



Sehr geehrte Damen und Herren,

der heutige Beitrag beschäftigt sich damit, dass der selbst nicht sachkundige Geschäftsführer einer GmbH sich bei Anzeichen für die Insolvenzreife der von ihm geführten Gesellschaft nicht darauf beschränken darf, ein Gutachten über das Vorliegen von Insolvenzgründen (Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung) und einer Insolvenzantragspflicht in Auftrag zu geben, sondern dass er die zeitnahe Erstellung eines solchen Gutachtens auch nachhalten muss. Außerdem gibt es eine eher unerfreuliche Mitteilung für geschädigte Anleger von Lehman-Zertifikaten.

Wie Sie aus der unten aufgeführten aktuellen Meldung entnehmen können, hat der Bundesgerichtshof vier Verfahren geschädigter Anleger, die zunächst Erfolg hatten, zu weiteren Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanzen zurückverwiesen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. jur. Sandro Kanzlspurger  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht

## Die Beauftragung einer qualifizierten Person zur Prüfung der Insolvenzreife entlastet den Geschäftsführer nur bei unverzüglicher Vorlage des Prüfergebnisses

**Verfügt der Geschäftsführer einer GmbH nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse für die Prüfung, ob er pflichtgemäß Insolvenzantrag stellen muss, hat er sich nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs bei Anzeichen einer Krise der Gesellschaft unverzüglich von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person beraten zu lassen.**

**Dabei darf sich der Geschäftsführer nicht mit einer unverzüglichen Auftragserteilung begnügen, sondern muss auch auf eine unverzügliche Vorlage des Prüfergebnisses hinwirken.**

**BGH, Urteil vom 27.03.2012 - II ZR 171/10 (OLG Koblenz), BeckRS 2012, 11368**

### Sachverhalt

Der beklagte ehemalige Geschäftsführer einer GmbH hatte im August 2003 eine Betriebswirtin mit der Prüfung der Vermögenslage sowie etwaiger Sanierungsmöglichkeiten beauftragt. Die Prüfung der Frage nach der Insolvenzreife enthielt der Auftrag ebenso wenig wie eine bestimmte Frist zur Erstellung dieses Gutachtens. Die Betriebswirtin überreichte ihr Gutachten dann am 09.11.2003. Nachdem der Beklagte für die GmbH im Dezember 2003 Insolvenzantrag gestellt hatte und das Verfahren eröffnet wurde, verlangte der klagende Insolvenzverwalter - nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F. - Ersatz all derjenigen Zahlungen, die der Geschäftsführer nach dem 31.08.2003 aus der Kasse der Schuldnerin veranlasst hatte. Diese sei spätestens seit dem 31.08.2003 zahlungsunfähig gewesen. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die vom erkennenden Senat zugelassene Revision führte zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

### Rechtliche Wertung

Der Senat stellt in dem o. g. Urteil zunächst fest, dass nach dem für ihn bindenden Vorbringen des Klägers (= Insolvenzverwalter) die Schuldnerin seit dem 31.08.2003 zahlungsunfähig gewesen sei. Anders als vom Berufungsgericht angenommen entlastete den Beklagten nicht, dass er ein Gutachten zur Vermögenslage und Sanierungsfähigkeit in Auftrag gegeben habe. Zwar müsse die hinzugezogene fachlich qualifizierte Person nicht zwingend ein Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt sein. Auch die Beratung durch geeignete Angehörige anderer Berufsgruppen könne zur Entlastung des Geschäftsführers genügen. Jedoch müsse nach Sinn und Zweck des Zahlungsverbot nach § 64 GmbHG und der Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO („ohne schuldhaftes Zögern“) eine solche Prüfung durch den sachkundigen Dritten unverzüglich vorgenommen und durch den Geschäftsführer auf eine unverzügliche Vorlage des Prüfergebnisses hingewirkt werden.

Im vorliegenden Falle sei die gutachterliche Stellungnahme aber nicht unverzüglich, sondern erst nach knapp drei Monaten zum 09.11.2003 erstellt worden. Sie sei daher nicht geeignet, den Beklagten hinsichtlich der Zahlungen ab dem 01.09.2003 zu entlasten. Dafür, dass die nicht unverzügliche Vorlage des Prüfergebnisses auf einem schuldhaften Sorgfaltspflichtverstoß des Beklagten beruhe, spreche auch, dass der Beklagte die Gutachterin nur mit der Prüfung der Vermögenslage und der Sanierungsmöglichkeiten und gerade nicht gezielt mit der Prüfung beauftragt habe, ob Insolvenzantrag zu stellen sei. Es habe keine Anzeichen dafür gegeben, dass die Gutachterin im vorliegenden Falle trotz der anderweitigen Aufgabenstellung vorab die Frage der Insolvenzreife prüfen und den Geschäftsführer unverzüglich unterrichten werde. Zur Auf-



klärung der Frage, ob tatsächlich seit dem 31.08.2003 Zahlungsunfähigkeit vorlag, hat der Senat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## Praxishinweis

Der BGH bestätigt in o. g. Urteil den Grundsatz, dass es den Geschäftsführer grundsätzlich entlastet, wenn er sich hinsichtlich des Vorliegens eines Insolvenzantragsgrundes (= Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft) von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person hat beraten lassen, wobei diese Person nicht einer bestimmten Berufsgruppe (Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater etc.) angehören muss.

Die Entscheidung setzt andererseits allerdings der Beauftragung eines Gutachters nur aus taktischen Gründen, um Zeit im Falle der Krise zu gewinnen – insbesondere zur Prüfung von Sanierungsmöglichkeiten – enge zeitliche Grenzen. Was genau der BGH unter „unverzüglich“ versteht, bleibt offen. Ein Geschäftsführer sollte jedenfalls darauf achten, dass er bei Erkennen einer Krise der Gesellschaft die „unverzügliche Prüfung des Vorliegens von Insolvenzgründen“ in Auftrag gibt und – in dokumentierter Weise, d. h. schriftlich – auf die Vorlage des Prüfergebnisses drängt (so auch de Bra in BeckRS 2012, 11368).

## AKTUELL

### BGH verweist Lehman-Anleger mit Schadenersatzklagen zurück an Berufungsgerichte

Der Elfte Senat des Bundesgerichtshofs hat vier Verfahren, in denen es um Schadenersatz für Lehman-Anleger geht, an die Vorinstanzen zurückverwiesen. Die Anleger hatten mit ihren im Wesentlichen auf Rückzahlung des Anlagebetrages gerichteten Klagen in den Vorinstanzen weitgehend Erfolg gehabt. Der BGH entschied dagegen, dass jedenfalls mit der gegebenen Begründung ein Schadenersatzanspruch der Anleger gegen die beklagte Bank nicht bejaht werden könne. Insbesondere treffe die Bank, wenn dem Zertifikate-Erwerb ein Kommissionsvertrag zugrunde liege, keine Aufklärungspflicht über eine allein von der Emittentin an sie gezahlte Vergütung (Urteile vom 26.06.2012, Az.: XI ZR 259/11, XI ZR 316/11, XI ZR 355/10 und XI ZR 356/10).

### Lehman-Zertifikate nach Insolvenz wertlos

In allen vier Fällen erwarben die Anleger im Februar 2007 von derselben beklagten Bank für Anlagebeträge in unterschiedlicher Höhe – die investierten Summen lagen zwischen 17.145,01 Euro und 300.000 Euro – jeweils «Global Champion Zertifikate». Hierbei handelte es sich um Inhaberschuldverschreibungen der niederländischen Lehman Brothers Treasury Co. B.V., deren Rückzahlung von der US-amerikanischen Lehman Brothers Holdings Inc. garantiert wurde. Zeitpunkt und Höhe der Rückzahlung der Zertifikate sowie mögliche Bonuszahlungen an die Anleger in Höhe von 8,75% des angelegten Betrages sollten von der Wertentwicklung dreier Aktienindizes (Dow Jones EuroSTOXX 50, Stan-

dard & Poor's 500 sowie Nikkei 225) abhängig sein. In allen vier Fällen erhielt die Bank von der Herausgeberin der Zertifikate (Lehman Brothers Treasury Co. B.V.) eine Vertriebsprovision von 3,5%, die sie den Anlegern nicht offenbarte. Mit der Insolvenz der Emittentin und der Garantin (Lehman Brothers Holdings Inc.) im September 2008 wurden die erworbenen Zertifikate weitgehend wertlos.

### BGH: Bei Festpreisgeschäft muss Bank Kunden nicht über ihre Gewinnmarge aufklären

Der erkennende Zivilsenat hat in allen vier Fällen die Berufungsurteile aufgehoben und die Sachen jeweils zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an die Berufungsgerichte zurückverwiesen. Für den Fall, in dem die Vorinstanz einen Kauf der Zertifikate von der Beklagten angenommen habe, d. h. ein sog. Festpreisgeschäft hat der BGH-Senat mit Blick auf zwei im September 2011 ergangene Urteile klargestellt, dass die beratende Bank den Kunden auf der Grundlage der insoweit gebotenen typisierenden Betrachtungsweise weder über ihre Gewinnmarge noch darüber aufklären müsse, dass der Zertifikate-Erwerb im Wege eines Eigengeschäfts (Kaufvertrag) erfolge. An dieser Rechtsprechung werde festgehalten, so der BGH.

Für den Fall, dass dem Zertifikate-Erwerb nach Ansicht der Vorinstanzen ein Kommissionsvertrag (= Geschäftsbesorgungsvertrag) zwischen den Anlegern und der Beklagten zugrunde gelegen haben sollte, bestehe ferner keine Aufklärungspflicht der Bank über eine allein von der Emittentin an sie gezahlte Vergütung, so der BGH weiter. Eine solche Aufklärungspflicht ergebe sich nicht aus den Rechtsprechungsgrundsätzen zu Rückvergütungen. Denn diese Grundsätze betreffen lediglich Rückvergütungen aus offen ausgewiesenen Vertriebsprovisionen, deren Rückfluss an die beratende Bank dem Kunden verheimlicht werde. In den hier zu entscheidenden Fällen wiesen die Wertpapierabrechnungen laut BGH nur den an die Beklagte zu zahlenden Nominal- beziehungsweise Kurswert der Zertifikate, aber keine von den Anlegern an die Emittentin zu entrichtenden und ohne Wissen der Anleger an die Bank zurückfließenden Posten aus. Eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der von der Emittentin erhaltenen Provision folge ferner weder aus einer etwaigen Herausgabepflicht des Kommissionärs noch aus dem allgemeinen Gewinninteresse der Bank.

### Überprüfung weiterer Pflichtverstöße notwendig

Ob bei einem Kommissionsgeschäft eine beratungsvertragliche Aufklärungspflicht der Bank über eine vom Emittenten des Wertpapiers erhaltene Provision dann besteht, wenn der Kunde seinerseits eine Kommissionsgebühr oder einen ähnlichen Aufschlag an die Bank zahlt, bedurfte laut BGH keiner Entscheidung, weil derartige Zahlungen der Kunden an die Bank nicht vorgetragen worden sind. Die Berufungsgerichte haben laut BGH nunmehr den weiteren Pflichtverletzungen nachgehen, die die Kläger der Bank im Hinblick auf die streitgegenständlichen Zertifikate, unter anderem in Bezug auf deren Funktionsweise, vorwerfen (vgl. Beck FD InsR 333803).