

heit in der Anwendung der kapitalmarktrechtlichen Melde- und Zurechnungstatbestände beitragen: (1) Der Wortlaut der kapitalmarktrechtlichen Melde- und Zurechnungsnormen ist auch im Hinblick auf die zivilrechtlichen Rechtsfolgen als zwingende Auslegungsgrenze zu akzeptieren, eine gespaltene Auslegung findet nicht statt. (2) Nach dem Normzweck von § 22 WpHG und damit auch § 30 WpÜG muss sowohl in den Fällen des Abs. 1 als auch in den Fällen des Abs. 2 die Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Stimmrechte bestehen.

4. Beide Aussagen sind nicht neu, wenngleich die Diskussion zur Konkretisierung des Merkmals der Einflussnahmemöglichkeit bei den einzelnen Zurechnungstatbeständen noch nicht abgeschlossen ist. Unabhängig davon ist es zu begrüßen, dass der BGH die unter 3. genannten Grundsätze explizit benannt und insbesondere eine gespaltene Auslegung abgelehnt hat,

weil sich die argumentative Basis in einzelnen in der Praxis problematischen Fallgruppen dadurch verbessert. Die strikte Wortlautbindung hat abgesehen von der Verhinderung von „Ausreißer“-Entscheidungen vielfältige Auswirkungen (z. B. Abstimmungen auf der Ebene der Gesellschafter einer Zwischenholding oder Standstill-Vereinbarungen sind kein Acting in concert, Kontrollverdichtung im Übernahmerecht ist kein Kontrollerwerb. Kettenzurechnung findet nur in den gesetzlich geregelten Fällen statt.). Schwieriger ist die Frage, welche Folgerungen aus der Rückbesinnung auf den Normzweck von § 22 Abs. 2 WpHG und § 30 Abs. 2 WpÜG zu ziehen sind. Jedenfalls in eindeutigen Fällen der Einflusslosigkeit (einseitige Stimmbindungen, eindeutige strukturelle Dominanz, Stimmrechte außerhalb des abgestimmten Verhaltens) dürfte eine Zurechnung zukünftig nicht mehr möglich sein.

Christian Wittmann^{*)}/Ulrich-Peter Kinzl^{**)}

Organisationsobliegenheiten bei Insolvenzbekanntmachungen

Ein Beitrag zum Gutgläubensschutz gem. § 82 InsO und zum Urteil des BGH v. 15. 4. 2010 – IX ZR 62/09, ZIP 2010, 935

Mit Urteil vom 15. 4. 2010 (ZIP 2010, 935) hat der BGH entschieden, es bestehe keine Pflicht, Insolvenzbekanntmachungen abzufragen und zu erfassen. Die Entscheidung, ihre Begründung und der Vorbehalt der technischen Weiterentwicklung des zentralen Veröffentlichungsmediums www.insolvenzbekanntmachungen.de, unter den der BGH seine Auffassung gestellt hat, überraschen. Werden Insolvenzbekanntmachungen nicht ausgewertet, besteht die Gefahr, dass ein Unternehmen nicht mit schuldbefreiender Wirkung leisten kann und nochmals in die Insolvenzmasse leisten muss, wenn über das Vermögen des Leistungsempfängers das Insolvenzverfahren eröffnet (§ 82 InsO) oder Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt wird und das Insolvenzgericht Verfügungsbeschränkungen anordnet (§§ 24, 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO). Muss nochmals in die Insolvenzmasse geleistet werden, weil das leistende Unternehmen keine Organisation vorhält, die Insolvenzbekanntmachungen auswertet, entsteht dem Unternehmen ein Schaden, wenn die ursprüngliche Leistung nicht vollständig kondiziert werden kann. Die Unternehmensleiter, die das Organisationsdefizit zu verantworten haben, hätten ihre Pflichten verletzt und sich der Gesellschaft gegenüber haftbar gemacht. Der Beitrag wertet das BGH-Urteil vom 15. 4. 2010 aus und geht der Frage nach, wann eine Obliegenheit zur Aufnahme und Auswertung von Insolvenzbekanntmachungen besteht.

I. Bedeutung der Kenntnis von Insolvenzveröffentlichungen

Die Kenntnis von Insolvenzveröffentlichungen ist von erheblicher Bedeutung (vgl. § 115 Abs. 3 Satz 1, § 117 Abs. 3, § 118 Satz 2 InsO), insbesondere wegen §§ 82, 350 InsO.¹⁾ Danach wird der Drittschuldner, der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Erfüllung einer Verbindlichkeit an den (Insolvenz-)Schuldner geleistet hat, von seiner Schuld befreit (§ 362

BGB), wenn er zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht kannte. Die Unkenntnis von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens schützt damit den Drittschuldner davor, nochmals an den Insolvenzverwalter leisten zu müssen. Bei Kenntnis des Drittschuldners besteht die Verbindlichkeit zu Gunsten der Insolvenzmasse fort und muss an die Masse nochmals geleistet werden. Der Drittschuldner kann zwar beim Insolvenzschuldner die Zahlung kondizieren, wirtschaftlich wohl aber oftmals ohne Erfolg. Wann Kenntnis i. S. d. § 82 InsO vorliegt, hat daher erhebliche Bedeutung.

II. Sinn und Zweck des § 82 InsO

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens – und unter den Voraussetzungen der § 24 Abs. 1, § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO bereits die Anordnung des vorläufigen Insolvenzverfahrens – führt dazu, dass Verfügungen des Schuldners unwirksam oder nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 81 Abs. 1 Satz 1 InsO). Die Tilgung einer Schuld setzt die Annahme der Leistung als die geschuldete voraus. Die Erfüllungsannahme steht einer Verfügung über die Forderung gleich und setzt die Empfangszuständigkeit des Insolvenzschuldners voraus.²⁾ Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. nach Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots im vorläufigen Insolvenzverfahren kann daher nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Insolvenzschuldner geleistet werden.³⁾

^{*)} Dr. iur., Rechtsanwalt, BRP Renaud & Partner, Stuttgart

^{**)} Dr. iur., Rechtsanwalt und Steuerberater, BRP Renaud & Partner, Stuttgart

1) § 350 InsO entspricht § 82 InsO. Aus Gründen der besseren Darstellung wird fortan nur § 82 InsO zitiert.

2) Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl., 2007, Rz. 10.14; Schäfer, ZInsO 2008, 16, 17; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., 2010, § 82 Rz. 1.

3) BGH ZIP 2009, 1726, 1727, dazu EWiR 2009, 685 (Gondlach/Schirmmeister).

Von diesem Grundsatz macht § 82 Satz 1 InsO eine Ausnahme. Die Norm schützt den guten Glauben an den Fortbestand der Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners. Es handelt sich um eine dem § 407 Abs. 1 BGB nachgebildete Regelung.⁴⁾ Dem Drittschuldner schadet gem. § 82 Satz 1 InsO allerdings nur positive Kenntnis von der Verfahrenseröffnung in einem Zeitpunkt, in dem der Leistungserfolg noch zu verhindern war. Weil § 82 Satz 1 InsO auch dem öffentlichen Interesse an einem effektiven Insolvenzverfahren dient, treffen den Drittschuldner weitergehende Obliegenheiten als nach § 407 BGB. Er ist verpflichtet, den Leistungserfolg aktiv zu verhindern, wenn er nach der Leistungshandlung die schädliche Kenntnis erlangt.⁵⁾ Auch muss er seine Unkenntnis beweisen, sobald die Wirkungen der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses (vgl. § 9 InsO) eingetreten sind.⁶⁾ Über die Wirkungen des § 9 Abs. 3 InsO besteht Streit. Ihm wird teilweise zu Unrecht die Bedeutung einer Kenntnisfiktion beigemessen.⁷⁾ § 9 Abs. 3 InsO stellt eine vereinfachte Form der öffentlichen Zustellung dar⁸⁾ und fingiert, dass eine bestimmte Information in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist (Bekanntgabefiktion). Aufgrund dieser Fiktion wird die tatsächliche Kenntnisnahme widerleglich vermutet (Kenntnisnahmevermutung),⁹⁾ wodurch verhindert werden soll, dass an den Insolvenzschuldner noch mit befreiender Wirkung geleistet werden kann.¹⁰⁾ Ob der Drittschuldner die Kenntnisnahmevermutung widerlegen kann, richtet sich danach, ob er seine Organisationsobliegenheiten erfüllt hat, weil deren Missachtung die Berufung auf Unkenntnis nach Treu und Glauben ausschließt.¹¹⁾

III. Konsequenzen aus dem Urteil des BGH vom 15. 4. 2010

Ein Verstoß gegen Organisationsobliegenheiten kann nach bisheriger Rechtsprechung und Literatur¹²⁾ vorliegen, wenn keine Medien mit Wirtschaftsinformationen vorgehalten und auch keine organisatorischen Vorkehrungen getroffen wurden, vor einer Leistung die Insolvenzbekanntmachungen auszuwerten. Der BGH lässt nun aber Zweifel aufkommen.

1. Überblick über die bisherige Rechtsprechung

Schon gem. § 8 Abs. 3 KO trat Erfüllung ein, wenn der Leistende, der nach öffentlicher Bekanntmachung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens leistete, bewies, dass ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war. Gem. § 76 KO erfolgten die öffentlichen Bekanntmachungen durch mindestens einmaliges Einrücken in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Insolvenzgerichts bestimmte Blatt. Die öffentlichen Bekanntmachungen galten gem. § 76 Abs. 3 KO als Zustellung an alle Beteiligten. Dieser Rechtszustand zur KO entsprach im Grundsatz dem der InsO, die erst seit 2007 das zentrale Bekanntmachungsmedium www.insolvenzbekanntmachungen.de kennt.¹³⁾

Nach einem Urteil des BGH zur KO mussten die betroffenen Verkehrskreise die Bekanntmachung allgemeiner Verfügungsverbote im Eröffnungsverfahren genauso wie die Bekanntmachung von Eröffnungsbeschlüssen zur Kenntnis nehmen.¹⁴⁾ Die Vermutung der Kenntnisnahme konnte nach da-

maliger Rechtsprechung widerlegt werden, was beispielsweise je nach Verbreitungsgebiet des Bekanntmachungsblatts gelang.¹⁵⁾ Hieran hielt der BGH auch zur InsO fest: Jede am Rechtsverkehr teilnehmende Organisation müsse sicherstellen, dass ordnungsgemäß zugegangene, rechtserhebliche Informationen von ihren Entscheidungsträgern zur Kenntnis genommen werden können, was wegen des möglichen Zugriffs auf Datenspeicher auch zumutbar sei. Und sodann wörtlich: „Die Beklagte hat mithin darzulegen, welche Organisationsstrukturen sie geschaffen hat, um entsprechende Informationen aufzunehmen und intern weiterzugeben. ... Die Beklagte hat nur vorgetragen, was sie nicht getan hat, etwa dass das Amtsblatt nicht bezogen worden sei.“¹⁶⁾ Eine flächendeckende Beobachtung aller Veröffentlichungsblätter im Bundesgebiet war nach dem Urteil nicht zumutbar. Ob der BGH hiermit lediglich im Unternehmen *tatsächlich vorhandenes* Wissen zurechnete oder ob er eine Organisationsobliegenheit annahm, sich die Kenntnis bestimmter Umstände überhaupt erst zu verschaffen, blieb offen. In letzterem Sinne wurde die Entscheidung aufgefasst.¹⁷⁾ Die obergerichtliche Rechtsprechung war im Übrigen uneinheitlich.¹⁸⁾

2. Urteil des BGH vom 15. 4. 2010

Der BGH befasst sich in dieser Entscheidung mit den Anforderungen, die sich aus der Schaffung des zentralen Informationsmediums www.insolvenzbekanntmachungen.de gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 InsO für die Organisation eines (Versicherungs-)Unternehmens zur Erfassung von Insolvenzbekannt-

4) Schäfer, ZInsO 2008, 16, 17; Häsemeyer (Fußn. 2), Rz. 10.14; KP/B/Liike, InsO, Stand: 8/2010, § 82 Rz. 1.

5) BGH ZIP 2009, 1726, 1728.

6) FG Hannover v. 29. 9. 2010 – 2 K 222/08, juris Rz. 25; Ublenbruck (Fußn. 2), § 82 Rz. 11; KP/B/Prütting, InsO, Stand: 7/2007, § 9 Rz. 21.

7) Vgl. etwa OLG Dresden ZInsO 2008, 509, 511.

8) Gerhardt, in: Jaeger, InsO, 2004, § 9 Rz. 7; KP/B/Prütting (Fußn. 6), § 9 Rz. 18.

9) Vgl. KP/B/Liike (Fußn. 4), § 82 Rz. 9; Windel, in: Jaeger, InsO, 2007, § 82 Rz. 49; MünchKomm-Ott/Vitia, InsO, 2. Aufl., 2007, § 82 Rz. 15; Wittmann, ZInsO 2008, 1010, 1011 m. w. N.; i. E. ebenso LG Duisburg v. 9. 8. 2006 – 3 O 235/05.

10) MünchKomm-Ganter, InsO, 2. Aufl., 2007, § 9 Rz. 5a m. w. N.; Wimmer/Schmerbach, InsO, 6. Aufl., 2011, § 9 Rz. 12 (Publizitätswirkung).

11) Vgl. BGH ZIP 2010, 935, dazu EWiR 2010, 615 (Flitsch).

12) S. etwa Buck, Wissen und juristische Person, 2001, S. 448 ff.

13) KP/B/Prütting (Fußn. 6), § 9 Rz. 1; Bußhardt, in: Braun, InsO, 4. Aufl., 2010, § 9 Rz. 1.

14) BGH ZIP 1998, 2162, 2164. Nach Auffassung des LSG Essen ZIP 1992, 1159, 1161, dazu EWiR 1992, 895 (Kebeckus), wurde mit der öffentlichen Bekanntmachung der Verfahrenseröffnung fingiert, dass die Eröffnung des Konkurses zur Kenntnis eines jeden Beteiligten gelangt sei oder bei schuldiger Aufmerksamkeit hätte gelangen müssen; ferner LG Dortmund ZIP 1997, 206, 207, dazu EWiR 1997, 265 (Hess).

15) BGH ZIP 1998, 2162, 2164 f.

16) BGH ZIP 2006, 138, 140.

17) Vgl. etwa Flitsch/Schellenberger, EWiR 2006, 213, 214; Hippel/Schneider, NZI 2006, 177, 178.

18) OLG Zweibrücken MittBayNot 2007, 240 f. (obiter dictum): Banken treffe als Überwiesene die Pflicht, Insolvenzen zu beobachten und entsprechende Organisationsstrukturen vorzuhalten; a. A. OLG Düsseldorf ZInsO 2008, 44; LG Duisburg v. 9. 8. 2006 – 3 O 235/05, juris Rz. 17: Insolvenzen müssten nicht gesondert beobachtet werden, weil anderenfalls nicht tatsächlich vorhandenes Wissen zugerechnet, sondern nicht vorhandenes Wissen fingiert werde und weil § 82 InsO positive Kenntnis voraussetze (und nicht grob fahrlässige Unkenntnis genügen lasse); OLG Hamm v. 25. 11. 2009 – 31 U 15/04, juris Rz. 44, 75: Unternehmen haben die Obliegenheit, Organisationsstrukturen zur Erfassung von Insolvenzen zu schaffen, wobei deren Fehlen kein Hinderungsgrund sei, sich auf fehlende Kenntnis zu berufen, Rechtsfolge sei die Zurechnung des *tatsächlich vorhandenen* Wissens einzelner Mitarbeiter.

machungen ergeben, und mit der Frage abstrakter¹⁹⁾ Organisationsobliegenheiten, deren Missachtung dem Drittschuldner die Berufung auf Unkenntnis von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach Treu und Glauben verwehren kann.²⁰⁾ Im Urteil heißt es wörtlich: „Der Senat hat erwogen, ob auch an die Informationsgewinnung unter neuzeitlichen Verhältnissen höhere Anforderungen zu stellen sind, als sie mit früheren Zumutbarkeitsschranken vereinbar gewesen sein mögen. Derzeit sieht er dazu jedoch keine Möglichkeiten.“ Die Nichtabfrage von Insolvenzbekanntmachungen des zuständigen Insolvenzgerichts verletzt nach dem Urteil die Organisationsobliegenheit nicht. Tragende Säule der Begründung ist, dass ein Internetanschluss dem Bezug eines Bekanntmachungsblatts nicht gleich zu achten sei.²¹⁾ Eine Obliegenheit zur Abfrage der Insolvenzveröffentlichungen unter www.insolvenzbekanntmachungen.de lasse sich im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung nicht begründen. Anders wäre vermutlich entschieden worden, wenn „mit verhältnismäßig geringem Aufwand Insolvenzbekanntmachungen im Internet programmgesteuert mit eigenen Kundendaten“ abgeglichen und „wesentliche Informationen fortlaufend in die eigenen Unternehmensdateien“ übernommen werden könnten. Die Abfrage unter www.insolvenzbekanntmachungen.de erfordere einen deutlich höheren Zeit- und Personalaufwand, der für den gesamten automatisierten Zahlungsverkehr, aber auch für den Schalterbetrieb der Banken von vornherein nicht in Betracht komme.²²⁾ Nur der Gesetzgeber könne wegen der seit Einführung der Internetbekanntmachungen erheblich erleichterten Informationsgewinnung den Masseschutz zu Lasten des Drittschuldnerschutzes stärken. Die Bekanntmachung unter www.insolvenzbekanntmachungen.de sei keine solche Erleichterung der Informationsgewinnung, so dass im Rechtsverkehr keine auf Informationsbeschaffung aus dem Internet zugeschnittene Betriebsorganisation vorausgesetzt wird. Sodann heißt es weiter: „Wenn diese Entwicklung somit noch zu keinem bestimmten Ergebnis gelangt ist, so hätte einstweilen nur der Gesetzgeber eine Vorschrift schaffen können ...“²³⁾ Die Literatur stimmt dem bereits zu, weil eine gezielte bundesweite Detailsuche bei www.insolvenzbekanntmachungen.de ohne weitere automatisierte Suchsysteme nicht möglich sei, ohne zuvor ein konkretes Insolvenzgericht auszuwählen. Es bestehe keine allgemeine Pflicht, sich ständig und bundesweit über die Internetveröffentlichungen zu informieren.²⁴⁾

Weder in Ergebnis noch in Begründung überzeugt das Urteil vollständig: Bereits der Ausgangspunkt, die Recherche unter www.insolvenzbekanntmachungen.de stelle höhere Anforderungen, als sie mit früheren Zumutbarkeitsschranken vereinbar waren, ist fraglich. Denn nach bisheriger Rechtsprechung des BGH²⁵⁾ musste der Drittschuldner in seinem Geschäftsbereich die Entwicklung des Wirtschaftslebens unter Einbeziehung von Insolvenzen beobachten und war die Unternehmensorganisation nur ordnungsgemäß, wenn das einschlägige Amtsblatt bezogen wurde. Ist aber die Recherche in einem (lokal begrenzten) Printmedium zumutbar, kann die Internetrecherche, auch wenn eine Suche nur über einzelne Insolvenzgerichte möglich ist, nicht unzumutbar sein. Die vom BGH suggerierte Gleichsetzung der bundeseinheitlichen Internetbe-

kanntmachungen mit einer „flächendeckenden Beobachtung aller Veröffentlichungsblätter des Bundesgebiets“ geht an der technischen Realität vorbei. Da die Bekanntmachungen im Insolvenzverfahren nicht mehr in Printmedien erfolgen, sondern nur noch im Internet, führt die Nichtgleichsetzung eines Internetanschlusses mit dem Bezug des jeweiligen (früheren) Bekanntmachungsmediums faktisch zu einem Zustand ohne Bekanntmachungsmedium. Mit dem Zweck des § 9 Abs. 3 InsO, ab einem bestimmten Zeitpunkt zu Gunsten der Masse schuldbefreiende Leistungen auszuschließen,²⁶⁾ ist das nur schwer zu vereinbaren. Schließlich ist die Recherche im Internet auch nicht aufwändiger als die herkömmliche Recherche in einem Printmedium, und es spielt auch keine Rolle, ob die Suche im Internet oder in unternehmenseigenen Datenbanken ausgeführt wird. Selbst weiß es der BGH offenbar auch nicht richtig: Er behauptet zwar einen deutlich höheren Zeitaufwand der Internetrecherche, schon im nächsten Satz aber spricht er von einer „erheblich erleichterten Informationsgewinnung“. Daher betont er auch den bloß vorläufigen Charakter seiner Entscheidung, weswegen „derzeit“ noch keine Veranlassung zur Annahme einer Obliegenheit zur Bekanntmachungsrecherche im Internet bestehe, was sich jedoch ändern könne.²⁷⁾

3. Lösungsvorschlag

Ob und wie Internetrecherchen zur Erfassung von Insolvenzbekanntmachungen durchzuführen sind, ist kein insolvenzspezifisches Problem. Vielmehr entscheidet sich auch diese Frage anhand der allgemeinen Prinzipien zur Wissensorganisation, die der V. Senat des BGH mit Urteilen vom 8. 12. 1989, 24. 1. 1992 und 2. 2. 1996 herausgearbeitet hat.²⁸⁾ Ein am Rechtsverkehr teilnehmendes Unternehmen hat sich bei seiner Unternehmensorganisation auch an den berechtigten Erwartungen des Rechtsverkehrs zu orientieren, weswegen die Nutzung vorhandenen „Akten-“ oder „Computer-Wissens“ nicht im Belieben des Unternehmens steht, sondern normativen Verkehrsschutzanforderungen unterliegt.²⁹⁾ Ein Teilbereich dieser Erwartungen ist, dass Wissen aus dem eigenen Gedächtnis, aus Speichern (Akten, Karteien oder elektronischen Datenbanken) oder von den am konkreten Rechtsakt beteiligten Mitarbeitern beschafft wird (Informationsabfrage),³⁰⁾ allerdings nur bei bedeutsamen Entscheidungen und bei hinreichendem Anlass.³¹⁾ Nur unter besonderen Umstän-

19) Ob die Unkenntnis verschuldet oder unverschuldet ist, spielt also keine Rolle (anders etwa bei § 115 Abs. 3, § 117 Abs. 3, § 118 InsO).

20) BGH ZIP 2010, 935, 936, m. Anm. Brinkmann, KTS 2010, 343.

21) BGH ZIP 2010, 935, 936 f. unter Bezugnahme auf OLG Düsseldorf ZInsO 2008, 44.

22) Zum Effizienzkriterium bei § 82 InsO Thole, JZ 2010, 50, 52.

23) BGH ZIP 2010, 935, 936 f.

24) KPB/Liike (Fußn. 4), § 82 Rz. 9 a. E.; Flitsch, EWiR 2010, 615, 616.

25) BGH ZIP 2006, 138.

26) MünchKomm-Gantler (Fußn. 10), § 9 Rz. 5a.

27) Ebenso Flitsch, EWiR 2010, 615, 616.

28) BGH DNotZ 1991, 122; BGH NJW 1992, 1099; BGH ZIP 1996, 548, 551, dazu EWiR 1996, 585 (Taufitz). S. auch Danner-Lieb, in: Festschrift Kraft, 1998, S. 43, 47 ff.

29) Buck-Hueb, in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl., 2010, § 2 Rz. 15; Hahn, ZCG 2010, 26, 27.

30) BGH ZIP 1996, 548, 551; dies verkennt Brinkmann, KTS 2010, 343, 346.

31) BGH ZIP 1998, 330, 331, dazu EWiR 1998, 1029 (Aden); Buck-Hueb (Fußn. 29), § 2 Rz. 24; Staudinger/Schilken, BGB, 2009, § 166 Rz. 6.

den besteht eine umfassende Nachforschungspflicht.³²⁾ Verstößt das Unternehmen gegen diese Obliegenheit, wird es so behandelt, als habe es über die rechtserhebliche Kenntnis verfügt.³³⁾ Der IX. Senat des BGH entfernt sich mit dem Urteil vom 15. 4. 2010 von dieser Rechtsprechung der V. Senats und erwägt offenbar nur eine Entscheidung nach dem Prinzip „alles oder nichts“. Auch ist die behauptete „richterliche Rechtsfortbildung“ nicht notwendig, um eine Organisationsobliegenheit zur Abfrage von www.insolvenzbekanntmachungen.de anzunehmen. Denn § 9 Abs. 3 InsO bewirkt durch die Bekanntgabefiktion eine Vermutung der Kenntnisnahme im Sinne der Rechtsprechung zum typischerweise aktenmäßig festgehaltenen Wissen. Das bedeutet, dass es sich bei den unter www.insolvenzbekanntmachungen.de gespeicherten Informationen um ein Wissen „innerhalb“ des jeweiligen Unternehmens handelt. Ob die Zurechnung dieses Wissens erfolgt, richtet sich nach der Zumutbarkeit und damit vor allem nach Anlass und Schwierigkeit der Suche.³⁴⁾

Das mit Urteil vom 15. 4. 2010 vorgegebene Alles-oder-nichts-Prinzip sollte daher durch die flexible Lehre von den wissensbezogenen Organisationspflichten abgelöst werden. Die Organisation der Informationsaufnahme dient, weil sie eine nochmalige Zahlung an die Insolvenzmasse verhindern soll, dem eigenen Interesse des Drittschuldners, weswegen der Einwand der Unkenntnis am Maßstab des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) gemessen werden sollte.³⁵⁾ Der Einwand ist dann rechtsmissbräuchlich, wenn für eine bestimmte Person innerhalb des Unternehmens des Drittschuldners ein besonderer Anlass besteht, sich des Speicherinhalts in der konkreten Situation zu vergewissern, und dies zumutbar ist.³⁶⁾ Hier spielen die konkrete Möglichkeit der Suche,³⁷⁾ die Bedeutung des Rechtsgeschäfts und die Schwierigkeit eine große Rolle.³⁸⁾

3.1 Abfrageanlass

Abfrageanlass bietet grundsätzlich jedes Rechtsgeschäft, weil bei jedem rechtsgeschäftlichen Kontakt Informationen eine Rolle spielen. Anderes gilt nur, wenn wegen besonderer Umstände oder besonderer Gründe ein Abfrageanlass entfällt. Beispielsweise kann der Versicherer den Inhaber des Versicherungsscheins als verfügungs-, insbesondere empfangsberechtigt ansehen (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AVB, § 808 Abs. 1 BGB) und an ihn leisten, ohne prüfen zu müssen, ob der Inhaber auch materiellrechtlich verfügungsbefugt ist.³⁹⁾

3.2 Bedeutung des Rechtsgeschäfts

Die Zumutbarkeit bestimmt sich anhand der ratio legis der Wissensnorm. § 82 InsO ist eine Ausnahmenvorschrift zum Schutz des Drittschuldners, dem mit dem Nachweis Genüge getan ist, die öffentliche Bekanntmachung nicht gekannt zu haben. Fordert man darüber hinaus den vorgelagerten Nachweis einer bestimmten Wissensorganisation, wird der Schutz des Drittschuldners zu Gunsten des Masseschutzes eingeschränkt. Denn die Einrichtung des Wissensorganisationssystems erfolgt aus Sicht des Drittschuldners ausschließlich fremdnützig, weil er bei Gutgläubigkeit gem. § 82 InsO befreiend leisten könnte. Diese Wertung muss bei der konkreten Ausgestaltung der Wissensorganisation Berücksichtigung fin-

den, so dass nichts verlangt werden kann, was über das Maß des betriebswirtschaftlich Vernünftigen hinausgeht; insbesondere brauchen nicht täglich sämtliche Insolvenzbekanntmachungen durchsucht zu werden. Daher richtet sich die Zumutbarkeit maßgeblich nach der Bedeutung des infrage stehenden Rechtsgeschäfts, das in der Diktion des BGH kein „unbedeutendes“ sein darf. Das bedeutet einerseits, dass es sich nicht um ein außergewöhnliches Geschäft handeln muss, dass aber andererseits alle unbedeutenden Geschäfte ausscheiden. Die Grenze von 5.000 DM für die Hereinnahme eines Schecks aus dem Jahr 1997⁴⁰⁾ ist freilich willkürlich. Geboten ist damit eine konkret-individuelle Betrachtung, die auch die Verhältnisse des jeweiligen Unternehmens mit einbezieht.⁴¹⁾ Im Rahmen des § 82 InsO wird man dem Unternehmen also den Nachweis des durchschnittlich-typischen Geschäfts auferlegen müssen. Nur wenn sich das konkrete Geschäft deutlich von den durchschnittlich-typischen Geschäften abhebt, muss bei der Berufung auf die Unkenntnis die Beachtung der Organisationsobliegenheit nachgewiesen werden. Die Zumutbarkeitsschranke wirkt auch umgekehrt: Ein bei der Unternehmensorganisation zu hoch angelegter Maßstab wirkt nicht zu Lasten des Unternehmens.⁴²⁾

3.3 Schwierigkeit der Abfrage

Die Zumutbarkeit wird auch von der subjektiven Schwierigkeit der Suche beeinflusst, die von Professionalisierungsgrad und Gegenstand des jeweiligen Unternehmens abhängt,⁴³⁾ so dass Unternehmen, bei denen bereits aufgrund ihres Unternehmensgegenstands eine ausgeprägte Informationsorganisation besteht, weitergehende Pflichten auferlegt werden können. Diese Differenzierung dürfte den Erwartungen des Rechtsverkehrs entsprechen und folgt auch aus dem Urteil des BGH vom 15. 4. 2010. Danach besteht beispielsweise ein schutzwürdiges Interesse der Banken und des Rechtsverkehrs an einer möglichst schnellen und reibungslosen Abwicklung des Schalterverkehrs. Dem stünde eine Abfrage der Insolvenzbekanntmachungen vor der Vornahme von Schaltergeschäften entgegen. Bei den am Schalter abgewickelten Geschäften wird es sich regelmäßig um weniger bedeutende handeln.

32) *Buck-Heeb* (Fußn. 29), § 2 Rz. 25.

33) *Buck-Heeb* (Fußn. 29), § 2 Rz. 16, 23; zu § 407 Abs. 1 BGB; ferner BGH NJW 1977, 581, 582; BGH ZIP 1997, 890, 891 f., dazu EWIR 1997, 585 (*Heinrichs*).

34) Wittmann, ZInsO 2008, 1010, 1013 m. w. N.

35) Dazu eingehend *Staudinger/Looschelders/Olzen*, BGB, 2005, § 242 Rz. 22; MünchKomm-Roth, BGB, 5. Aufl., 2007, § 242 Rz. 339; ansatzweise ähnlich *Brinkmann*, KTS 2010, 343, 345.

36) BGH ZIP 2010, 935, 936; *Brinkmann*, KTS 2010, 343, 346; BGH ZIP 2009, 1726, 1728.

37) MünchKomm-Schramm, BGB, 5. Aufl., 2006, § 166 Rz. 29 m. w. N.; ferner Wittmann, Wissenszurechnung im Strafrecht, 2006, S. 76 f.

38) BGH ZIP 1996, 548, 551; im Ansatz auch *Hempler*, ZInsO 2007, 423, 426. Umfassend zum Wissensbegriff *Reinhardt*, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht, 2010, S. 163 ff., 174 ff.

39) BGH ZIP 2010, 890, 891 f., dazu Wittmann, EWIR 2010, 363 und *Nil*, VersR 2010, 938.

40) BGH, ZIP 1997, 1023, 1025 f., dazu EWIR 1998, 61 (*Hamann*); BGH ZIP 1998, 330, 331.

41) Vgl. *Heidrich*, Das Wissen der Bank, 2001, S. 235 ff.

42) BGH ZIP 2010, 890, 892; *Nil*, VersR 2010, 938, 939.

43) OLG Rostock ZIP 2006, 1684, 1685: Differenzierung zwischen Banken und „Handelsunternehmen“.

3.4 Besondere Prüfung bei Verdachtsmomenten

Besteht ein konkreter Prüfungsanlass, ist die Prüfung unabhängig von der Bedeutung des Rechtsgeschäfts vorzunehmen, weil anderenfalls bei unterhalb einer bestimmten Schwelle liegenden Geschäftsvorfällen die Kenntnisvermutung des § 82 InsO faktisch ausgeschlossen wäre. Daher wird eine betriebliche Anweisung eine besondere Prüfung für den Fall von Verdachtsmomenten vorschreiben müssen, um der Anlassrechtssprechung des BGH Rechnung zu tragen.

3.5 Möglichkeit der Abfrage

Die Abfrage der Insolvenzbekanntmachungen muss bei Vornahme des Rechtsgeschäfts technisch möglich sein. Zudem gilt das Kriterium der „technischen“ Zumutbarkeit: Solange eine automatisierte Recherche technisch nicht möglich ist, kann Speicherwissen bei automatisierten Zahlungsvorgängen nicht berücksichtigt werden.

IV. Haftungsgefahren für Unternehmensleiter bei fehlerhafter Wissensorganisation

Nach § 93 Abs. 1 AktG haben Vorstandsmitglieder einer AG bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Nach Abs. 2 der Vorschrift sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Entsprechendes gilt nach § 43 Abs. 1 und 2 GmbHG für Geschäftsführer einer GmbH.

Teil dieser Pflichten ist auch eine recht- und vor allem zweckmäßige Unternehmensorganisation, die das Spiegelbild zur Organisationsgewalt des Vorstands ist. Der Vorstand muss für eine ordentliche Organisation der innerbetrieblichen Abläufe in den einzelnen Unternehmensbereichen, insbesondere auch in Finanzbuchhaltung und Controlling, und für deren ständige Verbesserung sorgen⁴⁴⁾ und sicherstellen, dass die der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch qualifizierte Personen tatsächlich erfüllt werden (können).⁴⁵⁾ Im Anwendungsbereich von § 82 InsO geht es nicht darum, ob eine Unternehmensorganisation, die Abfragen von Insolvenzveröffentlichungen unterlässt, rechtmäßig oder rechtswidrig ist, sondern es geht allein um deren Zweckmäßigkeit. Denn die Beachtung von § 82 InsO ist eine Obliegenheit des Drittschuldners, keine Pflicht. Ein Verstoß gegen § 82 InsO führt nur zu eigenen Nachteilen, begründet aber keinen Pflichtverstoß der Gesellschaft. Der Vorstand ist aber nicht nur verpflichtet, rechtmäßiges Handeln der Gesellschaft durch ihre Angestellten und Organe sicherzustellen und für die Erfüllung ihrer Pflichten zu sorgen, sondern muss auch Vermögensnachteile, die hätten vermieden werden können, vom Unternehmen fernhalten. Durch die Verletzung der *Obliegenheit* des § 82 InsO wegen unzureichender Unternehmensorganisation, die die Einbindung von Insolvenzbekanntmachungen in die unternehmerischen Prozesse nicht vorsieht, verletzt der Geschäftsleiter daher seine *Pflichten* und macht sich ersatzpflichtig, wenn aufgrund der Bedeutung des Rechtsgeschäfts bei ordentlicher Unternehmensorganisation die Insolvenz des Leistungsempfängers der Gesellschaft bekannt geworden und die Zah-

lung an den Insolvenzschuldner vermieden worden wäre. Muss die Gesellschaft dann nochmals an die Insolvenzmasse zahlen, weil an den Insolvenzschuldner nicht mit befreiender Wirkung geleistet werden konnte, ist in dieser Doppelzahlung (unter Anrechnung der auf den Kondiktionsanspruch erhaltenen Quote) ein ersatzfähiger Schaden der Gesellschaft zu erblicken. Die Unternehmensleiter handeln mithin nur dann nicht pflichtwidrig, wenn durch eine zweckmäßige Organisation des Unternehmens vermieden wird, dass die Kenntnisfiktion des § 82 InsO eingreift.

V. Zusammenfassung

Insolvenzveröffentlichungen auf www.insolvenzbekanntmachungen.de haben in der Praxis erhebliche Bedeutung. Ein Unternehmen, das nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Erfüllung einer Verbindlichkeit an seinen Gläubiger – den Insolvenzschuldner – leistet, wird von seiner Verbindlichkeit nur befreit, wenn das Unternehmen zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder die Anordnung von Verfügungsbeschränkungen im vorläufigen Insolvenzverfahren nicht kannte (§§ 82, 24, 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO). Die Unkenntnis von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (oder den Verfügungsbeschränkungen) schützt den Leistenden davor, nochmals an den Insolvenzverwalter leisten zu müssen und auf einen Kondiktionsanspruch gegen den Insolvenzschuldner beschränkt zu sein. Für die Rechtspraxis ist von entscheidender Bedeutung, wann Unkenntnis vorliegt und der Leistende sich hierauf berufen darf.

Dieser Fragenkreis ist zwar nicht neu, sondern schon so alt wie die Konkursordnung. Änderungen haben sich aber durch die Einrichtung des zentralen Bekanntmachungsmediums im Internet unter www.insolvenzbekanntmachungen.de im Jahr 2007 ergeben. Seitdem werden Insolvenzveröffentlichungen nicht mehr im regionalen Amtsblatt bekannt gemacht, sondern bundeseinheitlich nur noch auf der Internetplattform. Der BGH vermeint mit Urteil vom 15. 4. 2010 zwar die Obliegenheit, ein Informationsmanagement zur Erfassung und Auswertung von Insolvenzbekanntmachungen auf Grundlage des zentralen Veröffentlichungsmediums einzurichten, stellt dies aber unter den Vorbehalt einer technischen Weiterentwicklung des zentralen Veröffentlichungsmediums.

Das Urteil überrascht, weil die bisherige Rechtsprechung zur Auswertung und Erfassung lokaler Amtsblätter, in denen bis 2007 Insolvenzveröffentlichungen bekannt gemacht wurden, strenger war und weil es auch von der Rechtsprechung zu allgemeinen Grundsätzen der Wissenszurechnung abweicht. Diese allgemeinen Grundsätze sind jedoch heranzuziehen, wenn sich ein Unternehmen auf die Unkenntnis der bekannt gemachten Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder der Anordnung von Verfügungsbeschränkungen im vorläufigen Insolvenzverfahren beruft und die nochmalige Leistung an den Insolvenzverwalter verweigert. Das mit Urteil vom 15. 4. 2010

44) Landwehrmann, in: Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., 2011, § 93 AktG Rz. 54; Hopt, in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl., 2009, § 93 Rz. 84; Fleischer, AG 2003, 291.

45) BGH ZIP 1996, 2017, dazu EWIR 1997, 31 (Schneide); Mertens/Cahn, in: Kölner Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2009, § 93 Rz. 38; Hopt (Fußn. 44), § 93 Rz. 107.

vertretene Alles-oder-nichts-Prinzip ordnet sich nicht in die bisherige Rechtsprechung zu wissensbezogenen Organisationspflichten ein, die auf der Grundlage des § 242 BGB eine flexible Entscheidung ermöglicht, wann der Einwand der Unkenntnis rechtsmissbräuchlich ist. Diese Kriterien sind auch vorliegend fruchtbar zu machen. Entscheidend sind der Anlass der Abfrage einer bestimmten Information, die Bedeutung des Rechtsgeschäfts, die Schwierigkeit der Abfrage, das Vorliegen besonderer Verdachtsmomente und die technische Möglichkeit der Informationsabfrage. Ergibt sich aus diesen Kriterien die Zumutbarkeit zur Abfrage von Insolvenzbekanntmachungen, kann sich das Unternehmen nicht auf fehlende Kenntnis berufen; es wird vielmehr so behandelt, als habe es

die entsprechende Kenntnis gehabt, und muss sodann nochmals an den Insolvenzverwalter leisten.

Unternehmensleiter, die keine entsprechende Unternehmensorganisation vorhalten, verletzen ihre Pflichten gegenüber dem Unternehmen, weil sie zu einer Unternehmensorganisation verpflichtet sind, die nicht nur rechtmäßiges Handeln der Mitarbeiter und Organe eines Unternehmens sondern auch die Zweckmäßigkeit des Unternehmenshandelns sicherstellt. Hieran fehlt es, wenn die Unternehmensleiter Obliegenheiten verletzen und dem Unternehmen hieraus ein Schaden entsteht. Die Unternehmensleiter haben sich dann dem Unternehmen gegenüber haftbar gemacht.

Rechtsprechung

Tatbestand und Gründe der Entscheidungen werden regelmäßig ungekürzt veröffentlicht. Ausnahmsweise gekürzte oder von der Redaktion zum besseren Verständnis umformulierte oder selbst verfasste Tatbestände werden durch die Überschrift „Zum Sachverhalt“ kenntlich gemacht. Die Gründe (Entscheidungsgründe) werden ebenfalls nur ausnahmsweise gekürzt. Geringfügige Auslassungen werden jeweils durch Punkte (...) gekennzeichnet. Bei umfangreicheren Kürzungen wird den Gründen statt der Überschrift „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ die Überschrift „Aus den Gründen“ vorangestellt. Hinzufügungen der Redaktion, insbesondere von ZIP- und EWIR-Fundstellen, sind *kursiv* gesetzt. Entscheidungen der unteren und mittleren Instanzen werden als „nicht rechtskräftig“ gekennzeichnet, wenn nach Kenntnis der Redaktion ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder die Berufungs- oder Revisionsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel möglicherweise ausgeschlossen ist. Entscheidungen, bei denen nach Kenntnis der Redaktion innerhalb der Rechtsmittelfrist – einerlei, ob überhaupt zulässig – kein Rechtsmittel eingelegt wurde, werden als „rechtskräftig“ gekennzeichnet. Entscheidungen, die mit einem „+“ versehen sind, sind für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

Rechtsprechung zum Bank- und Kreditsicherungsrecht

BGB § 280 Abs. 1 Satz 1; WpHG § 2 Abs. 3 Satz 2, § 31
Zur Aufklärungspflicht bei der Empfehlung von Indexzertifikaten („Lehman Brothers“)

BGH, UrI. v. 27. 9. 2011 – XI ZR 182/10 (OLG Hamburg ZIP 2010, 973) +

Leitsätze des Gerichts:

1. Zur Aufklärungspflicht der beratenden Bank über ein konkret bestehendes Insolvenzrisiko der Emittentin (hier: Lehman Brothers) beim Erwerb von Indexzertifikaten durch ihren Kunden.
2. Die beratende Bank ist beim Vertrieb von Indexzertifikaten auch dann, wenn keine konkreten Anhaltspunkte für eine drohende Zahlungsunfähigkeit der Emittentin bestehen, verpflichtet, den Anleger darüber aufzuklären, dass er im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Emittentin bzw. Garantiegeberin das angelegte Kapital vollständig verliert (allgemeines Emittentenrisiko).
3. Hat die Bank ordnungsgemäß über das allgemeine Emittentenrisiko belehrt, bedarf es daneben keines zusätzlichen Hinweises auf das Nichteingreifen von Einlagensicherungssystemen.

4. Bei dem Verkauf von Indexzertifikaten im Wege des Eigengeschäfts (§ 2 Abs. 3 Satz 2 WpHG) besteht keine Aufklärungspflicht der beratenden Bank über ihre Gewinnspanne. Dem steht weder die Rechtsprechung des BGH zur Offenlegung verdeckter Innenprovisionen noch diejenige zur Aufklärungsbedürftigkeit von Rückvergütungen entgegen (im Anschluss an den Senatsbeschluss vom 9. 3. 2011 – XI ZR 191/10, ZIP 2011, 855 = WM 2011, 925, Rz. 20 ff.).

5. Die beratende Bank ist aufgrund des Beratungsvertrags mit ihrem Kunden nicht verpflichtet, diesen darüber zu informieren, dass der Zertifikaterwerb im Wege des Eigengeschäfts der Bank erfolgt.

Tatbestand:

[1] Die Klägerin nimmt die beklagte Sparkasse auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit dem Erwerb von Zertifikaten der inzwischen insolventen Lehman Brothers Treasury Co. B.V. in Anspruch.

[2] Die Klägerin, die als selbstständige Ernährungsberaterin seit 1999 ein Schlankheitsstudio betreibt, ist seit längerem Kundin der Beklagten. Das auf ihren Namen bei der Beklagten geführte Depot umfasste Ende September 2007 neben einer Kassenobligation der Beklagten sowie einer Schuldverschreibung der H. Bank auch Aktien der D. AG und der C. AG, Vorzugsaktien der P. AG, Anteile an ei-