

ZInsO-Aufsätze

Keine Deckung von Organhaftungsansprüchen gemäß § 64 Satz 1 GmbHG durch D&O-Versicherung?

Zugleich Besprechung des Urteils des OLG Düsseldorf vom 20.7.2018 – 4 U 93/16, ZInsO 2018, 1809 ff.

von Rechtsanwalt Björn Schwencke,* LL.M. (Auckland) und Dipl.-Juristin Johanna Röper,** Hamburg

I. Urteil des OLG Düsseldorf vom 20.7.2018 – 4 U 93/16¹

Mit Urt. v. 20.7.2018 (4 U 93/16) hat das OLG Düsseldorf entschieden, dass Ansprüche einer insolventen Gesellschaft gegen ihren Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 GmbHG wegen der Vornahme verbotswidriger Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife nicht von den dort streitgegenständlichen Versicherungsbedingungen einer D&O-Versicherung gedeckt seien. Die Versicherungsbedingungen deckten gemäß einer marktüblichen Klausel Schadensersatzansprüche wegen durch Pflichtverletzungen der versicherten Personen verursachten Vermögensschäden. Bereits im Jahr 2016 hatte auch das OLG Celle ohne weitere Begründung im Zusammenhang mit einer Kostenentscheidung entschieden, dass der Ersatzanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG kein von den Versicherungsbedingungen der D&O-Versicherung erfasster Haftpflichtanspruch sei.²

Das OLG Düsseldorf vertritt die Ansicht, dass der Ersatzanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG grds. nicht vom Versicherungsvertrag erfasst werde. Dieser Anspruch sei kein Anspruch auf Ersatz eines Vermögensschadens, wie es die Versicherungsbedingungen voraussetzen. Es handele sich gemäß der Rechtsprechung des BGH um einen „Ersatzanspruch eigener Art“, der jedoch allein dem Interesse der Gläubiger-gesamtheit der insolventen Gesellschaft diene. Die Gesellschaft selbst erleide durch die verbotswidrigen Zahlungen keinen Vermögensschaden, da lediglich bestehende Verbindlichkeiten durch die Zahlungen beglichen würden. Schließlich sei der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG mit einem Schadensersatzanspruch auch nicht vergleichbar, da gegen ihn verschiedene Einwendungen aus dem Schadensersatzrecht nicht erhoben werden könnten. Im Einzelnen führt das OLG Düsseldorf dazu aus, dass der Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG nicht entgegengehalten werden könne, der Gesellschaft sei kein oder nur ein geringerer Schaden entstanden. Ferner könne sich der in Anspruch genommene Geschäftsleiter auch nicht auf ein Mitverschulden oder eine eventuelle Gesamtschuld mehrerer handelnder Personen berufen. Die Revision zum BGH wurde vom OLG Düsseldorf mit der Begründung nicht zugelassen, dass seine Rechtsauffassung zum versicherungsrechtlichen Schadensersatzbegriff der st. Rspr. des BGH folge.

II. Analyse

Das Urteil des OLG Düsseldorf überzeugt nicht. Zum einen geht es fälschlicherweise davon aus, dass es sich bei dem Ersatzanspruch gem. § 64 Satz 1 GmbHG weder um einen Scha-

densersatzanspruch noch um einen jedenfalls schadensersatz-ähnlichen Anspruch handele. Zum anderen berücksichtigt das Urteil des OLG Düsseldorf bei der Beurteilung des Deckungsumfangs der D&O-Versicherung die Interessen und das Verständnis des Versicherungsnehmers sowie des Geschäftsführers als versicherte Person nicht ausreichend, obwohl der Deckungsumfang einer Haftpflichtversicherung durch Auslegung zu ermitteln und dabei nach st. Rspr. des BGH auf die Sicht des Versicherungsnehmers und die Interessen der Vertragsparteien abzustellen ist.

1. Dogmatische Einordnung des Ersatzanspruchs gemäß § 64 Satz 1 GmbHG

In seinem Urteil orientiert sich das OLG Düsseldorf an der Rechtsprechung des BGH zu § 64 Satz 1 GmbHG, wonach es sich bei dem Ersatzanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG (zuvor § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.) nicht um einen Schadensersatzanspruch im Sinne der Differenzhypothese, sondern um einen „Ersatzanspruch eigener Art“ handeln soll.³ Das Zahlungsverbot soll die verteilungsfähige Vermögensmasse einer insolvenzreifen Gesellschaft im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger erhalten und eine zu ihrem Nachteil gehende bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger verhindern.⁴ Demgegenüber qualifizieren Literaturstimmen den Ersatzanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG als einen gesetzlich normierten Fall der Drittschadensliquidation.⁵

* Björn Schwencke, LL.M. (Auckland), ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei BRL Boege Rohde Luebbehusen in Hamburg; er vertritt regelmäßig Insolvenzverwalter und beklagte Organe in insolvenzbezogenen Organhaftungsfällen.

** Dipl.-Juristin Johanna Röper ist wissenschaftliche Mitarbeiterin bei BRL Boege Rohde Luebbehusen und Doktorandin an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

1 S. ZInsO 2018, 1809 ff.

2 OLG Celle, Beschl. v. 21.1.2016 – 6 O 195/13, Rn. 38.

3 So BGH, Urt. v. 18.3.1974 – II ZR 2/72, NJW 1974, 1088, 1089; Urt. v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, ZInsO 2011, 260, 263; Hinweisbeschl. v. 11.2.2008 – II ZR 291/06, NJW-RR 2008, 1066, 1067; Urt. v. 20.9.2010 – II ZR 78/09, ZInsO 2010, 1943, 1945 (Doberlug); Urt. v. 15.3.2011 – II ZR 204/09, ZInsO 2011, 970, 972; Hinweisbeschl. v. 5.2.2007 – II ZR 51/06, NJW-RR 2007, 1490, 1491.

4 BGH, Urt. v. 18.3.1974 – II ZR 2/72, NJW 1974, 1088, 1089; Urt. v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, ZInsO 2011, 260, 263; Hinweisbeschl. v. 11.2.2008 – II ZR 291/06, NJW-RR 2008, 1066, 1067; Urt. v. 20.9.2010 – II ZR 78/09, ZInsO 2010, 1943, 1945 (Doberlug); Urt. v. 15.3.2011 – II ZR 204/09, ZInsO 2011, 970, 972; Hinweisbeschl. v. 5.2.2007 – II ZR 51/06, NJW-RR 2007, 1490, 1491.

5 So insbesondere K. Schmidt, NZG 2015, 129, 130; ders., ZIP 2005, 2177, 2183; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 64 Rn. 4, 43; ders., ZIP 2015, 949, 952 ff.; ders., ZIP 2001, 2201, 2208.

Auch der BGH sieht allerdings eine Nähe des „Ersatzanspruchs eigener Art“ zu einem Schadensersatzanspruch. So führt der BGH zur Parallelnorm des § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG aus, dass durch verbotene Zahlungen die Insolvenzmasse in dem nachfolgenden Insolvenzverfahren verringert werde, was zu einem Schaden allein der Insolvenzgläubiger führe; diesen Drittschaden stelle das Gesetz – geleitet von dem Ziel, die Gesamtheit der Gläubiger der Gesellschaft durch Wahrung von Neutralität bei der Bewirkung von Zahlungen in der Krise vor Schäden in Gestalt einer Verminderung ihrer Quote durch masseschmälernde Leistungen zu schützen – in § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG jedoch einem Schaden der Gesellschaft gleich.⁶

Unter Bezugnahme auf die weitere Parallelnorm für Personengesellschaften ohne eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter, § 130a HGB, stellt der BGH auch klar, dass lediglich der übliche Schadensbegriff im Sinne der Differenzhypothese auf den durch die verbotenen Zahlungen entstehenden „Schaden“ nicht anwendbar sei, es sich aber um einen speziellen Schadensbegriff, wie er auch § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG i. V. m. Abs. 3 Nr. 6 AktG zugrunde liege, handele und der „Schaden“ schon in dem Abfluss der Mittel liege.⁷

Ein „Schaden“ der Gesellschaft kommt auch deshalb in Betracht, weil durch die verbotswidrig geleisteten Zahlungen einzelne Gläubiger i. d. R. bevorzugt befriedigt werden, deren Forderungen bei pflichtgemäßer Insolvenzantragstellung nicht durchsetzbar wären und zur Insolvenztabelle angemeldet und quotal befriedigt werden müssten, soweit keine insolvenzfesten Sicherungsrechte bestehen.

In diesem Sinne qualifiziert auch die Gesetzesbegründung zu § 130a Abs. 3 Satz 1 HGB a.F. (heute § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB) die Haftung wegen verbotener Zahlungen als Schadensersatzanspruch: „Die in Abs. 3 S. 1 und 2 vorgesehene Schadensersatzpflicht entspricht §§ 93 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 6 AktG, 64 Abs. 2 GmbHG“.⁸

Der BGH bewertet es i. Ü. als gleichgültig, ob man in der Haftung wegen verbotswidrig geleisteter Zahlungen einen „Ersatzanspruch eigener Art“ oder einen „Schadensersatzanspruch eigener Art“ annimmt.⁹ Gleichwohl dient die Bezeichnung als „Ersatzanspruch eigener Art“ dem OLG Düsseldorf als Kernargument, warum dieser nicht von den streitgegenständlichen Versicherungsbedingungen umfasst sein soll.

Auch der Verweis des OLG Düsseldorf, dass dem „Ersatzanspruch eigener Art“ im Unterschied zum Schadensersatzanspruch nicht entgegengehalten werden könne, der Gesellschaft sei kein oder nur ein geringerer Schaden entstanden, greift nicht.¹⁰

So hat der BGH durch seine Rechtsprechung zu den masseschmälernden Zahlungen gem. § 64 Satz 1 GmbHG und der Berücksichtigung von wertausgleichenden Gegenleistungen auch im Rahmen des § 64 Satz 1 GmbHG über eine wirtschaftliche Betrachtung ein Korrektiv zur „Schadenshöhe“ entwickelt.¹¹ Der BGH erkennt seit seinem Ur. v. 18.11.2014

(II ZR 231/13) eine in Bezug auf den Ersatzanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG tatbestandsausschließende Kompensation durch einen den Vermögensabfluss ausgleichenden Zufluss an, ohne dies davon abhängig zu machen, ob dieser Ausgleich bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch in der Masse vorhanden ist.¹² Das OLG Düsseldorf liegt demnach falsch, wenn es meint, dem Ersatzanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG könnten grds. keine Einwendungen vergleichbar dem Schadensersatzrecht entgegengehalten werden. Ist nämlich die durch die verbotswidrig veranlasste Zahlung eingetretene Masseschmälerung durch eine in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dieser Zahlung erlangte Gegenleistung ausgeglichen worden, entfällt die Ersatzpflicht des Organs.¹³

Ständiger Streitpunkt in diesen Haftungsprozessen sind die Fragen, ob (1) Zahlungen gem. § 64 Satz 2 GmbHG privilegiert sind, da sie mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes in Einklang stehen, und ob (2) den Zahlungen wertausgleichende Gegenleistungen gegenüberstehen. Liegt eine diese Voraussetzungen vor, lässt dies den entsprechenden Erstattungsanspruch entfallen.¹⁴

Zwar trifft es zu, dass bei mehreren Geschäftsführern grds. keine Haftungsanteile im Sinne einer Gesamtschau über § 254 BGB gebildet werden. Es fehlt aber, entgegen der Auffassung des OLG Düsseldorf, nicht an einer Gesamtschuldnerschaft. Werden mehrere Geschäftsführer auf Ersatz verbotener Zahlungen in Anspruch genommen, haften diese zwar jeweils für sämtliche massemindernde (und nicht nach § 64 Satz 2 GmbHG privilegierten) Zahlungen. Da die Insolvenzmasse jedoch nicht bevorteilt werden soll, haften die Geschäftsführer als Gesamtschuldner nach § 421 BGB. Demgemäß steht ihnen im Verhältnis untereinander auch der Ausgleichsanspruch unter Gesamtschuldnern nach § 426 BGB zu.¹⁵ Für die AG ergibt sich dies direkt aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, für Personengesellschaften aus § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB. Dass eine Gesamtschuldnerschaft mehrerer Geschäftsführer für die Haftung auf Ebene der GmbH in § 64 Satz 1 GmbHG nicht ausdrücklich normiert ist (gleichwohl aber aus § 43 Abs. 2 GmbHG ersichtlich wird: „Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden“), kann nicht dazu führen, dass bei

6 BGH, Ur. v. 20.9.2010 – II ZR 78/09, ZInsO 2010, 1943, 1944 Rn. 14.

7 BGH, Hinweisbeschl. v. 5.2.2007 – II ZR 51/06, NJW-RR 2007, 1490, 1491 Rn. 7.

8 Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 1.4.1975, BT-Drucks. 7/3441, S. 47.

9 BGH, Hinweisbeschl. v. 5.2.2007 – II ZR 51/06, NJW-RR 2007, 1490, 1491 Rn. 7.

10 Vgl. OLG Düsseldorf, Ur. v. 20.7.2018 – 4 U 93/16, ZInsO 2018, 1809 Rn. 109.

11 Vgl. BGH, Ur. v. 4.7.2017 – II ZR 319/15, ZInsO 2017, 1847 m.w.N.

12 BGH, Ur. v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, ZInsO 2015, 1494; zuletzt BGH, Ur. v. 4.7.2017 – II ZR 319/15, ZInsO 2017, 1847.

13 Vgl. BGH, Ur. v. 4.7.2017 – II ZR 319/15, ZInsO 2017, 1847 m.w.N.

14 BGH, Ur. v. 4.7.2017 – II ZR 319/15, ZInsO 2017, 1847 m.w.N.

15 Vgl. MünchKomm-GmbHG/H.F. Müller, 2. Aufl. 2016, § 64 Rn. 167; Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 64 Rn. 43; Bork, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 3. Aufl. 2015, § 64 Rn. 36; Wicke, in: Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 64 Rn. 23.

einer GmbH die Insolvenzmasse die verbotenen Zahlungen mehrfach erstattet verlangen kann.

Insgesamt wird die Nähe und Vergleichbarkeit des nach Ansicht des BGH als „Ersatzanspruch eigener Art“ qualifizierten Haftungsanspruchs zum Schadenersatz deutlich.

2. Schaden als Deckungsvoraussetzung

Ungeachtet der Rechtsnatur des Ersatzanspruchs gem. § 64 Satz 1 GmbHG kommt es für die Beurteilung des Deckungsumfangs der D&O-Versicherung auf die präzise dogmatische Einordnung des Anspruchs jedoch ohnehin nicht an.

Bei der Anwendung der Rechtsprechung des BGH zu § 64 Satz 1 GmbHG lässt das OLG Düsseldorf unberücksichtigt, dass diesen Entscheidungen jeglicher konkreter Bezug zu der D&O-Versicherung und ihrem Deckungsumfang fehlt.¹⁶ Insbesondere lassen sich aus den ergangenen BGH-Urteilen keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Haftung wegen verbotener Zahlungen nicht unter den Begriff eines „Vermögensschadens“ im Sinne der D&O-Versicherungen zu subsumieren ist. Die dem Urteil des OLG Düsseldorf zugrunde liegende (marktübliche) Klausel der Allgemeinen Versicherungsbedingungen entspricht den Musterbedingungen „Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG)“¹⁷ des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV). Hiernach wird Versicherungsschutz gewährt, „[...] für den Fall, dass ein gegenwärtiges oder ehemaliges Mitglied des Aufsichtsrates, des Vorstandes oder der Geschäftsführung der Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft (versicherte Personen) wegen einer bei Ausübung dieser Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird“.

Üblicherweise wird auch der Vermögensschaden im Sinne der AVB-AVG des GDV in D&O-Versicherungsbedingungen einheitlich wie folgt definiert:

„Vermögensschäden sind solche Schäden, die weder Personenschäden (Tötung, Verletzung des Körpers oder Schädigung der Gesundheit von Menschen), noch Sachschäden (Beschädigung, Verderben, Vernichtung oder Abhandenkommen von Sachen) sind, noch sich aus solchen Schäden herleiten.“

Mit dieser negativen Abgrenzung werden also nur Personenschäden und Sachschäden vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. Wäre der Deckungsschutz auf „reine Schadenersatzansprüche“ beschränkt, so hätte es nahegelegen, über eine entsprechende Definition Auslegungsfragen bei gesetzlichen Ersatzansprüchen zu vermeiden.

Bedenken an den Wertungen des OLG Düsseldorf bestehen insbesondere vor dem Hintergrund, dass Versicherungsverträge nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH aus der

Sicht eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse auszulegen und auch seine Interessen bei dieser Auslegung zu berücksichtigen sind.¹⁸ Es ist demnach zu ermitteln, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer (und dessen versicherter Geschäftsleiter) die Klauseln bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss.¹⁹

Diesen Anforderungen wird das Urteil des OLG Düsseldorf nicht gerecht, denn es stellt bei seiner Auslegung des Versicherungsvertrags ausschließlich auf die Interessen des beklagten Versicherers ab und unterstellt, dass sich bereits aus der aufmerksamen Lektüre der Versicherungsbedingungen der Ausschluss des Ersatzanspruchs gem. § 64 Satz 1 GmbHG ergebe.²⁰

Als maßgebliche Besonderheit hebt das OLG Düsseldorf hervor, dass sowohl der Versicherungsnehmer als auch die versicherte Person kaufmännisch tätig seien und für diesen Personenkreis deshalb ersichtlich sei, dass die D&O-Versicherung nicht vor jeglicher Inanspruchnahme schütze, sondern nur, soweit dies nach dem Versicherungsvertrag und den zugrunde liegenden Bedingungen der Fall sei.²¹ Damit verlangt das OLG Düsseldorf – entgegen der gefestigten Rechtsprechung des BGH zur Auslegung von Versicherungsverträgen – sowohl von der Gesellschaft als Versicherungsnehmerin als auch von dem Geschäftsleiter (bei der AG offenbar selbst den regelmäßig mitversicherten Aufsichtsräten, die beim Abschluss des Versicherungsvertrags nicht einmal involviert sein müssen) als versicherte Person eine derartige juristische Vorbildung, die es ihnen erlaubt, die nicht unumstrittene dogmatische Einordnung des Ersatzanspruchs gem. § 64 Satz 1 GmbHG sowie eine entsprechende Subsumtion unter die Versicherungsbedingungen vorzunehmen. Es ist mehr als zweifelhaft, dass hierfür eine bloße kaufmännische Tätigkeit als Qualifikation ausreicht. Wie bereits dargestellt, handelt es sich bei der dogmatischen Einordnung des Ersatzanspruchs gem. § 64 Satz 1 GmbHG um eine hochstrittige und juristisch komplexe Materie, in deren Rahmen namhafte Juristen der Rechtsprechung des BGH nach wie vor widersprechen.²² Zudem ist auch die Rechtsprechung des BGH im Hinblick auf den Ersatzanspruch gem. § 64 Satz 1 GmbHG nicht eindeutig, wenn der BGH selber ausführt, dass es gleichgültig sei, „ob man in der Haftung wegen verbotenen Zahlungen einen ‚Ersatzanspruch eigener Art‘ oder

16 So bereits *Cyrus*, NZG 2018, 7, 9.

17 Stand August 2017, abrufbar unter: www.gdv.de.

18 BGH, Urte. v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163, 164; Urte. v. 20.12.2006 – IV ZR 325/05, NJW 2007, 1205, 1208; Urte. v. 23.6.1993 – IV ZR 135/92, NJW 1993, 2369; Urte. v. 16.6.1982 – IV a ZR 270/80, NJW 1982, 2776, 2777.

19 BGH, Urte. v. 20.12.2006 – IV ZR 325/05, NJW 2007, 1205, 1208.

20 OLG Düsseldorf, Urte. v. 20.7.2018 – 4 U 93/16, ZInsO 2018, 1809 Rn. 112, 113.

21 OLG Düsseldorf, Urte. v. 20.7.2018 – 4 U 93/16, ZInsO 2018, 1809 Rn. 102.

22 So insbesondere *K. Schmidt*, NZG 2015, 129, 130; *ders.*, ZIP 2005, 2177, 2183; *Almeppen* (Fn. 5), § 64 Rn. 4, 43; *ders.*, ZIP 2015, 949, 952 ff.; *ders.*, ZIP 2001, 2201, 2208.

einen ‚Schadensersatzanspruch eigener Art‘ annimmt“.²³ Schließlich qualifiziert auch die Gesetzesbegründung zum § 130a Abs. 3 Satz 1 HGB (heute § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB) die Haftung wegen verbotenen Zahlungen als Schadensersatzpflicht.²⁴ Vor diesem Hintergrund kann auch von einem kaufmännisch tätigen Versicherungsnehmer bzw. einer versicherten Person nicht die Erkenntnis verlangt werden, dass der Ersatzanspruch gem. § 64 Satz 1 GmbHG von den (marktüblichen) D&O-Versicherungsbedingungen nicht gedeckt werden soll, zumal nach der Rechtsprechung des BGH von dem Versicherungsnehmer keine versicherungsrechtlichen Spezialkenntnisse verlangt werden dürfen.²⁵

Im Streitgegenständlichen Fall kommt hinzu, dass jedenfalls gemäß dem veröffentlichten Tatbestand des Urteils noch nicht einmal der beklagte Versicherer von einem solchen Deckungsausschluss ausgegangen war und einen solchen Einwand auch nicht erhoben hatte. Der Versicherer hatte seine Deckungsablehnung vielmehr darauf gestützt, dass er den Versicherungsvertrag zuvor wegen arglistiger Täuschung angefochten habe und zudem ein Fall der (laut Versicherungsbedingungen von der Deckung ausgeschlossenen) vorsätzlichen Pflichtverletzung vorliege.²⁶ Die vom OLG Düsseldorf vorgenommenen Abwägungen berücksichtigen damit weder die Interessen noch das zu unterstellende Verständnis der Vertragsparteien.

Nach der Rechtsprechung des BGH zur Kfz-Haftpflichtversicherung soll es für den Eintritt des Versicherungsfalls i.Ü. bereits genügen, dass das Ereignis Ansprüche gegen die versicherte Person zur Folge haben könnte.²⁷ Es soll insbesondere nicht darauf ankommen, dass gerade der versicherte Anspruch konkret erhoben wird. Denn dies würde von Zufälligkeiten abhängen und eine Lücke im Versicherungsschutz bedeuten, mit der nicht gerechnet werden muss²⁸ und mit der in dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall offenbar auch keine der Parteien gerechnet hat. Auch wenn der Versicherungsfall bei D&O-Versicherungen nach dem Claims-Made-Prinzip (also mit Geltendmachung der versicherten Ansprüche gegenüber der versicherten Person) eintritt, sind diese grundsätzlichen Erwägungen auch auf das D&O-Versicherungsverhältnis übertragbar. Es ist insbesondere nicht zu ersehen, warum bei einer D&O-Versicherung eine anders gewichtete Interessenabwägung zulasten der versicherten Person vorgenommen werden sollte. Versicherungsschutz darf daher immer dann erwartet werden, wenn gesetzliche Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts den Versicherten (bei der D&O-Versicherung die versicherten Personen) verpflichten, den entstandenen Schaden zu ersetzen.²⁹ Der Versicherungsnehmer bzw. die versicherten Personen dürfen den ihnen versprochenen Versicherungsschutz darauf beziehen, dass ein Sachverhalt gegeben ist, aus dem gesetzliche Haftpflichtansprüche privatrechtlichen Inhalts erwachsen können, gleich ob der Gläubiger seine Ansprüche auf diesen oder einen anderen Rechtsgrund stützt, sofern nur überhaupt ein versicherter (gleichwertiger) Anspruch gegeben ist.³⁰ Erscheint es möglich, dass den Geschäftsführer wegen Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife eine Ersatzpflicht trifft, so kommen neben § 64 Satz 1 GmbHG auch Schadensersatzansprüche der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG sowie der Gläubiger nach § 823

Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO (welche zumindest hinsichtlich der Altgläubiger, also derjenigen, die bereits vor Eintritt der Insolvenzreife Forderungen gegenüber der Gesellschaft hatten, nach § 92 InsO als Gesamtschaden vom Insolvenzverwalter geltend zu machen sind) in Betracht. Die einen wären nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf gedeckt; die anderen Ansprüche nicht. Würde man der Wertung des OLG Düsseldorf folgen, käme es allein auf die verwendete Anspruchsnorm an, ob dem Geschäftsführer Deckungsschutz zu gewähren ist oder nicht.

Wie bereits *Schubert* richtig ausführt, wird ferner weder der Gesellschaft selbst, noch dem versicherten Geschäftsführer der Gedanke kommen, dass gerade das regelmäßig bedeutendste Haftungsrisiko nach § 64 Satz 1 GmbHG (Gleiches gilt selbstverständlich für die Parallelnormen anderer Gesellschaftsformen) von der Deckung der D&O-Versicherung ausgenommen sein soll.³¹ Dem Versicherungsnehmer und den versicherten Personen wird es vielmehr allein darauf ankommen, dass die versicherte Person von der persönlichen Inanspruchnahme aus einer Pflichtverletzung freigehalten wird. Dies hätte das OLG Düsseldorf im Rahmen seiner Entscheidung berücksichtigen müssen. Die Annahme, dass die Gesellschaft und der Geschäftsleiter eine D&O-Versicherung abschließen und Versicherungsprämien in beträchtlicher Höhe an die Versicherung entrichten, obwohl das Haftungsrisiko aus § 64 Satz 1 GmbHG von dem Versicherungsschutz nicht gedeckt ist, ist praxisfern. Vielmehr kommt es den Versicherten maßgeblich darauf an, dass der durch die Prämien erkaufte Haftpflichtschutz gegen jede Inanspruchnahme greift.³² Schließlich hat der BGH wiederum für die Kfz-Haftpflichtversicherung bereits entschieden, dass auch Ansprüche mit „schadensersatzähnlichem“ Charakter unter den dort verwandten Begriff des Schadensersatzanspruchs fallen.³³ Für den Versicherungsschutz soll es hiernach gerade nicht auf eine abstrakte rechtliche Einordnung des konkreten Anspruchs ankommen, sondern hierunter jedes unfreiwillige Vermögensopfer zu verstehen sein, unabhängig davon, ob es sich um einen Schaden im rechtstechnischen Sinne oder um sonstige finanzielle Einbußen handele.³⁴ Insoweit muss der Ersatzanspruch gem. § 64 Satz 1 GmbHG schon deshalb von der Deckung der D&O-Versicherung erfasst sein, weil ihm aufgrund der Recht-

23 BGH, Hinweisbeschl. v. 5.2.2007 – II ZR 51/06, NJW-RR 2007, 1490, 1491 Rn. 7.

24 Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 1.4.1975, BT-Drucks. 7/3441, S. 47.

25 BGH, Ur. v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163, 164; Ur. v. 20.12.2006 – IV ZR 325/05, NJW 2007, 1205, 1208; Ur. v. 23.6.1993 – IV ZR 135/92, NJW 1993, 2369; Ur. v. 16.6.1982 – IV a ZR 270/80, NJW 1982, 2776, 2777.

26 OLG Düsseldorf, Ur. v. 20.7.2018 – 4 U 93/16, ZInsO 2018, 1809 Rn. 21, 22.

27 BGH, Ur. v. 20.12.2006 – IV ZR 325/05, NJW 2007, 1205, 1208.

28 BGH, Ur. v. 20.12.2006 – IV ZR 325/05, NJW 2007, 1205, 1208.

29 BGH, Ur. v. 20.12.2006 – IV ZR 325/05, NJW 2007, 1205, 1208.

30 BGH, Ur. v. 20.12.2006 – IV ZR 325/05, NJW 2007, 1205, 1208.

31 *Schubert*, DB 2017, 1767, 1768.

32 BGH, Ur. v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163, 164.

33 BGH, Ur. v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163.

34 BGH, Ur. v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163, 164.

sprechung zu den masseschmälernden Zahlungen gem. § 64 Satz 1 GmbHG und der Berücksichtigung von wertausgleichenden Gegenleistungen jedenfalls schadensersatzähnlicher Charakter zukommt. Tätigt der Geschäftsführer Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife, die nicht gem. § 64 Satz 2 GmbHG privilegiert sind, begeht er eine gesetzlich sanktionierte Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft und hat die Zahlungen zu ersetzen.³⁵ Ein freiwilliges Vermögensopfer der Gesellschaft kann hierin nur schwerlich gesehen werden.³⁶

III. Fazit

Angesichts der erheblichen Relevanz für die Praxis und der fehlenden höchstrichterlichen Rechtsprechung ist es unverständlich, warum das OLG Düsseldorf die Revision zum BGH nicht zugelassen hat. Das Urteil steht – entgegen der Urteilsbegründung³⁷ – gerade nicht im Einklang mit der BGH-Rechtsprechung, da es bislang für die Auslegung des Schadensersatzbegriffs und die Ermittlung des Deckungsschutzes nach marktüblichen D&O-Versicherungsbedingungen keine BGH-Rechtsprechung gibt. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH über eine Nichtzulassungsbeschwerde die Gelegenheit erhält und nutzt, die Frage des Deckungsumfangs der D&O-Versicherung im Hinblick auf den Ersatzanspruch gem. § 64 Satz 1 GmbHG einer höchstrichterlichen Klärung zuzuführen.

Ob Versicherer in den betroffenen Versicherungsverhältnissen bei Inanspruchnahmen versicherter Personen durch Insolvenzverwalter nunmehr unter Berufung auf das Urteil des OLG Düsseldorf versuchen werden, sich einer Deckungspflicht zu entziehen, bleibt abzuwarten. Es wäre jedenfalls ein bedenkliches Zeichen auch gegenüber ihren Kunden, welche in der berechtigten Erwartung D&O-Verträge für ihre Geschäftsleiter abgeschlossen haben bzw. abschließen wollen,

dass gerade auch die Risiken der strengen insolvenzspezifischen Haftung vom Versicherungsschutz umfasst sind. Versicherungsnehmer werden ihre bestehenden D&O-Versicherungen angesichts des Urteils des OLG Düsseldorf auf den Prüfstand stellen und mit dem Versicherer ggf. Nachträge vereinbaren müssen, um dieses Haftungsrisiko abzudecken. Auch bei dem Neuabschluss einer D&O-Versicherung werden die Organe als versicherte Personen und die Gesellschaften als Versicherungsnehmer künftig darauf achten müssen, dass die Versicherung explizit auch den Ersatzanspruch gem. § 64 Satz 1 GmbHG oder entsprechender Parallelnormen deckt.

Sollte die Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf bestätigt werden, so werden Insolvenzverwalter in Fällen, in denen eine D&O-Versicherung eine Haftung wegen verbotenen Zahlungen nach § 64 Satz 1 GmbHG (entsprechend §§ 93, 92 AktG, § 130a Abs. 1 HGB) nicht deckt, wohl künftig auch die Geltendmachung einer Haftung wegen allgemeiner Pflichtverletzungen nach § 43 Abs. 2 GmbHG sowie des Quotenschadens der Altgläubiger wegen Insolvenzverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 15a, 92 InsO verstärkt in Betracht ziehen müssen, wenn Deckungsansprüche vermeintlich pflichtwidrig handelnder Geschäftsleiter aus einer D&O-Versicherung zur Insolvenzmasse gezogen werden sollen. Zumindest an der Qualifikation als Schadensersatzanspruch dürfte eine Deckung hier jedenfalls nicht scheitern.

35 MünchKomm-GmbHG/H.F. Müller (Fn. 15), § 64 Rn. 137; Arnold, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 64 GmbHG Rn. 4; Nerlich, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 64 Rn. 9.

36 So aber Lange, in: Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 3. Aufl. 2016, § 21 Rn. 95.

37 OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.7.2018 – 4 U 93/16, ZInsO 2018, 1809 Rn. 130.

Unternehmensfortführung und Unternehmenssanierung im österreichischen Recht

von Univ.-Professor Dr. Bettina Nunner-Krautgasser, Graz

I. Einführung¹

Das zu besprechende Thema „Unternehmensfortführung und Unternehmenssanierung im österreichischen Recht“ ist ein sehr weites. Im Folgenden sollen die großen Entwicklungslinien und die wesentlichen Eckpunkte dargestellt werden.

Vorauszuschicken ist, dass die österreichische Insolvenzordnung (IO) unter „Sanierung“ primär einen akkordierten Nachlass von Verbindlichkeiten durch Bezahlung einer Quote an die ungesicherten Gläubiger versteht;² es wird in Österreich also in erster Linie *Schuldenregelung* betrieben. Dem entsprechend steht seit jeher strukturell die *Sanierung des Unternehmensträgers* im Mittelpunkt.

Der Schuldner bzw. der Unternehmensträger kann in Österreich nicht gezwungen werden, sich zu „sanieren“; er hat ge-

wissermaßen das „Sanierungsplanantragsmonopol“.³ Während der deutsche Insolvenzplan aus einem darstellenden und gestaltenden Teil samt Anlagen (§ 219 InsO) zu bestehen hat, ist der österreichische *Sanierungsplan* weniger umfassend gestaltet. Der Sanierungsplan entspricht im Wesentlichen dem alten Zwangsausgleich (bis 2010), der – mit rd. 1.000 Plänen pro Jahr – schon vor Jahren als *österreichische Erfolgsgeschichte*⁴ gepriesen wurde und es nach wie vor ist. Gem. § 141 Abs. 1 IO

1 Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag für das Zweite Bodensee-Forum 2018: „Konstanzer Dialog: Unternehmensfortführung und -sanierung in Österreich, der Schweiz und in Deutschland – Probleme und Perspektiven“.

2 Lentsch, Unternehmensveräußerung und übertragende Sanierung, in: Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavara (Hrsg.), Insolvenz- und Sanierungsrecht – Jahrbuch 2013, S. 316.

3 S. auch Lentsch (Fn. 2), S. 321.

4 Klikovits, ZIK 2004/5, 12.