

ZInsO-Aufsätze

Weiterhin keine Deckung von verbotenen Zahlungen nach Insolvenzzreife durch D&O-Versicherung?

Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.6.2020 – 4 U 134/18, ZInsO 2020, 1713

von Rechtsanwalt Björn Schwencke* und Dr. Johanna Röper**, Hamburg

I. Urteil des OLG Düsseldorf vom 26.6.2020 – 4 U 134/18

Mit Urte. v. 26.6.2020¹ hat das OLG Düsseldorf erneut entschieden, dass Ansprüche einer insolventen GmbH gegen ihren Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 GmbHG wegen der Vornahme verbotswidriger Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzzreife nicht von den Versicherungsbedingungen einer D&O-Versicherung gedeckt seien, wenn diese dem Geschäftsführer ihrem Wortlaut nach Versicherungsschutz nur für Schadensersatzansprüche gewährt. Das OLG Düsseldorf hält mit dieser Entscheidung an seinem Urte. v. 20.7.2018 – 4 U 93/16² fest, welches in der Literatur auf erhebliche Kritik gestoßen war.³

Zunächst ist das OLG Düsseldorf in seinem aktuellen Urteil zu der Einsicht gelangt, dass für die Frage, ob ein Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG von einer D&O-Versicherung gedeckt wird, wenn nach dem Wortlaut der Versicherungsbedingungen nur Schadensersatzansprüche umfasst sind, allein die rechtsdogmatische Einordnung des Anspruchs nicht entscheidend ist. Maßgeblich sei vielmehr die Auslegung der Versicherungsbedingungen nach den vom BGH entwickelten Maßstäben.⁴

Sodann kommt das OLG Düsseldorf bei der Auslegung der marktüblichen Versicherungsbedingungen zu dem Ergebnis, dass sowohl für die Gesellschaft als auch für den Geschäftsführer *bei aufmerksamem und verständigem Studium der Versicherungsbedingungen erkennbar* sei, dass nicht in jedem Fall der Inanspruchnahme Versicherungsschutz bestehe und § 64 GmbHG keinen Schadensersatzanspruch bzw. keine Schadensersatzverpflichtung im Sinne der Versicherungsbedingungen begründe.⁵

Seinem Wortlaut nach verpflichte § 64 Satz 1 GmbHG den Geschäftsführer zum Ersatz von Zahlungen, die er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet habe; vom Ersatz eines Schadens sei in § 64 Satz 1 GmbHG hingegen nicht die Rede.⁶

§ 64 Satz 1 GmbHG sei auch nicht auf den Ersatz eines Schadens gerichtet. Der Gesellschaft entstehe nach dem üblichen Schadensbegriff im Sinne der Differenzhypothese durch die Zahlungen kein Schaden, weil der jeweiligen Zahlung regelmäßig das Erlöschen einer dadurch getilgten Gesellschaftsverbindlichkeit gegenüberstehe. Auch kompensiere die Zahlung, zu der der Geschäftsführer nach § 64 Satz 1 GmbHG verpflichtet sei, keinen Schaden der Gläubigergemeinschaft. Insbesondere ziele § 64 Satz 1 GmbHG nicht auf den Ersatz des

Quotenschadens, wie er durch die Alternative des durch Versäumung der Insolvenzantragspflicht entstandenen Schadens in § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB erfasst werde. Die Ersatzpflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG sei vielmehr auf die Erstattung der verbotswidrig geleisteten Zahlungen ohne Abzug der fiktiven Insolvenzquote des befriedigten Gesellschaftsgläubigers gerichtet. § 64 Satz 1 GmbHG solle ungeachtet eines tatsächlichen Quotenschadens der mit jeder Zahlung nach Eintritt der Insolvenzzreife einhergehenden Verringerung der Chance der übrigen Gläubiger entgegenwirken, eine Befriedigung aus der Masse zu erhalten. Der Sinn und Zweck der Vorschrift sei einem Schadenersatz vorgelagert und damit von diesem verschieden.⁷

Wenn aber § 64 Satz 1 GmbHG weder nach seinem Wortlaut noch nach seinem Zweck der Kompensation eines Schadens, sondern allein der Rückführung von Zahlungen diene, sei für die Annahme eines Schadenersatzanspruchs im Sinne der Versicherungsbedingungen kein Raum.⁸ Die Unterschiede zwischen einem Schadensersatzanspruch und dem Anspruch gem. § 64 Satz 1 GmbHG seien nicht nur für eine versicherungsnehmende GmbH, sondern auch für die in ihrem Namen die D&O-Versicherung abschließenden Personen ersichtlich, wenn sie denn die Haftung des Geschäftsführers aus § 64 GmbHG in den Blick nehmen würden, wovon bei einer Klauselauslegung auszugehen sei.⁹

§ 64 GmbHG müsse einem Geschäftsführer ebenso wie § 43 GmbHG vor Augen stehen, wenn er sich Gedanken über seine Haftung und in diesem Zusammenhang über deren versicherungsvertragliche Absicherung macht. Unschwer werde er

* 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.

** Dr. Johanna Röper ist Rechtsreferendarin beim OLG Hamburg und wissenschaftliche Mitarbeiterin bei BRL Boege Rohde Luebbehusen.

1 Az. 4 U 134/18, abgedruckt in ZInsO 2020, 1713 ff.

2 OLG Düsseldorf v. 20.7.2018 – 4 U 93/16, ZInsO 2018, 1809 ff.

3 S. etwa Schwencke/Röper, ZInsO 2018, 1937; Armbrüster/Schilbach, ZIP 2018, 1853; Markgraf/Henrich, NZG 2018, 1290; Lehmann/Rettig, NZI 2018, 761; Bauer/Malitz, ZIP 2018, 2149; Mielke/Urlaub, BB 2018, 2634; Monhemius, r+s 2019, 624; Schmidt/Gundlach, DStR 2018, 2030; Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 64 Rn. 44.

4 OLG Düsseldorf, Urte. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, ZInsO 2020, 1713, 1719.

5 OLG Düsseldorf, Urte. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, ZInsO 2020, 1713, 1719.

6 OLG Düsseldorf, Urte. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, ZInsO 2020, 1713, 1719.

7 OLG Düsseldorf, Urte. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, ZInsO 2020, 1713, 1719 f.

8 OLG Düsseldorf, Urte. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, ZInsO 2020, 1713, 1720.

9 OLG Düsseldorf, Urte. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, ZInsO 2020, 1713, 1720.

dann auch ohne besondere Versicherungsrechtskenntnisse erkennen, dass sich seine Haftung aus § 64 GmbHG grundlegend vom Ersatz eines Vermögensschadens unterscheidet. Er sehe, dass er schon auf Erstattung von Zahlungen nach Insolvenzreife haftet, ohne dass notwendig feststeht, dass der GmbH oder den Insolvenzgläubigern tatsächlich ein Schaden entstanden ist, nämlich wenn die Zahlungen Verbindlichkeiten der GmbH getilgt haben und die Insolvenzausfallquote der Gläubiger noch gar nicht feststeht, etwa weil noch nicht feststeht, in welchem Umfang vom Insolvenzverwalter Forderungen der Schuldnerin noch realisiert und vorhandenes Vermögen noch verwertet und zur Masse gezogen werden kann. Andererseits werde er erkennen, dass er im Insolvenzfall Versicherungsschutz in dem Fall habe, dass er auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 15a InsO in Anspruch genommen wird.¹⁰

Auch in dem aktuell entschiedenen Fall hat das OLG Düsseldorf, wie schon in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2018, die Revision zum BGH nicht zugelassen, weil seine Rechtsauffassung von einer obergerichtlichen Rechtsprechung nicht abweiche.¹¹

II. Anmerkung

Auch das aktuelle Urteil des OLG Düsseldorf v. 26.6.2020 überzeugt nicht.¹² Soweit das OLG Düsseldorf die Ansicht vertritt, für den Geschäftsführer einer GmbH sei *unschwer erkennbar*, dass sich seine Haftung aus § 64 GmbHG grundlegend vom Ersatz eines Vermögensschadens unterscheidet, fordert es von Geschäftsleitern juristische Fachkenntnisse, auf die nach der st. Rspr. des BGH zur Auslegung von Versicherungsbedingungen nicht abgestellt werden darf.¹³ Bei der Haftung aus § 64 Satz 1 GmbHG ist das Verständnis eines juristisch und insbesondere versicherungsrechtlich nicht vorgebildeten Geschäftsführers und nicht eines auf Versicherungsrecht spezialisierten Rechtsanwalts abzustellen. Dem Wortlaut des § 64 Satz 1 GmbHG kann der Geschäftsleiter entnehmen, dass er der Gesellschaft persönlich haftet. Eine darüber hinausgehende Erkenntnis des Geschäftsführers, dass es sich bei dieser Haftung nicht um eine Schadensersatzhaftung i.S.d. §§ 249 ff. BGB handeln soll, wird man hingegen nicht verlangen können. Selbst nach dem Wortlaut der gleichartigen Ersatzansprüche aus § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB und aus § 93 Abs. 2, 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG schuldet der Ersatzpflichtige der Gesellschaft für verbotswidrige Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife *Ersatz des daraus entstehenden Schadens*.

Zwar hat das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung festgestellt, dass § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB in seiner ersten Alternative im Unterschied zu § 64 Satz 1 GmbHG auch den Ersatz des sog. Quotenschadens vorsieht. Die Pflicht zum *Ersatz des daraus resultierenden Schadens* tritt aber auch für den Fall ein, dass *Zahlungen entgegen Abs. 1*, also verbotswidrige Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife geleistet werden.

Dennoch wenden die h.M. und insbesondere auch der BGH bei der Auslegung der Vorschrift allerdings nicht die §§ 249 ff. BGB an, sondern betrachten diesen Anspruch übereinstimmend mit der dogmatischen Einordnung des Anspruchs aus

§ 64 Satz 1 GmbHG als einen (*Schadens-*)*Ersatzanspruch eigener Art*.¹⁴ Auch der Gesetzgeber kennt keinen Unterschied zwischen den Ersatzansprüchen aus § 130a Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. HGB, § 93 Abs. 2, 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG und § 64 Satz 1 GmbHG, sondern hatte bereits in seiner Gesetzesbegründung zu § 130a HGB explizit klargestellt, dass die in § 130a Abs. 3 Satz 1, 2 HGB a.F. vorgesehene Schadensersatzpflicht § 93 Abs. 2, 3 Nr. 6 AktG, § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. entspricht.¹⁵

Dieses dem Wortlaut des § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG widersprechende Verständnis der Ersatzpflicht ergibt sich für die Gesellschaft als Versicherungsnehmerin und für den ersatzpflichtigen Geschäftsleiter als versicherte Person also weder aus dem Gesetz, noch aus den Versicherungsbedingungen, die ihrem Wortlaut nach nur Schadensersatzansprüche decken. Die versicherungsnehmende Gesellschaft und der Ersatzpflichtige werden somit im Fall einer Haftung aus § 130a Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. HGB oder § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG *bei aufmerksamem und verständigem Studium der Versicherungsbedingungen*¹⁶ eben nicht erkennen können, dass für die mit § 64 Satz 1 GmbHG identischen Ersatzansprüche aus § 130a Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. HGB oder § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG kein Versicherungsschutz bestehen soll.

Nach der Logik des OLG Düsseldorf käme man nun zu dem Ergebnis, dass Ersatzansprüche aus § 130a Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. HGB oder § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG nach den Versicherungsbedingungen gedeckt wären, Ersatzansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG jedoch nicht.

Dies würde sodann dazu führen, dass es für die Frage, ob Ansprüche einer insolventen Gesellschaft gegen ihre Organe wegen der Vornahme verbotswidriger Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife von einer marktüblichen D&O-Versicherung gedeckt sind, nicht auf die Art des Ersatzanspruchs ankommt, sondern einzig darauf, welche Gesellschaftsform die Versicherungsnehmerin gewählt hat. Ein solches Ergebnis kann jedoch nicht als sachgerecht erachtet werden und stünde im Widerspruch zu der Rechtsprechung des BGH und zum Willen des Gesetzgebers, wonach die Ersatzansprüche § 130a Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. HGB und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG dem Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG entsprechen.¹⁷ Dem Urteil des OLG Düsseldorf lassen sich auch

10 OLG Düsseldorf, Urte. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, ZInsO 2020, 1713, 1720.

11 OLG Düsseldorf, Urte. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, ZInsO 2020, 1713, 1722.

12 Kritisch ebenfalls *Fiedler*, ZIP 2020, 2112, 2113.

13 S. hierzu Fn. 19.

14 BGH, Hinweisbeschl. v. 5.2.2007 – II ZR 51/06, NJW-RR 2007, 1490 LS 3; *Servatius*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 130a HGB Rn. 13; *K. Schmidt*, in: MünchKomm-HGB, 4. Aufl. 2016, 130a HGB Rn. 39.

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

16 OLG Düsseldorf, Urte. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, Rn. 85, ZInsO 2020, 1713.

17 Vgl. Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 1.4.1975, BT-Drucks. 7/3441, S. 47; BGH, Hinweisbeschl. v. 5.2.2007 – II ZR 51/06, NJW-RR 2007, 1490.

keine Gründe entnehmen, die eine unterschiedliche Handhabung der v.g. Ersatzansprüche unter versicherungsrechtlichen Gesichtspunkten rechtfertigen könnten.

Die vom OLG Düsseldorf vorgenommene Auslegung der Versicherungsbedingungen entspricht auch nicht dem Interesse der Parteien einer D&O-Versicherung. Dass die Parteien einer D&O-Versicherung bisher übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass auch die Ersatzansprüche nach § 64 Satz 1 GmbHG von den einschlägigen Versicherungsbedingungen gedeckt werden, zeigt sich bereits daran, dass neuere D&O-Versicherungen die Ansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG explizit einschließen¹⁸ oder ausdrücklich insolvenzbezogene Ansprüche von der Deckung ausschließen. In der Definition des Vermögensschadens sieht die Praxis aber kein Mittel für eine klare Abgrenzung des Deckungsumfangs.

Nach der st. Rspr. des BGH sind die verwendeten Versicherungsbedingungen so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss, wobei es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit auf seine Interessen ankommt.¹⁹ Handelt es sich um eine Versicherung zugunsten eines Dritten – wie dies bei der D&O-Versicherung der Fall ist²⁰ – ist daneben auf die Verständnismöglichkeiten und die Interessen durchschnittlich versicherter Personen abzustellen.²¹

Dabei hat der BGH auch entschieden, dass *Schaden* und *Schadensersatz* keine fest umrissenen Rechtsbegriffe sind und deshalb für die Auslegung einer Klausel nicht herangezogen werden können. Zudem sei der Begriff *Schadensersatz* auch ein Begriff der Umgangssprache und bedeute allgemein *den Ausgleich eines erlittenen Nachteils*. Für die Auslegung einer Vertragsklausel sei deshalb aus der Sicht eines durchschnittlichen Versicherten ohne juristische Kenntnisse auf den umgangssprachlichen Begriff des Schadensersatzes abzustellen.²² Die der Anspruch, welcher die Haftpflichtbestimmung dem Dritten gewährt, jedenfalls dem Ausgleich der durch ein Schadensereignis ausgelösten Beeinträchtigung, so werde der Versicherungsnehmer diesen Anspruch als auf Schadensersatz gerichtet ansehen, gleichviel welche rechtliche Umschreibung diese Rechtsfolge in der Anspruchsnorm erfahren hat.²³

Das OLG Düsseldorf lässt bei der Auslegung der Versicherungsbedingungen insoweit erneut unberücksichtigt, dass der BGH etwa für Kfz-Haftpflichtversicherungen bereits entschieden hat, dass auch Ansprüche mit „schadensersatzähnlichem“ Charakter unter den dort verwandten Begriff des Schadensersatzanspruchs fallen.²⁴

Der BGH hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich festgestellt, dass der Begriff des Schadensersatzanspruchs, der in den Versicherungsbedingungen verwendet werde, nicht aufgrund einer abstrakten rechtlichen Einordnung bestimmt werden darf, sondern aus der Sicht des Versicherungsnehmers so zu verstehen sei, dass dieser mit dem durch die Prämien erkauften Haftpflichtschutz gegen jede Inanspruchnahme geschützt wer-

den soll, die weder er noch der geschädigte Dritte vermeiden kann. Hierunter falle jedes unfreiwillige Vermögensopfer des Dritten, unabhängig davon, ob es sich um einen Schaden handle oder um zu finanziellen Einbußen führende Aufwendungen, zu denen der Dritte gesetzlich gezwungen sei.²⁵

I.Ü. vermag aber auch das aktuelle Urteil des OLG Düsseldorf die Zweifel an der rechtsdogmatischen Einordnung des Anspruchs aus § 64 Satz 1 GmbHG nicht zu beseitigen. Der BGH hat sich bislang keinesfalls eindeutig dazu positioniert, ob es sich bei der Ersatzpflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG rechtsdogmatisch um eine Schadensersatzpflicht handelt.²⁶ Vielmehr hat der BGH für die gleichartigen Ersatzansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG, § 130a Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. HGB und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG, festgehalten, dass es gleichgültig sei, ob man in der Haftung wegen verbotenen Zahlungen nach Insolvenzreife einen *Ersatzanspruch eigener Art* oder einen *Schadensersatzanspruch eigener Art* annehme. Der „Schaden“ bestünde im Fall der verbotenen Zahlungen nach Insolvenzreife im Abfluss von Mitteln aus der – im Stadium der Insolvenzreife der Gesellschaft zugunsten der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhaltenden – Vermögensmasse.²⁷

Nach der st. Rspr. des BGH bestehe der Zweck des § 64 Satz 1 GmbHG darin, Masseverkürzungen im Vorfeld des Insolvenzverfahrens zu verhindern und für den Fall, dass der Geschäftsführer seiner Massesicherungspflicht nicht nachkommt, sicherzustellen, dass das Gesellschaftsvermögen wieder aufgefüllt werde, damit es im Insolvenzverfahren zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung stehe.²⁸

18 Haas/Kolmann/Kurz, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 90 Die GmbH in der Insolvenz Rn. 218; Schneider, GmbHR 2020, 1778.

19 Vgl. zum Maßstab für die Auslegung von Versicherungsverträgen BGH, Urt. v. 8.5.2013 – IV ZR 84/12, ZIP 2013, 1335; Urt. v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10; NJW-RR 2012, 163, 164; Urt. v. 20.12.2006 – IV ZR 325/05, NJW 2007, 1205, 1208; Urt. v. 23.6.1993 – IV ZR 135/92, NJW 1993, 2369; Urt. v. 16.6.1982 – IV a ZR 270/80, NJW 1982, 2776, 2777.

20 Armbrüster/Schilbach, ZIP 2018, 1853, 1857; Fiedler, ZIP 2020, 2112, 2115; Monhemius, r+s 2019, 624, 629.

21 BGH, Urt. v. 16.7.2014 – IV ZR 88/13, ZInsO 2014, 1850; Urt. v. 22.1.2014 – IV ZR 127/12, WKRS 2014, 10271; Urt. v. 5.4.2017 – IV ZR 360/15, ZInsO 2017, 1898; OLG München, Urt. v. 13.9.2017 – 7 U 4126/13, ZIP 2018, 27; Armbrüster/Schilbach, ZIP 2018, 1853, 1857; Fiedler, ZIP 2020, 2112, 2115; Monhemius, r+s 2019, 624, 629.

22 BGH, Urt. v. 11.12.2002 – IV ZR 226/01, NJW 2003, 826; Urt. v. 8.12.1999 – IV ZR 40/99, NJW 2000, 1194; vgl. auch Monhemius, r+s 2019, 624, 630; Armbrüster/Schilbach, ZIP 2018, 1853, 1858.

23 BGH, Urt. v. 8.12.1999 – IV ZR 40/99, NJW 2000, 1194; Armbrüster/Schilbach, ZIP 2018, 1853, 1858.

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

25 BGH, Urt. v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163; Fiedler, ZIP 2020, 2112, 2115.

26 So auch Fiedler, ZIP 2020, 2112, 2114.

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

28 BGH, Urt. v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, Rn. 15, ZInsO 2016, 847; Urt. v. 5.5.2008 – II ZR 38/07, ZInsO 2008, 812; Urt. v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660; Urt. v. 29.11.1999 – II ZR 273/98, ZInsO 2000, 117; vgl. hierzu auch Monhemius, r+s 2019, 624, 628.

Damit werde von § 64 Satz 1 GmbHG im Regelfall nicht ein Schaden der Gesellschaft erfasst, sondern ein *Schaden* der künftigen Insolvenzgläubiger. Die verbotswidrigen Zahlungen dienten i.d.R. der Erfüllung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft und führten bei dieser nur zur Verkürzung der Bilanzsumme, nicht aber zu einem Vermögensschaden. Verringert werde aber die Insolvenzmasse in dem nachfolgenden Insolvenzverfahren, was zu einem *Schaden der Insolvenzgläubiger* führe, so der BGH.²⁹

In der Literatur wird zudem vertreten, dass die § 64 Satz 1 GmbHG, § 130a Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. HGB und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG eine Schadensersatzpflicht wegen Insolvenzverschleppung begründen, und die „verbotenen Zahlungen“ nur Schadensposten im Rahmen des Insolvenzverschleppungsschadens darstellen, weshalb etwa § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB auch die Haftung wegen Verstoßes gegen § 15a InsO und § 130a Abs. 1 HGB zusammenfasse.³⁰

Dass auch der Gesetzgeber die Ersatzansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG, § 130a Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. HGB und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG offenbar ebenfalls als Schadensersatzansprüche einordnet, verdeutlicht nicht zuletzt der am 14.10.2020 vorgelegte RegE zum Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG).³¹ Der Entwurf sieht in einem neu einzufügenden § 15b InsO-E (dort in Abs. 4) die Zusammenfassung der Haftungsvorschriften für die Vornahme von verbotswidrigen Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife vor.³²

Zwar wird in der Begründung des Gesetzentwurfs festgehalten, dass der bestehende Streit über die Rechtsnatur des Anspruchs auf Ersatz von Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife und insbesondere darüber, ob es sich um einen Schadensersatzanspruch oder einen Anspruch eigener Art handelt, durch die Einführung des § 15b Abs. 4 InsO-E nicht abschließend entschieden werden soll.³³ Gleichwohl würden durch die Einführung des § 15b Abs. 4 InsO-E beide Ansätze, die in den § 64 Satz 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG und § 99 Satz 1 GenG einerseits und in § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB andererseits ihren Niederschlag finden, zu einem einheitlichen Ansatz verbunden. In der Sache liefe dies auf eine bereits in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung angelegten Vermutung eines Gesamtgläubigerschadens in Höhe der verbotswidrig geleisteten Zahlungen hinaus.³⁴ Der Anspruch nach § 15b Abs. 4 Satz 1 InsO-E ist hiernach auf den Ersatz der Zahlungen gerichtet. Der Ersatzverpflichtete soll aber nach § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO-E geltend machen können, dass der Gläubigerschaft ein *geringerer Schaden* entstanden ist.³⁵

Damit wird insbesondere die Annahme des OLG Düsseldorf, der Gesellschaft entstehe durch die Leistung verbotswidriger Zahlungen nach Insolvenzreife kein *Schaden der Gläubigergemeinschaft*, widerlegt.³⁶ Vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber, ebenso wie der BGH, auch fortan von einem Schaden – wenn auch nicht ausdrücklich von einem Vermögensschaden im Sinne der Differenzhypothese gem. §§ 249 ff. BGB – ausgeht, wird wohl kaum verlangt werden

können, dass eine versicherungsnehmende GmbH und die in ihrem Namen die D&O-Versicherung abschließenden Personen ohne juristische Vorbildung und versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse im Rahmen einer Klauselauslegung den vermeintlichen Unterschied zwischen einem Schadensersatzanspruch im Sinne der Versicherungsbedingungen und einem Ersatzanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG erkennen, den bestehenden Streit über die Rechtsnatur des Ersatzanspruchs in möglichst „versicherungsfreundlicher“ Auslegung entscheiden und im Ergebnis von einer um den wesentlichsten Haftungsfall reduzierten Versicherungsdeckung ausgehen.

Die fehlende Verwendung des Schadensbegriffs in § 64 Satz 1 GmbHG, auf die das OLG Düsseldorf bei seiner Auslegung maßgeblich abstellt, kann damit kein taugliches Abgrenzungskriterium bei der Beurteilung des Deckungsumfangs bisher marktüblicher D&O-Versicherungen darstellen.

III. Fazit

Auch dieses Urteil des OLG Düsseldorf vermag aufgrund der aufgezeigten Schwächen in seiner Begründung nicht zu überzeugen. Unverständlich ist insbesondere, wie das OLG Düsseldorf bei der Auslegung der Versicherungsbedingungen zu einer *unschweren* Erkennbarkeit eines vermeintlichen Unterschieds zwischen einem Schadensersatzanspruch im Sinne der Versicherungsbedingungen und einem Ersatzanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG gelangen konnte. Wie sich den Urteilsgründen entnehmen lässt, fiel eine entsprechende Abgrenzung auch dem OLG Düsseldorf offenbar nicht gerade leicht. Die in Teilen ergebnisorientierte Begründung des OLG Düsseldorf führt vielmehr vor Augen, dass eine dahinlautende Auslegung nicht *unschwer* möglich ist.

Obwohl schon das erste Urteil des OLG Düsseldorf³⁷ auf erhebliche Kritik gestoßen ist, hat es die Revision zum BGH mit der Begründung, seine Rechtsauffassung weiche von einer obergerichtlichen Rechtsprechung nicht ab, auch für seine aktuelle Entscheidung nicht zugelassen.³⁸ Jedenfalls im Hinblick auf die terminologische Abgrenzung zwischen einem Scha-

29 BGH, Urt. v. 15.3.2016 – II ZR 119/14, Rn. 15, ZInsO 2016, 847; Urt. v. 20.9.2010 – II ZR 78/09, ZInsO 2010, 1943 – Doberlug; vgl. auch *Monheimius*, r+s 2019, 624, 628.

30 So etwa K. Schmidt, in: MünchKomm-HGB, § 130a HGB Rn. 39 m.w.N.

31 BMJV, Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG), Stand: 14.10.2020, zit. SanInsFoG-E, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_SanInsFoG.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

32 SanInsFoG-E, S. 64.

33 SanInsFoG-E, S. 230.

34 SanInsFoG-E, S. 230 unter Verweis auf RG, Urt. v. 30.11.1938 – II 39/18, RGZ 159, 211, 229 f.

35 SanInsFoG-E, S. 230.

36 Abl. auch Fiedler, ZIP 2020, 2112, 2114.

37 ZInsO 2018, 1809 ff.

38 OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.6.2020 – 4 U 134/18, ZInsO 2020, 1713, 1722.

densersatzanspruch und einem Ersatzanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG ist dies unzutreffend. So hat etwa das OLG Hamburg in einem Beschl. v. 8.5.2015 den Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG bereits im Orientierungssatz als *Schadensersatzanspruch* bezeichnet.³⁹ Dies verdeutlicht einmal mehr, dass bei der Auslegung der bisher marktüblichen Versicherungsbedingungen durch einen juristisch und insbesondere versicherungsrechtlich nicht vorgebildeten Geschäftsführer nicht verlangt werden kann, dass dieser *unschwer* erkennen muss, dass die Versicherungsbedingungen für den in § 64 Satz 1 GmbHG normierten Ersatzanspruch keinen Versicherungsschutz gewähren.

Auch bleibt abzuwarten, wie sich die höchstrichterliche Rechtsprechung unter Berücksichtigung des neu einzufügenden § 15b Abs. 4 InsO-E zu der rechtsdogmatischen Einordnung des Ersatzanspruchs für nach Eintritt der Insolvenzreife geleisteter Zahlungen in Zukunft positionieren wird.

Da die Nichtzulassungsbeschwerde gegen das erste Urteil des OLG Düsseldorf v. 20.7.2018⁴⁰ zurückgenommen wurde, bleibt zu hoffen, dass zumindest in dem aktuellen Fall eine Nichtzulassungsbeschwerde durchgeführt wird und der BGH die Gelegenheit ergreift, die noch immer in einer Vielzahl von Organhaftungsprozessen äußerst praxisrelevante Rechtsfrage zu entscheiden.

Sollte die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf bestätigt werden, so wird sich in der Folge auch die Frage stellen, inwiefern Versicherungsmakler wegen Falschberatung beim Vertrieb der entsprechenden D&O-Versicherungen bzw. bei fehlendem Hinweis auf die vermeintliche Deckungslücke mit Regressforderungen rechnen müssen.

39 OLG Hamburg, Beschl. v. 8.5.2015 – 11 U 313/13, zitiert nach juris.

40 ZInsO 2018, 1809 ff.

Die (fehlende) Überprüfbarkeit von Beschlüssen der nachrangigen Anleihegläubiger – ein weiterer Harmonisierungsbedarf zwischen SchVG und InsO

Anmerkung zu LG Lübeck, Beschl. v. 14.9.2020 – 7 T 206/20, ZInsO 2020, 2438

von Rechtsanwalt Sascha Borowski, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht, Kanzlei Buchalik Brömmekamp Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Düsseldorf

I. Weitere Angaben zum Sachverhalt

Über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin wurde mit Beschluss des AG Reinbek v. 1.2.2020 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die börsennotierte Insolvenzschuldnerin hatte zudem eine Anleihe emittiert, deren Bedingungen einen sog. Nachrang vorsah. Infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens war das AG/Insolvenzgericht verpflichtet eine Gläubigerversammlung allein für die Anleihegläubiger gem. § 19 Abs. 2 SchVG in Verbindung mit der InsO einzuberufen. Aufgrund der COVID-19-Pandemie wurde dem Vorschlag eines Anleihegläubigers gefolgt und die Abstimmung i.S.d. § 19 Abs. 2 SchVG ohne Versammlung i.S.d. § 18 SchVG beschlossen.

Die zunächst auf den 24.3.2020 anberaumte und gem. § 19 Abs. 2 SchVG einberufene Anleihegläubigerversammlung wurde im Beschlusswege auf den 28.4.2020 verlegt. Mit Beschl. v. 7.4.2020 beschloss das AG: „Aufgrund der aktuellen Situation und der damit zusammenhängenden Notbesetzung des Gerichts aufgrund des SARS-CoV-2 wird zur Beschlussfassung der Gläubigerversammlung nach § 19 Abs. 2 SchVG über die Wahl eines gemeinsamen Vertreters der Anleihegläubiger das schriftliche Verfahren gemäß §§ 18, 19 SchVG (i.V.m. 5 Abs. 2 S. 3 InsO) durchgeführt.“

In dem Beschluss heißt es sodann weiter: „Die Beteiligten erhalten Gelegenheit bis einschließlich 28.4.2020 – Einwendung gegen die Anordnung des schriftlichen Verfahrens und – Ein-

wendungen sowie Anträge betreffend den dieser Gläubigerversammlung zugrundeliegenden Tagesordnungspunkte schriftlich bei dem Insolvenzgericht vorzulegen.“

Wenigstens zwei Anleihegläubiger hatten beantragt Herrn Rechtsanwalt ... zum gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Darüber hinaus sahen die Anträge eine dezidierte Vergütungsregelung für den gemeinsamen Vertreter sowie eine Haftungsbeschränkung vor.

Im Rahmen eines Aktenvermerks stellte das AG Reinbek am 8.5.2020 fest, dass mehrere Schreiben von bevollmächtigten Anleihegläubigern eingegangen waren und ein Beschluss zur Tagesordnung im schriftlichen Verfahren ergehen werde. Das Insolvenzgericht fasste sodann den folgenden Beschluss: „Herr Rechtsanwalt ..., wird nach § 19 Abs. 2 SchVG als gemeinsamer Vertreter der Anleihegläubiger bestellt. Umfang und Aufgaben sowie Befugnisse des gemeinsamen Vertreters richten sich nach den Bestimmungen des SchVG iVm der InsO. Ein Vergütungsanspruch besteht nach § 7 Abs. 6 SchVG.“

Zur Begründung führte das AG Reinbek, soweit es den Vergütungsanspruch des gemeinsamen Vertreters betrifft, aus: „Ein Vergütungsanspruch besteht nach § 7 Abs. 6 SchVG und richtet sich gegen den Emittenten (Schuldner der Schuldverschreibung). Die Vergütung und Auslagen des gemeinsamen Vertreters sind keine Kosten des Insolvenzverfahrens (siehe