

# 03.18

# KSI

## Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

## Wirtschaft Recht Steuern

14. Jahrgang  
Mai/Juni 2018  
Seiten 97–144

[www.KSIdigital.de](http://www.KSIdigital.de)

### Herausgeber:

*Peter Depré*, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

*Dr. Lutz Mackebrandt*, Unternehmensberater

*Gerald Schwamberger*, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

### Herausgeberbeirat:

*Prof. Dr. Markus W. Exler*, Fachhochschule Kufstein

*Prof. Dr. Paul J. Groß*, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

*WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth*, Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

*Dr. Harald Krehl*, Senior Advisor, Wendelstein

*Prof. Dr. Jens Leker*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

*Prof. Dr. Andreas Pinkwart*, HHL Leipzig Graduate School of Management

*Prof. Dr. Florian Stapper*, Rechtsanwalt, Stapper Insolvenz- und Zwangsverwaltung, Leipzig

*Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck*, Richter a.D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

*Prof. Dr. Henning Werner*, Dekan der Fakultät für Wirtschaft, SRH Hochschule Heidelberg

### Strategien Analysen Empfehlungen

Die Neufassung des IDW S 6 und seine Akzeptanz bei den Banken [Burkhard Jung / Eva Ringelspacher / Dr. Fabian Meißner, 101]

Zur besonderen Bedeutung der Creditor Relations bei auszuweitender bzw. komplizierterer Fremdfinanzierung [Dr. Bernhard Becker / Jan Handzlik / Felix Knoll / Prof. Dr. Stefan Müller, 106]

Geschäftsführerhaftung: Ein unkalkulierbares Risiko? [Prof. Dr. Florian Stapper / Dr. Benjamin Böhme, 111]

Der Fiskus als Massegläubiger erster Klasse [Dr. Andreas Schwarz / Arne Joachim Hammerich, 117]

### Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Entwicklung des deutschen Restrukturierungsmarkts [Norbert Strecker / Michael Schmitt / Dr. Volker Beissenhirtz, 121]

Vorsicht bei Finanzspritzen von Gesellschaftern [Dr. Ulrich Viefers, 124]

Innenansichten aus der Restrukturierungspraxis [Prof. Dr. Markus W. Exler, 126]

Vermutung der Zahlungsunfähigkeit [Dr. Hans-Jürgen Hillmer, 129]

# Geschäftsführerhaftung: Ein unkalkulierbares Risiko?

## Handlungsempfehlungen vor dem Hintergrund weiter verschärfter Regeln

Prof. Dr. Florian Stapper / Dr. Benjamin Böhme\*

**Gerade in der Krise der Gesellschaft muss ein Geschäftsführer richtig handeln. Verantwortlich für Arbeitnehmer, Gläubiger und Auftraggeber hat er eine Vielzahl ordnungsrechtlicher Regeln einzuhalten. Das Risiko des Geschäftsführers, dabei einen Fehler zu machen, ist enorm. Die Rechtsprechung des Jahres 2017 verschärfte die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für Fehlverhalten in der Krise weiter. Die Autoren untersuchen anhand von Problemfällen, wie der Geschäftsleiter handeln muss.**

### 1. Zentrale Rolle der Geschäftsführerhaftung

Der Geschäftsführer einer GmbH wird – ähnlich wie der Vorstand einer Aktiengesellschaft – traditionell für Fehlverhalten in der Unternehmenskrise herangezogen. Zwar haftet er nicht für wirtschaftlichen Erfolg, gleichwohl ist er gegenüber der Gesellschaft für unsorgfältige Geschäftsführung (§ 43 Abs. 2, 3 GmbHG) und für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 64 Satz 1 GmbHG) verantwortlich. Auch haftet er Gläubigern, die erst nach Insolvenzreife der Gesellschaft in geschäftlichen Kontakt getreten sind (§ 823 Abs. 1 BGB i. V. mit § 15a InsO).

Seit der Industrialisierung gibt es haftungsbeschränkte Organisationsformen. In über 100 Ländern wurden sie seitdem eingeführt. Sie basieren auf der Idee, dass unternehmerische Risiken auf eine Vielzahl von Marktteilnehmern verteilt werden. Dadurch ist es möglich, auch Großprojekte zu bewältigen, für die ein einzelner Unternehmer kaum verantwortlich zeichnen kann. Vertragspartner werden durch Vertragsschluss zum Risikoträger. Realisiert sich ein unternehmerisches

Verlustrisiko, haften sie mit dem Ausfall ihrer Forderungen. In der Krise der Gesellschaft trifft den Geschäftsleiter deshalb eine verschärfte Verantwortung gegenüber den Gläubigern. Die Verantwortlichkeit des Geschäftsleiters in der Krise unterliegt steter Verrechtlichung und hat Auswirkungen auf bestehende wirtschaftliche Verhältnisse – insbesondere den Grad der Risikofreudigkeit unternehmerischer Entscheidungen in der Krise.

Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für unternehmerisches Handeln in der Krise wurde in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts gelockert, um eine sofortige Stilllegung des Unternehmens in der Krise zu verhindern. Bereits 1930 wurden dem Geschäftsführer durch § 241 Abs. 3 HGB bestimmte Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz erlaubt<sup>1</sup>. Die in der Praxis wichtigste Anspruchsnorm des § 64 Satz 1 GmbHG erlangte ihre heutige Bedeutung erst seit ihrer „Entdeckung“ durch die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH ab 1999<sup>2</sup>, nachdem die Vorschrift seit Schaffung des GmbHG zunächst in einen gut 100-jährigen „Dornröschenschlaf“ gefallen war<sup>3</sup>. Der Gesetzgeber erweiterte im Zuge der Finanzkrise im Jahr 2008 mit der Einführung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)<sup>4</sup> die Haftung des Geschäftsführers auf die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft. Im letzten Jahr entwickelten BGH und BFH weitere Anforderungen an das Handeln des Geschäftsführers in der Krise.

### 2. Expansion der Verantwortlichkeit des Geschäftsführers

#### 2.1 In der Unternehmenskrise

Ein Geschäftsleiter muss die Liquiditäts- und Vermögenslage der Gesellschaft im Blick haben, um auszuschließen, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Liegt Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vor, hat er bei Strafandrohung Insolvenzantrag zu stellen (§ 15a Abs. 1 InsO). Überdies haftet er ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit den Gläubigern der Gesellschaft ähnlich eines Einzelkaufmanns. Der BGH verschärfte im letzten Jahr die Anforderungen an die Liquiditäts- und Vermögensplanung (1.)

\* RA Prof. Dr. Florian Stapper ist Partner der Kanzlei STAPPER | JACOBI | SCHÄDLICH, Dr. Benjamin Böhme ist dort als RA angestellt.

1 Vgl. RGBl. I 1930 S. 93 f.

2 BGH v. 29. 11. 1999 – II ZR 273/98, NJW 2000 S. 668.

3 Vgl. Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018 S. 557, 573.

4 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23. 10. 2008, BGBI I 2008 S. 2026.

und verengte den Handlungsspielraum des Geschäftsleiters in der Krise (2.).

### 2.1.1 Verschärfte Anforderungen an die Liquiditätsplanung

Zur Prüfung der Zahlungsunfähigkeit hat der Geschäftsleiter bislang eine Liquiditätsbilanz aufzustellen, die aktuell verfügbare („Aktiva I“) und kurzfristig (drei Wochen) verfügbar werdende Mittel („Aktiva II“) in Beziehung zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten („Passiva I“) setzt. Ab einer nicht kurzfristig zu beseitigenden Liquiditätslücke von mindestens 10% war von Zahlungsunfähigkeit auszugehen<sup>5</sup>. Der BGH verschärfte im Dezember 2017 zum Schutz des Geschäftsverkehrs die Anforderungen an diese Liquiditätsplanung. In die zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit aufzustellenden Liquiditätsbilanz muss der Geschäftsführer auf der Passivseite nunmehr nicht nur die eingeforderten Verbindlichkeiten, sondern nun auch die innerhalb von drei Wochen fällig werdenden Schulden („Passiva II“) ggf. abgezinst ansetzen<sup>6</sup>.

**Fall 1:** Eine Stundung läuft in den nächsten drei Wochen aus. Sie ist zu passivieren. Verhandlungen über die Fortsetzung der Stundung sind u. U. vorzuziehen.

Der Ansatz künftigen Vermögens und künftiger Verbindlichkeiten ist problematisch, da vom Geschäftsleiter unter Zeitdruck ein Blick in die Zukunft verlangt wird.

**Fall 2:** Die Fälligkeit einer Kaufpreisverbindlichkeit i.H. von 13 Mio. € wegen Ankaufs zweier Patentfamilien ist aufschiebend bedingt durch die Erteilung von Patenten. Wann das Patentamt die Patente erteilt, ist unklar.

Eine ähnliche Prognose wird vom Geschäftsleiter bei streitigen Verbindlichkeiten verlangt. Hier steht der Geschäftsführer vor der Wahl, ob er die Verbindlichkeiten voll, gar nicht oder mit Abschlägen passiviert.

**Fall 3:** Es werden gegen die Gesellschaft fällige Forderungen i.H. von 100.000 € prozessual geltend gemacht. Die Schuldnerin beantragt, die Klage abzuweisen.

Trotz praktischer Bedeutsamkeit ist die Behandlung streitiger Verbindlichkeiten nicht geklärt. Insbesondere ist fraglich, ob Abschläge vorgenommen werden dürfen.

Vergleichbaren Fragen muss sich der Geschäftsführer stellen, wenn er künftiges Vermögen aktivieren will. Sie sind immer wieder Ansatzpunkt für gerichtliche Auseinandersetzungen. So ist beispielsweise bei künftigen Ansprüchen zu berücksichtigen, ob die Anspruchsentstehung sicher und der Drittschuldner hinreichend liquide ist<sup>7</sup>.

**Fall 4:** Ein Maklerlohn soll bei Beurkundung des Kaufvertrags fällig werden. Käufer und Verkäufer bemühen sich bereits um einen Notartermin, allerdings hat der Kaufinteressent keinen Bonitätsnachweis vorgelegt. Es ist nicht absehbar, ob innerhalb der nächsten drei Wochen terminiert werden kann.

### 2.1.2 Verschärfte Haftung für unternehmerische Entscheidungen

Ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit darf der Geschäftsführer keine Zahlungen mehr leisten. Stattdessen muss er Insolvenzantrag stellen. Nur ausnahmsweise darf er noch Zahlungen veranlassen, nämlich wenn

- ein straf- oder ordnungsrechtlicher Normbefehl dies anordnet,
- ein wirtschaftlicher Aktivtausch vorgenommen wird oder
- dadurch kurzfristig konkrete Gefahren abgewendet werden.

Der BGH hat 2017 die Haftung des Geschäftsleiters verschärft, indem er die Anforderungen an einen enthaftenden Aktivtausch erhöhte. Notwendig ist, dass die erhaltene Gegenleistung nicht nur gleichwertig, sondern auch liquidierbar ist<sup>8</sup>. Dies ist bei der Erfüllung von Dienstverträgen in aller Regel nicht der Fall.

**Fall 5:** Der Geschäftsführer veranlasst nach Zahlungsunfähigkeit die Zahlung von Löhnen und Gehältern. Dies ist kein erlaubter Aktivtausch, da die Erbringung der Arbeitsleistung nicht durch die Gläubiger verwertet werden kann.

Überdies bestehen aufgrund ungeklärter Rechtslage erhebliche Risiken für das Handeln des Geschäftsführers in der Krise. Die Rechtsprechung des BGH zur Haftung des Geschäftsführers ist lückenhaft. Insbesondere hat der BGH bislang offen gelassen, ob bei sicheren Fortführungsaussichten im Rahmen eines erlaubten Aktivtauschs auch die Gegenleistung ausnahmsweise nach Fortführungswerten bewertet werden darf.

**Fall 6:** Der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft ist profitabel, allerdings bestehen erhebliche Bankverbindlichkeiten aus einer früheren Finanzbeteiligung. Der Geschäftsführer prüft, ob er Insolvenzantrag stellen muss und veranlasst zugleich den Erwerb einer

5 BGH-Urteil v. 24. 5. 2005 – IX ZR 123/04, NJW 2005 S. 3062.

6 BGH v. 19. 12. 2017 – II ZR 88/16, ZIP 2018 S. 283.

7 LG Hamburg v. 26. 6. 2012 – 326 T 77/12, ZIP 2012 S. 1724.

8 BGH v. 4. 7. 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017 S. 1619.

sonderangefertigten Maschine für 500.000 €, die einen Fortführungswert von 1 Mio. € hat. Im Liquidationsfall hat sie nur Schrottwert.

Grundsätzlich sind Zahlungen zur Gefahrenabwehr in der Krise möglich. Der Geschäftsführer darf Zahlungen vornehmen, um einen größeren Schaden für die Gläubiger zu verhindern<sup>9</sup>. Insbesondere darf er den sofortigen Zusammenbruch des Unternehmens verhindern und dafür Vermögensabflüsse in Kauf nehmen<sup>10</sup>.

**Fall 7:** Der Geschäftsführer veranlasst nach Zahlungsunfähigkeit die Bezahlung von Rechnungen des Energielieferanten, da andernfalls die Abschaltung der Stromversorgung und die unkontrollierte Stilllegung des Betriebs drohen. Zwar stellt die Zahlung keinen Aktivtausch dar, allerdings kann sie im Wege der Gefahrenabwehr gerechtfertigt sein.

Gleichwohl gehen Zahlungen mit Risiken einher. In der Rechtsprechung des BGH ist insbesondere nicht geklärt, ob das Unternehmen sanierungsfähig sein muss und welchen Einschätzungsspielraum der Geschäftsführer bei der Gefahrenprognose hat. Beispielsweise ist durch den BGH nicht geklärt, ob auch Lohnzahlungen zur Gefahrenabwehr geleistet werden können:

**Fall 8:** Der Geschäftsführer bezahlt nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit betriebsnotwendige Mitarbeiter, nachdem diese für den Fall der Nichtzahlung die Arbeitseinstellung angekündigt haben.

Der Geschäftsführer sollte in jedem Fall sein Handeln und die zugrunde liegenden Beweggründe präzise dokumentieren und sein Handeln an dem Interesse der Gläubiger ausrichten.

## 2.2 Nach Insolvenzantragstellung

Die Verantwortlichkeit des Geschäftsleiters und seiner Berater endet nicht mit Insolvenzantragstellung. Die Rechtsprechung des BGH und BFH zwingt sie vielmehr, sich kontinuierlich über das Insolvenzverfahren zu informieren und bereits aus eigenem Interesse daran aktiv mitzuwirken.

### 2.2.1 Strengere Mittelvorsorgepflicht

Ein Geschäftsleiter darf unternehmerische Risiken grundsätzlich auch dann eingehen, wenn hierdurch die Liquidität des vertretenen Unternehmens und damit die pünktliche Zahlung künftiger Steuern gefährdet werden könnten<sup>11</sup>. Allerdings wird die unternehmerische Freiheit durch seine Pflicht zur Mittelvorsorge<sup>12</sup> begrenzt. Werden beispielsweise Steuerforderungen in dem Wissen begründet, dass diese nicht bezahlt werden können, droht dem Geschäftsführer eine Haftung nach §§ 34, 69 AO<sup>13</sup>. Ursprünglich endete seine Verantwortlichkeit zur Vorhaltung entsprechender Mittel mit seinen Einflussmöglichkeiten. Wurde er z. B. als Geschäftsführer abberufen, war er nicht mehr für die Sicherung der Erfüllung von Steueransprüchen verantwortlich<sup>14</sup>. Gleiches dürfte für die Bestellung eines Insolvenzverwalters oder im Falle der Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots gelten. Davon zu unterscheiden ist allerdings der Fall, dass der Geschäftsführer trotz Abberufung weiter die Geschicke der Gesellschaft als faktischer Geschäftsführer lenkt. Ihn treffen dieselben Pflichten wie den Geschäftsführer. Auch in dem Fall, dass zur einstweiligen Sicherung der Vermögenslage ein „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wird, ist der Geschäftsführer nicht entlastet.

**Fall 9:** Der Geschäftsleiter veranlasst vor Insolvenzantrag steuerbegründende Handlungen. Die Steuerforderungen werden allerdings erst künftig fällig. In der Zwischenzeit wurde Insolvenzantrag gestellt und es wurde ein Zustimmungsvorbehalt eines vorläufigen Insolvenzverwalters angeordnet.

Hier trage der Geschäftsleiter weiter die Verantwortung für die Erfüllung der Steuerforderungen, da er weiter verwaltungs- und verfügungsbefugt sei, entschied der BFH im letzten Jahr<sup>15</sup>. Die Finanzverwaltung dürfe ihn mittels Haftungsbescheid entsprechend in Anspruch nehmen. Insbesondere sei der lediglich mit Zustimmungsvorbehalt ausgestattete, vorläufige Insolvenzverwalter kein Vermögensverwalter nach § 34 Abs. 1 AO. Der BFH geht davon aus, dass sich der vom Gesetz intendierte Handlungsmaßstab von Geschäftsleiter und vorläufigem Insolvenzverwalter gleiche. Insbesondere müsse der Geschäftsführer den vorläufigen Insolvenzverwalter um Zustimmung zu Zahlungen auf Insolvenzforderungen bitten. Dies ist praktisch nur bei Fallgestaltungen sinnvoll, in denen der vorläufige Insolvenzverwalter überhaupt zustimmen darf.

### 2.2.2 Steuerliche Mitwirkungspflichten

Ein Geschäftsleiter muss sich bereits im eigenen Interesse auch in einem Insolvenzverfahren aktiv mit den Steuerforderungen der Finanzverwaltung auseinandersetzen, für die er in einem denkbaren

9 BGH v. 8. 1. 2001 – II ZR 88/99, ZIP 2001 S. 235.

10 BGH v. 4. 7. 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017 S. 1619.

11 BFH v. 27. 10. 1987 – VII R 12/84, BFH/NV 1988 S. 485.

12 BFH v. 28. 11. 2002 – VII R 41/01, BFHE 200 S. 482.

13 BFH v. 28. 11. 2002 – VII R 41/01, ZIP 2003 S. 582.

14 BFH v. 27. 10. 1987 – VII R 12/84, BFH/NV 1988 S. 485.

15 BFH v. 26. 9. 2017 – VII R 40/16, ZIP 2018 S. 22.

Eine vorsätzliche  
Insolvenzver-  
schleppung  
begeht ein Ge-  
schäftsführer  
bereits dann,  
wenn er sich  
trotz bestehender  
Anzeichen einer  
Krise keine In-  
formationen  
über die wirt-  
schaftliche Lage  
der Gesellschaft  
verschafft.

KSI 3/18 114 Geschäftsführerhaftung

Haftungsprozess persönlich einzustehen hat. Das haben einmütig der VII. und der XI. Senat des BFH im letzten Jahr entschieden<sup>16</sup>.

**Fall 10:** Ein Geschäftsführer erhebt keinen Widerspruch gegen eine zur Insolvenztabelle angemeldete Steuerforderung. Sodann wird er mittels Haftungsbescheid in Anspruch genommen.

Insbesondere muss er Forderungsanmeldungen der Finanzbehörden im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft widersprechen, wenn er sich später gegen einen gegen ihn gerichteten Haftungsbescheid noch mit Aussicht auf Erfolg wehren will.

### 2.2.3 Unklare Risiken bei Eigenverwaltung

Der Geschäftsführer kann nicht davon ausgehen, dass er während der (vorläufigen) Eigenverwaltung bzw. eines Schutzschirmverfahrens automatisch enthaftet ist. Besonderheit dieser Verfahren ist, dass die Verfügungsbefugnis bei der schuldnerischen Gesellschaft bzw. deren Geschäftsführer verbleibt. Der vom Insolvenzgericht bestellte Sachwalter und der Gläubigerausschuss haben nur Überwachungsfunktion.

(1) Erstens besteht das Risiko, dass der Geschäftsführer gegenüber Neugläubigern ähnlich eines vorläufigen Insolvenzverwalters haftet.

**Fall 11:** Während der vorläufigen Eigenverwaltung wird eine Bestellung ausgelöst, die später nicht bezahlt werden kann. Ungeklärt ist, ob der Geschäftsführer hierfür dem Lieferanten gegenüber haftet.

Zwar sprach sich das OLG Düsseldorf gegen eine solche Haftung aus<sup>17</sup>. Allerdings hat sich an diesem Urteil heftige Kritik entzündet<sup>18</sup>. Befürworter einer Geschäftsführerhaftung argumentieren, dass zum Schutze der Gläubiger der Geschäftsführer bei Eigenverwaltung derselben Haftung wie der Insolvenzverwalter in einem Regelinsolvenzverfahren unterliegen müsse. Dagegen wird angebracht, dass der Gesetzgeber bewusst ein mit der Eigenverwaltung verbundenes Risiko für gläubigerschädliches Verhalten in

Kauf nehme. Eine Klärung dieser Rechtsfrage steht aus. Haftungsrisiken muss der Geschäftsführer bedenken.

(2) Ein zweites Risiko betrifft die Haftung des Geschäftsleiters für Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gegenüber der Gesellschaft.

**Fall 12:** Das Gericht bestellt einen vorläufigen Sachwalter. Es werden Zahlungen an nicht betriebsnotwendige Lieferanten geleistet. Sanierungsbemühungen scheitern. Später verlangt ein Insolvenzverwalter vom Geschäftsführer Ersatz für die Zahlungen.

Die Haftungsnormen differenzieren nicht danach, ob die (vorläufige) Eigenverwaltung angeordnet wurde. Allerdings wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur vermehrt vertreten, dass Ausnahmenvorschriften – wie § 64 Satz 2 GmbHG – großzügiger anzuwenden sind, um Sanierungschancen nutzen zu können<sup>19</sup>.

## 3. Praktische Hilfen

Der Geschäftsführer in der Krise muss Krisenanzeichen wahrnehmen, Insolvenzgründe prüfen und ggf. Insolvenzantrag stellen. Daneben sollte er Geschäftsvorfälle penibel dokumentieren und die Liquidität der Gesellschaft nachvollziehbar planen. Insbesondere kann er Haftungsrisiken minimieren, wenn er sich fundiert, rechtzeitig und umfassend beraten lässt.

### 3.1 Krisenanzeichen wahrnehmen

Eine vorsätzliche Insolvenzverschleppung begeht ein Geschäftsführer bereits dann, wenn er sich trotz bestehender Anzeichen einer Krise keine Informationen über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft verschafft und deshalb nichts von der Überschuldung gewusst hat<sup>20</sup>. Krisenanzeichen können vielfältig sein:

- Fehler in der Buchführung und Auswertung,
- Liquiditätsprobleme, die länger andauern,
- Auftragsrückgang, Umsatzeinbruch,
- Kapitalabfluss, Personalprobleme<sup>21</sup>.

### 3.2 Antragspflicht prüfen

Nimmt der Geschäftsführer solche Anzeichen wahr, muss er sofort einen Vermögensstatus aufstellen<sup>22</sup>. Insbesondere muss er prüfen, ob ein Insolvenzgrund vorliegt: Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit.

#### 3.2.1 Überschuldung

Überschuldung liegt vor, wenn Verbindlichkeiten nicht mehr durch Vermögen gedeckt sind und das Unternehmen perspektivisch nicht

16 BFH v. 16. 5. 2017 – VII R 25/16, ZIP 2017 S. 1464; BFH v. 27. 9. 2017 – XI R 9/16, ZIP 2017 S. 2401.

17 OLG Düsseldorf v. 7. 9. 2017 – I-16 U 33/17, ZInsO 2017 S. 2114.

18 Vgl. Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018 S. 557, 572.

19 Vgl. Haas, ZHR 2014 S. 603, 619.

20 BGH v. 23. 8. 2017 – 2 StR 456/16, NJW 2018 S. 566.

21 Vgl. Aufzählung bei Schädlich, Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Insolvenzantragspflicht, 2012, S. 326 ff.

22 BGH v. 6. 6. 1994 – II ZR 292/91, NJW 1994 S. 2220.

fortführbar ist. Ein in der Handelsbilanz ausgewiesenes negatives Eigenkapital indiziert die Überschuldung. Grundsätzlich sind bei der Überschuldungsbilanz Liquidationswerte anzusetzen, bei Aktivforderungen sind Realisierungswerte maßgeblich. Ein aktivierbarer Firmenwert oder harte Patronatserklärungen erhöhen unter bestimmten Umständen das Vermögen. Auf der Passivseite ist zum Nennwert zu passivieren. Nicht fällige Verbindlichkeiten sind ebenfalls zu passivieren, aber ggf. abzuzinsen. Durch Dritte gesicherte Verbindlichkeiten sind grundsätzlich zu passivieren; eine Ausnahme gilt u. U., wenn eine wirtschaftliche Belastung der Gesellschaft ausgeschlossen ist. Ungewisse Forderungen sind zu passivieren, wenn ihr Bestehen hinreichend wahrscheinlich ist. Ob u. U. eine Passivierung mit Abschlägen möglich ist, hat der BGH bislang nicht entschieden. Forderungen, für die ein qualifizierter Rangrücktritt erklärt wurde, sind nicht zu passivieren.

Die Prüfung, ob ein Unternehmen mittelfristig fortführbar ist, setzt Fortführungswillen und Fortführungsfähigkeit voraus. Wird die Gesellschaft abgewickelt oder liquidiert, besteht kein Fortführungswille. Deshalb kann einem Geschäftsführer bei rechnerischer Überschuldung nur in begründeten Ausnahmefällen die Liquidation der Gesellschaft empfohlen werden. Ob eine Gesellschaft daneben auch fortführungsfähig ist, setzt eine plausible Planung der künftigen Zahlungs-

fähigkeit voraus. Dabei ist eine realistische Prognose der Finanz- und Ertragslage notwendig. Bloße Hoffnungen und Wünsche führen nicht zu einer positiven Fortführungsprognose.

### 3.2.2 Zahlungsunfähigkeit

Die GmbH ist zahlungsunfähig, wenn sie fällige und kurzfristig fällig werdende Zahlungspflichten nicht binnen drei Wochen erfüllen kann. Eine harte Patronatserklärung erhöht die eigene Liquidität, wenn ungehinderter Zugriff auf das Konto des Patrons besteht. Auch Sale-and-Lease-Back-Geschäfte und Abverkäufe sind gängige Maßnahmen zur Liquiditätssteigerung. Fällige Verbindlichkeiten müssen beachtet werden, wenn sie ernsthaft eingefordert werden. Dazu genügt eine Rechnung oder Zahlungsaufforderung. Setzt das Finanzamt die Vollziehung einer Steuerforderung aus, wird sie nicht eingefordert. Ebenso liegt der Fall, wenn Forderungen gestundet sind. Eine Stundungsabrede muss nicht zwingend explizit vereinbart sein, sie kann sich auch aus den Umständen ergeben. Allerdings muss der Geschäftsführer im Nachhinein oft das Vorliegen einer Stundungsabrede beweisen. Die Schuldenlast wird außerdem durch Forderungsverzichte gesenkt, allerdings sind hieraus resultierende Steuerlasten zu beachten.

### 3.3 Dokumentation und Liquiditätsplanung

Zur Fortführung eines Krisenunternehmens ist ein regelmäßig kontrollierter Liquiditätsplan notwendig, da der Geschäftsführer in der Krise seine Überwachung intensivieren muss. Überdies sollte er Geschäftsvorfälle penibel dokumentieren. Ausgangspunkt ist dabei ein aktueller Liquiditätsstatus, der die flüssigen bzw. kurzfristig liquidierbaren Mittel sowie die fälligen bzw. innerhalb der nächsten drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten ausweist. Es kommt nicht darauf an, ob ein Gläubiger mahnt oder bereits die Zwangsvollstreckung betreibt.

### 3.4 Exkulpation durch Hinzuziehen eines Beraters

Fachkundiger Rat kann den Geschäftsführer sogar dann entlasten, wenn er fehlerhaft war. Allerdings kann sich der Geschäftsführer nicht entlasten, wenn er seine Tätigkeit auf die Beauftragung eines Dritten beschränkt. Vielmehr muss er

- die Expertise des Beraters prüfen,
- ihn umfassend informieren,
- ihm sämtliche erforderlichen Unterlagen offenlegen,
- das Prüfungsergebnis auf Plausibilität prüfen und sogar
- auf eine unverzügliche Beratung drängen<sup>23</sup>.

Insbesondere ist bei der Prüfung der Insolvenzantragspflicht die Hinzuziehung eines rechtlich versierten Beraters sinnvoll, wenn die Bewertung von Aktivvermögen oder Schuldenlast von rechtlichen Unsicherheiten abhängig ist (z. B. ungeklärte Eigentumsverhältnisse, streitige Forderungen). Bloße „Gefälligkeitsgutachten“ wirken nicht entlastend. Insbesondere um sich strafrechtlich entlasten zu können, ist bei komplexen Sachverhalten und erkennbar schwierigen Rechtsfragen regelmäßig ein detailliertes, schriftliches Gutachten erforderlich.

Ein Berater kann bei Beratungsfehlern selbst zum Risikoträger werden und gegenüber Beteiligten haften. Erstens kann er wegen mangelhafter Ausführung des Beratungsvertrags der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet sein. Zweitens besteht ein Direktanspruch des Geschäftsführers gegen den Berater, wenn der Geschäftsführer in den Schutzbereich eines zwischen der Gesellschaft und einem Berater geschlossenen Vertrags einbezogen war. Voraussetzung ist dabei, dass der Berater ein ausdrückliches Mandat zur Prüfung der Insolvenzreife hat. Allerdings entschied der BGH im letzten Jahr, dass Steuerberater auch ohne Mandat zur Insolvenzreifeprüfung für Schäden haften, wenn sie zu Fortführungswerten bilanzieren, obgleich die Fortführung der Gesellschaft zweifelhaft war. Insbesondere muss der Berater den Geschäftsführer auf einen möglichen Insolvenzgrund und eine daran anknüpfende Prüfungspflicht des Geschäftsführers hinweisen, wenn entsprechende Anhaltspunkte bestehen und er annehmen muss,

dass die mögliche Insolvenzreife dem Geschäftsführer nicht bewusst ist<sup>24</sup>.

### 4. Zusammenfassende Merksätze

(1) Ein Geschäftsführer bewährt sich besonders in der Krise des Unternehmens. Ein strategisches Krisenmanagement kann ihn und seine Berater von eigener Haftung freihalten sowie den Fortbestand des Unternehmens sichern.

(2) Die Anforderungen an richtiges Handeln des Geschäftsführers in der Krise bzw. Insolvenz des Unternehmens wurden u. a. durch folgende bundesgerichtliche Rechtsprechung verschärft:<sup>24</sup>

Urteil	Anforderung
BGH v. 19. 12. 2017 – II ZR 88/16, ZIP 2018 S. 283	In die Liquiditätsbilanz muss ein Geschäftsführer auch die innerhalb der nächsten drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten einbeziehen.
BGH v. 4. 7. 2017 – II ZR 319/15, ZIP 2017 S. 1619	Bei Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit muss der Geschäftsführer darauf zu achten, ob ein gleichwertiger, liquidierbarer Gegenwert erzielt wird.
BFH v. 26. 9. 2017 – VII R 40/16, ZIP 2018 S. 22	Der Geschäftsführer muss den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter um Zustimmung zu solchen Steuerzahlungen ersuchen, für die er wegen seiner Mittelvorsorgepflicht einzustehen hat.
BFH v. 16. 5. 2017 – VII R 25/16, ZIP 2017 S. 1464	Der Geschäftsführer muss den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter wenigstens ersuchen, fällige Lohnsteuern abzuführen.
BFH v. 27. 9. 2017 – XI R 9/16, ZIP 2017 S. 2401	Der Geschäftsführer muss im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft einer Steuerforderung widersprechen, will er sich später erfolgreich gegen Haftungsbescheid wehren.

Tab. 1: Verschärfte Anforderungen der Rechtsprechung im Überblick

(3) Die Haftung des Geschäftsführers basiert nicht auf einer umfassend gesicherten Rechtslage. Wie der Geschäftsführer in der Krise handeln soll, ist im Detail umstritten. Die Rechtsunsicherheiten führen zu Risiken für den Geschäftsführer.

(4) Der Geschäftsführer kann sich durch richtiges Verhalten exkulpieren. Hierzu zählen eine dokumentierte Liquiditätsplanung und die Hinzuziehung insolvenzrechtlich versierter Berater.

<sup>23</sup> BGH v. 27. 3. 2012 – II ZR 171/10, ZIP 2012 S. 1174.

<sup>24</sup> BGH v. 26. 1. 2017 – IX ZR 285/14, ZIP 2017 S. 427.