

Der „löchrige“ Schutz der D&O-Versicherung

Der BGH hat mit seinem Urteil vom 4. Juli 2017 (Az. II ZR 319/15) die Haftung der Geschäftsführer für Zahlungen nach Insolvenzreife deutlich verschärft. Damit realisiert sich eines der Hauptrisiken, für die ein Geschäftsführer eine D&O-Versicherung abschließt. Aber: D&O-Versicherer lehnen Zahlungen verstärkt ab und verweigern den Versicherungsschutz für Geschäftsführer.

Im Falle der Insolvenz einer GmbH besteht für die Geschäftsführer das Risiko einer Haftungsinanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter aus § 64 Abs. 1 GmbHG (oder einer gleichgerichteten Haftungsnorm z. B. § 130a HGB z. B. für die KG). Grundsätzlich haften Geschäftsleiter einer Aktiengesellschaft, GmbH, Unternehmersgesellschaft, GmbH & Co. KG aber auch einer Limited nach englischem Recht ab dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (Insolvenzreife) für jede geleistete Zahlung. Die Haftung tritt selbst dann ein, wenn sie die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nur fahrlässig verkannt haben. Oft wird dem Geschäftsführer in einem viele Jahre nach der Insolvenz stattfindenden Haftungsprozess vor Augen geführt, dass er die Insolvenzreife wesentlich früher vor der Antragstellung hätte erkennen müssen und für die Zahlungen in Regress genommen wird. Liegt der Eintritt der Insolvenzreife schon länger zurück, erreichen die Ansprüche gegen den Geschäftsführer schnell existenzgefährdende Summen.

Umfang der Haftung deutlich verschärft

Der Umfang der Haftung war zwischen den Juristen bisher streitig. Im November 2014 hatte der BGH noch entschieden, dass eine Haftung ausscheide, wenn durch die Zahlung ein Gegenwert in das Unternehmen gelangt ist, der im Interesse der Gläubiger später hätte veräußert werden können. Nunmehr entschieden die Richter in Karlsruhe anders. Entscheidend sei, so der BGH, dass durch die Zahlung des Unternehmens dessen Aktiva tatsächlich erhöht würden. Zudem seien etwaige Warenbezüge – und damit auch Maschinen – grundsätzlich zu niedrigeren Liquidationswerten anzusetzen. Bei geringwertigen Verbrauchsgütern sei ein solcher regelmäßig nicht feststellbar.

Im Fall der Insolvenz kann der Geschäftsführer mit betragslich beschränktem Haftungsrisiko (Differenzhaftung) Grundstücke, Maschinen, Fahrzeuge und andere „handfeste“ Assets für die Gesellschaft erwerben und bezahlen. Jede Zahlung an Arbeitnehmer, Dienstleister und ganz überwiegend auch an Warenlieferanten führt jedoch zu einer vollumfänglichen persönlichen Haftung.

In der Rechtsprechung anerkannt war bislang ferner, dass eine Haftung des Geschäftsleiters entfällt, wenn solche Zahlungen den sofortigen Zusammenbruch des in einer Insolvenz sanierungsfähigen Unternehmens verhindern. Typischerweise wurden hier immer Zahlungen auf Strom-, Wasser- und Heizrechnungen genannt (BGH Urteil vom 05.11.2007 Az. II ZR 88/99, Rn. 6).

Auch die Bezahlung von Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienstleistungen wird immer wieder genannt und von dem jetzigen Urteil des BGH nicht verneint. Nach überwiegender Ansicht soll dies aber nur gelten, wenn tatsächlich Sanierungschancen bestehen und das längstens für einen Zeitraum von drei Wochen. Eine Verlängerung im Einzelfall wurde diskutiert und durch das OLG Hamburg (Urteil vom 25.06.2010, Az. 11 U 133/06) in einem konkreten Fall auf vier Wochen akzeptiert. Die Details werden weiter umstritten bleiben. Das Argument, die Zahlungen seien zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes und zur Erhaltung der Sanierungschancen im Interesse aller Gläubiger erfolgt, behebt nicht die Gefahr einer persönlichen Haftung, insbesondere dann nicht, wenn die Zahlungen über einen Zeitraum von vier Wochen hinaus erfolgten.

Ist es dem Insolvenzverwalter bereits gelungen, die angegriffene Zahlung durch Insolvenzanfechtung wieder zur Masse zurückzuholen, so entfällt die Haftung des Geschäftsführers. Falls nicht, kann sich der Geschäftsführer den Anfechtungsanspruch Zug um Zug gegen Zahlung abtreten lassen.

Der Geschäftsführer haftet nicht, wenn die Zahlungen zu einer Zeit erfolgten, zu der er bereits von seinem Amt abberufen war oder es niedergelegt hatte. Auf die Eintragung im Handelsregister kommt es nicht an. Auch kann der Anspruch aus § 64 Abs. 1 GmbHG verjährt sein, wenn die Zahlung schon länger als fünf Jahre zurückliegt.

Hilft die D&O-Versicherung noch?

In der Vergangenheit konnten sich Geschäftsführer in der Regel darauf verlassen, dass im Zweifel die zu ihren Gunsten

abgeschlossene D&O-Versicherung den Haftungsschaden aus einem gesetzlichen Haftpflichtanspruch reguliert. Allerdings nur, wenn dem Organ keine wissentliche Pflichtverletzung bzw. Vorsatz nachzuweisen war. Die meisten Geschäftsführer kennen im Übrigen die Haftungsnorm des § 64 Abs. 1 GmbHG nicht bzw. gehen per se davon aus, dass die Versicherung die wesentlichen Risiken aus der Geschäftsführung abdeckt. Umso überraschter sind sie, wenn die D&O-Versicherung ausgerechnet im Falle einer Haftungsinanspruchnahme aus § 64 Abs. 1 GmbHG keinen Versicherungsschutz gewährt.

Am 1. April 2016 ist dazu ein Beschluss des OLG Celle ergangen, in welchem sich erstmals ein Obergericht der Auffassung zuneigt, dass die Geltendmachung eines Anspruchs aus § 64 GmbHG wegen der Besonderheiten dieser Haftung keinen Versicherungsfall im Sinne der D&O-Versicherung darstelle und somit keine Deckung bestehe.

Diese Kernaussage des Beschlusses wurde nunmehr durch das Urteil des OLG Düsseldorf vom 20. Juli 2018 (Az. I-4 U 93/16) in gleicher Weise entschieden, was weitreichende Auswirkungen auf die Regulierungspraxis der D&O-Versicherungen haben wird. Im Kern begründen beide Gerichte ihr Entscheidungsergebnis gleich: „Es handelt sich bei § 64 GmbHG nicht um einen gesetzlichen Haftpflichtanspruch. Die Vorschrift des § 64 GmbHG dient der Erhaltung der verteilungsfähigen Vermögensmasse der insolventen Gesellschaft im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger, um soweit wie möglich deren gleichmäßige und ranggerechte Befriedigung zu ermöglichen (auch BGH NJW 2000, 668).

Darin besteht der entscheidende Unterschied zu einem deliktischen Schadensersatzanspruch, weil die Haftung aus § 64 GmbHG unabhängig davon besteht, ob der Gesellschaft überhaupt ein Vermögensschaden entstanden ist.

In vielen Fällen ist die Gesellschaft durch die Zahlung gerade von einer Verbindlichkeit befreit worden. Es handelt sich mithin bei § 64 GmbHG nicht um einen Deliktstatbestand, sondern um eine eigenständige Anspruchsgrundlage bzw. einen „Ersatzanspruch eigener Art“ (ständige Rspr. des BGH, vgl. BGH NZG 2011, 624. Dort RZ. 20 m.w.N.).

Bestätigung der Versicherung einholen

Jeder Geschäftsführer sollte von seinem D&O-Versicherer die klarstellende schriftliche Bestätigung einholen, dass die Haftung aus § 64 GmbHG mitversichert ist. Bei spezialisierten Maklern ist dies schon lange Teil der mit den Versiche-

rungen ausgehandelten Versicherungsbedingungen. Sollte die D&O-Versicherung sich zu einer solchen Bestätigung nicht bereit erklären, sollte diese beendet und eine neue Versicherung abgeschlossen werden, die diese Erweiterung beinhaltet.

Im Übrigen sollte jeder Geschäftsführer, dessen Unternehmen sich in der Krise befindet, einen spezialisierten Rechtsanwalt mit der insolvenzrechtlichen Beratung betrauen. Jeder Geschäftsführer muss – zwingend – bereits bei den ersten Krisenanzeichen Insolvenzantragsgründe prüfen und Sanierungsmaßnahmen einleiten, andernfalls wird er Schwierigkeiten haben, einer Haftung zu entgehen.

Der Geschäftsführer handelt nicht schuldhaft im Sinne des § 64 Abs. 1 GmbHG, wenn er zur Klärung der Insolvenzreife der Gesellschaft den Rat eines unabhängigen, qualifizierten Berufsträgers einholt und diesem Rat folgend von der Stellung eines Insolvenzantrages absieht. Zuvor muss er diesen über sämtliche für die Beurteilung erheblichen Umstände informieren und eine eigene Plausibilitätskontrolle der ihm daraufhin erteilten Antwort vornehmen.

Die Versicherungswirtschaft sollte die Versicherungsbedingungen von bestehenden D&O-Versicherungen so zu Gunsten der versicherten Personen auslegen, dass die § 64 GmbHG-Haftung mit vom Versicherungsschutz umfasst ist. Nicht alle Versicherer berufen sich auf die oben geschilderte Argumentation und die in diesem Zusammenhang ergangenen Urteile, sondern einige sehen diese Haftungsrisiken von ihren Bedingungen, ohne ausdrückliche Nennung des § 64 GmbHG, mit umfasst.

Daniel Trowski

Rechtsanwalt
Buchalik Brömmekamp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Schwerpunkte: Bankrecht, Insolvenzrecht und
Sanierung, Handels- und Gesellschaftsrecht

Tel. 0211-82 89 77 282

daniel.trowski@buchalik-broemmekamp.de

