

*Liebe Leserinnen und Leser,*

*wir freuen uns, dass Sie Ihre Aufmerksamkeit unserem neuen Infobrief Wirtschaftsrecht I/2017 widmen und hoffen, Ihnen mit den nachfolgenden Beiträgen eine interessante Lektüre an die Hand zu geben.*

*Unsere Auswahl der Beiträge ist unserem Anliegen geschuldet, aus Anlass der Gesetzgebung und Rechtsprechung Ihnen Anregungen und Hinweise zu Einzelthemen zu geben, die für Ihren unternehmerischen Alltag unmittelbar von Bedeutung sind. Neben einer kurzen Übersicht zur Reform des Insolvenzanfechtungsrechts bieten wir im Lichte auch der aktuellen BGH-Rechtsprechung in einem Beitrag einen Ausblick auf Auswirkungen der Rechtsentwicklung des Anfechtsrechts auf den Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen. Ebenfalls von praktischer Bedeutung sind die Hinweise auf Risiken bei der Gestaltung von Patronatserklärungen.*

*Selbstverständlich sind dies nur einige Aspekte zu den jeweiligen Themen, auf die wir hier eingehen können. Sollten Sie Fragen hierzu haben, stehen wir Ihnen als Ihre Berater gerne zur Verfügung. Ebenso freuen wir uns über Kritik wie auch Anregungen zu Themen, die wir für Sie in unseren nächsten Infobriefen gerne darstellen.*

*Mit freundlichen Grüßen*

*Ihr*

*Dr. Ludwig J. Weber, LL.M.*

*Rechtsanwalt*

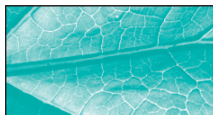
*Fachanwalt für Steuerrecht*

*Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht*

*E-Mail: LWeber@schubra.de*

## Inhalt

▶ <b>I. GESETZGEBUNG</b>	
<b>Anfechtungsreform beschlossen</b>	<b>2</b>
▶ <b>II. RECHTSENTWICKLUNGEN ZUM ANFECHTUNGSRECHT</b>	
<b>Ratenzahlungsvereinbarungen und andere Zahlungerleichterungen –     Wann muss der Gläubiger von Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ausgehen?</b>	<b>2</b>
▶ <b>III. RECHTSPRECHUNG</b>	
<b>1. BGH zur Anfechtbarkeit von in Räumen eines verfeindeten Gesellschafters     gefassten Gesellschafterbeschlüssen</b>	<b>5</b>
<b>2. Vorsicht bei Patronatserklärungen</b>	<b>7</b>
<b>3. BGH: Insolvenzverwalter sind an vertragliche Fälligkeitsregeln gebunden</b>	<b>8</b>



## I. GESETZGEBUNG

### Anfechtungsreform beschlossen

Am 16. Februar 2017 hat der Bundestag mit breiter Mehrheit eine Reform des Insolvenzanfechtungsrechts beschlossen. Der Beschluss kam letztlich unerwartet. Viele Beobachter hatten nicht mehr damit gerechnet, dass die insbesondere von der Wirtschaft geforderten Änderungen noch in dieser Legislaturperiode kommen würden.

Wesentliche Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage sind:

- Die Vermutungswirkungen des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO greifen künftig erst mit Kenntnis der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit (statt wie bisher bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit). Hierdurch würde sich die Beweissituation für Anfechtungsgegner grundsätzlich verbessern. Allerdings hat der Bundesgerichtshof (BGH) zuletzt relativ großzügig die eingetretene Zahlungsunfähigkeit angenommen. Bleibt der BGH bei dieser Linie, dürften die praktischen Auswirkungen begrenzt sein und die Schwierigkeiten für den Anfechtungsgegner bleiben.
- Die Anfechtungsfrist des § 133 Abs. 1 InsO wird von zehn auf vier Jahre verkürzt. Diese Verkürzung hilft den betroffenen Anfechtungsgegnern jedoch nur in den (wenigen) Fällen, in denen überhaupt die Anfechtung von Rechtshandlungen, die mehr als vier Jahre zurückliegen, in Frage kommt. In der Praxis konzentrieren sich die Anfechtungen ohnehin auf den Zeitraum von vier Jahren.
- Ratenzahlungsvereinbarungen und Stundungen sollen nun kein Anzeichen für die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners mehr sein. Nach bisheriger Sichtweise des BGH war eine Ratenzahlung, die sich im Rahmen der geschäftlichen Gepflogenheiten bewegt, für die Vorsatzanfechtung alleine nicht relevant. Es müssen also sowohl aktuell als auch künftig andere Indizien vorliegen, um von einer Kenntnis des Anfechtungsgegners ausgehen zu können.
- Das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO kann nun auch die Anfechtbarkeit nach § 133 InsO ausschließen, wenn der Anfechtungsgegner nicht erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte. Nach § 142 InsO ist eine Leistung des Schuldners dann nicht anfechtbar, wenn dafür unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt. Es bleibt aber die Frage, was der Gesetzgeber mit dem Begriff „unlauter“ meint, hier wird die Auslegung durch die Gerichte abzuwarten sein.

- Künftig fallen Zinsen auf Anfechtungsforderungen des Insolvenzverwalters erst ab Verzug mit der Rückzahlung und nicht bereits mit Verfahrenseröffnung an. Der Anfechtungsgegner muss also nicht (wie bislang) allein deshalb Verzugszinsen zahlen, weil der Insolvenzverwalter lange gewartet hat, bis er den Anfechtungsgegner in Anspruch genommen hat.
- Nicht in die Neufassung aufgenommen wurde das viel diskutierte „Fiskusprivileg“. Danach sollten Beträge, die ein Gläubiger in den letzten drei Monaten vor Insolvenzantrag aus Zwangsvollstreckungshandlungen erlangt hat, weitgehend von der Anfechtung ausgenommen sein. Effektiv wäre dies insbesondere der öffentlichen Hand zu Gute gekommen, da etwa Steuerbescheide ohne vorheriges gerichtliches Verfahren vollstreckbar sind. Im Ergebnis hätte sich damit vor allem die öffentliche Hand wegen ihrer Forderungen auf Kosten der Gläubigersamtheit befriedigen können. Während die übrigen Gläubiger noch in Klageverfahren steckten, hätten sie schon vollstrecken können. Diese stark kritisierte Regelung ist in dem beschlossenen Entwurf nun entfallen, insoweit bleibt es bei der bisherigen Rechtslage.

---

#### Karsten Kiesel

Rechtsanwalt

E-Mail: [KKiesel@schubra.de](mailto:KKiesel@schubra.de)

#### Thomas Dömmecke

Rechtsanwalt

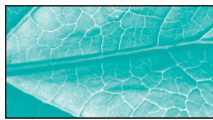
E-Mail: [TDoemmecke@schubra.de](mailto:TDoemmecke@schubra.de)

---

## II. RECHTSENTWICKLUNGEN ZUM ANFECHTUNGS- RECHT

### Ratenzahlungsvereinbarungen und andere Zahlungserleichterungen – Wann muss der Gläubiger von Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ausgehen?

Zahlungen, die ein insolventer Schuldner vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens geleistet hat, sind häufig Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen. Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Insolvenzverwalter solche Zahlungen anfechten und vom Empfänger die Rückzahlung verlangen. Dies gilt auch, wenn der Empfänger Gläubiger des Schuldners war, also grundsätzlich einen



Anspruch auf die Zahlung hatte. Stets Voraussetzung ist aber, dass der Schuldner mit der Zahlung an einen Gläubiger die übrigen Gläubiger benachteiligt. Zahlungen an einen Gläubiger benachteiligen regelmäßig die anderen Gläubiger. Es gilt: Was der eine erhalten hat, können die anderen nicht mehr erhalten.

Handelt der Schuldner gar mit Benachteiligungsvorsatz, kann der Insolvenzverwalter derzeit die Zahlung anfechten, wenn sie zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht länger als zehn Jahre zurückliegt. (In der vom Bundestag am 16. Februar 2017 beschlossenen Neufassung ist eine teilweise Verkürzung auf vier Jahre vorgesehen. Vgl. hierzu auch die Übersicht zu den Neuregelungen in diesem Infobrief.) Von diesem Benachteiligungsvorsatz muss der Gläubiger aber gewusst haben. Dem Insolvenzverwalter kommt hier eine gesetzliche Vermutung zu Hilfe: Wusste der Gläubiger von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und davon, dass die Zahlung die anderen Gläubiger benachteiligte, wird seine Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners vermutet.

Diese Kenntnis des Gläubigers ist schwierig zu beweisen. Eine Rolle spielt hier meist eine weitere gesetzliche Vermutung, nämlich dass eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vorliegt, wenn er seine Zahlungen eingestellt hat. Hierfür muss sich zumindest für die beteiligten Verkehrskreise der berechnete Eindruck aufdrängen, der Schuldner könne seine fälligen Zahlungen nicht mehr erfüllen. Kombiniert man beide gesetzlichen Vermutungen, folgt daraus: Sind dem Gläubiger Umstände bekannt, die zwingend auf eine Zahlungseinstellung des Schuldners schließen lassen, ist zu vermuten, dass der Gläubiger Kenntnis von dem Vorsatz des Schuldners hatte, dessen anderen Gläubiger zu benachteiligen.

#### **a) BGH: Bei Zahlungserleichterungen kann Kenntnis des Gläubigers von Zahlungsunfähigkeit zu vermuten sein**

Nach gegenwärtiger Rechtsprechung des BGH kann die Vereinbarung einer Zahlungserleichterung – insbesondere dann, wenn der Schuldner erklärt hatte, er könne seine fälligen Verbindlichkeiten nicht erfüllen – dazu führen, dass eine Kenntnis des Gläubigers von einer Zahlungseinstellung und damit Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (widerleglich) zu vermuten ist. Das gilt insbesondere, aber nicht nur, wenn die Erklärung des Schuldners auf Druck des Gläubigers zustande kam, etwa weil dieser eine Vollstreckung androhte. Noch im Urteil vom 25. Februar 2016 (Az. IX ZR 109/15) hatte der BGH hierauf eine Vermutung der Kenntnis von der Zahlungseinstellung gestützt. Insbesondere für Lieferanten ist diese Vermutung kritisch. Sie können sich nicht darauf verlassen, dass sie zukünftige Zahlungen des Schuldners auf ihre zukünftigen Leistungen behalten durften, wenn sie für bestehende Verbindlichkeiten Zahlungserleichterungen gewährten.

Mit Urteil vom 14. Juli 2016 (Az. IX ZR 188/15) schränkte der BGH dieses Risiko zuletzt etwas ein. Er führte aus, sämtliche im Einzelfall vorliegende Umstände und Beweisanzeichen, etwa die Erklärung des Schuldners zur Notwendigkeit und den Folgen einer Ratenzahlungsvereinbarung, seien zu gewichten. Eine Kenntnis des Gläubigers von einer Zahlungsunfähigkeit soll etwa dann nicht zu vermuten sein, wenn der Schuldner eine vollständige Rückzahlung in Aussicht stellt. Anders verhält es sich aber, wenn der Schuldner erklärt, es sei ein Verzicht aller Gläubiger auf 65 % ihrer Forderungen notwendig (BGH-Urteil vom 12. Mai 2016, Az. IX ZR 65/14). Selbst wenn der Schuldner eine vollständige Rückzahlung in Aussicht gestellt hat, soll eine Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit wieder zu vermuten sein, wenn der Schuldner nicht alle Raten leistet. Auch spielt eine Rolle, ob sich die Zahlungserleichterung auf betriebsnotwendige Zahlungen bezieht – dies sind etwa Steuern und Sozialabgaben, aber auch Löhne und Mieten – oder auf solche Leistungen, die der Schuldner ohne weiteres anderweitig beziehen kann, wozu etwa Baumaterialien zählen sollen.

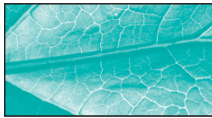
#### **b) Änderung der Insolvenzordnung führt zur Einschränkung der bisherigen Vermutungsregel**

Der Bundestag hat nun am 16. Februar 2017 auch hierzu eine Ergänzung der Insolvenzordnung beschlossen. § 133 InsO wird als neuer Absatz 3 Satz 2 hinzugefügt:

„Hatte der andere Teil (=der Gläubiger) mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.“

Auf den ersten Blick scheint dies eine Umkehr der derzeit vom BGH angewendeten Vermutungsregel zu sein. Man könnte die Neuregelung so verstehen, dass jetzt sogar eine Vermutung bestehen soll, der Gläubiger sei davon ausgegangen, der Schuldner sei zahlungsfähig, nur weil er diesem eine Zahlungserleichterung gewährt hat. Eine solche Vermutungsregel ließe sich nur schwer rechtfertigen. Ein insolventer Schuldner sieht sich nicht nur einem Gläubiger gegenüber, sondern einer Vielzahl. Ein einzelner Gläubiger kann sich aber nicht darauf verlassen, dass diese eine Vereinbarung zwischen ihm und dem Schuldner eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners entfallen lässt. Auch kann er sich nicht darauf verlassen, dass die anderen Gläubiger sich ebenfalls zur Gewährung einer Zahlungserleichterung bereit erklären.

Der Gesetzgeber wollte die Vermutungsregel, nach der das Gewähren einer Zahlungserleichterung durch den Gläubiger für dessen Kenntnis von einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners spreche, aber gar nicht umkehren, sondern beseitigen. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH war es nämlich dem Gläubiger mitunter schon zum Verhängnis geworden, dass er überhaupt



eine Zahlungserleichterung gewährte. Zwar war dies stets nur eines von mehreren Beweisanzeichen und mit den anderen – auch den entlastenden – Beweisanzeichen abzuwägen. Der erste Pflock gegen den Gläubiger war aber gesetzt. Deutlich wird die Absicht des Gesetzgebers anhand der Gesetzesbegründung. Dort heißt es, dass der Gläubiger, der einer Stundungs- oder Ratenzahlungsbitte seines Schuldners entspreche, grundsätzlich keinen Anlass habe, von einer Vermögenslage des Schuldners auszugehen, die dazu führt, dass er den Forderungen seiner Gläubiger nicht mehr nachkommen kann. Umstände, die über den bloßen Abschluss der Vereinbarung hinausgehen, sind aber weiterhin zu berücksichtigen und sollen auch weiterhin Grundlage einer Vermutung der Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sein können. Ausdrücklich genannt sind in der Gesetzesbegründung die Fälle, in denen der Schuldner die Ratenzahlungsvereinbarung dann nicht einhält oder er anderweitig, etwa mit neu entstandenen Forderungen, in erheblichen Zahlungsrückstand gerät. In Betracht kommen sollen unter anderem auch Umstände, die darauf hindeuten, dass der Schuldner gegenüber weiteren Gläubigern erhebliche fällige Verbindlichkeiten hat, die er nicht bedienen kann, oder die Erklärung des Schuldners, alle oder einen erheblichen Teil seiner fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr erfüllen zu können. Mit dieser Aufzählung greift der Gesetzgeber bisher vom BGH herangezogene Umstände auf und bestätigt, dass diese auch weiterhin zu berücksichtigen sind.

### c) Fazit: Neuregelung stellt Zahlungserleichterungen auf sicheren Boden

In der Sache ändert sich also nur, dass es dem Gläubiger nicht mehr allein zum Verhängnis werden soll, wenn er eine Zahlungserleichterung gewährt. Die Neuregelung stellt die verbreitete und bewährte Praxis, dass Gläubiger mit Schuldnern bei vorübergehenden Liquiditätsschwierigkeiten einen Zahlungsaufschub oder Ratenzahlungen zu vereinbaren und diesen damit eine Art Überbrückungsfinanzierung zu gewähren, auf rechtssicheren Boden. Denjenigen Gläubigern, die im Rahmen der Durchsetzung ihrer Forderungen auf eine gütliche Einigung bedacht sind und dem Schuldner Zahlungserleichterungen gewähren, wird Rechtssicherheit verschafft. Dies war auch das erklärte Ziel des Gesetzgebers. Er geht davon aus, dass die mit einer Stundungs- oder Ratenzahlungsbitte des Schuldners dem Gläubiger offenbar werdende Liquiditätslücke mit Gewährung der Stundung respektive Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung regelmäßig beseitigt sein wird.

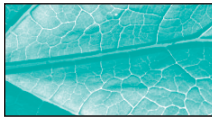
Ungeachtet dessen kann sich eine Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aber weiterhin aus anderen Umständen ergeben. Hierzu zählen:

- die Erklärung des Schuldners, Zahlungserleichterungen allein reichten nicht aus und diese müssten mit einem Teilverzicht der Gläubiger einhergehen,
- das Nichteinhalten einer Ratenzahlungsvereinbarung durch den Schuldner,
- erfolglose Vollstreckungsversuche anderer Gläubiger,
- Nichtzahlung des Schuldners auf die Verbindlichkeiten anderer Gläubiger, auch nicht ratenweise sowie
- der Eindruck des Gläubigers, der Schuldner werde nur seine Verbindlichkeiten bis zum Ende bedienen, nicht aber die der anderen Gläubiger.

Dieser Eindruck kann sich insbesondere daraus ergeben, dass der Schuldner nach einer einmal gewährten Zahlungserleichterung um eine weitere Zahlungserleichterung nachsucht, ohne seine Zahlungsunfähigkeit plausibel zu erläutern. Denn dann liegt die Annahme nahe, dass der Schuldner auch fällig Zahlungsverpflichtungen, die er gegenüber anderen Gläubigern hat, nicht (mehr) erfüllen kann.

Für den Gläubiger stellt sich also das Problem, dass er möglicherweise umso eher von einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ausgehen muss, je mehr er über die Umstände einer Bitte des Schuldners um Zahlungserleichterung weiß. Dennoch sollte dies nicht zu dem Schluss verleiten, der Gläubiger müsse den Schuldner nur auffordern, ihm möglichst wenig über die Umstände mitzuteilen. Denn eine solche Aufforderung würde zeigen, dass der Gläubiger eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ja gerade für möglich, wenn nicht sogar für bereits gegeben hält. Insbesondere könnte ein Gericht hierin ein Indiz dafür sehen, dass der Gläubiger von einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ausging, und darauf gestützt auch dessen Kenntnis von einem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners annimmt. Der Gläubiger liefe mit einer solchen Aufforderung also erst recht Gefahr, dass ein Insolvenzverwalter ihn auf Rückzahlung in Anspruch nimmt.

Die Kunst einer erfolgreichen und insbesondere unangreifbaren Vereinbarung über Zahlungserleichterungen dürfte daher in Zukunft gerade auch in der Beurteilung und Auswertung dieser Unwägbarkeiten und Risiken in jedem Einzelfall liegen.



## Praxistipps

Gläubiger, insbesondere Lieferanten des Schuldners müssen darauf achten, in welchem Kontext eine Zahlungserleichterung steht, wie sie zustande gekommen ist und welche Umstände vorliegen, die dennoch eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nahelegen könnten.

Gerade, wenn die Frage zu beantworten ist, ob über eine Zahlungserleichterung hinausgehende Geschäftsbeziehungen aufrechterhalten werden, sollten die verschiedenen Indizien sorgfältig ermittelt und gewichtet werden.

Befürchtet der Gläubiger, der Schuldner könnte zahlungsunfähig sein, sollte er sich den Anzeichen nicht verschließen, um dem Vorwurf, er habe von einer Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners Kenntnis gehabt, entgegenzutreten zu können.

### Martin Bastobbe

Rechtsanwalt

E-Mail: MBastobbe@schubra.de

## III. RECHTSPRECHUNG

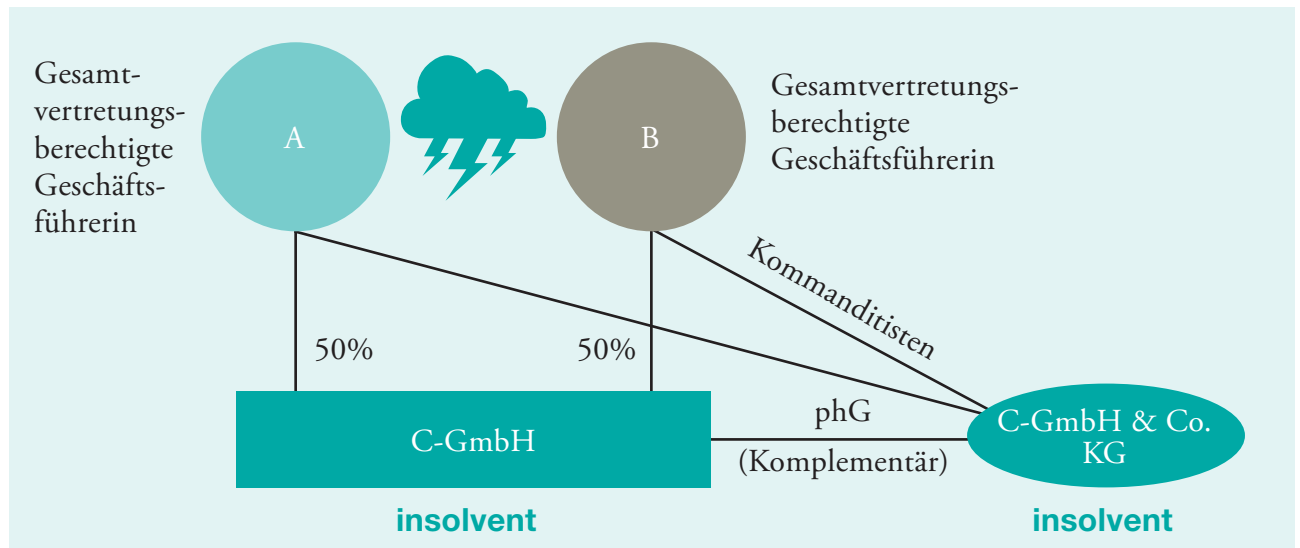
### 1. BGH zur Anfechtbarkeit von in Räumen eines verfeindeten Gesellschafters gefassten Gesellschafterbeschlüssen

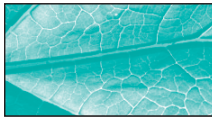
Die Frage der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen aufgrund von Ladungsmängeln beschäftigt den BGH immer wieder. Im vergangenen Jahr hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob ein Gesellschafterbeschluss deshalb nichtig oder anfechtbar ist, weil einer der verfeindeten Gesellschafter (hilfsweise) zu einer Gesellschafterversammlung in seine Wohnräume eingeladen hatte und es seinem Mitgesellschafter vor diesem Hintergrund nicht zuzumuten sei, an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen. Hierbei kam der BGH zu dem Ergebnis, dass Gesellschafterbeschlüsse, die in Räumen eines verfeindeten Gesellschafters gefasst werden, in der Regel wirksam, aber anfechtbar sind, sofern ein bestimmtes Beschlussergebnis festgestellt ist (BGH, Beschl. v. 24. März 2016 – IX ZB 32/15).

#### Sachverhalt

Die Schuldnerin ist eine GmbH, an der zwei natürliche Personen, A und B, mit jeweils 50% beteiligt sind. Die Schuldnerin ist die persönlich haftende Gesellschafterin einer GmbH & Co. KG, deren Kommanditisten ebenfalls A und B sind. Beide Gesellschaften haben ihren Sitz unter derselben Adresse.

Bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts waren im Handelsregister A und B als Geschäftsführer der GmbH eingetragen. Die Schuldnerin wurde durch beide Geschäftsführer gemeinsam vertreten. Zwischen A und B kam es zu einem schweren Zerwürfnis.





Am 21. Oktober 2013 beantragte der Gesellschafter-Geschäftsführer B, sowohl über das Vermögen der Schuldnerin als auch über das Vermögen der GmbH & Co. KG das Insolvenzverfahren zu eröffnen. Als Insolvenzugrund gab er an, dass sowohl die Schuldnerin als auch die GmbH & Co. KG zahlungsunfähig seien. Dem trat A entgegen und bestritt den Bestand der von seinem Mitgesellschafter angegebenen Forderungen gegen die GmbH & Co. KG. Nach Einholung von Gutachten eröffnete das Insolvenzgericht am 22. August 2014 die Insolvenzverfahren über das Vermögen beider Gesellschaften und bestellte einen Insolvenzverwalter.

Mit Einschreiben vom 16. September 2014 lud A seinen Mitgesellschafter B zu einer Gesellschafterversammlung für den 30. September 2014 in die Büroräume der Schuldnerin ein und für den Fall, dass der Zutritt zu diesen Räumen durch den Vermieter, den Ehegatten des B, verweigert werde, in die Wohnung der A ein. Einzig in der Ladung angegebener Tagesordnungspunkt war die Abberufung des B als Geschäftsführer aus wichtigem Grund. B widersprach der Einladung in die Wohnung der A weil ihm dort die Teilnahme an der Gesellschafterversammlung nicht zuzumuten sei. Dennoch fand die Gesellschafterversammlung in der Wohnung der A in Abwesenheit von B statt und B wurde als Geschäftsführer abberufen.

Am 21. Oktober 2014 haben die Schuldnerin und die GmbH & Co. KG, wobei die Schuldnerin allein durch A vertreten worden ist, beantragt, beide Insolvenzverfahren nach § 212 InsO einzustellen, weil die Forderungen, derentwegen die Insolvenzverfahren eröffnet worden seien, nicht bestünden. Das Insolvenzgericht hat beide Anträge als unzulässig abgelehnt, weil sie nicht von beiden Geschäftsführern der Schuldnerin gestellt worden seien. Die Rechtsmittel der Schuldnerin und der GmbH & Co. KG, wobei wiederum allein A die Schuldnerin vertrat, hat das Landgericht durch Beschluss als unzulässig verworfen und die Rechtsbeschwerde zugelassen.

### Die Entscheidung des BGH

Der BGH hob den Beschluss auf und wies die Sache an das Beschwerdegericht zurück. Der BGH begründete seine Entscheidung wie folgt:

Nach § 212 S. 1 InsO sei für den Antrag auf Einstellung des Insolvenzverfahrens wegen Wegfalls des Eröffnungsgrundes nur die Schuldnerin antragsberechtigt. Diese war wegen der Gesamtvertretung bei Antragsstellung durch A nur dann wirksam vertreten, wenn B vorher als Geschäftsführer der Schuldnerin wirksam abberufen worden ist. Dies sei durch den in der Gesellschafterversammlung vom 30. September 2014 gefassten Beschluss erfolgt, denn der Beschluss sei jedenfalls nicht entsprechend § 241 Nr. 1 AktG wegen eines schwerwiegenden Einberufungsmangels nichtig.

Zunächst hebt der BGH hervor, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens an der gemeinschaftlichen Vertretungsbefugnis nichts ändere. Zwar werde eine GmbH gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG durch die Insolvenzeröffnung aufgelöst. Ihre Rechtspersönlichkeit dauere jedoch für die Zwecke des Verfahrens fort. Auch die Organe und deren Vertretungsbefugnis werden durch die Verfahrenseröffnung grundsätzlich nicht berührt.

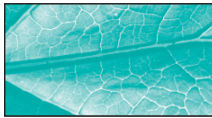
Die Sonderregelung des § 15 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO, wonach jeder Geschäftsführer einer GmbH namens der Gesellschaft Insolvenzantrag stellen kann und somit trotz bestehender Gesamtvertretung eine Einzelvertretungsmacht begründet wird, gelte aber nicht für den Einstellungsantrag nach § 212 InsO. Sofern Gesamtvertretung bestehe, könne dieser Antrag nur gemäß der geltenden Vertretungsregelung wirksam gestellt werden.

Im vorliegenden Fall sei A jedoch zur Antragsstellung gemäß § 212 InsO berechtigt gewesen, da B durch den in der Gesellschafterversammlung vom 30. September 2014 gefassten Beschluss als Geschäftsführer mit sofortiger Wirkung abberufen worden war. Der Abberufungsbeschluss sei jedenfalls nicht deswegen entsprechend § 241 Nr. 1 AktG nichtig, weil die Gesellschafterversammlung in die Wohnräume des A einberufen worden sei.

Nach den Maßstäben des § 241 Nr. 1 AktG führe der vom Beschwerdegericht festgestellte Einladungsmangel – die Einladung in die Wohnung der A – nicht zur Nichtigkeit der Beschlusses. Denn danach sind Gesellschafterbeschlüsse nichtig, wenn

- die Versammlung von einer nicht dazu befugten Person einberufen worden ist,
- nicht alle Gesellschafter eingeladen worden sind,
- die Einladung nicht schriftlich oder ohne Unterschrift erfolgt ist oder
- nicht Ort und Zeit der Versammlung angegeben wurden.

Soweit der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsehe, sei der ordnungsmäße Versammlungsort grundsätzlich entsprechend § 121 Abs. 5 AktG der Sitz der Gesellschaft, wobei die Räumlichkeiten der Gesellschaft im Falle ihrer Eignung als Versammlungslokal der Wahl angesehen werden. Bei einer Gesellschaft mit einem überschaubaren Gesellschafterkreis dürfe aber auch ein Ort gewählt werden, von dem von vornerein feststeht, dass er die Teilnahme nicht erschwert, weil ihn die Gesellschafter weiter als den Sitz der Gesellschaft erreichen können. Der ausgewählte Versammlungsort und das Versammlungslokal dürfen aber nicht für einen Gesellschafter unzumutbar sein. Eine solche Unzumutbarkeit kann sich dann



ergeben, wenn verfeindete Gesellschafter in die Wohnung des einen Gesellschafters eingeladen werden. Gleiches gelte für die Einladung zerstrittener Mitgesellschafter in die Kanzleiräume des Rechtsanwalts der Gegenpartei.

Bei der Einladung in die Wohnung des verfeindeten Gesellschafters hänge es von den konkreten Umständen des Falls ab, ob sie (ausnahmsweise) darüber hinaus einer Verhinderung und damit einer Nichtladung gleich komme. Regelmäßig werde die Teilnahme durch die Einladung in Räume des verfeindeten Gesellschafters nicht schon in der Weise erschwert, die ihrer Verhinderung gleichkomme.

Im konkreten Fall komme hinzu, dass A zur Gesellschafterversammlung in erster Linie an den Gesellschaftersitz eingeladen habe und nur hilfsweise für den Fall, dass der Zugang zu den Gesellschaftsräumen durch den Vermieter verwehrt würde, in seine eigene Wohnung. B sei deswegen durch den Ladungsmangel nicht in einer Weise durch die Teilnahme an der Mitgliederversammlung gehindert gewesen, dass dies seiner Nichtladung gleichstünde. So hätte er entweder die Versammlung in den Räumen der Gesellschaft ermöglichen oder ebenfalls vor dem Gesellschaftersitz erscheinen und für eine einvernehmliche Verlegung an einen neutralen Ort sorgen können.

Da B eine Anfechtungsklage gegen dem am 30. September 2014 gefassten Abberufungsbeschluss nicht erhoben habe und die Anfechtungsfrist bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung des Insolvenzgerichts abgelaufen war, sei der trotz der bestehenden Ladungsmängel endgültig wirksam und für alle Beteiligten verbindlich.

#### Fazit

Die Entscheidung ist durchaus praxisrelevant. Denn es ist in streitigen Gesellschafterkonstellationen keinesfalls unüblich, dass Einladungen zu Gesellschafterversammlungen an Orte erfolgen, von denen sich einer der Parteien einen Vorteil erhofft. So erfolgen beispielsweise häufiger Einladungen in die Kanzlei des Rechtsanwalts eines verfeindeten Gesellschafters. Hierzu stellt der BGH in seiner Entscheidung klar, dass diese wie die Einladung in die Privatwohnung des verfeindeten Gesellschafters zu behandeln seien. Sofern die Gesellschaftsräumlichkeiten – aus welchen Gründen auch immer – als Versammlungsort nicht in Betracht kommen, ist in der Beratungspraxis daher darauf zu achten, tatsächlich einen „neutralen Boden“ zu wählen, um eine Anfechtbarkeit oder gar Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen zu vermeiden.

---

#### Mark-Bernhard von Busse

Rechtsanwalt

E-Mail: MBusse@schubra.de

---

## 2. Vorsicht bei Patronats- erklärungen

Ein aktueller Beschluss des BGH (Beschluss vom 12. Januar 2017 – IX ZR 95/16) macht noch einmal deutlich, in welche Risiken sich ein Gesellschafter begibt, der zugunsten einer Tochtergesellschaft eine Patronatserklärung abgibt.

#### Zum Sachverhalt

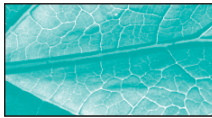
Kurz zusammengefasst ging es in dem entschiedenen Fall um Folgendes:

K belieferte S, eine Tochtergesellschaft von B, mit Gas. Da S Zahlungsrückstände hatte, erteilte B K eine Patronatserklärung, worin sie sich verpflichtete, S die notwendigen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen, dass diese ihren Verpflichtungen aus einem mit K vereinbarten Zahlungsplan nachkommen könne. S erbrachte einige Teilzahlungen, wohl aus durch von B intern bereitgestellten Mitteln. Nachdem über das Vermögen von S das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, forcht der Insolvenzverwalter gegenüber K diese Zahlungen an, worauf K die Beträge an den Insolvenzverwalter zurückzahlte. K klagte daraufhin gegen B auf Schadensersatz, weil B ihre Patronatserklärung nicht eingehalten habe.

#### Die Entscheidung

Der BGH hat einen Schadensersatzanspruch von K bestätigt, da B eine sogenannte „harte Patronatserklärung“ gegenüber K übernommen habe. Mit einer solchen verpflichtete sich der Patron (hier B), die Tochter (hier S) so auszustatten, dass sie stets in der Lage sei, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu bedienen. Gehe der Patron diese Verpflichtung gegenüber einem Dritten (hier K) ein, so hafte er gegenüber dem Dritten neben der Tochter für die Erfüllung der Verbindlichkeiten. Nach einer Insolvenz der Tochtergesellschaft verwandele sich die vom Patron dem Gläubiger der Tochtergesellschaft gegenüber erteilte Patronatserklärung in eine Pflicht zur Direktzahlung an diesen – vergleichbar einer Bürgschaft oder Garantieerklärung. Der Patron hafte auch dann unmittelbar gegenüber dem Gläubiger, wenn sich die von der Tochter bereits erbrachten Zahlungen als anfechtbar und damit im Ergebnis als uneinbringlich erweisen, da der Patron in diesem Fall seiner mit der Patronatserklärung übernommenen Ausstattungsverpflichtung nicht nachgekommen sei. Das gelte auch dann, wenn die Zahlungen durch vom Patron an die Tochter bereitgestellten Mittel bestritten werden.

Durch die Übernahme einer sogenannten „harten Patronatserklärung“ gegenüber einem Gläubiger einer Tochter läuft der Gesellschafter somit Gefahr, wegen ein und derselben Forderung des Gläubigers mehrfach zahlen zu



müssen. Stellt er der Tochter die zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Mittel zur Verfügung, trägt er zunächst bereits das Weiterleitungsrisiko: Leitet die Tochter die Mittel nicht an den Gläubiger weiter, bleibt der Gesellschafter gegenüber dem Gläubiger aus der Patronatserklärung verpflichtet. Des Weiteren trägt er das Risiko, dass die Zahlung der Tochter in deren Insolvenz angefochten wird. Auch in diesem Fall muss er erneut zahlen. Auf seinen Forderungen wird der Gesellschafter im Regelfall sitzen bleiben, da etwaige Regressansprüche gegen die Tochter in deren Insolvenzfall zumeist wertlos sein werden.

Obwohl sich der Gesellschafter nur gegenüber einem einzelnen Gläubiger und nur wegen einer bestimmten Forderung verpflichtet hat, wirkt sich die Patronatserklärung praktisch dahingehend aus, dass er gehalten ist, die Tochter vor der Zahlungsunfähigkeit zu bewahren. Gleichwohl ist eine Patronatserklärung gegenüber einem Dritten als solche nicht geeignet, eine eventuelle Insolvenz der Tochtergesellschaft zu vermeiden. Hierzu bedürfte es entsprechend qualifizierter Vereinbarungen mit der Tochter.

## Praxistipp

Möchte daher ein Gesellschafter die Kreditwürdigkeit seiner Tochtergesellschaft stärken oder gar deren drohende Insolvenz abwenden, ist genau zu prüfen, auf welchem Wege dies geschehen kann. Nur eine der konkreten Situation angepasste Lösung vermeidet unnötige Risiken und unterstützt eine erfolgreiche Sanierung.

---

### **Thomas Dömmecke**

Rechtsanwalt

E-Mail: [TDoemmecke@schubra.de](mailto:TDoemmecke@schubra.de)

---

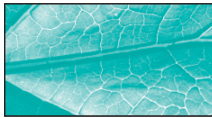
## 3. BGH: Insolvenzverwalter sind an vertragliche Fälligkeitsregeln gebunden

Der Insolvenzverwalter muss die Rechtsverhältnisse des Insolvenzschuldners so aufnehmen, wie er diese vorfindet. Über noch vor der Insolvenz vereinbarte vertragliche Fälligkeitsvoraussetzungen kann sich der Insolvenzverwalter nicht unter Verweis auf die Insolvenzordnung hinwegsetzen, wie jüngst der BGH mit Urteil vom 15. Dezember 2016 (Az.: IX ZR 117/16) entschieden hat. Aus dieser überraschenden Selbstverständlichkeit ergeben sich weitere Ansatzpunkte der unternehmerischen Vertragsgestaltung und andererseits neue Herausforderungen für den Insolvenzverwalter bei der Massesicherung.

Im entscheidenden Fall wollte der Insolvenzverwalter einer insolventen Bauunternehmung den Werklohn für durchgeführte Werkleistungen einklagen, scheiterte hiermit aber letztlich vor dem höchsten deutschen Gericht. Der ursprünglich noch vom insolventen Unternehmen als Werkunternehmer abgeschlossene Vertrag mit dem Auftraggeber sah vor, dass der Werkunternehmer bestimmte Unbedenklichkeitsbescheinigungen öffentlicher Stellen beizubringen hatte. Bis dahin sollte der Werklohn nicht fällig werden und zurückbehalten werden können. Noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellte der Werkunternehmer die Arbeiten ordnungsgemäß fertig. Die geforderten Unbedenklichkeitsbescheinigungen konnte er dagegen nicht vorlegen. Nach der Insolvenz des Werkunternehmers wollte der Auftraggeber trotz Klage des Insolvenzverwalters nicht zahlen. Mit Recht, wie der Bundesgerichtshof nun festgestellt hat. Trotz ordnungsgemäß fertiggestellter Arbeiten sah das Gericht in der fehlenden Vorlage der Unterlagen eine nicht erfüllte Fälligkeitsvoraussetzung. Es konnte auch kein Teil der Forderung gefordert werden, sondern die Forderung insgesamt war nicht fällig. Das Gericht führt aus, soweit die vertraglichen Regelungen zivilrechtlich wirksam sind und die Insolvenzordnung keine Sondervorschriften bereithält, könne der Verwalter für die Masse nicht mehr und keine anderen Rechte beanspruchen, als dem Insolvenzschuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegen seinen Vertragspartner zustünden. Der Insolvenzverwalter hat den vertraglichen Anspruch des Schuldners in dem Zustand hinzunehmen, wie er im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung besteht. Die vertraglich noch beizubringenden Unterlagen konnte er nicht vorlegen und unterlag deswegen letztlich.

Nach der Begründung des Gerichts sei die spezielle insolvenzrechtliche Fälligkeitsregelung des § 41 Absatz 1 InsO nicht zugunsten des Insolvenzverwalters anwendbar. Danach gelten im Rahmen des Insolvenzverfahrens





nichtfällige Forderungen grundsätzlich als fällig. Allerdings stellt der Bundesgerichtshof nun klar, dass dies nur für Forderungen gegen den Insolvenzverwalter bzw. gegen das insolvente Unternehmen (Insolvenzforderungen) gelte, nicht jedoch für Forderungen des Insolvenzverwalters gegen Dritte. Auch mit dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO im Falle von beiderseits nicht vollständig erfüllten Verträgen wurde er nicht gehört. Mit dem Wahlrecht kann der Insolvenzverwalter bei beiderseits nicht vollständig erfüllten Verträgen einfach vom Vertrag zurücktreten. Obwohl das Gericht es ausdrücklich offen ließ, ob der Werkunternehmer seine Hauptpflicht vollständig erfüllt hatte, befand das Gericht, dass der Insolvenzverwalter ein mögliches Wahlrecht jedenfalls bereits ausgeübt hatte, indem er den Werklohn einforderte. Von den vertraglichen Fälligkeitsvoraussetzungen kann er sich dann nicht einseitig lösen.

Allerdings bringen es die Aufgaben des Insolvenzverwalters mit sich, dass er nicht jede vertragliche Fälligkeitsvoraussetzung berücksichtigen kann. Der Bundesgerichtshof geht in seinem Urteil auf den hinter der geforderten Unbedenklichkeitsbescheinigung stehenden Zweck ein, nämlich das Interesse des Auftraggebers, eine Ausfallhaftung für die Sozialversicherungsabgaben des Auftragnehmers zu vermeiden. Hieraus kann gefolgert werden, dass ein berechtigtes Interesse im Einzelfall am Bestehen der Fälligkeitshürde gefordert sein dürfte. Inwieweit die vertragliche Gestaltung hier die Aufgaben des Insolvenzverwalters einschränken darf, ist also keine wirtschaftliche, sondern eine juristische Frage, die anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu prüfen ist. Hier ergeben sich durchaus Chancen für Auftragnehmer, durch die sorgfältige Gestaltung der vertraglichen Fälligkeitsvoraussetzungen eine Zahlung im Falle der Insolvenz des Vertragspartners zu vermeiden.

## Praxistipp

Vertragliche Fälligkeitsvoraussetzungen die auch dem Insolvenzverwalter entgegengehalten werden können, bergen neues Gestaltungspotential für Verträge. Die gewünschten Zahlungsmodalitäten müssen hinsichtlich eines möglichen Insolvenzfalles des Auftraggebers allerdings sorgsam auf den Einzelfall eingepasst werden.

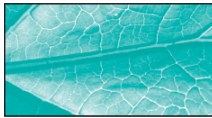
---

**Alexander Leucht**

Rechtsanwalt

E-Mail: [ALEucht@schubra.de](mailto:ALEucht@schubra.de)

---



**Nils Andersson-Lindström**  
Rechtsanwalt  
NLindstroem@schubra.de



**Martin Bastobbe**  
Rechtsanwalt  
MBastobbe@schubra.de



**mr. Markus Bode, LL.M.**  
Rechtsanwalt  
MBode@schubra.de



**Mark-Bernhard von Busse**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für  
Handels- und Gesellschaftsrecht  
MBusse@schubra.de



**Olaf Diederich**  
Rechtsanwalt  
ODiederich@schubra.de



**Thomas Dömmecke**  
Rechtsanwalt  
TDoemmecke@schubra.de



**Karsten Kiesel**  
Rechtsanwalt  
KKiesel@schubra.de



**Klaus Klöker**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht  
KKloeker@schubra.de



**Alexander Leucht**  
Rechtsanwalt  
ALeucht@schubra.de



**Dr. Michael Rozijn**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für IT-Recht  
(Informationstechnologierecht)  
MRozijn@schubra.de



**Alexander von Saenger**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
ASaenger@schubra.de



**Dr. Ludwig J. Weber, LL.M.**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Fachanwalt für  
Handels- und Gesellschaftsrecht  
LWeber@schubra.de

*Sollten Sie Fragen zu dem Infobrief oder aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts haben, so stehen Ihnen die Ansprechpartner jederzeit gerne zur Verfügung. Gerne nehmen wir auch Ihre Themenwünsche für den Infobrief entgegen.*

**Haftungsausschluss:** *Dieser Infobrief ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten sowie anderer interessierter Personen. Er kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen.*

### Schultze & Braun GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft

Domshof 22 • 28195 Bremen • Tel. 04 21 / 4 33 01-0

Eisenbahnstraße 19-23 • 77855 Achern • Tel. 0 78 41 / 7 08-0

Krausenstraße 8 • 10117 Berlin • Tel. 030 / 3 08 30 38-0

Olof-Palme-Straße 13 • 60439 Frankfurt am Main • Tel. 069 / 5 09 86-200

Willy-Brandt-Str. 57 • 20457 Hamburg • Tel. 040 / 3 06 04 57 0

Maximiliansplatz 13 • 80333 München • Tel. 089 / 3 30 08 09-0

Fürther Straße 244b • 90429 Nürnberg • Tel. 09 11 / 6 00 01-0

60, rue Saint-Lazare • F-75009 Paris • Tel. +33 (0)1 40 34 25 97

2, avenue de la Forêt Noire • F-67000 Strasbourg • Tel. +33 (0)3 88 31 73 10

Paulinenstraße 41 • 70178 Stuttgart • Tel. 07 11 / 23 889-0

Alzeyerstraße 31 • 67549 Worms • Tel. 0 62 41 / 2 68 69-0

### Impressum

Verantwortlich im Sinne des Presserechts für den Inhalt dieses Infobriefs: Dr. Michael Rozijn, Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht (Informationstechnologierecht)

Schultze & Braun GmbH Rechtsanwalts-gesellschaft

**Sitz:** Eisenbahnstraße 19-23, 77855 Achern • Amtsgericht Mannheim HRB 220942

**Geschäftsführer:** RAin Ellen Delzant • RA Achim Frank • RA Dr. Rainer Riggert • RA Dr. Ludwig J. Weber • RA Joachim Zobel