

Betriebs Berater

// WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Ulrich Soltész, LL.M., RA, und Dr. Anne Schädle, M.Sc., RAin
Wirksamkeit von beihilferechtlichen Haftungsklauseln in M&A-Transaktionen

510

Dr. Oliver Rieckers, LL.M., RA

Rechtskraftwirkung abweisender Entscheidungen im Freigabeverfahren

514

BGH: Haftung des GmbH-Geschäftsführers auf Ersatz gezahlten Insolvenzgeldes wegen Insolvenzverschleppung
BB-Kommentar von Dr. Hortense Trendelenburg, RAin

517

// STEUERRECHT

Peter Schulz, RA, StB, Michael Althof, RA, und Richard Markl, StB
Der Regierungsentwurf zur Erbschaftsteuerreform: Ausgewählte Zweifelsfragen bei Verwaltungsvermögen, Lohnsumme und der Begünstigung von Kapitalgesellschaftsanteilen

528

Dr. Jan Sedemund, RA, FASr, LL.M., und Britta Fischenich, StB
Die neuen Mantelkaufregelungen und Grunderwerbsteuer als verfassungs- und europarechtlich bedenkliche Bremse von internationalen Umstrukturierungen

535

BFH: Erweiterte Gewerbeertragskürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG – Behandlung von Kapitalerträgen aus der Anlage von rückzahlungsbedrohten Mieterträgen – Grundbesitz i.S. von § 9 Nr. 1 GewStG

BB-Kommentar von Stefan Köhler, RA, StB

540

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Carsten Schlotter, RA

Voraussichtlich dauernde Wertminderung nach dem Urteil des BFH zur Teilwertabschreibung auf Aktien vom 26.9.2007

546

dazu: **BFH:** Teilwertabschreibung auf börsennotierte Aktien im Anlagevermögen bei voraussichtlich dauernder Wertminderung

550

// ARBEITSRECHT

Dr. Gerhard Reinecke

Zur AGB-Kontrolle von Arbeitsentgeltvereinbarungen

554

BAG: Betriebliche Altersversorgung und Antidiskriminierungsrecht
BB-Kommentar von Dr. Werner Walk, RA, FAArbR, und Beatrice Lipke, RAin

557

// BB-MAGAZIN

Dr. Matthias Söffing, RA/FASr

Erbschaftssteuerreform: Auch vom Steuergesetzgeber kann man Ehrlichkeit erwarten

M1

Norbert Jumpertz

Porträt des Kapitalmarktrechtsexperten RA Andreas Tilp: Interessenvertreter ja, Idealist nein

M16

klagen beruht. Dies tragende Feststellungen hat das Berufungsgericht bisher nicht ausreichend getroffen. Insoweit ist, was die Revision nicht in Abrede stellt, davon auszugehen, dass die K.-GmbH spätestens am 30.11.1999 zahlungsunfähig war, dass der Beklagte den Insolvenzantrag also spätestens am 21.12.1999 hätte stellen müssen. Eine Feststellung dahin, dass eine Schadenszufügung in dem Sinne vorliegt, dass das Insolvenzgeld im Fall rechtzeitiger Antragstellung nicht hätte gezahlt werden müssen, lässt sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen.

28 Es ist nicht erkennbar, ob das Berufungsgericht vom Vorbringen der Klägerin ausgegangen ist, der Geschäftsbetrieb der K.-GmbH wäre alsbald eingestellt worden, so dass keine Arbeitsentgeltsansprüche mehr bestanden hätten. Konkrete Tatsachen, die darauf hindeuten könnten, sind nach

den bisherigen Feststellungen nicht ersichtlich. Auch kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass auch bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags Arbeitsentgeltzahlungen aus Mitteln der GmbH geleistet worden wären. Zwar zahlte die K.-GmbH bis März 2000 einschließlich das Arbeitsentgelt ihrer Arbeitnehmer. Gegen eine auch bei rechtzeitiger Antragstellung fortdauernde Zahlung kann aber immerhin sprechen, dass die GmbH zahlungsunfähig war, so dass es einer zusätzlichen Begründung dafür bedürfte, dass zunächst der Beklagte unter Berücksichtigung seiner Pflichten aus § 64 Abs. 2 GmbHG und sodann der vom Insolvenzgericht eingesetzte Insolvenzverwalter Zahlungen an die Arbeitnehmer hätten fortsetzen können und deshalb die Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung von Insolvenzgeld nicht eingetreten wäre.

// BB-Kommentar

Dr. Hortense Trendelenburg, RAin, Taylor Wessing Partnerschaftsgesellschaft, Frankfurt a. M.



„Das Urteil schafft Rechtssicherheit für Geschäftsführer und verringert Haftungsgefahren“

Problem

Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im insolvenznahen Bereich ist in den letzten Jahren stetig ausgeweitet worden (vgl. zur Insolvenzverschleppung auch BGHZ 126, 181; BGHZ 108, 134; allgemein *Arends/Möller*, GmbHR 2008, 169). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass der Gläubiger auch im Rahmen der Haftung gemäß § 826 BGB nach den allgemeinen Regeln zu beweisen hat, dass ihm durch Insolvenzverschleppung ein Schaden entstanden ist.

Entscheidung des Gerichts

Die Bundesagentur für Arbeit, die gemäß § 183 SGB III Insolvenzgeld zahlen muss, hat im Fall der Insolvenzverschleppung einen Anspruch aus § 826 BGB (vgl. BGHZ 108, 134, u. a. auch zur Nichtanwendbarkeit des § 64 GmbHG; kritisch Münchener Kommentar zum BGB/Wagner, 4. Aufl. 2004, § 826 Rn. 75). Der Geschäftsführer haftet aber nur für Schäden, die auf der Insolvenzverschleppung beruhen. Die Zahlung des Insolvenzgelds nach § 183 SGB III setzt kein besonderes Fehlverhalten des Geschäftsführers voraus und ist für sich gesehen kein Schaden. Wenn die Zahlung nicht nur wegen der Insolvenz, sondern wegen der Insolvenzverschleppung geleistet werden musste, hat die Bundesagentur für Arbeit das darzulegen und zu beweisen.

Die Vorinstanz hatte dem Geschäftsführer die Beweislast dafür auferlegt, dass das Insolvenzgeld auch bei rechtzeitiger Antragstellung hätte gezahlt werden müssen (vgl. OLG Koblenz, ZInsO 2007, 162). Sie sah dies als Fall der so genannten Reserveursache, also des hypothetischen Alternativverhaltens (vgl. OLG Koblenz, ZInsO 2007, 162; *Blank*, ZInsO 2007, 188, 190; allgemein *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl. 2008, vor § 249 Rn. 96 ff.). Wenn überhaupt, dürfte die Annahme eines rechtmäßigen Alternativverhaltens näher liegen (vgl. OLG Frankfurt, NZG 1999, 947, 948; OLG Saarbrücken, ZIP 2007, 328 (obiter dictum); allgemein *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl. 2008, vor § 249 Rn. 105 ff.). Der BGH hat diese Frage

offen gelassen. Die Bundesagentur für Arbeit konnte nicht beweisen, dass sie das Insolvenzgeld ohne die Insolvenzverschleppung nicht hätte zahlen müssen, so dass es bereits an der Grundvoraussetzung eines vom Geschäftsführer verursachten Schadens fehlte (ähnlich OLG Saarbrücken, ZIP 2007, 328, 329).

Praxisfolgen

Das Urteil wird dazu beitragen, Rechtssicherheit für Geschäftsführer zu schaffen und Haftungsgefahren zu verringern. Die Insolvenzverwalter bemühen sich um eine optimale Ausnutzung der Möglichkeiten des § 183 SGB III, so dass das Insolvenzgeld meist auch dann gezahlt werden muss, wenn der Geschäftsführer rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt hat. Insofern ist es zu begrüßen, dass der BGH seine Rechtsprechung, nach der der Gläubiger für alle Anspruchsvoraussetzungen des § 826 BGB darlegungs- und beweispflichtig ist (vgl. nur BGH, BB 2007, 1970 – *Trihotel* = NJW 2007, 2689; BGH, GmbHR 2008, 257), auch bezüglich dieser Fallkonstellation bestätigt hat. Beweiserleichterungen gelten nur für Angelegenheiten, die Interna der Gesellschaft sind und in die der Gläubiger entsprechend wenig Einblick hat, z. B. Sanierungsversuche (so bereits BGHZ 108, 134, 145).

Der Schwerpunkt der Entscheidung liegt auf Fragen der Beweislast, denen bekanntlich im Prozess überragende Bedeutung zukommt. Während die Entscheidung diesbezüglich Klarheit gebracht hat, ist es aus anwaltlicher Sicht bedauerlich, dass der BGH die Gelegenheit, obiter dictum zur Haftung nach § 826 BGB inhaltlich Stellung zu nehmen, nicht genutzt hat. Hier ist derzeit vieles unklar. Bereits im Anschluss an die *Inspire-Art*-Entscheidung (vgl. EuGH, BB 2003, 2195) war die Vermutung geäußert worden, dass die Rechtsprechung, soweit europarechtlich vertretbar, als Reaktion auf die Zulassung ausländischer Gesellschaftsformen in Deutschland die auch für diese Gesellschaften geltende deliktische Haftung weiterentwickeln wird (vgl. auch *Zöllner*, GmbHR 2006, 1, 8). Die *Trihotel*-Entscheidung des BGH, in der die Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs auf § 826 BGB gestützt wurde (vgl. BGH, BB 2007, 1970 = NJW 2007, 2689), hat diesen Vermutungen neuen Auftrieb gegeben.

Auch im Hinblick auf die Änderung der Kapitalschutzregeln durch das MoMiG (vgl. BT-Drs. 16/6140 sowie die Äußerung von *Goette* gegenüber dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages vom 15.1.2008) stellt sich die Frage, ob die Rechtsprechung mit einer leichten Verschärfung der deliktischen Haftung reagieren wird. Interessant ist dies insbesondere bei Fallgestaltungen, die bereits nach der derzeitigen Rechtslage als kritisch angesehen werden, etwa die in der Praxis wichtige Bestel-

lung von Sicherheiten zugunsten Dritter unter Verletzung von §§ 30, 31 GmbHG (vgl. auch die Kritik von *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 30 Rn. 73, 103 ff., an der bankenfreundlichen, knapp begründeten Entscheidung BGHZ 138, 291; allgemein *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 31 GmbHG Rn. 12).

Wie oben erwähnt, trägt der Geschäftsführer die Beweislast für erfolgversprechende Sanierungsbemühungen, die eine Haftung nach § 826 BGB ausschließen können (so bereits BGHZ 108, 134, 145). Für die Praxis empfiehlt es sich, Sanierungsbemühungen nicht nur zu unternehmen, sondern auch zu dokumentieren. Im vom BGH entschiedenen Fall ging es um einen eventuellen Nachauftrag, also um wirtschaftliche Sanierungsmaßnahmen. Mangels entsprechenden Vortrags hat sich der BGH nicht zur Frage geäußert, ob auch die – leichter nachzuweisende – Aussicht auf eine rechtliche Sanierung, etwa über eine Umwandlung der Gesellschaft, eine Ausschöpfung der Antragsfrist rechtfertigen kann (kritisch *Ballmann*, BB 2007, 1121, 1124; die Bundesagentur für Arbeit zahlt bei Umwandlung und Sitzverlegung ins Ausland meist nur für sehr kurze Zeit Insolvenzgeld, vgl. *Hans Brochier Ltd vs Exner*, 5608/06, [2006] EWHC 2594 CH). Nachdem eine Umwandlung bereits insolventer Gesellschaften nach h.M. grundsätzlich möglich sein soll (so jedenfalls OLG Stuttgart, ZIP 2005, 2066,

m.w.Nachw.; a.A. bei bereits abgelaufener Insolvenzantragsfrist *Ballmann*, BB 2007, 1121, 1124; vgl. auch Art. 8 Abs. 15 SE-VO), wäre es wünschenswert, wenn die Rechtsprechung zu dieser Thematik und zur hoch umstrittenen Haftung nach § 826 BGB in Sanierungsfällen etwas ausführlicher Stellung nähme (zu weitgehend *Ballmann*, BB 2007, 1121, 1124; auch die Verhinderung einer Sanierung kann zu Ansprüchen nach § 826 BGB führen, vgl. Münchner Kommentar zum BGB/*Wagner*, 4. Aufl. 2004, § 826 Rn. 81).

Auch wenn es aus anwaltlicher Sicht zu bedauern ist, dass der BGH die Gelegenheit zu obiter dicta nicht genutzt hat, hat die vorliegende Entscheidung die Beweislast für die Haftung des Geschäftsführers nach § 826 BGB klar und angemessen geregelt und damit zur Rechtssicherheit beigetragen. Wenn, wie meistens, zwischen der Insolvenzverschleppung und der Pflicht zur Zahlung des Insolvenzgeldes kein klarer Zusammenhang herzustellen ist, haftet der Geschäftsführer gegenüber der Bundesagentur für Arbeit nicht.

Hinweis der Redaktion: Vgl. zur Entscheidung des BGH v. 7.1.2008 – II ZR 314/05 – den Entscheidungsreport von *Topf*, BB 2008, 521 (in diesem Heft). Der Beschluss ist unter www.betriebs-berater.de: // **BB-ONLINE** **BBL2008-521-1** abrufbar.

// Entscheidungsberichte

// GESELLSCHAFTSRECHT

Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung bei planmäßigem Entzug von GmbH-Vermögen

BGH, Beschluss vom 7.1.2008 – II ZR 314/05

Volltext des Beschlusses: // **BB-ONLINE** **BBL2008-521-1** unter www.betriebs-berater.de

LEITSATZ

Zur sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung – auch in der besonderen Form des existenzvernichtenden Eingriffs – bei einem planmäßigen Entzug von Gesellschaftsvermögen der GmbH (hier: „Vereinnahmung“ von Forderungen) durch deren Alleingesellschafter.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beklagte war Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer später insolventen GmbH, die unter anderem Immobilien vermittelte. Er leitete den Geschäftsbereich Immobilienvermittlung auf sich über, indem er im März 1997 einen mit der L-Bank bestehenden Vermittlungsvertrag der GmbH kündigte, im Juni 1997 direkt mit der L-Bank einen Vermittlungsvertrag schloss und fortan die Provisionen selbst vereinnahmte. Der Kläger, Insolvenzverwalter der GmbH i.L., klagt auf Schadensersatz. Der Beklagte habe der GmbH zustehende Provisionen durch die Überleitung sittenwidrig vereinnahmt. Das Berufungsgericht gab dem Kläger recht, hielt aber zu Unrecht für unstrittig, dass die Provisionen mit der Geschäftsüberleitung im Zusammenhang standen, die abgerechneten Immobiliengeschäfte noch von der GmbH angebahnt wurden und die Provisio-

nen deshalb der GmbH zustanden. Der BGH wies insbesondere mit folgenden Hinweisen die Sache zur weiteren Aufklärung zurück:

Eine Haftung des Beklagten wegen existenzvernichtenden Eingriffs lasse sich allein auf § 826 BGB stützen. Die Existenzvernichtungshaftung ergänze das Konzept der §§ 30, 31 GmbHG und betreffe lediglich missbräuchliche, eine Insolvenz verursachende oder vertiefende, kompensationslose Eingriffe in das zur vorrangigen Gläubigerbefriedigung dienende Gesellschaftsvermögen. Hier habe noch im Mai 1997 weder eine Zahlungsunfähigkeit noch eine Unterbilanz vorgelegen.

Über eine Existenzvernichtungshaftung hinaus könne eine Haftung nach § 826 BGB in sonstiger Weise gegeben sein, wenn die vereinnahmten Forderungen Bestandteil des GmbH-Vermögens waren und der Beklagte diese auf sich „umleitete“. Als Alleingesellschafter unterliege er hingegen keinem Wettbewerbsverbot gegenüber der GmbH.

PRAXISFOLGEN

Der BGH bestätigt die Neuausrichtung des Haftungskonzepts „existenzvernichtender Eingriff“. Bis vor kurzem haftete ein Gesellschafter bei existenzvernichtendem Eingriff gegenüber den Gläubigern der GmbH unbegrenzt für deren Verbindlichkeiten (BGH, Urt. v. 24.6.2002 – II ZR 300/00 „KBV“, BB 2002, 1823). Wies er nach, dass bei ordnungsgemäßem Verhalten ein geringerer Schaden entstanden wäre, begrenzte sich seine Einstandspflicht hierauf. Die Außenhaftung war subsidiär einer Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG. Der BGH gab dieses Konzept kürzlich auf und versteht den existenzvernichtenden Eingriff nun als besonderen Fall der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nach § 826 BGB (Urt. v. 16.7.2007 – II ZR 2/04 „Trihotel“, BB 2007, 1970; Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BB 2008, 411). Rechtsfolge ist eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft auf den tatsächlich entstandenen Schaden, gleichrangig einer Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG.

Die Entscheidung festigt zunächst die Stellung des Gesellschafters, der nur haftet, wenn ihm ein Schädigungsvorsatz nachgewiesen werden kann. Der Ausschluss einer Außenhaftung mindert das Haftungsrisiko bei