

06.17

KSI

Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

Wirtschaft Recht Steuern

13. Jahrgang
November/Dezember 2017
Seiten 241–288

www.KSIdigital.de

Herausgeber:

Peter Depré, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

Dr. Lutz Mackebrandt, Unternehmensberater

Gerald Schwamberger, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

Herausgeberbeirat:

Prof. Dr. Markus W. Exler, Fachhochschule Kufstein

Prof. Dr. Paul J. Groß, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth, Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

Dr. Harald Krehl, Senior Advisor, Wendelstein

Prof. Dr. Jens Leker, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Andreas Pinkwart, HHL Leipzig Graduate School of Management

Prof. Dr. Florian Stapper, Rechtsanwalt, Stapper Insolvenz- und Zwangsverwaltung, Leipzig

Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Richter a.D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

Prof. Dr. Henning Werner, Dekan der Fakultät für Wirtschaft, SRH Hochschule Heidelberg

Strategien Analysen Empfehlungen

Der präventive Restrukturierungsrahmen als Äquivalent zum Schutzschirmverfahren [Burkhard Jung/Dr. Fabian Meißner/Dr. Thomas Rep, 245]

Kompetenzbewertung in der Sanierungspraxis [Bernhard Maatz/Prof. Dr. Ralf Neuhaus, 251]

Risikomanagementsysteme aus ökonomischer und juristischer Sicht [Philipp Hoffmann, 258]

Beschränkt haftende Gesellschaft – unbeschränkt haftende Dritte? [Prof. Dr. Florian Stapper/Dr. Benjamin Böhme, 263]

Gesetzliche Neuregelungen zum Sanierungsgewinn [Prof. Dr. Sylvia Bös/Dr. Andreas Schwarz, 268]

Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Private Equity für mittelständische Unternehmen in der Krise [Prof. Dr. Markus W. Exler/Alexander Hilger/Giuseppe Sorrentino, 272]

Präventiver Restrukturierungsrahmen: Was gibt es Neues? [Kolja von Bismarck/Dr. Ulla Reisch, 277]

Beilage

Jahresinhaltsverzeichnis 2017

Beschränkt haftende Gesellschaft – unbeschränkt haftende Dritte?

Haftungssubjekte und Haftungsprinzipien

RA Prof. Dr. Florian Stapper und Dr. Benjamin Böhme*

Nach der Reform des Insolvenzanfechtungs- und Eigenkapitalersatzrechts sind Gesellschafter und Empfänger von Leistungen eines Krisenunternehmens nur noch in engen Grenzen für das Weiterwirtschaften einer beschränkt haftenden Gesellschaft in der Krise haftbar. Aufgrund neuerer Entscheidungen des BGH sind nun Steuerberater und Banken verstärkt verantwortlich.

1. Einführung

Durch die Trennung von Herrschaft und Haftung bei beschränkt haftenden Gesellschaften wird die Bewältigung auch riskanter Unternehmungen möglich¹. Realisieren sich Verlustrisiken, haftet wirtschaftlich nicht mehr die Schuldnerin selbst für ihr unternehmerisches Handeln, sondern deren Gläubiger mit dem Ausfall bestehender Forderungen. Fallen Gläubiger mit ihren Forderungen aus, kann das Folgewirkungen für eine Branche oder sogar eine ganze Volkswirtschaft haben. Deshalb besteht ein volkswirtschaftliches Interesse an einem effektiven Gläubigerschutz.

Ursprünglich setzte Gläubigerschutz im Wesentlichen beim Geschäftsleiter einer werbenden Gesellschaft an. Später wurden weitere Dritte – wie z. B. Gesellschafter, Steuerberater und Vertragspartner – für Vermögensschäden nach Eintritt der materiellen Insolvenz verantwortlich gemacht. Das Entstehen fortführungsbedingter Schäden setzt voraus, dass der Geschäftsbetrieb eines Unternehmens in der Krise überhaupt aufrechterhalten wird. Das Bedürfnis, Dritte für

Schäden haftbar zu machen, wurde durch die Idee befördert, dass ein finanziell gescheitertes Unternehmen nicht zwingend auch wirtschaftlich gescheitert sein muss und es deshalb sinnvoll sein kann, den Geschäftsbetrieb am Laufen zu halten. Zwar hatte bereits nach der Konkursordnung von 1897 der Konkursverwalter gem. § 129 Abs. 2 KO ermessensfehlerfrei zu entscheiden, ob der Geschäftsbetrieb fortzuführen war, jedoch sah erst die Vergleichsordnung von 1927/1935 ein reguliertes Verfahren zur Fortführung in Eigenverwaltung vor. Mit der Einführung der Insolvenzordnung wurde dann ein effektives Instrumentarium geschaffen, um insolvente, aber sanierungsfähige Unternehmen erhalten zu können. Heute sind Möglichkeiten zur Unternehmensfortführung in Fremd- und Eigenverwaltung integraler Bestandteil des Insolvenzrechts.

Sind Verbindlichkeiten nicht durch Vermögen gedeckt, ist Kernproblem jeder Fortführung die Partizipation der Gläubiger am unternehmerischen Handeln. Es ist denkbar, dass die Schuldnerin sich weiter selbst verwaltet, unter Aufsicht gestellt wird oder die Schuldnerin fremdverwaltet wird. Während die Fremdverwaltung durch einen Insolvenz-

verwalter an den Interessen der Gläubiger orientiert ist, haben insbesondere bei selbstverwalteter Fortführung ohne entsprechende Aufsicht die Gläubiger nur defizitäre Informations- und Mitbestimmungsmöglichkeiten. Gleichwohl definierte der Gesetzgeber 2011² den Überschuldungsbegriff neu, wonach bei positiver Fortführungsprognose die Gesellschaft nicht überschuldet ist. In dieser Situation soll effektiver Gläubigerschutz nun durch Verantwortlichkeiten beteiligter Dritter gesichert werden.

2. Inanspruchnahme Dritter: Haftungssubjekte und Haftungsprinzipien

Haftungsbeschränkte Gesellschaften sind lediglich Vermögensansammlungen mit Rechtspersönlichkeit. Originäre Verantwortlichkeiten bestehen nicht. Gleichwohl werden stets Dritte (nachfolgend Abschn. 2.1) nach unterschiedlichen Prinzipien (nachfolgend Abschn. 2.2) für Schäden beim Scheitern einer Gesellschaft verantwortlich gemacht, sofern keine unabhängige Aufsicht (z. B. durch einen Sachwalter) besteht oder die Gesellschaft etwa durch einen Insolvenzverwalter fremdverwaltet wird.

* RA Prof. Dr. Florian Stapper ist Gründer der Stapper Insolvenz- und Zwangsverwaltung in Leipzig. Dr. Benjamin Böhme ist dort als RA tätig.

¹ Vgl. Limbach, Theorie und Wirklichkeit der GmbH, 1966, S. 101.

² Vgl. BGBl. I 2008 S. 1989.

Da eine positive Fortführungsprognose seit 2011 stets zu einer Verneinung der Überschuldung führt, kann eine Gesellschaft auch ohne deckendes Kapital weiter wirtschaften.

2.1 Haftungssubjekte

Maßgebliche Verantwortung lastet seit jeher auf dem Geschäftsführer (2.1.1), dessen Haftung der BGH dieser Tage verschärfte³. Die Inanspruchnahme des Gesellschafters (2.1.2) und des Empfängers von Leistungen einer materiell insolventen Gesellschaft (2.1.3) wurde indes durch den Gesetzgeber beschränkt. Allerdings bestehen erhebliche Haftungsrisiken für Steuerberater (2.1.4) und Fremdkapitalgeber (2.1.5).

2.1.1 Geschäftsleiter

Gesetzlicher Gläubigerschutz setzt seit 1870 in erster Linie beim Geschäftsleiter der werbenden Gesellschaft an: Das Unterlassen der Konkurs- bzw. Insolvenzantragstellung bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ist unter Strafe gestellt⁴. Überdies haftet er für Auszahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit⁵.

Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers wurde im Laufe der Zeit gelockert, um eine sofortige Stilllegung des Unternehmens bei finanziellen Engpässen zu vermeiden. Bereits im Rahmen der Regelung eines Vergleichsverfahrens wurden 1930 dem Geschäftsführer durch § 241 Abs. 3 HGB erstmals bestimmte Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz erlaubt⁶. Heute ist dies in § 64 Satz 2 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG geregelt. Auch die neue Definition des Begriffs der Überschuldung entlastet den Geschäftsführer. Da eine positive Fortführungsprognose seit 2011⁷ stets zu einer Verneinung der Überschuldung führt, kann eine Gesellschaft auch ohne deckendes Kapital weiter wirtschaften.

Problematisch hieran ist, dass die Gläubiger, die nach Eintritt der materiellen Insolvenz für den Erfolg unternehmerischen Handelns haften, weder die wirtschaftliche und finanzielle Lage genau kennen noch an einer Prognoseentscheidung beteiligt werden. Im Übrigen haben sie auch grundsätzlich keinen direkten Einfluss auf das unternehmerische Handeln der Schuldnerin. Lediglich für den Zeitraum ab Eintritt der Insolvenz vermitteln die gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote nach § 64 Satz 1, 2 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 Satz 1, 2 AktG dem Geschäftsleiter einen objektivierten Handlungsrahmen für eine Führung einer Gesellschaft im „Krisen-

modus“. Dieser ist im Wesentlichen davon geprägt, dass Zahlungen geleistet werden dürfen, welche ordnungsrechtlich geboten sind, einen Aktivtausch darstellen oder der Gefahrenabwehr dienen. Erst kürzlich konkretisierte der BGH⁸ die Kategorie des Aktivtauschs, indem er sie um das Kriterium der Liquidierbarkeit⁹ des eingetauschten Gegenstands ergänzte und damit die Geschäftsführerhaftung verschärfte.

2.1.2 Gesellschafter

Mit der Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts wurden Gesellschafter in die Finanzierungsfolgenverantwortung¹⁰ genommen. Gesellschafterdarlehen einer unterkapitalisierten GmbH stellten nach Auffassung des Reichsgerichts¹¹ und des BGH¹² Eigenkapital dar. Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal war die Krise der Gesellschaft. Eine Gesellschaft befand sich in der Krise, wenn sie von Dritten keine marktüblichen Kredite bzw. die konkret in Rede stehende Gesellschafterleistung mehr erhalten konnte. Mit der GmbH-Novelle von 1980 wurden die richterrechtlich entwickelten Kapitalersatzregeln kodifiziert. Mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. 10. 2008 wurde es zum 1. 11. 2008 allerdings wieder abgeschafft. Seitdem gründet die Verantwortlichkeit des Gesellschafters im Wesentlichen auf § 135 InsO und § 6 AnfG, deren Fristgebundenheit dem Rückzahlungsempfänger einen sicheren Hafen bietet, wenn die Gesellschaft nach dem Rückfluss des Darlehens noch ein Jahr lang ohne Insolvenzantrag durchhält¹³. Überdies wurde die Verantwortlichkeit für Rückzahlungen in der Krise an Gesellschafter mit der Einführung von § 64 Satz 3 GmbH auf den Geschäftsführer verlagert.

2.1.3 Leistungsempfänger

Einen weitreichenden Schritt unternahm der Gesetzgeber der InsO mit der Einführung des Insolvenzanfechtungsrechts, wodurch Empfänger von Leistungen der in die Krise geratenen Schuldnerin verantwortlich gemacht wurden. Durch das Rückgängigmachen von Vermögensabflüssen ab Eintritt der materiellen Insolvenz sollte die Insolvenzmasse angereichert werden. Eine Vielzahl von Anfechtungsgegnern sah sich teils hohen Rückforderungen ausgesetzt. Beschränkt waren diese Ansprüche im Wesentlichen durch die konkreten bzw. typisierten subjektiven Kenntnisse der Leistungsempfänger von der Zahlungsunfähigkeit. Insbesondere zu den subjektiven Tat-

3 Vgl. BGH v. 4. 7. 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017 S. 1619.

4 Für die AG vgl. BGBl. des Norddt. Bundes 1870, S. 385; für die GmbH vgl. RGBl. 1892 S. 499.

5 Für die AG vgl. RGBl. 1884 S. 163; für die GmbH vgl. RGBl. 1892 S. 494.

6 Vgl. RGBl. I 1930 S. 93 f.

7 Vgl. BGBl. I 2008 S. 1989.

8 Vgl. BGH v. 4. 7. 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017 S. 1619.

9 So bereits bei Übertragung des Handlungsmaßstabs auf den vorläufigen Insolvenzverwalter: Böhme, Unternehmensfortführung als Sicherungsmittel, 2017, S. 126.

10 Kritik am Begriff: Schmidt, ZIP, Beilage zu Heft 39/2010, S. 15, 18.

11 Vgl. RG v. 16. 11. 1937 – RG II 70/37, JW 1938 S. 862.

12 Vgl. BGH v. 14. 12. 1959 – II ZR 187/57, NJW 1960 S. 285.

13 Schmidt, ZIP, Beilage zu Heft 39/2010, S. 15, 17.

bestandsmerkmalen entwickelte sich eine komplizierte Rechtsprechung, welche von der Bewertung von Indizien geprägt war. Die damit verbundenen erheblichen Rechtsverfolgungskosten und unkalkulierbaren Haftungsgefahren führten dazu, dass das Mittel bei Marktteilnehmern an Akzeptanz verlor.

Zum Schutze des Wirtschaftsverkehrs wurde deshalb das Insolvenzanfechtungsrecht mit dem Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz eingeschränkt¹⁴. Anfechtungsfristen wurden gekürzt und Ansprüche auf Nutzungsersatz gestrichen. Die bloße Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kann seitdem keinen Anfechtungsanspruch mehr begründen. Überdies wurde den Marktteilnehmern sogar ein insolvenzfester Leistungsaustausch mit Unternehmen in der Krise ermöglicht. Nahezu ohne Anfechtungsgefahren können weiter Leistungen eines zahlungsunfähigen Unternehmens vereinnahmt werden, selbst wenn die wirtschaftliche und finanzielle Krise des Vertragspartners bekannt sind. Voraussetzung ist allerdings der zeitnahe Austausch gleichwertiger Leistungen.

2.1.4 Steuerberater (StB)

Der StB kennt in aller Regel nur die nackten Zahlen, nicht jedoch alle notwendigen Tatsachen zur Beurteilung der Fortführungsaussichten eines Unternehmens. Bislang zog der BGH hieraus den Schluss, dass der StB nicht ohne Weiteres den Geschäftsführer auf eine mögliche Insolvenzantragspflicht hinweisen muss¹⁵. Den Kanon bestehender Pflichten erweiterte der BGH insbesondere um weitere Hinweispflichten. Bestehen Indizien für wirtschaftliche Schwierigkeiten (z.B. erhebliche Verluste, wenig Eigenkapital, Liquiditätsschwierigkeiten, bilanzielle Überschuldung), muss er den Geschäftsführer auf eine mögliche Insolvenzantragspflicht hinweisen¹⁶ und darf grundsätzlich keine Fortführungswerte im Rahmen der Bilanzierung ansetzen¹⁷.

Grundlage der Verantwortlichkeit des StB sind die handelsrechtlichen Pflichten, die bei der Erstellung eines Jahresabschlusses zu berücksichtigen sind. Korrekte Buchführung und Bilanzierung sind Kernaufgaben bei der Steuerung eines Unternehmens. Durch einen

Jahresabschluss wird nicht nur dem Geschäftsleiter, sondern auch Vertragspartnern und Gesellschaftern die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit offenbart. Ein StB, der den handelsrechtlichen Jahresabschluss einer beschränkt haftenden Gesellschaft zu erstellen hat, soll nicht nur eine Grundlage für die strategische Ausrichtung seiner Auftraggeberin liefern, sondern hilft ihr auch bei der Erfüllung ihrer handelsrechtlichen Pflichten¹⁸. Damit wird der StB bei Bilanzerstellung zur Erfüllung gläubigerschützender Schuldnerpflichten eingesetzt. Deshalb ist ein Jahresabschluss unabhängig vom konkreten Umfang der Prüfungspflicht des StB mangelhaft, wenn er handelsrechtliche Vorgaben verletzt, was beispielsweise der Fall ist, wenn der StB entgegen § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB Fortführungswerte zugrunde legt¹⁹. Selbst wenn der StB trotz entsprechender Hinweise zum Ansatz von Fortführungswerten angewiesen wird, muss er seinen Auftraggeber auffordern, die Grundlage hierfür (z. B. plausible Fortführungsprognose) vorzulegen oder aber die Anweisung seines Auftraggebers in dem von ihm erstellten Entwurf eines Jahresabschlusses dokumentieren²⁰.

Es wird diskutiert, ob die Hinweispflichten vertraglich abbedungen werden können. *Onusseit/Schröder* schlagen dazu vor, den Mandatsumfang zu begrenzen. In diesem Rahmen müsse der StB zudem über die abstrakte Rechtslage zur Bilanzierung zu Fortführungswerten, den Indizien für Insolvenzgründe und der Prüfungspflicht des Geschäftsführers informieren²¹. Einer solchen Vereinbarung würde jedenfalls der subsumierende Charakter eines konkreten Hinweises fehlen – also die Verknüpfung von abstrakter Rechtslage und konkretem Lebenssachverhalt. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass sich der StB durch Vereinbarung mit dem Schuldner seinen Pflichten entziehen kann. Vielmehr trägt er neben dem Geschäftsleiter maßgebliche Verantwortung für gläubigerschädigendes Weiterwirtschaften eines wirtschaftlich und finanziell gescheiterten Unternehmens.

2.1.5 Bank

Fremdkapitalgeber können erheblichen Einfluss auf den operativen Geschäftsbetrieb haben, da sie durch die Kündigung von Krediten über das Vorliegen eines Insolvenzgrunds disponieren können. Durch das Stundieren von Rückzahlungsforderungen oder das Offenhalten von Kreditlinien – z. B. um weitere Tilgungen generieren zu können – kann leicht eine finanzielle Schieflage vertieft werden.

Wusste der Fremdkapitalgeber von der finanziellen Lage, bestehen u. U. Rückgewähransprüche wegen anfechtbarer Rechtshandlung. Sittenwidrig handelt der Kapitalgeber indes, wenn er die Kapitalaustattung maßgeblich kontrolliert und den insolvenzreifen Geschäftsbetrieb gezielt durch Vergabe von Notkrediten aus eigennützigen Motiven künstlich am Laufen hält, obgleich erkennbar ist, dass da-

14 Vgl. BT-Drucks. 18/7054 S. 1; dazu u. a. Siemon in KSI 06/2016 S. 250 ff.

15 Vgl. BGH v. 7. 3. 2013 – IX ZR 64/12, NZI 2013 S. 438.

16 Dies ist selbst dann sinnvoll, wenn der Geschäftsleiter bereits hinreichend sensibilisiert ist, vgl. *Onusseit/Schröder*, ZInsO 2017 S. 1868.

17 Vgl. BGH v. 26. 1. 2017 – IX ZR 285/14, NZI 2017 S. 312.

18 Vgl. ebenda.

19 Vgl. ebenda.

20 Vgl. ebenda.

21 Vgl. *Onusseit/Schröder*, ZInsO 2017 S. 1868.

Anfechtungs-
gegner und
Gesellschafter
müssen lediglich
den Vorteil her-
ausgeben, den sie
durch die fehler-
hafte Handlung
erlangten.

durch die Insolvenz lediglich hinausgezögert, nicht aber verhindert werden kann²². Löst ein Gläubiger auf diese Weise einen Schaden der Gläubigersamtheit aus, haftet er nach der Rechtsfigur des „eigennützigen Sanierungskredits“²³.

Schwierig kann die Abgrenzung von langlaufenden Überbrückungsfinanzierungen zu sittenwidrigen Sanierungskrediten sein. Hierzu stellte der *XI. Senat des BGH* mit Beschluss vom 7. 3. 2017 klar, dass ein Überbrückungskredit keine starren Fristen haben muss²⁴. Auch wenn er länger als drei Wochen (§ 15a InsO) oder drei Monate (§ 270b Abs. 1 Satz 1, 2 InsO) gewährt wird, kann eine Überbrückungsfinanzierung vorliegen. Dies wirkt grundsätzlich entlastend für den Fremdkapitalgeber, da nicht allein ein Fristablauf zu einer erhöhten Verantwortlichkeit führt. Entscheidend für die Qualifizierung des gewährten Kredits als sittenwidrigem Sanierungskredit ist vielmehr die Gestaltung des jeweiligen Einzelfalls. Dabei kommt es maßgeblich darauf an, ob Sanierungsmaßnahmen bei Darlehensgewährung erfolgversprechend waren.

Geeignetes Mittel zur Feststellung ist die Anfertigung eines Sanierungskonzepts, was jedoch auch darauf Rücksicht nehmen muss, ob die Darlehensnehmerin selbst oder mit ihr verbundene Konzerngesellschaften von den Stützungsmaßnahmen profitieren²⁵. Gewährt ein Fremdkapitalgeber indes ohne vorherige Sanierungsprüfung einem Krisenunternehmen Kredit, muss er damit rechnen, für fortführungsbedingte Schäden zu haften.

2.2 Haftungsprinzipien

2.2.1 Gestufter Haftungsumfang

Die Haftung für eine verschleppte Insolvenz kann isoliert bei den Vermögensabflüssen ansetzen, die Verschlechterung der Vermögenslage ausgleichen oder auf den Vorteil des Haftenden beschränkt sein. Der Geschäftsführer hat die nach Zahlungsunfähigkeit abgeflossene Aktivmasse zu ersetzen, wenn der Abfluss nicht ordnungsmäßigem Handeln entsprach. Der StB hat indes lediglich die durch seine Pflichtverletzung verursachte Vertiefung der Überschuldung auszugleichen, also die Differenz zwischen der bestehenden Vermögenslage und derjenigen, die ohne das schädigende Ereignis bestan-

den hätte (Quotenschaden). Die gleiche Verpflichtung trifft nach § 826 BGB den Darlehensgeber eines sittenwidrigen Sanierungskredits. Anfechtungsgegner und Gesellschafter müssen lediglich den Vorteil herausgeben, den sie durch die fehlerhafte Handlung erlangten.

Kennzeichnend für die Haftung Dritter ist die damit verbundene disziplinierende Wirkung. Insbesondere bei der Geschäftsführerhaftung geht es nicht lediglich um den Ausgleich verursachter Schäden, sondern um die Missbilligung einer unverändert fortgesetzten, werbenden Tätigkeit, ohne auf die Interessen der Gläubiger Rücksicht zu nehmen. Im Gegensatz dazu hat der mit der Bilanzerstellung beauftragte StB keinen direkten Einfluss auf das unternehmerische Handeln seines Auftraggebers. Allerdings wirkt er an der Information des Rechtsverkehrs mit und nimmt auf diese Weise allgemeines Vertrauen in die Korrektheit seiner Arbeit in Anspruch. Anfechtungsgegnern und Gesellschaftern wird nicht die Verschleppung der Insolvenz vorgeworfen, sondern lediglich die Befriedigung ihrer Forderungen zur Unzeit, was durch die Rückabwicklung der Leistungen kompensiert wird.

2.2.2 Abhängigkeit vom jeweiligen Informationsstand

Die Pflichten der Beteiligten sind maßgeblich abhängig vom Informationsstand des jeweiligen Haftungssubjekts über die Vermögenslage der Schuldnerin. Dabei kommt es allerdings nicht nur auf die tatsächliche Kenntnis, sondern auch darauf an, ob die Beteiligten sich einer Erkenntnis verschlossen haben. Üben Dritte wie Darlehensgeber und StB in der Krise einer beschränkt haftenden Gesellschaft Tätigkeiten aus, welche für fortführungsbedingte Schäden kausal sind, haften sie nur, wenn sie wenigstens anhand von Indizien auf die Unternehmenskrise schließen konnten. Auch das Insolvenzanfechtungsrecht knüpft maßgeblich an die konkreten bzw. typisierten subjektiven Kenntnisse des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin an.

Da Empfänger von Leistungen einer in die Krise geratenen Gesellschaft selten intime Einblicke in die finanzielle und wirtschaftliche Lage der Schuldnerin haben, sind sie auf die Bewertung von Indizien angewiesen. Dabei begründen nicht alle Indizien den Anschein einer Zahlungseinstellung. Beispielsweise ist gem. § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO der Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung kein hinreichendes Indiz für den Eintritt materieller Insolvenz. In Sonderfällen (wie etwa bei Bargeschäften) wird sogar bei Kenntnis von der Unternehmenskrise ein insolvenzfester Leistungsaustausch ermöglicht.

Nur beim Geschäftsleiter wird sein umfassendes Wissen vorausgesetzt. Zu seinen Lasten wird vermutet, dass er nicht mit der von einem Geschäftsführer zu fordernden Sorgfalt gehandelt hat, wenn er nach Eintritt der Insolvenzzreife Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen leistet²⁶. Er ist gehalten, permanent eine wirtschaftliche

22 Vgl. BGH v. 11. 11. 1985 – II ZR 109/84, NJW 1986 S. 837; BGH v. 9. 12. 1969 – VI ZR 50/68, NJW 1970 S. 657.

23 Vgl. BGH v. 9. 7. 1953 – IV ZR 242/52, NJW 1953 S. 1665; BGH v. 22. 1. 1962 – III ZR 198/60, WM 1962 S. 527.

24 Vgl. BGH v. 7. 3. 2017 – XI ZR 571/15, NZI 2017 S. 507.

25 Vgl. BGH v. 7. 3. 2017 – XI ZR 571/15, NZI 2017 S. 507.

26 Vgl. BGH v. 18. 10. 2010 – II ZR 151/09, ZIP 2010 S. 2400.

Selbstkontrolle durchzuführen, um seine Haftungsrisiken frühzeitig erkennen und minimieren zu können²⁷.

2.2.3 Einschätzungsspielraum bei Prognosen

Auch wenn das Vermögen nicht zur Deckung der Verbindlichkeiten ausreicht, ist nach § 19 Abs. 2 InsO eine Gesellschaft nicht überschuldet, wenn ihre Fortführung wahrscheinlich ist. Erhebliches Gewicht kommt daher der Fortführungsprognose zu. In erster Linie ist der Geschäftsleiter zur Prognose der Fortführbarkeit berufen. Er darf bzw. muss²⁸ sich Dritter bedienen, hat jedoch deren Ergebnisse kritisch zu prüfen²⁹. Da es sich um eine Prognose handelt, hat er einen Einschätzungsspielraum. Sonstige Dritte sind nicht zur Erstellung einer eigenen Prognose verpflichtet. Vielmehr sind sie ihrerseits zur Plausibilitätsprüfung der Angaben des Geschäftsführers angehalten.

3. Fazit

Schäden aus der Fortführung einer wirtschaftlich und finanziell gescheiterten Gesellschaft können beträchtlich sein. Obgleich Gläubigern beschränkt haftender Gesellschaften lediglich das Gesellschaftsvermögen zur Haftungsverwirklichung zur Verfügung

steht, können auch Dritte für Gläubigerschäden verantwortlich sein. Maßgeblich für die Haftung Dritter sind

- die positive Fortführungsprognose des Unternehmens,
- die Qualität des kausalen Beitrags des Beteiligten zur Unternehmensfortführung,
- die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen des wirtschaftlichen und finanziellen Scheiterns des Unternehmens.

Originär sind die Gläubiger zur Entscheidung berufen, ob sie dem Geschäftsbetrieb ihrer Schuldnerin eine Perspektive zutrauen. Geht ein Marktteilnehmer davon aus, dass ein anderer nicht bezahlen wird, sollte er erst gar keinen Vertrag schließen. Im Wege der Haftung können Gläubiger diese Aufgabe auf Dritte abwälzen. Im Bedürfnis, Schuldige für das Versagen wirtschaftlicher Einheiten zu suchen und originäre Haftungsrisiken der Gläubiger auf Dritte zu verlagern, manifestiert sich letztlich die mangelnde Bereitschaft der Marktteilnehmer, Insolvenzrisiken ihrer Schuldner zu tragen.

Spätestens bei negativer Fortführungsprognose bzw. eingetretener Zahlungsunfähigkeit haben die Gläubiger ein Interesse an Vermögenssicherung und Information. Enthaltend für Dritte wirkt in diesem Fall, wenn die Unternehmensfortführung an den Interessen der Gläubiger ausgerichtet, durch einen (vorläufigen) Sachwalter beaufsichtigt oder durch einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter gesteuert wird. Die rechtzeitige Durchführung eines Insolvenzverfahrens dient nicht nur der ordnungsgemäßen Abwicklung gescheiterter Unternehmen. Sie bietet außerdem die Möglichkeit, ein Unternehmen unter Fremd- oder in Eigenverwaltung koordiniert und haftungsfrei fortzuführen und zu sanieren.

27 Vgl. BGH v. 14. 5. 2007 – II ZR 48/06, NJW 2007 S. 2118.

28 Vgl. BGH v. 27. 3. 2012 – II ZR 171/10, DB 2012 S. 1320.

29 Vgl. BGH v. 14. 5. 2007 – II ZR 48/06, NJW 2007 S. 2118.