

INSOLVENZANTRAGSPFLICHT UND HAFTUNGSGEFAHREN

Dirk Eichelbaum,

Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Insolvenzrecht, Geschäftsführer Buchalik
Brömmekamp Rechtsanwalts-
gesellschaft mbH, Stuttgart



In der Krise eines Unternehmens sind die Inhaber und Geschäftsführer besonders gefordert, Insolvenzantragspflichten zu beobachten und entsprechend zu reagieren. Die an sich auf juristische Personen bezogene Insolvenzantragspflicht gemäß § 15 a Abs. 1 Satz 1 Insolvenzordnung (InsO) gilt auch für nicht gesetzestypische Personengesellschaften. Genauer heißt das, dass die organschaftlichen Vertreter der Gesellschafter-Gesellschaften bzw. die Liquidatoren bei objektivem Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung spätestens nach drei Wochen Insolvenzantrag über das Vermögen der Personengesellschaft stellen müssen. Soweit das rechtzeitige Stellen versäumt wird, treffen die antragspflichtigen Organe umfangreiche Haftungsgefahren. Deren Relevanz in der Praxis sollte nicht unterschätzt werden.

Die Insolvenzordnung kennt dabei drei Eröffnungsgründe. Zum einen die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO); die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) und die Überschuldung (§ 19 InsO). Während die drohende Zahlungsunfähigkeit nur ein Antragsrecht begründet, führen sowohl Zahlungsunfähigkeit als auch Überschuldung bei Kapital- und Personengesellschaften ohne „natürliche Vollhafter“ zu einer in-

solvenzrechtlichen Antragspflicht.

Bei der Zahlungsunfähigkeit ist der Schuldner nicht mehr in der Lage, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Eine Deckungslücke von 10 % genügt hier. Zu unterscheiden ist das von einer bloßen Zahlungsstockung, bei der die Liquiditätslücke binnen drei Wochen geschlossen werden kann. Die Liquiditätslücke darf nicht mehr als 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten ausmachen. Wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, liegt immer Zahlungsunfähigkeit vor. Eine Antragstellung ist hier auch durch Gläubiger möglich.

Bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit wird der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein, die bestehenden Zahlungspflichten zum Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen. Hier besteht keine Insolvenzantragspflicht. Der Schuldner kann aber einen Insolvenzantrag stellen. Wirklich bedeutsam ist dieser Insolvenzgrund nur, wenn die Einleitung eines Schutzschirmverfahrens (§ 270 b InsO) angestrebt ist. Dabei handelt es sich entgegen landläufiger Meinung ebenfalls um ein Insolvenz-(eröffnungs)verfahren. Die Bedeutung in der Praxis ist eher gering.



Allerdings sind an die positive Bewertung dieser Fortführungsprognose strenge Anforderungen zu stellen.

Ungleich relevanter ist der Insolvenzgrund der Überschuldung. Dabei deckt bei einer juristischen Person und ihnen gleichgestellten Personenhandelsgesellschaften gemäß § 264a HGB das Vermögen nicht die bestehenden Verbindlichkeiten. Gemeint ist hier zunächst die bilanzielle Überschuldung. Dabei gibt es eine wesentliche Ausnahme. Eine Überschuldung der Gesellschaft liegt gleichwohl nicht vor, wenn die Fortführung nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Allerdings sind an die positive Bewertung dieser Fortführungsprognose strenge Anforderungen zu stellen. Vor allem ist darauf abzustellen, ob die Gesellschaft im laufenden Geschäftsjahr und dem Folgejahr vollständig durchfinanziert ist. An dieser Stelle sollten die Zukunftschancen der Gesellschaft von den eigentlich insolvenzantragspflichtigen Geschäftsführern nicht überschätzt werden. Am besten sollte dabei eine Fortführungsprognose in der Form eines IDW S 11 Gutachtens von einem unabhängigen Dritten als Nachweis eingeholt werden. Wer hier selbst die Zukunft der eigenen Gesellschaft allzu rosig darstellt, setzt sich einem erheblichen Haftungspotenzial aus. Auch bei der Überschuldung ist eine Antragstellung durch Gläubiger möglich.

Zu beachten ist bei der Überschuldungsbilanz, dass die Vermögenswerte des Unternehmens nicht mehr zur Fortführungs- sondern zu Zerschlagungswerten einzustellen sind, wenn eine positive Fortbestehensprognose nicht nachgewiesen werden kann. Jetzt muss in einem zweiten Schritt festgestellt werden, ob die Gesellschaft auch zu Zerschlagungswerten überschuldet ist. Ausnahmsweise können gegebenenfalls vorhandene stille Reserve dazu führen, dass die Gesellschaft dann gerade nicht mehr überschuldet ist. Dann entfällt auch die Insolvenzantragspflicht wegen des Insolvenzgrundes der Überschuldung. Allzu häufig kommt dieser Fall freilich nicht vor. Ein durch einen Dritten erstelltes IDW S 11 Gutachten ist schon deshalb dringend zu empfehlen, da die Relevanz nur

dort erheblich wird, wo die Gesellschaft später insolvent wird. Ex post ist dann natürlich jeder schlauer. Dem Geschäftsführer wird dann die andere Sicht der Dinge gerne als Blauäugigkeit ausgelegt.

Vor den Gefahren, die ein Unterlassen des rechtzeitig gestellten Insolvenzantrags für den Geschäftsführer einer Gesellschaft bedeutet, kann nicht eindringlich genug gewarnt werden. Ganz falsch liegt, wer dies für Panikmache hält und glaubt, hier könne auch nachträglich noch einfach eine Lösung gefunden werden. Nach dem Grundsatz, „es wird nichts so heiß gegessen, wie es gekocht wird“. Diese Sicht der Dinge geht an der Realität völlig vorbei.



Dass es sich bei der Insolvenzverschleppung um eine Straftat handelt, ist weithin bekannt.

Dass es sich bei der Insolvenzverschleppung um eine Straftat handelt, ist weithin bekannt. Zudem können in diesen Fällen noch die entsprechenden Bankrott-delikte (§§ 283 ff. StGB) einschlägig werden. Abschließend besteht die Gefahr für Bestellungen bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit wegen Betrugs (§ 263 StGB) belangt zu werden. Vor den strafrechtlichen Folgen werden gerne die Augen verschlossen. Tatsächlich weitaus erheblicher sind aber auch die zivilrechtlichen Haftungsfolgen, die leider immer noch viel zu wenig beachtet werden.

Nur wer rechtzeitig an den Fall der Fälle denkt, kann vorbeugen, zeitnah reagieren und so das Schlimmste vermeiden. Bei den Haftungsfolgen ist nach zwei verschiedenen Kriterien zu unterscheiden. Die erste Kategorie ist die sog. Innenhaftung, also die Haftung des Geschäftsführers oder auch faktischen Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft. Die zweite Variante ist die unmittelbare Außenhaftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft. Beide Varianten haben einen genaueren Blick verdient.

Das GmbH-Gesetz (GmbHG) selbst regelt mit Ausnahme von § 40 Abs. 3 GmbHG die Haftung des Geschäftsführers nur gegenüber der Gesellschaft selbst, also die Innenhaftung. Die maßgeblichen Vorschriften finden sich insoweit in § 43 Abs. 2 und 3 GmbHG, dort für die unsorgfältige Geschäftsführung und in § 64 GmbHG für Zahlungen nach eingetretener Insolvenzreife der GmbH. Hier werden schwerpunktmäßig die Haftungsnormen des § 64 GmbHG für die GmbH vorgestellt. Für Vorstände einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft kann hier aber keine Entwarnung gegeben werden. Die Vorschriften in § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i.V.m. § 92 Abs. 2 AktG und § 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG i.V.m. § 99 GenG stellen die entsprechenden Haftungsnormen für diese Gesellschaften dar. Der Maßstab ist vergleichbar. Für die GmbH & Co. KG gilt über § 177 HGB das hier im Folgenden für die GmbH Gesagte.

Die Vorschriften für die Außenhaftung sind im Gesetz schwerer zu finden. Der wichtigste Tatbestand ist die deliktische Haftung für die Insolvenzverschleppung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO, soweit es um Interessen von Gläubigern geht, die erst nach Insolvenzreife der GmbH in geschäftlichen Kontakt zu dieser getreten sind. Das gleiche gilt für Gläubiger, deren dann bestellte Ware bei der GmbH letztlich wegen der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit unbezahlt blieb. Ihnen haftet der Geschäftsführer wegen des zugrundeliegenden (Eingehungs-) Betrugs persönlich, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB.



Gerade die Innenhaftung wird bei den KMUs besonders gerne unterschätzt, wenn sich die Gesellschaftsanteile und Geschäftsführung in einer Hand oder im Familienkreis befinden.

Gerade die Innenhaftung wird bei den KMUs besonders gerne unterschätzt, wenn sich die Gesellschaftsanteile und Geschäftsführung in einer Hand oder im

Familienkreis befinden. Nach dem Motto „wo kein Kläger, da kein Richter“ wird davon ausgegangen, dass es sich letztlich bei der Gesellschaft und dem Gesellschafter nur um „linke Tasche, rechte Tasche“ handelt. Ein folgenschwerer Irrtum, wenn das nun die Grundlage für eine laxe Herangehensweise bei der Trennung der Vermögensmassen von Gesellschaft und Gesellschafter darstellt. Kann man bei einem Verkauf der Gesellschaft noch vieles offenlegen und in den Kaufverträgen als Haftungsgrundlage abbedingen, entfällt diese Möglichkeit in der Insolvenz der Gesellschaft ersatzlos. Hier wird die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft vom Insolvenzverwalter geltend gemacht. Auch eine Insolvenz in Eigenverwaltung hilft dem Geschäftsführer an diesem Punkt nicht wirklich weiter, da die Haftung in diesem Fall vom Sachwalter aufgrund dessen Ermächtigung aus § 280 InsO verfolgt wird.

Grundsätzlich schuldet der Geschäftsführer in Angelegenheiten der Gesellschaft gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG die Sorgfalt eines „ordentlichen Geschäftsmannes“. Verletzt er diese Pflicht, muss er der Gesellschaft den dadurch entstandenen Schaden ersetzen. Mehrere Geschäftsführer haften solidarisch; § 43 Abs. 2 GmbHG. Der Bundesgerichtshof (BGH Urteil vom 28.11.2018, II ZR 11/17) hat hier jüngst eine bemerkenswerte Ausnahme von der solidarischen Haftung – allerdings zu § 64 GmbHG – zugelassen. Das erfordert aber eine „klare und eindeutige Abgrenzung der Geschäftsführungsaufgaben aufgrund einer von allen Mitgliedern der Geschäftsführung mitgetragenen Aufgabenteilung“. Man kann nur raten, diese Ausnahme nicht zu strapazieren. Die Haftung gilt im Übrigen nicht nur für ordentlich bestellte Mitglieder der Geschäftsleitung, sondern auch für faktische Geschäftsführer. Wer sich also wie ein Geschäftsführer geriert, haftet auch als solcher. Es gilt der Grundsatz des legendären Rechtswissenschaftlers Dieter Medicus; „man haftet dort wo man muss, nicht dort wo man will“.

Bei der Haftung nach § 43 GmbH kann dem Geschäftsführer gleichsam nicht jedes misslungene Geschäft persönlich „in die Schuhe geschoben werden“. Vorrangig geschützt werden sollen die Gesellschafter vor einem Geschäftsführer, der durch seine wenig pflichtgemäße Führung fremder Vermögensinteressen deren Vermögen, den Geschäftsanteil, teilweise oder ganz

entwertet. Im Fall der Insolvenz treten die Interessen der Gläubiger der Gesellschaft noch vor die Interessen der Gesellschafter. Solange sich der Geschäftsführer bei seinem Handeln auf einen zugrundeliegenden und ihn legitimierenden Gesellschafterbeschluss oder deren Weisung berufen kann, schützt ihn § 43 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Er haftet aber bei Verstößen ohne einen solchen Beschluss, wenn er beispielsweise ein Grundstück der Gesellschaft unter Wert verkauft oder Geschäfte abschließt, die dem Gesellschaftszweck widersprechen oder gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Ebenso natürlich, wenn er die Kassenführung „verwechselt“, also private Ausgaben als solche der Gesellschaft bezahlt. Das Dispositionsrecht zugunsten der Gesellschafter endet aber wegen § 43 Abs. 3 GmbHG, sobald der Geschäftsführer gegen den dort normierten Gläubigerschutz verstößt.



Eine „beliebte“ Haftungsnorm ist auch ein Verstoß des Geschäftsführers gegen die Stammkapitalerhaltungspflicht des § 30 GmbHG.

Eine „beliebte“ Haftungsnorm ist auch ein Verstoß des Geschäftsführers gegen die Stammkapitalerhaltungspflicht des § 30 GmbHG. Das wird vor allem bei vielen KMUs relevant, wo Gesellschafter und Geschäftsführer personenidentisch sind und im Vorfeld der Insolvenz der Versuch unternommen wird, das Restvermögen noch aus der Gesellschaft herauszuziehen. Wenn dabei eine Unterbilanz (bilanzielle Überschuldung) herbeigeführt oder vertieft wird, haftet der Geschäftsführer für diese Zahlungen persönlich wegen § 43 Abs. 3 Satz 1 GmbHG; neben den Gesellschaftern (§ 31 GmbHG). Hauptsächlich greift die Haftungsnorm des § 30 GmbHG bei den sog. „verdeckten Gewinnausschüttungen“, also bei Austauschgeschäften zwischen Gesellschafter und Gesellschaft, der keine gleichwertige Gegenleistung zugrunde liegt. Also z.B., ein wertvolles Bild wird zum halben Preis an den Gesellschafter verkauft. Die verdeckte Zuwendung des halben Kaufpreises führt zur Haftung.

Von der Ersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 64 Satz 1 GmbHG ausgenommen sind nach § 64 Satz 2 GmbHG Zahlungen, die trotz Insolvenzzureife mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Dabei handelt es sich primär um vier Anwendungsfälle.

Zunächst sind hier die „Austauschgeschäfte“ zu benennen. Hier findet ein angemessener Aktivtausch statt. D.h. der Geschäftsführer bestellt und bezahlt Ware, die tatsächlich gebraucht wird, zum angemessenen Preis. Außerdem sind Zahlungen privilegiert, die zur Abwendung größerer Nachteile für die Gesellschaft vorgenommen werden. Dabei sind vor allem Zahlungen gemeint, die notwendig sind, um den Geschäftsbetrieb aufrechterhalten zu können. Vorrangig betroffen sind Gas-, Wasser-, Strom- und Telefonrechnungen. Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Die Ausnahmen sind aber abhängig davon, dass überhaupt noch sinnvolle Sanierungsaussichten bestehen und kein anderslautender Beschluss der Gesellschafterversammlung dem entgegensteht. Der „ordentliche Kaufmann“ hat also stets zu prüfen, ob die Betriebsfortführung noch einen Sinn macht. Dazu sind für den Fall des Misserfolgs der Sanierung engmaschige Liquiditätspläne und eine integrierte Planung bereitzuhalten. Wer nur nach dem „Prinzip Hoffnung“ saniert, wird hier Schiffbruch erleiden.

Ein „ganz heißes Eisen“ stellt die Befreiung von der Haftung für die Geschäftsführer von der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen sowie Lohn- und Umsatzsteuer nach § 64 Satz 2 GmbHG dar. Die Einzelheiten sind ausgesprochen kompliziert und in der Literatur umstritten. Eine umfangreiche Übersicht zum Meinungsstand findet sich bei Bitter/Baschnagel – ZInsO 2018, 557, 589 ff.

Der derzeitige Stand der Rechtsprechung soll hier zusammengefasst werden. Es empfiehlt sich aber, den aktuellen Stand jeweils abzugleichen, da nicht davon auszugehen ist, dass von der Rechtsprechung dazu schon das letzte Wort gesprochen ist. Grundsätzlich bestehen widerstreitende Interessen, da der Geschäftsführer in der Krise der Gesellschaft eigentlich nichts mehr bezahlen darf. Hält er sich aber daran, macht er sich strafbar, wenn er die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung nicht abführt (§ 266a StGB) bzw. begeht eine strafbare Steuerhin-

terziehung, wenn er Lohn- und Umsatzsteuer bei Fälligkeit nicht abführt (§§ 34, 69 AO). Für die Zeit vor dem Insolvenzantrag ist der Konflikt durch die höchstrichterliche Rechtsprechung jetzt gelöst. Hier ist zwischenzeitlich anerkannt, dass eine Zahlung hierauf zum Zeitpunkt der Fälligkeit eine Haftung des Geschäftsführers nicht begründet. Ausdrücklich ausgenommen sind allerdings Zahlungen auf die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung bei eingetretener Insolvenzreife der Gesellschaft. Wird hier nicht differenziert und der Gesamtsozialversicherungsbeitrag abgeführt, haftet der Geschäftsführer für die abgeführten Arbeitgeberanteile.

Die letzte anerkannte Ausnahme nach § 64 Satz 2 GmbHG betrifft durchgeleitete Zahlungen, also die Durchleitung von Fremdgeldern.

Wie sich die Haftung der Geschäftsführer nach dem Insolvenzantrag, also im Insolvenzeröffnungsverfahren darstellt, soll an dieser Stelle nicht erörtert werden. Diesbezüglich wird Geschäftsführern dringend abgeraten, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung ohne einen diesbezüglich einschlägig erfahrenen Berater zu stellen. Dieser sollte sich dann in diesem elementar wichtigen Belang des Verfahrens bestens auskennen.



Positiv für den Betroffenen ist allenfalls, dass der einzelne Gläubiger in der Regel wesentlich schlechter informiert ist als der Insolvenzverwalter.

Weiter bestehen noch Haftungstatbestände, die nicht der Innenhaftung unterliegen. Zuständig für die Geltendmachung ist also nicht der Insolvenzverwalter bzw. der Sachwalter im Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung. Es handelt sich um keinen Anspruch der Gesellschaft gegen ihr Organ, sondern um einen Anspruch der betroffenen einzelnen Gläubiger gegen den rechtswidrig handelnden Geschäftsführer.

Das hat eine gute und eine schlechte Seite für den betroffenen Geschäftsführer. Bei der Innenhaftung besteht nur ein Ansprechpartner auf der Gegenseite. Das erleichtert die Verhandlungsführung, oder man weiß zumindest gleich, dass der bisherige Geschäftsführer jetzt auch privat ruiniert ist, weil die geltend gemachten Ansprüche so hoch sind, dass man sie ohnehin nicht bezahlen können wird. Ein wirklicher Trost ist das zwar nicht, bei der Außenhaftung ist die Zeitschiene der Inanspruchnahme aber kaum absehbar. Positiv für den Betroffenen ist allenfalls, dass der einzelne Gläubiger in der Regel wesentlich schlechter informiert ist als der Insolvenzverwalter. Ist der Geschäftsführer aber – aus dem Kontext der Insolvenz heraus – erst einmal strafrechtlich verurteilt, kann jeder Gläubiger recht einfach seine Außenhaftungsansprüche geltend machen, wenn es sich bei dem Straftatbestand um ein Schutzgesetz in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB handelt.

Zunächst besteht hier häufig eine vertragliche Haftung des Geschäftsführers, da der Gläubiger die Kreditierung oder Belieferung der als wirtschaftlich schwach wahrgenommenen Gesellschaft von einer Bürgschaft, einem Schuldbeitritt oder einer Garantie des Geschäftsführers abhängig machte und dieser sich auf diese Form der Ausweitung der Haftung auf ihn persönlich eingelassen hat. Auf die Einzelheiten kann hier verzichtet werden. Wer sich als Geschäftsführer so „tapfer“ für die Verbindlichkeiten der von ihm vertretenen juristischen Person persönlich verpflichtet hat, hat hoffentlich dabei gewusst was er tut.

Besonders bedeutsam sind die Fälle der deliktischen Außenhaftung des Geschäftsführers gegenüber den Gläubigern der von ihm vertretenen Gesellschaft. Nicht nur, dass diese Ansprüche schnell schwindelerregende Höhen erreichen können, auch ihre Rechtsnatur als Forderungen „aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung“ machen sie besonders unangenehm. Sollten sich solche Ansprüche in einer Höhe summieren, die der Geschäftsführer nicht mehr zu leisten fähig ist, ist sogar noch der Weg in ein (letztlich entlastendes) Privatinsolvenzverfahren versperrt. Das Insolvenzverfahren über sein persönliches Vermögen ist zwar weiterhin möglich, die deliktischen Forderungen sind aber wegen § 302 Abs. 1 Var. 1 InsO von der später erteilten Restschuldbefreiung ausgenommen und unterliegen trotz des Insolvenz-

verfahrens der 30jährigen Verjährung nach § 197 Abs. 1 BGB.

Anerkannte Schutzgesetze in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB sind vor allem der Betrug (§ 263 StGB), der Kreditbetrug (§ 265 b StGB), Bankrottdelikte (§§ 283 ff. StGB), Untreue (§ 266 StGB), das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266 a Abs. 1 StGB) sowie die Insolvenzverschleppung nach § 15 a Abs. 1 InsO.

Besonders bedeutsam wird das Schutzgesetz des Betrugs nach § 263 StGB dort, wo der Geschäftsführer in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft weitere Bestellungen auslöst oder zulässt und die sodann gelieferte Ware unbezahlt bleibt. Beim Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266 a Abs. 1 StGB wird der besondere Umstand bestraft, dass die dem Arbeitgeber gar nicht zustehenden Arbeitnehmeranteile zur Gesamtsozialversicherung nicht abgeführt, sondern letztlich für eigene Zwecke der Gesellschaft verwendet wurden. Da der Geschäftsführer hier eine besondere Pflicht zur Abführung hatte, weil es sich um gesellschaftsfremdes Vermögen handelte, trifft ihn neben der Strafbarkeit auch noch die persönliche Haftung für den Schaden.

Als letztes – aber auch besonders bedeutendes – Schutzgesetz in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB sei noch § 15 a InsO erwähnt. Hier haftet der Geschäftsführer den (Neu-) Gläubigern seit der entsprechenden Entscheidung des BGH, Urteil vom 6. 6. 1994 – I ZR 292/91, auf den vollen Schaden, den diese erlitten haben, weil sie mit einer insolvenzreifen juristischen Person Geschäfte abgeschlossen haben, die zu einem Schaden führten. Dabei reicht es, dass die Insolvenzreife der Gesellschaft erkennbar war. Der Geschäftsführer muss dann beweisen, dass er seine Insolvenzantragspflicht nicht schuldhaft verletzt hat. Fahrlässigkeit genügt dabei.

Insgesamt keine rosigen Aussichten für Geschäftsführer, die ihre Insolvenzantragspflichten in der Krise der Gesellschaft nicht laufend überprüfen. Man kann nur appellieren, die Pflichten ernst zu nehmen, rechtzeitig Hilfe Dritter in Anspruch zu nehmen und keine Kämpfe zu bestreiten, die man ernsthaft nur verlieren kann. ■

