



ORGANHAFTUNG IN DER KRISE



Anna Pelleter, LL.M.,
Head of Financial Lines,
Markel

1. Einleitung

Bekannterweise gelten bereits in „ruhigen Zeiten“ komplizierte und äußerst strenge Haftungsregeln für Manager von Kapitalgesellschaften in Deutschland. So haften Organmitglieder auch für leichte Fahrlässigkeit unbeschränkt mit ihrem gesamten Privatvermögen gegenüber der Gesellschaft. Erst recht besteht eine Haftungsgefahr aber in den Zeiten einer Unternehmenskrise. Hier sind Vorstände und Geschäftsführer weiteren erheblichen Haftungsrisiken ausgesetzt, die oftmals zu einer persönlichen Inanspruchnahme der Manager durch die Gläubiger und Insolvenzverwalter oder sogar zu einer Strafbarkeit der Manager führen können. Vor diesem Hintergrund sind Neuigkeiten auf dem Gebiet des Insolvenz- und Gesellschaftsrechts mit wachsamem Auge zu verfolgen. Der vorliegende Beitrag liefert eine Übersicht über die wesentlichen Pflichten und Haftungsnormen im Vorfeld und während einer Unternehmenskrise und nimmt zwei aktuelle Urteile zum Anlass, hinsichtlich der hohen Risiken in der Insolvenz- und Sanierungsphase zu sensibilisieren.

2. Die Organhaftung im Vorfeld und während der Unternehmenskrise

Organmitglieder einer Gesellschaft treffen als Treuhänder fremden Vermögens Sorgfalts- und Treupflichten. Die Organhaftung sanktioniert Fehlverhalten schadenersatzrechtlich und soll präventiv verhaltenssteuernde Wirkung entfalten, ohne Vorständen und Geschäftsführern übermäßig Angst zu machen und sie davon abzuhalten, sinnvolle Risiken einzugehen und unternehmerische Entscheidungen zu treffen. In der Krise der Gesellschaft steht die Geschäftsleitung jedoch beim Treffen unternehmerischer Entscheidungen regelmäßig im Spannungsfeld zwischen dem Bestreben, das Unternehmen noch zu retten, und der Gefahr, sich selbst haft- und strafbar zu machen. Im Folgenden werden die wesentlichen Pflichten und die damit einhergehenden Haftungsrisiken von Managern von Kapitalgesellschaft im Vorfeld und während einer Unternehmenskrise dargestellt.

Haftung gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung)

Organmitglieder haften für ihre Pflichtverletzungen gegenüber der eigenen Gesellschaft. Diese sog. Innenhaftung ergibt sich im Wesentlichen aus den Be-

stimmungen des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bzw. des § 43 Abs. 1 GmbHG. Diese Normen sehen eine allgemeine Pflicht der Geschäftsführung vor, die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters bzw. eines ordentlichen Geschäftsmannes“ anzuwenden.

Aus dieser Pflicht folgt, dass die Geschäftsleitung laufend die Finanz- und Vermögenslage der Gesellschaft überwachen und eine potenzielle Insolvenzreife prüfen muss. Verfügt die Geschäftsleitung nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse, die sie für die Prüfung benötigt, hat sie sich bei Anzeichen einer Krise (dabei ist unter Krise ganz allgemein ein Zustand der Gesellschaft zu verstehen, der ihre Existenz bedroht) unverzüglich beraten zu lassen. Diese Beratung ist von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierte Person durchzuführen. Dieser Person müssen die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft unter Offenlegung aller erforderlichen Unterlagen dargelegt werden. Darüber hinaus sind Manager von Unternehmen nach dem Grundsatz ordnungsgemäßer Geschäftsführung ganz allgemein dazu verpflichtet, die langfristige Ertragskraft des Unternehmens sicherzustellen. Dies umfasst auch die Abwehr von Krisen.

Ob das unternehmerische Handeln der Organe gegen die Sorgfaltspflicht verstößt, ist dabei am Maßstab der sog. „Business Judgement Rule“ zu messen. Demnach genügen Manager bei einer unternehmerischen Entscheidung ihren Sorgfaltspflichten, wenn der Geschäftsführer oder Vorstand die unternehmerische Entscheidung auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft und ohne Eigeninteressen trifft. Die Gerichte gestehen dadurch Managern einen gerichtlich nicht zu überprüfenden Entscheidungsspielraum in Form eines Haftungsprivilegs zu, wenn diese bestimmten Informationspflichten genügen und keine Eigeninteressen verfolgen. Ob die Entscheidung Erfolg hat, d.h. ob sie zur Mehrung des Gesellschaftsvermögens führte, oder nicht, spielt hingegen keine Rolle.

Bei der Ermittlung des Verschuldens aufgrund der Verletzung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes gilt ein objektiver Verschuldensgrad, d.h. die Geschäftsleitung kann sich nicht darauf berufen, dass das Geschäftsleitungsmitglied keine Sach-

kenntnis hatte oder fehlende fachliche Fähigkeiten hatte. Da die Organmitglieder gesamtschuldnerisch haften, sind auch Unterschiede in der Verantwortlichkeit, die sich aus einer Ressortverteilung ergeben, im Verhältnis zur Gesellschaft ohne Belang. Die Haftung im Innenverhältnis ist deshalb nur dann ausgeschlossen, wenn ein Geschäftsführer mit Einverständnis oder auf Weisung der Gesellschafter (vgl. § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHG e contrario) bzw. im Falle einer Aktiengesellschaft mit Zustimmung der Hauptversammlung (§ 93 Abs. 4 S. 1 AktG) handelt.

Pflicht zu Kapitalerhaltung

Der GmbH-Geschäftsführer darf gemäß § 30 Abs. 1 GmbHG das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschafter nicht an die Gesellschafter auszahlen, es sei denn es besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag oder der Leistung steht ein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewährungsanspruch gegenüber. Bei der Aktiengesellschaft wird die Kapitalerhaltung durch das Verbot der Rückgewähr geleisteter Einlagen an die Aktionäre gemäß § 93 Abs. 3 Nr. 1 in Verbindung mit § 57 AktG sichergestellt.

Anders als bei Haftung im Innenverhältnis können sich Geschäftsleiter nicht enthaftend auf eine entsprechende Weisung der Gesellschafter bzw. Hauptversammlung berufen, da die Kapitalerhaltungsvorschriften nicht dem Schutz der Gesellschafter, sondern maßgeblich dem Schutz der Gläubiger dienen. Um einen Schadensersatzanspruch vorzubeugen, ist es unerlässlich, insbesondere risikoreiche Geschäfte zu erkennen und hierüber gewissenhaft Dokumentation zu führen.

Insolvenzantragspflicht

Drohendes Haftungsrisiko in der Krisensituation ist die Verletzung der Pflicht zur Insolvenzantragsstellung, die neben möglichen strafrechtlichen Konsequenzen für den Geschäftsführer gemäß § 15a Abs. 4 und 5 InsO auch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche nach sich ziehen kann. Die Eröffnungsgründe für ein Insolvenzverfahren sind Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und Überschuldung (§ 19 InsO). Ein Geschäftsleiter kann aber auch schon vorher einen Insolvenzantrag stellen, nämlich bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO), und so der Haftung wegen Insolvenzverschleppung sicher entgehen.

Eine Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Das gilt aber nicht, wenn das Unternehmen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fortgeführt werden kann. Die Fortführung ist dann wahrscheinlich, wenn das Unternehmen zahlungsfähig ist. Daher wird in der Praxis im Ergebnis nie bloß der Überschuldungsparagraph geprüft, sondern immer auch die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens.

Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Von Zahlungsunfähigkeit ist auszugehen, wenn beim Schuldner eine Liquiditätslücke von 10% oder mehr besteht und diese nicht innerhalb von drei Wochen geschlossen werden kann. Entsprechend ist bei bloß vorübergehenden Zahlungsstockungen nicht zwingend von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auszugehen. In unklaren Fällen muss der Geschäftsleiter prüfen, ob die Liquiditätslücke mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit vollständig geschlossen werden kann. Bei der Beurteilung, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt, sind alle zu erwartende Zahlungseingänge sowie alle fälligen und neu hinzukommenden Zahlungsforderungen gegen das Unternehmen zu berücksichtigen.



Liegt ein Insolvenzgrund vor, sind Geschäftsführer und Vorstände [...] verpflichtet, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber innerhalb von drei Wochen, einen Insolvenzantrag zu stellen.

Liegt ein Insolvenzgrund vor, sind Geschäftsführer und Vorstände gemäß § 15a Abs.1 InsO verpflichtet, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber innerhalb von drei Wochen, einen Insolvenzantrag zu stellen. Die Frist von drei Wochen ist jedoch nur dann auszunutzen, wenn ernsthafte Aussicht besteht, die eingetretene Zahlungslücke tatsächlich beheben zu können. Dies sollte der Geschäftsleiter gut dokumentieren.

Zahlungsverbote

Gemäß §§ 64 S.1 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 AktG ist der Geschäftsführer bzw. Vorstand gegenüber der Gesellschaft zum Ersatz der Zahlungen verpflichtet, die nach dem Eintritt der Insolvenzreife erfolgen. Zweck dieser Vorschrift besteht vor allem in der Verwirklichung der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung gemäß § 1 InsO. Verboten sind neben den unmittelbar durch den Geschäftsleiter selbst veranlassten Zahlungen auch solche, die durch Mitarbeiter des Unternehmens veranlasst wurden, und auch dann, wenn der Geschäftsführer bzw. Vorstand hiervon keine Kenntnis hatte. Auch Zahlungen auf debitorisch geführte Konten der Gesellschaft erfüllen den Haftungstatbestand, da diese Zahlungen grundsätzlich der kontoführenden Bank – als Gläubigerin der Gesellschaft – zu Gute kommen.

Die Ersatzpflicht für die vorgenannten verbotenen Zahlungen entfällt, wenn diese mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind (§ 64 S. 2 GmbHG) oder die Zahlungen aus einer gesetzlichen Pflicht hieraus erfolgen. Der Begriff der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes orientiert sich dabei nicht mehr an der Sorgfalt im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebes. Vielmehr besteht ein eigener Sorgfaltsmaßstab in der Krise. Ab diesem Zeitpunkt sind Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife nur dann gerechtfertigt, wenn diese für die Gläubiger-gesamtheit mehr Vorteile als Nachteile mit sich bringen. Folglich sind die sog. „sowieso Zahlungen“ (z.B. laufende Wasser-, Strom-, Lohn- und Mietschulden) für die Fortführung des Geschäftsbetriebes nur dann gerechtfertigt, wenn ernsthafte Sanierungschancen bestehen oder die Betriebsfortführung für die Insolvenzmasse günstiger ist als eine sofortige Einstellung. Darüber hinaus soll eine Haftung für nach Insolvenzreife vorgenommene Zahlungen auch dann ausgeschlossen sein, wenn der Zahlung eine entsprechende kompensierende Gegenleistung gegenübersteht, die zugunsten der Massegläubiger auch verwertet werden kann.¹ So kann bspw. der Kauf von Waren oder Maschinen möglicherweise als wertadäquat zu klassifizieren sein, so dass ein Geschäftsleiter hier nicht unbedingt haften muss. Dass sich die Zahlung für die Gläubiger nicht nachteilig ausgewirkt hat, muss der in Anspruch

1. Vgl. BGH, Urt. v. 18.11.2014 – II ZR 231/13 sowie BGH, Urt. v. 04.07.2017 – II ZR 319/15.

genommene Unternehmensleiter jedoch in einem Prozess beweisen, was in der Praxis meist schwierig ist. Der Geschäftsleitung ist deshalb anzuraten, frühzeitig professionellen Rat einzuholen und bereits im Vorfeld einer ernst zu nehmenden Unternehmenskrise die geleisteten Zahlungen sorgfältig zu dokumentieren.

Aktuelle Rechtsprechung zu Organhaftung in der Insolvenz

Im Folgenden sollen zwei aktuelle Urteile dargestellt werden, die in der Literatur bereits ein breites Echo erzeugt und die Risikolage der Entscheidungsträger in der Krise maßgeblich verschärft haben.

BGH: Analoge Anwendung von §§ 60, 61 InsO im Eigenverwaltungsverfahren

Mit Urteil vom 26.04.2018 stellte der BGH klar, dass ein Sanierungsgeschäftsführer im Rahmen der Eigenverwaltung einer insolventen Gesellschaft den gleichen Haftungsregeln unterliegt wie ein Insolvenzverwalter. Die §§ 60, 61 InsO gelten analog. Der Sanierungsgeschäftsführer haftet persönlich gegenüber allen am Insolvenzverfahren Beteiligten für Pflichtverletzungen (§ 60 InsO) und gegenüber Massegläubigern gegenüber für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten, die durch den Eigenverwalter begründet werden (§ 61 InsO). Der BGH begründet seine Entscheidung damit, dass ein Geschäftsleiter in der Insolvenz einer eigenverwalteten Gesellschaft über seine organschaftlichen Befugnisse hinaus originäre Aufgaben eines Insolvenzverwalters wahrnimmt. Deshalb müsse ihn die gleiche Haftung wie einen Insolvenzverwalter treffen. In Ergänzung hierzu sieht der BGH die Haftung analog §§ 60, 61 InsO als ein wirksames Instrument an (gerade) die in Eigenverwaltung präsente „erhöhte[n] Risikobereitschaft zu zügeln“.²

Für die Praxis bedeutet das BHG-Urteil, dass die Eigenverwaltung – die die Regelinsolvenz als die führende Form der Insolvenzverwaltung in Deutschland eigentlich ablösen soll – für die Geschäftsführer aufgrund erheblicher persönlicher Haftungsrisiken unattraktiver wird. Sollte die Sanierung nicht gelingen,

können Geschäftspartner wie Banken oder Lieferanten den Eigenverwalter künftig als neuen potenziell liquiden Ersatzschuldner in Anspruch nehmen. Zu der Frage, ob dem Geschäftsleiter in der Insolvenz ein unternehmerischer Entscheidungsspielraum zusteht, äußert sich der BGH nicht. Betrachtet man jedoch den Schutzzweck von § 60, 61 InsO, dürfte die Business Judgement Rule (oben unter B. I.) keine Anwendung finden. Ob bei mehreren Organen nur der Chief Restructuring Officer bzw. Sanierungsgeschäftsführer analog §§ 60, 61 InsO haftet oder eine gesamtschuldnerische Haftung aller Organe gegeben ist, ließ der BGH ebenfalls offen. Zur Haftungsreduzierung in der Praxis empfiehlt es sich, einen fachlich versierten Berater mit ins Boot zu holen und vor der Durchführung besonders bedeutsamer Rechtsgeschäfte die Zustimmung der Gläubigerversammlung einzufordern. Dies garantiert zwar keine fehlerfreie Durchführung der Eigenverwaltung, aber immerhin kann das Management des eigenverwalteten Unternehmens damit die eigenen Haftungsrisiken möglicherweise abschwächen und bei Pflichtverletzungen den Sanierungsgeschäftsführer heranziehen.

OLG Düsseldorf: Kein D&O-Versicherungsschutz für „Ersatzansprüche eigener Art“

Das OLG Düsseldorf hat am 20.07.2018 entschieden, dass Ansprüche des Insolvenzverwalters gegen den versicherten Geschäftsführer auf Ersatz von verbotenen Zahlungen, die gemäß § 64 GmbHG nach Insolvenzreife der Gesellschaft geleistet wurden, nicht vom Versicherungsschutz einer von der Gesellschaft unterhaltenen D&O-Versicherung umfasst sind. Zur Begründung seiner Entscheidung legt das Oberlandesgericht Düsseldorf die Versicherungsbedingungen aus und stellt fest, dass es sich bei dem Ersatzanspruch aus § 64 GmbHG nicht um einen Schadensersatzanspruch im Sinne der Versicherungsbedingungen handele, sondern um einen „Ersatzanspruch eigener Art“.³ Voraussetzung für die Begründung eines Leistungsanspruchs aus der D&O-Versicherung sei ein Vermögensschaden bei der Gesellschaft, der jedoch durch Zahlungen nach Insolvenzreife nicht ausgelöst wird, weil der Zahlung regelmäßig das Erlöschen einer dadurch getilgten Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenübersteht. Nachteilig wirken sich die Zahlungen nur für die Gläubiger der Gesellschaft aus, da ihre (Masse-)Ansprüche ge-

2. BGH, Urt. v. 26.04.2018 – IX ZR 238/17.

3. OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.07.2018 – 4 U 93/16.

schmälert werden. Der Sinn und Zweck der D&O-Versicherung sei jedoch nicht der Schutz der Gläubigerinteressen. Ferner könne der Ersatzanspruch nach § 64 GmbHG nicht mit einem Schadenersatzanspruch verglichen werden, da es hier allein auf die getätigte Zahlung ankomme und verschiedene Einwendungen, die im Schadenersatzrecht erhoben werden können (etwa ein Mitverschulden), bei § 64 GmbH nicht berücksichtigt werden können. Es stelle daher für den Versicherer ein anderes weitergehendes Risiko dar, wenn er Versicherungsschutz für solche Erstattungsansprüche eigener Art leisten solle. Das Urteil des OLG Düsseldorf ist inzwischen rechtskräftig.

In der Praxis handelt es sich bei der Haftung für Ersatzansprüche nach § 64 GmbHG für die GmbH und § 92 Abs. 2 AktG für die Aktiengesellschaft um die häufigste Anspruchsgrundlage in der Insolvenz der Gesellschaft. Die Geschäftsleiter sehen sich dabei selbst bei kleinen Unternehmen schnell erheblichen Haftungsansprüchen des Insolvenzverwalters ausgesetzt. Das Urteil von OLG Düsseldorf ist insoweit von hoher Bedeutung für die Entscheidungsträger, die bisher darauf vertraut haben, dass die D&O-Versicherung diese Forderungen des Insolvenzverwalters abdeckt. Auch für Sanierungsgeschäftsführer in der Eigenverwaltung entsteht möglicherweise eine gefährliche Deckungslücke, wenn man das Urteil des OLG Düsseldorf auf die o.g. neuen Haftungsgrundlagen in der Eigenverwaltung überträgt. Auch hier läge möglicherweise ein nicht versicherter Ersatzanspruch vor, denn auch der Zweck der §§ 60, 61 InsO ist der Schutz der Gläubiger. Deren Schutz ist aber von einer D&O Versicherung nach Ansicht des OLG Düsseldorf gerade nicht abgedeckt.

Organmitglieder, zu deren Gunsten eine D&O-Versicherung abgeschlossen wurde, sollten das Urteil des OLG Düsseldorf daher zum Anlass nehmen, den Versicherungsvertrag kritisch auf die Deckung von Haftungsrisiken in der Insolvenz hin zu überprüfen. Sind Ersatzansprüche nach § 64 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 AktG sowie Ansprüche aus §§ 60, 61 InsO in den Versicherungsschutz nicht einbezogen, sollte mit der Versicherung schnell eine Regelung zur Einbeziehung dieser Ersatzansprüche getroffen werden.

Zusammenfassung

Gerät das Unternehmen in die Krise, stellt dies eine besondere Herausforderung für die Unternehmensleiter dar. Spätestens mit den ersten Anzeichen einer Krise besteht die Hauptpflicht der Geschäftsleitung in der Aufgabe, ständig die Liquidität des Unternehmens im Blick zu haben und ggf. beim Vorliegen eines Insolvenzgrunds rechtzeitig den Insolvenzantrag zu stellen. Dabei sollten sämtliche Geschäftsvorgänge, die Auswirkung auf die Insolvenz haben können, nur noch mit Bedacht vorgenommen werden. Insbesondere bei Veranlassung einer Auszahlung von Gesellschaftsmitteln ist der Bestimmungszweck der Zahlung entsprechend zu dokumentieren. Fehlt dem Geschäftsleiter zur Prüfung der insolvenzrelevanten Sachverhalte die ausreichende Fachkenntnis, sollte er sich durch eine fachlich qualifizierte unabhängige Person beraten lassen.

Manager, die eine Unternehmenssanierung in Eigenregie in Erwägung ziehen, haben sich vorab über die sie im Rahmen der Eigenverwaltung treffenden besonderen Pflichten gegenüber den Insolvenzgläubigern zu vergewissern. Auch hier empfiehlt es sich, frühzeitig einen professionellen Berater – am besten einen erfahrenen Insolvenzrechtler – zu Hilfe zu holen und ggf. in die Geschäftsleitung einzubeziehen.

Schließlich ist Entscheidungsträgern anzuraten, bestehende D&O-Versicherungen auf eine Deckung für Erstattungsansprüche aus § 64 GmbHG und §§ 60, 61 InsO überprüfen zu lassen. Die Insolvenz des Unternehmens stellt mittlerweile für Manager von Kapitalgesellschaften eines der größten Haftungsrisiken dar. In einer guten Managerhaftpflichtpolice sollten die vorgenannten Erstattungsansprüche explizit als versicherte Schadenersatzansprüche aufgenommen bzw. mitversichert werden. ■