Mio. in Anspruch, der sich damit verteidigt, von Bestechungen nichts gewusst zu haben.

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - Organisationsverschulden

**OLG München ZIP 2014, 570 – Leitsätze 1, 2**

- 1. Im Rahmen seiner Legalitätspflicht hat ein Vorstandsmitglied dafür Sorge zu tragen, dass das Unternehmen so organisiert und beaufsichtigt wird, dass keine Gesetzesverstöße wie Schmiergeldzahlungen an Amtsträger eines ausländischen Staates oder an ausländische Privatpersonen erfolgen. Seiner Organisationspflicht genügt ein Vorstandsmitglied bei entsprechender Gefährdungslage nur dann, wenn er eine auf Schadensprävention und Risikokontrolle angelegte Compliance-Organisation einrichtet. Entscheidend für den Umfang im Einzelnen sind dabei Art, Größe und Organisation des Unternehmens, die zu beachtenden Vorschriften, die geografische Präsenz wie auch Verdachtsfälle aus der Vergangenheit.*
- 2. Die Einhaltung des Legalitätsprinzips und demgemäß die Einrichtung eines funktionierenden Compliance-Systems gehört zur Gesamtverantwortung des Vorstands.*

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - Organisationsverschulden

- Bestreiten von Schmiergeldzahlungen mit Nichtwissen ist unzureichend, da im Geschäfts- und Verantwortungsbereich des Beklagten liegend. Ausgeschiedenes Vorstandsmitglied muss Einsichtsrechte gem. § 810 BGB nutzen
  - aber: Kosten!!!
- auch unbestätigten Hinweisen auf schwarze Kassen muss nachgegangen werden
- ein funktionierendes Kontrollsystem muss installiert werden
  - aber: Schlussfolgerung Schaden → Funktionsunfähigkeit → Pflichtverletzung → Verschulden m.E. unzulässig. **LG München**, a.a.O. Rn. 114 jedoch: § 287 ZPO
- Gesamtverantwortung des Vorstandes für geeignete Organisation
- wegen der Legalitätspflicht keine Vorteilsanrechnung
- Hinweis:
  - zur Compliance im Insolvenzverfahren s. **BGH ZIP 2014, 2242** sowie **NZI 2015, 799** bzgl. Überwachung des Verwalters durch Gläubigerausschuss: Vermutung der Schadensvermeidung bei richtiger Organisation der Kontrolle (Anscheinsbeweis!), sorgfältige Auswahl und Überwachung von Prüfungsgehilfen
  - zur Compliance bei der Prüfung des Insolvenzgrundes: **BGH ZIP 2012, 1557; 2012, 1174; 2007, 1265**

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte GF-Haftung

- GmbH & Co. KG

- Business Judgement Rule

## Fall 4:

Der Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG hat den Anwalt RA mit der Ausarbeitung eines Darlehensvertrages zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit beauftragt. Eine Honorarvereinbarung wurde nur mündlich geschlossen. Zwei Monate nach Unterzeichnung des Vertrages zahlt G dem RA T€ 375, ca. T€ 300 mehr als nach RVG angefallen wären. Die Finanzierung platzte, über das Vermögen nur der KG wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter nimmt G auf Zahlung von T€ 300 in Anspruch.

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte GF-Haftung

- GmbH & Co. KG

- Business Judgment Rule

- a) Haftung gem. § 43 GmbHG (BGH ZIP 2013, 1712 nachgebildet)
- Geschäftsführer-Anstellungsvertrag hat Schutzwirkung zugunsten der KG bei wirtschaftlicher Identität (= alleinige oder wesentliche Aufgabe der GmbH ist Führung der KG-Geschäfte)
    - Aber: Was ist wesentliche Aufgabe? In Zweifelsfällen vorsorglich auch GmbH-Verfahren eröffnen.
  - Gleiches gilt allein aufgrund Organstellung auch ohne Vertrag
  - Schaden liegt in Zuvielzahlung
  - Pflichtwidrigkeit?
    - Beachte zur Beweislast das Wechselverhältnis: Ohne Pflichtwidrigkeit kein Schaden. Deshalb
      - Beweislast der Gesellschaft i.R.d. § 287 ZPO, dass nur möglicher Schaden
      - Beweislast des GF, dass keine Pflichtwidrigkeit oder kein Verschulden



# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte GF-Haftung

## - GmbH & Co. KG

## - Business Judgement Rule

- Unternehmerisches Ermessen bei einer vorherigen Honorarabrede
- Unternehmerisches Ermessen auch bei nachträglicher Abrede
  - u.a. „Worthalten“, Bedeutung des RA für künftige Beratung
  - aber: vollständige Informationen über gesetzliche Gebühren
    - business judgement rule
- Einverständnis der Gesellschafter beseitigt Pflichtwidrigkeit
  - § 43 GmbHG keine gläubigerschützende Norm (außer § 43 Abs. 4 GmbHG, anders § 93 Abs. 4 AktG)
  - Einverständnis der Komplementär-Gesellschafter reicht, falls keine sittenwidrige Schädigung der KG
  - oder Einverständnis der KG-Gesellschafter
- GF kann pflichtgemäßes Alternativverhalten einwenden
  - Deshalb muss das die Pflichtwidrigkeit ausschließende Einverständnis nicht tatsächlich vorliegen. Hypothetisches Einverständnis genügt (Beachte: Im Insolvenzverfahren ist das zu erwarten.)

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte GF-Haftung

- GmbH & Co. KG

- Business Judgement Rule

- Voraussetzungen der business judgement rule für Gesellschafter verzichtbar
  - Entscheidung für unbekannte Risiken zulässig (bei GmbH auch zulasten der KG?)
  - ohne Verzicht Haftung des GF für unvollständige Informationen der Gesellschafter?
- Mehrheit lt. Gesellschaftsvertrag reicht, keine Zustimmung der Minderheitsgesellschafter erforderlich (aber: existenzgefährdende Geschäfte sind Grundlagenentscheidung)

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte GF-Haftung

- GmbH & Co. KG

- Business Judgement Rule

b) Haftung gem. § 64 GmbHG bei Zahlung nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit

- kein kfm. Ermessen
- keine Enthftung durch Einverständnis der Gesellschafter
- Verschulden wird bei objektiv vorliegendem Insolvenzgrund vermutet

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - typische Insolvenzkonstellation

## Fall 5:

Die Bau-GmbH erwirbt 2006 einen Altbau für € 7 Mio., den sie für € 5 Mio. renovieren will. Die einzelnen Wohnungen verkauft sie für insgesamt € 15 Mio. an Erwerber. Während der Renovierungsphase werden 2009 erhebliche Schäden an Bausubstanz und Statik entdeckt, sodass sich die Renovierungskosten auf € 9 Mio. erhöhen. Es entsteht folgende Unterdeckung:

kontrahierte Verkaufspreise	€ 15 Mio.
./. Anschaffungskosten	€ 7 Mio.
./. Renovierungsaufwand	<u>€ 9 Mio.</u>
Ergebnis	- € 1 Mio.

Die Bau-GmbH meldet Insolvenz an. Der Verwalter lehnt die Erfüllung der Verkaufsverträge ab, die Käufer schließen jeweils einzelne Werkverträge mit Bauunternehmen, was zu Mehrkosten führt. Sie melden € 2,5 Mio. als Schadensersatz gem. § 103 Abs. 2 InsO zur Tabelle an. Der Verwalter nimmt den GF im Jahre 2012 für diesen Betrag in die Haftung.

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - typische Insolvenzkonstellation

- Haftung gem. § 43 GmbHG
  - objektive Pflichtverletzung, wenn Mehraufwand erkennbar war
  - Kalkulation keine höchstpersönliche Aufgabe des GF, sondern delegationsfähig
- Missverständlich **BGH NJW 1972, 154**: GF steht für Kalkulationsfehler ein
  - Haftung nur für Organisationsverschulden, vgl. **BGH ZIP 2012, 1174; 2012, 1557; 2007, 1265** zur Prüfung von Insolvenzantragspflichten
    - kein § 278 BGB für Fehler von Mitarbeitern und Dienstleistern, da sie Vertrag mit Gesellschaft haben, nicht mit GF
      - Auswahl der Leistungsträger
      - vollständige Informationserteilung
      - Plausibilitätsprüfung

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - typische Insolvenzkonstellation

- Compliancefehler = Organisationsfehler
  - **BGHSt ZIP 2009, 1867**: Garantienpflicht des Leiters der Innenrevision bei der BSR zur Vermeidung betrügerischer Abrechnungen. (Im Urteilsfall bestand positive Kenntnis.)
  - **LG München ZIP 2014, 570** (Siemens / Neubürger): Haftung für fehlende Compliance-Organisation, s.o.
- Darlegungs- und Beweislast, **BGH ZIP 2011, 766 Rz. 17; 2002, 2314**
  - Gesellschaft/Verwalter: Möglichkeit objektiver Pflichtverletzung, den Schaden und die Kausalität. Nachweis der Schadensursache im „Pflichtenkreis“ des GF genügt
  - GF: fehlende objektive Pflichtverletzung, Anwendung der erforderlichen Sorgfalt, Schadenseintritt auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten, § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG analog; grundlegend: *Goette*, ZGR 1995, 648

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - typische Insolvenzkonstellation

- Organisationsverschulden gehört zum Pflichtenkreis des GF
  - Indiziert Schaden Möglichkeit von Organisationsfehlern?
  - bejahendenfalls müssten Gesellschaft/Verwalter nur Kalkulationsfehler nachweisen, GF aber ordnungsgemäße Organisation (Auswahl und Überwachung der Beauftragten).
  - im Siemens/Neubürger-Urteil fehlte eine Organisation zur Bestechungsvermeidung trotz Anlass
  - M.E. gehört Nachweis von Organisationsfehlern zur Schlüssigkeit des Klägervortrags. Dafür genügt Schadenseintritt nicht.

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - typische Insolvenzkonstellation

- Schaden
  - höhere Baukosten der GmbH oder
  - Unterdeckung der GmbH bei Erfüllung der Verträge oder
  - Tabellenanmeldungen der Erwerber oder
  - überhöhte Erwerbskosten für den Kauf des Altbaus?
- Stellungnahme:
  - höhere Baukosten wären auch bei richtiger Kalkulation angefallen („Sowieso-Kosten“)
  - Schaden mit Abschluss des Ankaufsvertrages entstanden, zusätzlicher Schaden mit Abschluss der Verkaufsverträge nur, wenn höhere Kaufpreise durchsetzbar gewesen wären
  - Anmeldungen gem. § 103 Abs. 2 InsO allein nicht maßgebend, sondern Reinvermögensschaden erforderlich (Paradigma: Überzahlung der Erwerber vor Verfahrenseröffnung erfordert Erfüllungsablehnung, obwohl kein Schaden im Reinvermögen)



# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Gesellschafterhaftung (Forts.)

- Verjährung
  - stichtagsbezogen fünf Jahre unabhängig von Kenntnis der Gesellschaft, § 43 Abs. 4 GmbHG
  - Bezifferbarkeit des Schadens nicht erforderlich, **BGH ZIP 2005, 852**
  - kein sekundärer Schadensersatzanspruch für weitere fünf Jahre wegen unterlassener Informationen der Gesellschafter, vgl. **BGH ZIP 2008, 2217** zu § 43 Abs. 4 GmbHG
  - vorliegend ist Ankaufsschaden verjährt
- Verjährungshemmung
  - durch Verhandlungen, § 203 BGB
    - betrifft lt. **LG München ZIP 2014, 570 Rn. 124** den gesamten Lebenssachverhalt, aus dem Rechte hergeleitet werden
  - durch Klage, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB
    - aber: bei Teilklage bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes erforderlich, § 263 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Wichtig bei mehreren Pflichtverletzungen

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - Haftungsbeschränkung

## Fall 6:

Vor einem Eigenverwaltungsantrag wird Rechtsanwalt R zum CRO bestellt mit Haftungsbeschränkung auf T€ 100. Das Insolvenzverfahren wird mit Eigenverwaltung eröffnet. R kündigt 100 Mitarbeitern ohne ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats. Da sämtliche Kündigungen gem. § 102 BetrAVG unwirksam sind, muss den Mitarbeitern zwei Monate später erneut gekündigt werden. Es entsteht ein Schaden von T€ 700. R beruft sich auf die haftungsbeschränkende Vereinbarung im CRO-Vertrag.

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - Haftungsbeschränkung

- Haftung dient in der GmbH dem Gesellschafter-, nicht dem Gläubigerschutz, Ausnahme: § 43 Abs. 3 GmbHG, **BGH ZIP 2008, 736**
- Deshalb Haftungsbeschränkung auch bei materieller Insolvenz zulässig
- Besonderheit bei formeller Insolvenz: Antizipierter Verzicht vor Insolvenzeröffnung könnte die Wirkung nach Insolvenzeröffnung verfehlen, § 91 InsO
  - hängt davon ab, ob Haftungsanspruch von vornherein nur i. H. v. T€ 100 oder zunächst i. H. v. T€ 700 mit antizipiertem Verzicht auf T€ 600 entsteht
    - kein Problem bei Haftungsbegrenzung für Arbeitnehmer und Dienstleister, da Anspruchsgrundlage nur der Vertrag ist
    - beim GF kommt Haftung aus der Organstellung hinzu, vgl. **BGH ZIP 2013, 1712** zu drittschützender Wirkung allein der Organstellung bei der Komplementärin ggü. der KG
    - bei der AG ist Haftungsentstehung und Haftungsbegrenzung zu trennen, § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG

# Beschränkte Gesellschafterhaftung vs. unbeschränkte Geschäftsführerhaftung - Haftungsbeschränkung

- Lösung:
  - entweder Fortdauer des Anstellungsvertrages gem. § 108 Abs. 1 InsO mit Anspruch auf Haftungsverzicht
  - oder die Gesellschafter behalten für das Anstellungsverhältnis die Befugnis zur Verfügung über Haftungsansprüche gem. § 91 InsO, sodass Antizipation dinglich fortwirkt, vgl. zur Bestellungskompetenz der Gesellschafter § 276a InsO

# Reichweite des § 276a InsO

## Fallergänzung:

Gesellschafter wollen R als CRO zwar behalten, aber den GF-Dienstvertrag wegen der Haftungsbeschränkung kündigen und einen neuen Vertrag anbieten.

- Zustimmung des Sachwalters gem. § 276a InsO erforderlich?
- Anwendbarkeit des § 276a InsO vor Verfahrenseröffnung?
- Umfang nach Verfahrenseröffnung:
  - Grundlagengeschäfte sind erfasst
  - Bestellung und Abberufung als Organ bedarf der Zustimmung des Sachwalters
    - gilt ebenfalls für Kündigung/Abschluss des GF-Dienstvertrages
- Weisungsbefugnis für Vorlage und Gestaltung des Insolvenzplans besteht sowohl vor als auch nach Verfahrenseröffnung

# Haftung des Aufsichtsrats

## Fall 7:

Der Unternehmer U wandelt seine GmbH in eine AG um und bestellt seinen Anwalt RA zum Vorsitzenden des Aufsichtsrats. Als „Herr des Geschäfts“ ist er eine hohe Vergütung gewohnt. Zwei Jahre später verschlechtern sich die wirtschaftlichen Verhältnisse, ohne dass die Vergütung angepasst wird. Später kommt es zur Insolvenz. Der Verwalter nimmt RA auf T€ 300 in die Haftung, weil er es unterlassen hat, die Vergütung anzupassen (**BGH ZIP 2016, 310** nachgebildet).

# Haftung des Aufsichtsrats

- § 87 Abs. 2 AktG ist einseitiges Gestaltungsrecht
- Unbilligkeit liegt vor, wenn Verschlechterung dem Vorstandsmitglied zurechenbar ist
  - Zurechenbarkeit verlangt Fehlentscheidung, aber keine Pflichtwidrigkeit (Unterlassung rechtzeitiger Sanierungsmaßnahmen genügt wahrscheinlich)
- Pflicht zur Herabsetzung auf angemessenen Betrag, falls keine besonderen Umstände (Beweislast beim AR)
  - bei Herabsetzung unter den billigen Betrag nur Teilunwirksamkeit
  - Kriterien: wirtschaftliche Lage von Vorstand und Gesellschaft, Zurechenbarkeit der Verschlechterung
    - Gehälter der nächsten Angestellten-Stufe keine zwingende Untergrenze
- Haftung des AR für Unterlassung gem. § 116 AktG

# Umwandlungen im Insolvenzplan

- als gesellschaftsrechtliche Maßnahme gem. § 225a InsO planzulässig, aber zu unterscheiden:
- Umwandlungsmaßnahmen mit Zustimmungsbedarf Dritter
  - Verschmelzung
  - für Plan ungeeignet, da Gesellschafterwechsel im Plan mit Verschmelzung nach Verfahrensaufhebung einfacher
- Maßnahmen mit Zuweisung neuer Gesellschafterrechte an Schuldner-Gesellschafter:
  - Aufspaltung, Abspaltung
  - Zustimmung jedes Gesellschafters wg. Art. 9 GG wg. Zuweisung neuer Rechte erforderlich? Wohl nicht, da auch außerhalb der Insolvenz (bei Kapitalgesellschaften!) Mehrheitsbeschluss (75 %) genügt
  - de facto nur geeignet in Verbindung mit Gesellschafterwechsel



# Umwandlungen im Insolvenzplan

- Maßnahmen ohne Einzelzustimmung der Schuldner-Gesellschafter
  - Formwechsel, z.B. von GmbH & Co. KG in AG zur Reduzierung des Minderheitenschutzes
  - Ausgliederung
- Ausgliederung im Einzelnen
  - Beteiligung der Altgesellschafter im Plan nur als Gruppe mit Obstruktionsverbot
  - beliebige Zuordnung von Vermögen und Schulden (Masseschulden)
  - teleologische Reduktion der §§ 22, 133 UmwG wg. gesamtschuldnerischer Haftung des neuen Rechtsträgers
  - Ausgliederung bei überschuldetem Einzelunternehmer gem. § 152 Satz 2 UmwG unzulässig. Teleologische Reduktion im Planverfahren?
  - praktische Relevanz auch im verfahrensleitenden Plan zum Verkauf von nicht übertragbaren Vermögensgegenständen

# Bezugsrecht der sanierungswilligen Gesellschafter

## Fall 8:

Start up erhält vom Mehrheitsgesellschafter frisches Geld, wenn lästiger Minderheitsgesellschafter ausscheidet

- außergerichtliche Sanierung: kein Ausschluss des Gesellschafters bei Sanierungsbeteiligung außerhalb der Insolvenz, zuletzt **BGH ZIP 2015, 1626**
- Insolvenzplan:
  - kein Gleichbehandlungsgebot bei § 225a InsO
    - nicht inhaltliche, sondern formelle Zulässigkeit maßgebend
  - Gleichbehandlungsgebot gem. § 226 Abs. 1 InsO?
    - formelles Gleichbehandlungsgebot: „gleiche Rechte“
    - Verstoß dann auch bei wertlosem Bezugsrecht

# Bezugsrecht der sanierungswilligen Gesellschafter

- Ungleichbehandlung durch Bildung unterschiedlicher Gesellschaftergruppen zulässig?
  - § 221 Abs. 1 InsO: Gruppen nach Rechtsstellung
  - § 221 Abs. 2 InsO : Gruppen mit unterschiedlichen Interessen
    - maßgebend ist Planbetroffenheit
      - a. A. **LG Berlin v. 20.10.2014** (Suhrkamp die 3.): Auswirkungen des Planvollzugs unbeachtlich
        - Beispiel: Lieferanten mit und ohne fortzusetzender Geschäftsverbindung
- Gesellschafterinteresse am Planergebnis erst bei Abstimmung rechtlich relevant
  - Schutz bei Gruppenablehnung durch § 245 Abs. 3 Nr. 2 InsO
  - wirtschaftliche Betrachtungsweise
    - Ausgleich eines Bezugsvorteils durch Aufgeld

# Bezugsrecht der sanierungswilligen Gesellschafter

- überwiegende Ansicht – zumindest bei Gesellschaftsrechtlern – bejaht analog „Sanieren oder Ausscheiden“ Bezugsrecht für jeden
  - jedoch abzulehnen:
    - fortführungswillige Gesellschafter nehmen (erheblichen) Lästigkeitsabschlag vor
    - oder lästige Gesellschafter erhalten Lästigkeitsentschädigung
    - Widerspruch zu Telos des ESUG
- Beachte: Bezugsrechtsausschluss für alle Altgesellschafter formell unproblematisch

# Kommanditist in der Krise

## Fall 9:

Die Schiffs-GmbH & Co. KG ist überschuldet. Dem Wert des Schiffes von € 50 Mio. steht ein Kredit von € 70 Mio. gegenüber. In den letzten Jahren haben die Kommanditisten – wie von vornherein im Gesellschaftsvertrag vorgesehen – Liquiditätsausschüttungen von € 15 Mio. erhalten, obwohl das KG-Kapital wegen Sonderabschreibungen unter den Nominalbetrag gesunken war. Die Hausbank möchte eine Insolvenz vermeiden und vereinbart mit der KG einen Rangrücktritt über € 20 Mio., allerdings unter dem Vorbehalt, die Kommanditisten wegen ihrer wieder aufgelebten Haftung in Anspruch zu nehmen.

# Kommanditist in der Krise

- Haftung der Kommanditisten gem. § § 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB:
  - keine Innenhaftung, da hierfür die gesellschaftsrechtliche Vereinbarung (Pflichteinlage) gilt, **BGH ZIP 2013, 1222; ZInsO 2013, 1653** (keine GmbH als Komplementärin)
    - regelmäßig übersehen allerdings: Innenhaftung gem. § § 30 f. GmbHG gilt auch für Nur-Kommanditisten der GmbH & Co. KG, zuletzt **BGH ZIP 2015, 322 Rz. 10**
    - maßgebend jeweils bilanzielle Betrachtungsweise ohne stille Reserven
  - Haftung nur ggü. den Gläubigern – in der Insolvenz ggü. dem Verwalter –, § 171 Abs. 2 HGB
  - jedoch ist Außenhaftung akzessorisch, **BGHZ 47, 367** zum Forderungserlass nur ggü. oHG
  - verhindert Rangrücktritt wegen Akzessorietät Inanspruchnahme der Kommanditisten (m. E. nein) oder ist deshalb die Rangrücktrittsvereinbarung wegen rechtlicher Unmöglichkeit undurchführbar, § § 275, 326 Abs. 1 HGB (m. E. ja)
    - vgl. **BGHZ 47, 362**: Wegfall der Geschäftsgrundlage für Enthftung der oHG

# Kommanditist in der Krise

- Überschuldungsvermeidung wird wegen des Aufwendungsersatzanspruchs der Kommanditisten gem. § 110 HGB nicht erreicht
- Kommanditist hat schon vor Zahlung Anspruch auf Freistellung oder Sicherheitsleistung
- zwar Anspruch nachrangig, **OLG Hamburg ZIP 2015, 1694**, aber es fehlt Rangrücktrittsvereinbarung mit Gesellschaft (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO)

# Kommanditist in der Krise

## Fallvariante:

Die Bank erklärt keinen Rangrücktritt, sondern nimmt die Kommanditisten außergerichtlich direkt in Anspruch und erklärt zugleich, dass sie bei Zahlungen von 60 % auf ihre Gesamtforderung auf den Rest verzichtet. Die Mehrheit der Kommanditisten bringt den Betrag auf. Haben sie einen anteiligen Erstattungsanspruch gegen die nicht zahlenden Kommanditisten, obwohl jene keine Innenhaftung trifft?



# Kommanditist in der Krise

- **BGH ZIP 2015, 2268**: Anteiliger Ausgleich gem. § 426 Abs. 1 BGB sogar zwischen „Kommanditisten“, die nur mittelbar über einen Treuhandkommanditisten beteiligt sind
  - zu Unrecht ablehnend unter Hinweis auf die formelle Selbständigkeit der Treuhandverträge: *Mock*, ZIP 2016, 497
  - bei Insolvenz auch der Treuhand-GmbH hat § 426 Abs. 2 BGB Vorrang, soweit deren Außenhaftung durch Zahlung der mittelbar Beteiligten entfällt (a.A. wohl *Mock*, a.a.O., 505)

# Kommanditist in der Krise

## Fallvariante:

Verwalter vergleicht sich mit Kommanditisten. Wirkung gegenüber den Gläubigern nach Verfahrensaufhebung.

- **BGH ZIP 2016, 274:** Vergleich erfasst sämtliche angemeldeten Forderungen, auch wenn sie bestritten sind.

## Variante:

Kein Vergleich mit dem Verwalter, sondern Beschluss eines Insolvenzplans ohne besondere Regelung

- Enthaftung gem. § 227 Abs. 2 InsO auch für nicht angemeldete Forderungen
- aber: Wiederaufleben bei Nichterfüllung

# Kommanditist in der Krise

## Fall 10:

Anleger-Kommanditist muss lt. Gesellschaftsvertrag eine Pflichteinlage von T€ 30 und ein Darlehen von T€ 15 erbringen, das mit jährlich 8 % verzinst wird. In den letzten 10 Jahren hat er T€ 12 an Zinsen erhalten. Die Bank B als Gläubigerin der KG verlangt nunmehr von ihm gem. § § 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 HGB diesen Betrag unter Berufung auf die wieder aufgelebte Kommanditistenhaftung

- **OLG München ZIP 2015, 2137:** Anspruch besteht, da Zinszahlung wegen Verbindung mit der Einlageverpflichtung societatis causa erfolgte
- **BGH ZIP 2007, 2074:** Rückzahlung eines Agio lässt bei Unterbilanz Haftung wieder aufleben; Konsequenz lt. **BGH ZIP 2008, 1175:** gilt für jede Rückzahlung
- m.E. trotz Verbindung mit der Einlageverpflichtung ein Drittgeschäft, das die Haftung nicht aufleben lässt, vgl. § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n.F., *Spliedt*, EWiR 2016, in Kürze

# Vermeidung des haftungsauslösenden Insolvenzgrundes durch Patronatserklärung?

- Gegenstand einer PE: Ausstattung der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen oder Direktzahlung an Gläubiger
- Adressat: Entweder Gesellschaft oder Gläubiger oder beide
- Inhalt (Beispiele im IDW RH HFA 1.013, FN-IDW 2008, 116 ff.):
  - Goodwill-Erklärung bedeutungslos
  - harter „Aufschlag“ erforderlich, z.B. Beckers Bierdeckel, **BGH ZIP 2006, 1199**
    - Adressat muss Anspruch eingeräumt werden
  - Beseitigung der ZU nur, wenn eigener und später erfüllter Zahlungsanspruch der Gesellschaft, **BGH ZIP 2011, 1111** Rn. 21 f.; **BGH ZInsO 2013, 2055** Rn. 7 sowie Stundung der Erstattungsforderung
  - Beseitigung der rechnerischen Überschuldung nur bei Rangrücktritt des Rückzahlungsanspruchs oder der rechtlichen Überschuldung bei langfristiger Stundung
  - Beachte bei Rangrücktritt: Nur überschuldungsbeseitigend für ungesicherten Teil der Forderung (missverständlich **BGH ZIP 2015, 638**) oder Verzicht auf Sicherheit

# Vermeidung des haftungsauslösenden Insolvenzgrundes durch Patronatserklärung?

- Kündbarkeit der Patronatserklärung
  - **BGH ZIP 2015, 638** zum Rangrücktritt einer bestehenden Forderung: Vertrag zugunsten der Gläubiger, sodass kein einseitiges Kündigungsrecht
    - Auslegungsfrage *K. Schmidt* ZIP 2015, 901, 908 ff.: Vereinbarung soll Insolvenzantragspflicht beseitigen. Maßgebend somit allein Auswirkung auf Antragspflicht (mittelbarer Gläubigerschutz), Vertrag zugunsten Gläubiger nur mittelbar über Steuerung der Antragspflicht, nicht unmittelbar
  - bei Patronatserklärung Unterscheidung zwischen Adressaten üblich
    - anders als Rangrücktritt kein verfügender Vertrag, sondern Dauerschuldverhältnis
    - keine Erweiterung des Adressatenkreises im Wege der Auslegung
    - zudem bürgschaftsähnlicher Charakter, zur Kündigung der Bürgschaft: **BGH NJW 1985, 3007**
    - deshalb Kündigung lt. „STAR 21“ **BGH ZIP 2010, 2092** trotz Rangrücktrittsurteil zulässig
  - bei Kündigung ex nunc bleibt Haftung für Saldo („STAR 21“)

# Vermeidung des haftungsauslösenden Insolvenzgrundes durch Patronatserklärung?

- Auswirkungen der Kündbarkeit auf Insolvenzgrund
  - Materielle Insolvenz erst mit Kündigung oder bereits vorher mangels verlässlicher Fortführungsprognose?
    - Fortführung bei Willkür des Patrons nicht „überwiegend wahrscheinlich“ gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO
    - Oder darf Zeitpunkt des Insolvenzeintritts im Belieben des Patrons stehen? (bejahend zur „Spontaninsolvenz“ *K. Schmidt*, ZIP 2015, 901, 908)
    - Beim Rangrücktritt beseitigt lt. **BGH ZIP 2015, 638** Rz. 16 a. E. zeitliche Begrenzung die Überschuldung nicht

# Vermeidung des haftungsauslösenden Insolvenzgrundes durch Patronatserklärung?

- Einvernehmliche Aufhebung ex tunc
  - keine Einschränkung der Privatautonomie
  - nur reaktiver Gläubigerschutz, s.u.
- Gläubigerschutz bei Aufhebungsvereinbarung mit Gesellschaft ex tunc
  - Insolvenzanfechtung, § § 132 f. InsO
  - Geschäftsführerhaftung, § 64 GmbHG (falls Verzicht = Auszahlung)
  - wenn Patron = Gesellschafter: § § 30 f. GmbHG wg. Verzicht auf Forderung societatis causa
  - keine Einzahlungsverpflichtung analog § 135 Abs. 2 InsO
    - denn Finanzplankredit ist kein „Eigenkapitalersatz“ (**BGH ZIP 1999, 1263; 2010, 2092** Rz. 24 f. „STAR 21“)
    - m.E. Wertungswiderspruch zu § § 236 Abs. 2 HGB, 136 Abs. 1 InsO seit Entkoppelung des Eigenkapitalersatzes von § § 30 f. GmbHG
- Aufhebungsvereinbarung mit Gläubiger binnen Jahresfrist führt nicht zum Wegfall des Regresses der Gesellschaft (Schuldnerin) gem. § 135 Abs. 2 InsO; a. A. **LG Kleve 2015, 988**

# Vermeidung des haftungsauslösenden Insolvenzgrundes durch Verlustausgleichsverpflichtung

- Inhalt: Verpflichtung zur Übernahme der Verluste im Gesellschaftsvertrag oder in Nebenvereinbarung
- Beurteilung: wie Patronatserklärung
  - Parteiautonomie wird nicht durch zwingendes Recht beseitigt, **OLG Schleswig ZIP 2015, 1338**
  - aber reaktiver Gläubigerschutz durch Insolvenzanfechtung, Geschäftsführerhaftung, Kapitalerhaltung
- Haftungsumfang
  - zumindest laufende Verluste, a. A. **OLG Schleswig ZIP 2015, 1338**: Wegfall der noch offenen Ausgleichsverpflichtung
  - Auch Umbewertungsverlust wg. Umstellung von Fortführungs- auf Liquidationswert?
    - Auslegungsfrage: i.d.R. soll pos. Fortführungsprognose ermöglicht werden, sodass Umbewertungsverlust nicht auszugleichen ist, anders wohl Sachverhalt bei OLG Schleswig, da dort ggü. Gläubigern auf Ausgleichsverpflichtung auch für Verwertungsfall hingewiesen wurde