

22 | 2023

39. Jahrgang  
24. November 2023  
S. 673–704



# Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht

## Kurzkommentare

[ewir-online.de](http://ewir-online.de)

- Bank- und Kreditsicherungsrecht** > Wissenszurechnung bei Darlehensaufnahme durch Ehefrau mit gefälschter Unterschrift (BGH, Urt. v. 26.9.2023 – XI ZR 98/22)  
*Patrick Rösler* ..... 673
- Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht** > Wirksamkeit der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund mit Rechtskraft des Urteils (BGH, Urt. v. 11.7.2023 – II ZR 116/21) *Christian Bochmann* ..... 679
- Vertrags- und Haftungsrecht** > Zur Erfüllung der Aufklärungspflicht des Verkäufers durch Einrichtung eines Datenraums (BGH, Urt. v. 15.9.2023 – V ZR 77/22)  
*Stefan Widder / Jesko Griesbach* ..... 689
- Zum Vertragsschluss bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien außerhalb von Geschäftsräumen (BGH, Urt. v. 6.7.2023 – VII ZR 151/22) *Gerhard Ring* ..... 691
- Insolvenz- und Sanierungsrecht** > Nachholung eines fehlenden Gesellschafterbeschlusses im Restrukturierungsverfahren (AG Charlottenburg, Beschl. v. 31.7.2023 – 36f RES 1604/23) *Dietmar Rendels / Sandra Körner* ..... 698
- Arbeits- und Sozialrecht** > Endgehaltsbezogene Betriebsrentenzusage im Betriebsübergang (BAG, Urt. v. 9.5.2023 – 3 AZR 174/22) *Martin Kock* ..... 700

**ottoschmidt**



86209712322

Die schuldhafte Verletzung der Sorgfaltspflichten eines Tiefbauunternehmens leitete der BGH aus der grundlegenden Erwägung ab, wonach solche Unternehmen damit rechnen müssen, dass unterirdisch verlegte Versorgungskabel vorhanden sind, so dass sie „äußerste Vorsicht“ walten lassen müssen (Rz. 37). Sie müssten sich daher „im Rahmen der allgemeinen technischen Erfahrungen die Kenntnisse verschaffen, welche die sichere Bewältigung der auszuführenden Arbeiten“ voraussetzt. Die Beschaffung „zuverlässiger Unterlagen“ ist daher das entscheidende Stichwort.

**3.** Dem auch für die Publikation in BGHZ vorgesehenen Urteil ist uneingeschränkt zuzustimmen. Zu unterstreichen sind allerdings zwei Aspekte, die für die Praxis bedeutsam sind:

**3.1** Der erste Dreh- und Angelpunkt ist hier, dass der BGH die Beklagte nicht als reines „Werkzeug“ und „Verwaltungshelfer“ der öffentlichen Hand bei den durchzuführenden Tiefbauarbeiten einordnete und ihr damit nur einen „begrenzten Entscheidungsspielraum“ (Rz. 25) zuwies. So gesehen ist die Empfehlung angezeigt: Die der Auftragsvergabe und ihrer Durchführung zugrunde liegenden Tatsachen – Vorgaben, Weisungen und vor allem eine detaillierte Planung des öffentlichen Auftraggebers (Rz. 30) – sind auf das Sorgsamste für die Tatsacheninstanz aufzubereiten. Hier war entscheidend (Rz. 31 f.), dass das Leistungsverzeichnis einen rein funktionalen Charakter aufwies, also der Beklagten einen hinreichend großen – eigenen – Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum einräumte. Für die Rammarbeiten fehlten hier sogar jegliche Vorgaben.

**3.2** Der zweite Dreh- und Angelpunkt knüpft an den Überlegungen des BGH an, die sich auf eine – zulässige – Delegation der vertraglich übernommenen Verkehrssicherungspflichten beziehen. Hier schuldet der Auftragnehmer klare und unmissverständliche Anweisungen, „wann und in welcher Weise“ sich der Dritte von der Lage der Versorgungsleitungen „zuverlässig“ Kenntnis zu verschaffen hat (Rz. 39). Doch es gilt gleichwohl der weitere Rechtssatz: Auswahl-, Kontroll- und Überwachungspflichten des Auftragnehmers bleiben bestehen; sie richten sich nach den Umständen des Einzelfalls, um so den nach § 823 BGB zu gewährleistenden Schutz der Rechtsgüter Dritter sicherzustellen. Auch dies muss durch beweismäßig gesicherte Tatsachen unterfüttert werden.

*Friedrich Graf von Westphalen, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Lohmar*

---

## **Insolvenz- und Sanierungsrecht**

---

### **Zur Fortbestehensprognose bei Start-Up**

EWIR0061131

RpflG §§ 3, 18; InsO §§ 19, 57, 59; GmbHG a.F. § 64 Satz 1; ZPO § 167; DSGVO Art. 15, 82

1. Dem Rechtspfleger obliegen gem. § 3 Nr. 2e RpflG Verwalterwechsel im laufenden Verfahren.

2. Die Grundsätze des BGH zur positiven Fortbestehensprognose i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO sind nicht ohne weiteres auf Start-up-Unternehmen anzuwenden.

3. Die Zustellung der Klage des Verwalters nach § 167 ZPO wirkt auch dann zurück, wenn aufgrund gerichtlichen Verschuldens nicht die in unverjährter Zeit eingereichte Klage des vormaligen Verwalters, sondern die des Amtsnachfolgers zugestellt wird, sofern die Begehren identisch sind.

**4. Auskunftsansprüche aus einer behaupteten, nicht der DSGVO entsprechenden Datenverarbeitung bei Verwertung der Masse begründen kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG a.F. (alle nicht amtl.)**

*OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.8.2023 – I-12 U 59/22, ZIP 2023, 1999  
(LG Krefeld, Urt. v. 23.11.2022 – 7 O 167/20)*

### **Kurzkomentar**

---

1. Die GmbH war ein Start-up-Unternehmen. Seit 2014 wurde sie von ihrem Investor per endfälliger Darlehen (Mezzaninekapital) finanziert. Der Jahresabschluss der GmbH wies für das Geschäftsjahr 2014 bzw. 2015 einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 125.000 € bzw. 620.000 € aus. Sie unterhielt ein Bankkonto, welches kreditorisch und debitorisch geführt wurde und auf dem es in Januar und Februar 2016 zu Zahlungen von 55.000 € kam, die i.H.v. 17.000 € Zahlungen an den Fiskus und Krankenkassen betrafen. Das Verfahren wurde Ende 2016 eröffnet. Im Februar 2022 setzte der Rechtspfleger den Kläger anstelle des vormaligen Verwalters ins Amt. Er, wie auch sein Vorgänger, hat den Geschäftsführer wegen verbotener Zahlungen von 43.400 € in Anspruch genommen, da die GmbH seit Ende 2015 überschuldet und eine positive Fortbestehensprognose nicht feststellbar gewesen sei. Der Geschäftsführer verteidigte sich mit der fehlenden Aktivlegitimation und der fehlenden Überschuldung der GmbH. Es habe eine positive Fortbestehensprognose bestanden, da der Investor die Finanzierung sichergestellt habe. Die Ansprüche seien verjährt. Es bestünden Zurückbehaltungsrechte wegen Verstoßes gegen die DSGVO und fehlender Erklärung zur Insolvenzanfechtung. Zudem rechne er hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen auf, da der Kläger Ansprüche aus hartem Patronat gegen den Investor nicht verfolgt habe. Der Amtsvorgänger hatte am 21.12.2020 einen PKH-Antrag zur Anspruchsverfolgung beim LG gestellt. Die Bekanntmachung erfolgte Ende 2020. Der Antrag wurde im April 2021 zurückgewiesen, die sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg. Später wurde dem Amtsvorgänger PKH bewilligt, seine Klage ging am 18.1.2022 beim LG ein, wurde aber nicht zugestellt. Nach Amtswechsel reichte der Kläger seine Klage am 16.3.2022, zugestellt am gleichen Tag, ein. Das LG wies die Klage ab, die Berufung hatte Erfolg.

2. Die Klage ist nach Ansicht des OLG insgesamt zulässig. Der Kläger sei prozessführungsbefugt, weil der Verwalterwechsel (vgl. §§ 57, 59 InsO) im laufenden Verfahren in die Zuständigkeit des Rechtspflegers falle, die der richterlichen Zuständigkeit, die bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag unter Einschluss der Verwalterernennung reiche, nachfolge.

Der Beklagte hatte für die nach Insolvenzreife vorgenommenen Zahlungen. Die Einwände des Geschäftsführers zu erheblichen immateriellen Vermögenswerten, einer harten Patronatserklärung und Rangrücktritten, die einer Überschuldung entgegenstehen würden, ließen keine andere Wertung zu. Der Geschäftsführer sei insoweit seiner Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen. Eine positive Fortführungsprognose habe nicht bestanden. Zwar gelten nach dem Senat bei Start-up-Unternehmen erleichterte Anforderungen (OLG Düsseldorf v. 20.7.2021 – I-12 W 7/21, ZIP 2021, 1665 = EWIR 2021, 628 [Henkel]; v. 17.1.2022 – I-12 W 17/21), weil deren Ertragsfähigkeit („Selbstfinanzierungskraft“) dafür nicht vorausgesetzt werde (vgl. BGH v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 = EWIR 2007, 495 [Henkel/Mock]), es vielmehr auf die Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum ankomme, für die auch Drittmittel berücksichtigt werden können (Bitter in Scholz, 12. Aufl., vor § 64 GmbHG Rz. 56). Zu fordern sei eine nachvollziehbare, realistische (Finanz-)Planung mit einem operativen Konzept, das die Geschäftsidee erfolgsversprechend erscheinen lasse. Die Herleitung der Zahlen müsse ebenso wie deren Anpassung an die Entwicklungen dargelegt werden. Investorenbeiträge seien dann zu

berücksichtigen, wenn nachgewiesen sei, dass die Planung vorgelegt und Zusagen davon abhängig gemacht worden seien. Diese Maßgaben habe der Geschäftsführer nicht erfüllt. Der Verjährung der Forderung stehe § 167 ZPO entgegen. Die Zustellung der vom Amtsnachfolger eingereichten und zugestellten Klage wirke auf die ursprüngliche Klageeinreichung zurück, so dass Hemmung eingetreten sei. Die fehlende Konnexität von Klageforderung und Auskunftsanspruch stehe einem Zurückbehaltungsrecht entgegen, eine Berechtigung zur Hilfsaufrechnung mit Ansprüchen aus § 60 InsO gegen Ansprüche der Masse bestehe nicht.

3. Die Entscheidung überzeugt mit sorgfältiger Begründung. Neben den formalistischen Aspekten zur zeitraumbezogenen Zuständigkeit von Richter und Rechtspfleger im Eröffnungs- und eröffneten Verfahren liefert die Entscheidung im Risikoumfeld der Verjährung von Ansprüchen für die Praxis weitere Sicherheit. Werden alle für eine ordnungsgemäße Klagezustellung geforderten Handlungen, insbesondere die Zahlung des Kostenvorschusses, erbracht, sind Kläger und Rechtsanwalt im Weiteren nicht gehalten, das gerichtliche Vorgehen zu kontrollieren und durch Nachfragen auf eine beschleunigte Zustellung hinzuwirken. Einen wichtigen Beitrag liefert die Entscheidung auf Basis der herrschenden Auffassung im Schrifttum dabei für die Sanierungspraxis. Vor allem der sichere Umgang mit § 15b InsO mit Schwerpunkt Überschuldung ist dabei essentiell. Für Start-up-Fälle ist nach der Entscheidung die Ertragsfähigkeit nicht Voraussetzung einer positiven Fortführungsprognose, sondern die Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum, die auch über Drittmittel sichergestellt werden kann. Die Fortführungsfähigkeit im Rahmen des § 19 InsO muss überwiegend wahrscheinlich sein. Ohne (i) nachvollziehbare, realistische Finanzplanung mit (ii) operativem Konzept, das die geplante Umsetzung der Geschäftsidee erfolgsversprechend erscheinen lässt, fehlt bereits die Grundlage für die Fortführungsprognose. Sofern Drittmittel die Finanzierung sicherstellen sollen, sind dem Dritten die Herleitung der Planzahlen zu erläutern, inkl. einer laufenden Anpassung an die tatsächlichen Entwicklungen, so dass dieser seine Finanzierungszusage hiervon abhängig macht. Der Beratungspraxis wird damit eine überzeugende Leitlinie sowohl für die Sanierung als auch die Rechtsverfolgung und -verteidigung im Umfeld von §§ 15b, 19 InsO geboten.

**Oliver Ruhe-Schweigel, Rechtsanwalt, FA für Insolvenz- und Sanierungsrecht und für Bank- und Kapitalmarktrecht, Partner – ks rechtsanwälte + notare, Essen**

---

## **Berufung gegen zweites trotz Insolvenz des Beklagten ergangenes Versäumnisurteil**

EWIR0061133

InsO § 80 Abs. 1; ZPO § 240 Satz 1, § 538 Abs. 2 Nr. 1, 6

1. Ein Urteil, das nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verkündet wurde, ist nicht nichtig, unterliegt aber einer möglichen Aufhebung nach Rechtsmitteleinlegung.

2. Zur Zurückverweisung des Rechtsstreits nach Berufung gegen ein zweites Versäumnisurteil gem. § 538 Abs. 2 Nr. 1, § 6 ZPO, § 68 ArbGG. (alle nicht amtl.)

LAG Mainz, Urt. v. 20.7.2023 – 5 Sa 114/23 (rechtskräftig), ZIP 2023, 2379  
(ArbG Koblenz, Urt. v. 28.3.2023 – 6 Ca 2739/22)