

Die Krise der Kapitalgesellschaft

Sanierungsmöglichkeiten, Insolvenzantragspflicht und Haftungsrisiken

von

**Stefan Förtsch
Rechtsanwalt**

und

**Dr. Christopher Lieb, LL.M.Eur.
Rechtsanwalt / Fachanwalt für Steuerrecht**

Inhaltsverzeichnis

Allgemein.....	4
Insolvenzantragspflicht und Insolvenzgründe.....	5
Insolvenzantragspflicht.....	5
Insolvenzgründe.....	6
Zahlungsunfähigkeit.....	7
Überschuldung § 19 InsO	
10	
Drohende Zahlungsunfähigkeit.....	11
Zusammenhänge der Insolvenzantragsgründe.....	12
Sanierungsmöglichkeiten in der Krise und bei festgestellter Insolvenzantragspflicht	
13	
Maßnahmen zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit.....	13
Maßnahmen zur Beseitigung der Überschuldung.....	14
Kapitalerhöhung.....	14
Forderungsverzicht.....	14
Besserungsschein.....	15
Rangrücktrittserklärung.....	16
Patronatserklärung.....	17
Vor- und Nachteile einer außergerichtlichen Sanierung.....	18
Vorteile der außergerichtlichen Sanierung.....	18
Nachteile der außergerichtlichen Sanierung.....	18
Haftungsrisiken im Falle der Betriebsübernahme.....	18
Weitere Nachteile einer außergerichtlichen Sanierung.....	21
Sanierung nach der Insolvenzordnung.....	22
Die übertragene Sanierung.....	22
Insolvenzplanverfahren.....	22
Begriff und Regelungsgegenstand.....	22
Vorfragen und prepackage Plan.....	23
Gliederung des Insolvenzplans.....	24

Haftungsrisiken der Geschäftsführer und der Gesellschafter.....	26
Die Pflichten und Haftung des Geschäftsführers.....	26
Der Geschäftsführer als Haftungssubjekt.....	26
Die einzelnen Pflichten und Haftungsfolgen.....	26
Strafrechtliche Verantwortlichkeit.....	35
Haftung der Gesellschafter.....	36
Vermögensvermischung.....	36
Unterkapitalisierung.....	36
Verletzung von Kooperationspflichten.....	37
Strafbarkeitsrisiken des Sanierungsberaters.....	37
Der Sanierer als Täter.....	38
Der Sanierer als Teilnehmer.....	39
Firmenkäufer bzw. Firmenbestatter.....	40
Strafbare „Mantelverwendung“.....	40
Grundzüge des Anfechtungsrechts.....	41
Ziel und Überblick über die Insolvenzanfechtung.....	41
Allgemeine Voraussetzungen der Anfechtung.....	41
Rechtshandlung.....	41
Gläubigerbenachteiligung.....	42
Die Anfechtung kongruenter Deckungen	43
Anfechtung inkongruenter Deckungen	43
Verrechnungen im Kontokorrent	
45	
Anfechtbarkeit von Honorarzahlungen.....	46
Eigenkapitalersatzrecht und Anfechtung der Rückgewähr bei kapitalersetzenden	
Darlehen.....	47
Allgemein.....	47
Eigenkapitalersetzende Tatbestände.....	48

Allgemein

Nach wie vor steigt die Zahl der Unternehmensinsolvenzen. Innerhalb der letzten zehn Jahre hat sich die Zahl der Unternehmenspleiten von knapp 15.000 in 1993 auf aktuell rund 40.000 für das Jahr 2003 mehr als verdoppelt. Für das Jahr 2004 werden ähnliche Zahlen wie 2003 erwartet. Die Gründe für den anhaltenden Negativtrend liegen in der schwachen Konjunktur und der schlechten finanziellen Verfassung vieler mittelständischer Betriebe.

Die nachfolgenden Darstellungen sollen aufzeigen, welche Sanierungsmaßnahmen in der Krise und bei festgestellter Insolvenzantragspflicht in Betracht kommen. Es werden Vor- und Nachteile von Sanierungsmöglichkeiten außerhalb und innerhalb der Insolvenz dargestellt und welche Haftungsrisiken vor und während der Krise für die Gesellschafter und Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft bestehen.

Das Skript behandelt weiterhin neben den Strafbarkeit- und Haftungsrisiken des Sanierungsberaters die Grundzüge des insolvenzrechtlichen Anfechtungsrechts. Oft tauchen Fragen der Geschäftsführer bzw. der Gesellschafter auf, welche Geschäfte man eigentlich in der Krise noch abschließen kann. Greifen die Krisenvermeidungsmaßnahmen und Sanierungskonzepte nicht, und muss dann letztlich doch Insolvenzantrag gestellt werden, können sich aus der Anfechtbarkeit der in der Krise vorgenommenen Rechtshandlungen sowohl für die Gesellschafter als auch für die Geschäftsführer erhebliche Haftungsfolgen ergeben.

Insolvenzantragspflicht und Insolvenzgründe

Insolvenzantragspflicht

Die Feststellung der Insolvenz, d. h., die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit und/oder der Überschuldung ist bei Kapitalgesellschaften, hier die GmbH, mit der Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers verbunden, § 64 Abs. 1 GmbH-Gesetz. Nach § 64 GmbH-Gesetz obliegt es dem Geschäftsführer, ohne schuldhaftes Zögern innerhalb einer Frist von drei Wochen im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung Insolvenzantrag zu stellen. Zu beachten ist, dass diese Verpflichtung jeden Geschäftsführer der GmbH trifft, unabhängig von der Zuweisung seines Aufgabenbereiches und der gesellschaftsvertraglichen Vertretungsregelungen.¹

Zur Insolvenzantragsstellung verpflichtet ist auch der faktische Geschäftsführer.² Voraussetzung ist, dass er tatsächlich nach außen hin die Geschäfte wie ein solcher führt und dadurch die bestellten organschaftlichen Vertreter im maßgeblichen Umfang verdrängt.

Eine Antragsverpflichtung besteht auch dann, wenn das Geschäftsführeramt erst nach Eintritt der Krise und damit gegebenenfalls zur Unzeit endete und von den Gesellschaftern kein Nachfolger bestellt wurde. Werden trotz Amtsniederlegung bzw. Abberufung die Geschäfte tatsächlich weiter geführt, kommt diesen Geschäftsführern zumindest die Stellung eines faktischen Geschäftsführers zu, d. h., sie sind weiterhin verpflichtet, im Falle des Vorliegens eines Insolvenzgrundes Insolvenzantrag zu stellen.

Es ist zu beachten, dies wird oft von den Beratern in der Krise missverstanden, dass die Dreiwochenfrist nicht in allen Fällen ausgeschöpft werden kann. Ohne konkrete Sanierungschance ist unverzüglich Insolvenzantrag zu stellen. Die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags bezweckt, die gegenwärtigen und künftigen Gläubiger vor einer weiteren Gefährdung ihrer Vermögensinteressen zu schützen. Das bedeutet,

¹ BGH in ZIP 94, 891

² BGH, NJW 2000, 2285

dass die zivilrechtlichen und strafrechtlichen Haftungssanktionen auch bereits vor Ablauf der sogenannten Dreiwochenfrist eingreifen können.

Exkurs: Für Aktiengesellschaften ergibt sich die Antragspflicht aus §§ 92 Abs. 2, 268 Abs. 2 AktG, für die Genossenschaft aus § 99 Abs. 1 GenG, für den nicht rechtsfähigen Verein aus § 42 Abs. 2, 48 Abs. 2 BGB, für die Stiftung aus § 53, 86 BGB und für die offene Handelsgesellschaft sowie für die Kommanditgesellschaft, wenn keiner der persönlich haftenden Gesellschafter eine natürliche Person ist, aus §§ 130 a, 177 a HGB.

Die Gesellschafter der juristischen Person sind nicht zur Stellung eines Insolvenzantrags verpflichtet. Dies wäre nur dann anders zu beurteilen, wenn die einzelnen Gesellschafter die Stellung eines faktischen Geschäftsführers einnehmen.

Insolvenzgründe

Die Insolvenzgründe beschreiben die rechtlichen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. Sie sind jedoch von der betriebswirtschaftlichen Definition der Krise zu unterscheiden. Unter betriebswirtschaftlicher Krise wird die unmittelbare Gefahr verstanden, die den Fortbestand des Unternehmens gefährdet oder sogar unmöglich macht. Der Eintritt einer Krise verpflichtet noch nicht, Insolvenzantrag zu stellen. Erst wenn die betriebswirtschaftliche Krise sich zu einer rechtlichen Krise entwickelt bzw. darin mündet, liegt ein Insolvenzgrund und die damit einhergehende Verpflichtung der Insolvenzantragstellung vor.

Man unterscheidet zwischen dem Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), dem Insolvenzgrund der Überschuldung (§ 19 InsO) und der sogenannten drohenden Zahlungsunfähigkeit des § 18 InsO. Während bei den beiden erstgenannten Insolvenzgründen eine Antragsverpflichtung besteht, besteht bei drohender Zahlungsunfähigkeit eine solche nicht. Der § 18 InsO soll lediglich das Insolvenzantragsrecht vorverlagern, so dass im Rahmen eines Insolvenzverfahrens eine übertragene

Sanierung oder durch ein Insolvenzplanverfahren eine Entschuldung des in die Krise geratenen Unternehmens möglich ist.

Zahlungsunfähigkeit

Die Beratungspraxis zeigt, dass gerade die Geschäftsführer und Unternehmen mit diesem Insolvenzgrund sehr fahrlässig umgehen. Aufgrund der erheblichen Haftungsrisiken für die Geschäftsführung und Gesellschafter wegen Insolvenzverschleppung und der persönlichen Haftung wegen Verbindlichkeiten, die nach dem Zeitpunkt des Vorliegens eines Insolvenzgrundes begründet werden, ist die möglichst exakte Feststellung dieses Zeitpunktes von erheblicher Bedeutung.

2.1.1. Begriff der Zahlungsunfähigkeit

Nach der Rechtsprechung des BGH zur Konkursordnung wurde die Zahlungsunfähigkeit als ein auf dem Mangel an Zahlungsmitteln beruhendes, dauerndes Unvermögen des Schuldners, seine sofort fälligen Geldschulden im Wesentlichen zu begleichen, definiert. Die Insolvenzordnung verzichtet ganz bewusst auf die Merkmale der „Dauer“ und der „Wesentlichkeit“. Die Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit findet sich in § 17 Abs. 2 InsO. Danach ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.

2.1.2. Merkmale der Zahlungsunfähigkeit

a) Fällige Zahlungspflichten

Die Zahlungsunfähigkeit erfordert, dass der Schuldner seinen fälligen Verbindlichkeiten nicht nachkommen kann. Der Eintritt des Verzugs gemäß § 286 BGB ist nicht Voraussetzung für die Fälligkeit des Anspruchs. So sind z. B. Verbindlichkeiten aus Lieferung und Leistungen nach Rechnungsstellung und Ablauf des Zahlungsziels uneingeschränkt fällig. Oft haben im Zeitpunkt der Krise die Schuldner die ihnen eingeräumten Kreditlinien überschritten. Die Überziehungen können nicht ohne Weiteres in die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit einbezogen werden. Solange die Bank

eine umgehende Rückführung nicht verlangt, liegt dem Schuldner gegenüber insoweit auch keine fällige Verbindlichkeit vor.

Im Rahmen der Beratung wird von den Unternehmen und Geschäftsführern immer eingewandt, dass er diese Forderung ja noch nicht bezahlen müsse, da diese nicht ernsthaft eingefordert werde. Die Rechtsprechung hat ganz bewusst darauf verzichtet, dass die fälligen Verbindlichkeiten „ernsthaft“ eingefordert werden müssen. Nur wenn die Gläubiger die Forderung stundet, können die Fälligkeiten hinausgeschoben werden. Dabei ist aber zu beachten, dass der gewährte Zahlungsaufschub deutlich nach außen hin erkennbar in Erscheinung treten muss. Nur dann können diese Verbindlichkeiten bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit außer Betracht bleiben.

b) Mangel an Zahlungsmitteln

Die Zahlungsunfähigkeit muss beruhen auf einem Mangel an Zahlungsmitteln. Abzugrenzen ist hier die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsunwilligkeit des Schuldners. Hat der Schuldner gegen die Forderungen z. B. etwa gegen eine Werklohnforderung Mängel und sonstige Einwendungen vorzubringen, beruht die Nichtzahlung eben nicht auf der Zahlungsunfähigkeit, sondern auf einer Zahlungsunwilligkeit. Verfügt also der Schuldner über ausreichend liquide Mittel, um seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, kann sich aus der Zahlungsverweigerung nicht der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit ergeben.

c) Abgrenzung von der Zahlungsstockung

Die Zahlungsunfähigkeit ist von der vorübergehenden, kurzfristigen Zahlungsstockung abzugrenzen. Bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit ist die weitere Liquiditätsentwicklung des Schuldners zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des BGH zur Konkursordnung galt eine Illiquidität von 4 – 6 Wochen als sogenanntes dauerhaftes Unvermögen. Nach der Insolvenzordnung wird man hier unter Be-

achtung der aktuellen Rechtsprechung eine Zahlungsstockungsgrenze von etwa 2 – 3 Wochen anzunehmen haben.³

Die Zahlungsunfähigkeit knüpft an die Geldliquidität des Schuldners an. Die Rechtsprechung des BGH zur Konkursordnung sah vor, dass die sogenannte Wesentlichkeitsgrenze bei 15 – 25 % lag. Nach der Insolvenzordnung wurde auf eine Wesentlichkeitsgrenze verzichtet. Geringe Liquiditätslücken von 5 – 10 % sollen außer Betracht bleiben.

2.1.3. Prüfung der Zahlungsunfähigkeit

Die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit hat nach IDW Prüfungsstandard PS 800 in zwei Schritten zu erfolgen. Zunächst ist ein Liquiditätsstatus zum Stichtag aufzustellen. Im zweiten Schritt ist ein detaillierter Finanzplan über einen Prognosezeitraum von 3 Monaten zu erstellen. In diesen Liquiditätsplan sind alle fälligen und erwarteten Verbindlichkeiten sowie alle fälligen und erwarteten Zahlungseingänge einzustellen. Zahlungsunfähigkeit liegt dann vor, wenn der Finanzstatus eine Unterdeckung von 5 – 10 % aufweist und diese nicht innerhalb von 2 – 3 Wochen beseitigt werden kann.⁴ Zu beachten ist, dass in die Aufstellung des Finanzstatus auch sofort liquidierbare Vermögensgegenstände aufgenommen werden können, so etwa eine Maschine, die innerhalb von 2 – 3 Wochen verwertet werden kann. Ebenfalls einzustellen sind unter anderem auch nicht ausgenutzte Kreditlinien.

Im Ergebnis kann man sagen, dass die Insolvenzordnung im Gegensatz zur Konkursordnung eine wesentliche Verschärfung im Hinblick auf die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit brachte. Es bestehen weiterhin erhebliche Schwierigkeiten, den insolvenzrechtlichen Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit exakt und nachvollziehbar zu ermitteln. Im Hinblick auf die Verletzung der Insolvenzantragspflicht und der damit verbundenen Haftungsfolgen ist hier aber besondere Sorgfalt auf eine umfassende Erstellung eines Liquiditätsplans zu legen. Gegebenenfalls ist ein Sachverständigengutachten zu erstellen.

³ ZInsO 2002, 533

⁴ ZIP 1999, 1889 f

Überschuldung § 19 InsO

Nach der gesetzlichen Definition liegt Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist, d. h., das Unternehmen objektiv saniert werden kann, § 19 Abs. 2 InsO.

Es ist zunächst eine sogenannte Überschuldungsbilanz zu erstellen. Es handelt sich hier um eine Vermögensbilanz, für die die Ansatz- und Bewertungsvorschriften nach HGB nicht zur Anwendung kommen. Der Überschuldungsstatus wird zunächst nach Liquidationswerten aufgestellt, d. h., auf der Aktivseite der Bilanz sind Zerschlagungswerte anzusetzen. Auf der Passivseite hat das Kapital außer Ansatz zu bleiben. Kapital ersetzende Gesellschafterdarlehen brauchen nur dann nicht mit in die Überschuldungsbilanz aufgenommen zu werden, wenn eine Rangrücktrittserklärung der Gesellschafter vorliegt.⁵ Ergibt sich aus der zu erstellenden Überschuldungsbilanz, dass das Unternehmen „rechnerisch“ überschuldet ist, ist zu klären, ob auch eine rechtliche Überschuldung im Sinne des § 19 InsO vorliegt. Hierzu ist eine Fortbestehensprognose anzustellen. Eine zuverlässige Fortbestehensprognose setzt nicht nur die Aufstellung eines dokumentierten Finanz- und Ertragsplanes voraus, sondern zugleich auch die Festlegung eines Prognosezeitraums. Der Gesetzgeber der InsO hat auf die Festlegung eines Prognosezeitraums verzichtet. Auch wenn die Rechtsprechung zur Konkursordnung des BGH von kurz- und mittelfristigen Prognosezeiträumen ausgeht, wird man hier bei der Prognose das laufende und auch das folgende Geschäftsjahr zugrundelegen müssen, um eine verlässliche Aussage über die Wahrscheinlichkeit einer positiven Fortführung treffen zu können.

Kommt die Fortführungsprognose zu einem positiven Ergebnis, kann nach § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO innerhalb der zuvor erstellten Überschuldungsbilanz auf Fortführungswerte zurückgegriffen werden. Dabei sind Wirtschaftsgüter, die handelsrechtlich

⁵ ZIP 01235

nicht bilanzierungsfähig sind, in den Überschuldungsstatus einzubeziehen, wenn ihre Verwertung rechtlich und tatsächlich möglich ist, wie z. B. im Unternehmen entwickelte Gebrauchsmuster, Patente, Warenzeichen oder sonstige immaterielle Vermögensgegenstände. Ebenso sind sämtliche Verbindlichkeiten auf der Passivseite anzusetzen, mit deren Geltungsmachung aus Sicht des Unternehmens gerechnet werden muss. Weist die so erstellte Bilanz nunmehr höhere Aktiva als Passiva aus, braucht ein Insolvenzantrag wegen Überschuldung nicht gestellt zu werden. Weist aber auch nach Fortführungswerten die Bilanz höhere Passiva als Aktiva auf, muss Insolvenzantrag gemäß § 19 InsO gestellt werden.

Drohende Zahlungsunfähigkeit

2.3.1. Zweck des Insolvenzgrundes

Der Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit wurde in die Insolvenzordnung neu aufgenommen. Der Zweck dieses Insolvenzgrundes besteht darin, in einem sehr frühen Stadium der Krise ein Insolvenzverfahren einzuleiten, um hierdurch eine erfolgreiche Sanierung zu ermöglichen. Von diesem Instrument wird seitens der Geschäftsführer der GmbH bislang sehr wenig Gebrauch gemacht. Zwar findet sich in vielen Insolvenzanträgen als Angabe des Insolvenzgrundes die Formulierung, dass aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit Insolvenzantrag gestellt wird. Dies geschieht aber in der Regel nur deshalb, um von einer verspäteten Antragstellung abzulenken.

2.3.2. Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit

Der Schuldner droht nach § 18 Abs. 2 InsO zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, bestehende Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen. Im Rahmen der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist ein Finanz- und Liquiditätsplan zu erstellen. In diese Prognose muss die gesamte Entwicklung der Finanzlage des Schuldners bis zur Fälligkeit aller bestehenden Schulden einbezogen werden. Zukünftige oder ungewisse

Verbindlichkeiten müssen eingestellt werden, deren Inanspruchnahme wahrscheinlich ist.

Die Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist anhand des IDW Prüfungsstandard PS 800 vorzunehmen. Nach Aufstellung eines Finanzstatus (Liquiditätsstatus zum Stichtag) hat sich der zu erstellende detaillierte Finanzplan im Gegensatz zur Prüfung bei der Zahlungsunfähigkeit über einen Prognosezeitraum von 12 bis 18 Monaten zu erstrecken.

Die drohende Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 18 InsO liegt vor, wenn der Finanzstatus zwar eine Überdeckung ausweist, diese aber im Prognosezeitraum aufgezehrt wird und eine Liquiditätslücke dauerhaft entsteht.

Zusammenhänge der Insolvenzantragsgründe

Sowohl die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit als auch die Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit erfordert die Aufstellung eines Finanzstatus und eines Finanzplans. Der Prognosezeitraum bei Feststellung der Zahlungsunfähigkeit liegt hier wesentlich kürzer als bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Die drohende Zahlungsunfähigkeit hat mit der Überschuldungsprüfung gemeinsam, dass eine Fortbestehensprognose zu erstellen ist und auch ein Finanzplan über einen längeren Zeitraum erforderlich ist.

Sanierungsmöglichkeiten in der Krise und bei festgestellter Insolvenzantragspflicht

Maßnahmen zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

Die Liquiditätskrise ist die zugespitzteste Form der Krise. Ihr gehen meist Krisen im Rechtssinne voraus, etwa der Verlust der Hälfte des Kapitals mit Verlustanzeigepflicht und Kreditunwürdigkeit. Sie kann sich bis zur oben dargestellten Zahlungsunfähigkeit entwickeln.

Die Liquiditätskrise kann durch betriebswirtschaftliche und rechtliche Maßnahmen beseitigt werden. Die finanzwirtschaftliche Sanierung beinhaltet die Verkürzung der Aktivseite und die Verlängerung der Passivseite durch folgende Maßnahmen:

- Veräußerung von nicht betriebsnotwendigem Vermögen
- Veräußerung von Anlagevermögen mit nachrangiger Anmietung
- Veräußerung von Know-how (bilanziert oder nicht bilanziert)
- Senken des Bestandes an Roh-, Hilfs-, Betriebsstoffen durch Verkauf von Überständen, günstigere Einkaufskonditionen, andere Lieferbedingungen, bessere Logistik
- Senken des Bestandes an unfertigen und fertigen Erzeugnissen durch schnelle Durchlaufzeiten
- Senken des Bestandes an Forderungen aus Lieferung und Leistungen durch kürzere Debitorenlaufzeiten, Vereinbarung von Anzahlungen, Sondermaßnahmen, Factoring
- Einfordern von an Gesellschafter und andere gewährte Darlehen
- Erhöhung von Kreditorenlaufzeiten
- Stundung
- Erlass
- Verwandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapital

Es ist aber immer zu beachten, wie sich z. B. die Veräußerung von Anlagevermögen auf den Überschuldungsstatus auswirkt. Bei Stundungsvereinbarungen müssen die Verbindlichkeiten weiterhin passiviert bleiben. Es kann auch Eigenkapital zugeführt werden. Zur Vermeidung einer negativen Auswirkung im Überschuldungsstatus muss insofern aber ein Rangrücktritt erklärt werden.

Maßnahmen zur Beseitigung der Überschuldung

Kapitalerhöhung

Die Überschuldung kann am besten mit einer Kapitalerhöhung beseitigt werden. Dabei ist zu beachten, dass die Leistungen für die Kapitalerhöhung erst nach Abschluss der materiellen Verträge erfolgen oder anderenfalls auf eine Nichtschuld gezahlt wird mit der Folge, dass der Betrag der Kapitalerhöhung nochmals eingezahlt werden muss. Im Rahmen eines Insolvenzverfahrens werden solche Zahlungen in der Regel dann direkt vom Insolvenzverwalter eingefordert.

Die Kapitalerhöhung muss zudem bis zur Eintragung in das Handelsregister zur freien Verfügung der Geschäftsführung verbleiben, da ansonsten eine Differenzhaftung gemäß § 9 GmbH-Gesetz besteht. Zulässig ist die Einzahlung auf ein debitorisches Konto, soweit die Kreditlinie noch nicht ausgeschöpft ist.

Forderungsverzicht

Auch der Forderungsverzicht ist ein klassisches Sanierungsinstrument. Mit Ausspruch des Verzichts sind die Forderungen nicht mehr im Überschuldungsstatus auszuweisen. Der Verzicht muss jedoch unbedingt erklärend sein, damit er nicht gelegentlich als Stundung verstanden wird.

Auch wenn inzwischen die Anerkennung eines steuerfreien Sanierungsgewinns weggefallen ist, handelt es sich bei dem Forderungsverzicht um ein einfaches und schnelles Mittel zur Beseitigung der Überschuldung, das außerdem die künftigen Finanzierungskosten des zu sanierenden Unternehmens senkt und damit die Ertragskraft stärkt. Der Forderungsverzicht kann aber eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit des insolventen Unternehmens nicht beseitigen.

Besserungsschein

Die Gläubiger sind erfahrungsgemäß nicht bereit, einen endgültigen Verlust ihrer Forderungen zu akzeptieren. Der Forderungsverzicht führt zu einem endgültigen Verlust, auch wenn das Unternehmen später wirtschaftlich gesundet ist. Sanierungsinstrumente, welche um hier die Interessen der Gläubiger berücksichtigten, sind die sogenannte Rangrücktrittsvereinbarung und die Vereinbarung eines Forderungsverzichts mit Besserungsschein.

Bei der Vereinbarung eines Besserungsscheins handelt es sich um einen Forderungsverzicht durch Erlassvertrag. Der Erlass der Forderung steht dabei unter der auflösenden Bedingung, dass der Forderungserlass bei Besserung der Vermögensverhältnisse entfällt. In der Regel wird in einem Besserungsschein vereinbart, dass auf die erlassene Schuld Nachzahlungen zu leisten sind, soweit sich die Vermögensverhältnisse des Schuldners bessern, insbesondere aus zukünftigen Gewinnen oder aus einem Liquidationserlös.⁶

Durch die vereinbarte auflösende Bedingung erlöschen zunächst die erlassenen Forderungen. Erst bei Eintreten der im einzelnen festgelegten wirtschaftlichen besseren Lage des Unternehmens leben die Forderungen in der vereinbarten Höhe wieder auf. Die durch den Besserungsschein betroffenen Forderungen sind daher sowohl im Überschuldungsstatus wie auch in der Handelsbilanz nicht zu passivieren.

⁶ Carsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Auflage, Rdnr. 514

Rangrücktrittserklärung

Auch eine Rangrücktrittserklärung beseitigt die Überschuldung. Hierbei handelt es sich um eine zivilrechtliche Vereinbarung, nach der der Zahlungsanspruch eines Gläubigers für den Fall der Insolvenz des schuldnerischen Unternehmens nicht mehr geltend gemacht werden kann. Der Gläubiger tritt mit seinem Anspruch hinter allen anderen Gläubigern der Gesellschafter zurück.

Der Rangrücktritt darf also nicht nur einzelnen Gläubigern der Gesellschaft gegenüber erklärt werden. Soweit der Gläubiger nicht endgültig auf seine Forderungen verzichten will, ist die nachfolgend im Muster dargestellte qualifizierte Rangrücktrittserklärung abzugeben mit der Abrede, dass die Forderung des Gläubigers dann zu befriedigen ist, wenn wieder Gewinne oder Liquidationsüberschüsse erzielt werden.

Muster Rangrücktrittserklärung:

Rangrücktrittserklärung

Die – im folgenden Schuldnerin genannt -

schuldet der - im folgenden Gläubigerin genannt -

Forderungen aus Lieferungen – und Leistungen – sowie aus allgemeinem Verrechnungsverkehr.

Zur Abwendung einer möglichen Überschuldung bei der XY GmbH im Sinne der handels- und insolvenzrechtlichen Vorschriften wird vereinbart, dass die Gläubigerin mit ihrer persönlichen Forderung einschließlich aller Zinsansprü-

che hinter die Forderung aller anderen Gläubiger in der Weise zurücktritt, dass ihre Forderung nur aus zukünftigen Jahresüberschüssen, aus einem Liquidationsüberschuss oder nach Überwindung der Krise aus einem die sonstigen Schulden übersteigenden Vermögen zu begleichen ist.

Eine Geltendmachung der Forderung (einschließlich eventuell für sie bestellter Sicherheiten) im Insolvenzverfahren ist ausgeschlossen. Sie ist jedoch bei der Verteilung eines eventuellen Überschusses an die Gesellschafter vorab zu berücksichtigen.

....., den

....., den

Genügt die Rangrücktrittserklärung den vorgenannten Anforderungen, ist die zurückgetretene Forderung im Überschuldungsstatus nicht mehr zu passivieren.

Patronatserklärung

Auch eine Patronatserklärung eines Dritten zugunsten aller Gläubiger der Gesellschaft kann die Überschuldung beseitigen. Zu berücksichtigen ist aber, dass hier eine sogenannte harte Patronatserklärung abzugeben ist, weil allein sie im Ergebnis zu einer Mithaftung des Sicherungsgebers führt. Mit der Patronatserklärung übernimmt in der Regel die Muttergesellschaft die Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, dass die Tochtergesellschaft finanziell so ausgestattet wird, dass diese jederzeit in der Lage ist, ihren Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Voraussetzung für die Aktivierung harter Patronatserklärungen ist, dass sie zugunsten aller Gläubiger abgegeben wird.

Vor- und Nachteile einer außergerichtlichen Sanierung

Vorteile der außergerichtlichen Sanierung

Die außergerichtliche Sanierung hat den Vorteil, dass sie bereits früher, bei den ersten Signalen für eine betriebswirtschaftliche Krise, einsetzen kann und nicht erst der Eintritt der Insolvenzverfahrensreife abgewartet werden muss. Entscheidender Vorteil einer außergerichtlichen Sanierung ist es, dass die Gesellschaft allein durch ihre Geschäftsführer und durch die Gesellschafter weitergeführt werden kann. Das „öffentliche Insolvenzverfahren“ ist in der Regel mit einer automatischen Entwertung der Aktiva verbunden. Solche für die Sanierung nachteiligen Veränderungen werden in der Regel durch einen außergerichtlichen Vergleich vermieden. Im Rahmen der außergerichtlichen Sanierung werden zudem die Kosten, die mit der Verfahrenseröffnung verbunden sind, vermieden und insgesamt geringer gehalten.

Eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung kann im Regelfall ungeahndet beseitigt werden, obwohl der Tatbestand der Insolvenzverschleppung bereits erfüllt ist.

Nachteile der außergerichtlichen Sanierung

Haftungsrisiken im Falle der Betriebsübernahme

Ein gern gewähltes Sanierungskonzept besteht darin, dass ein Dritter die wesentlichen Vermögenswerte der Gesellschaft übernimmt und den Betrieb fortführt. Dieses Modell birgt indes nicht unerhebliche Haftungsrisiken, die im Vorfeld unbedingt abgeklärt werden müssen. Bei der außergerichtlichen übertragenen Sanierung treten die Haftungsbefreiungen von § 613 a BGB, § 75 AO und § 25 HGB nicht ein. In der Pra-

xis als besonders sanierungsnachteilig erweist sich die Vorschrift des § 613 a BGB, der für Sanierungsfälle uneingeschränkt bestehen bleibt.

2.1.2. Haftung gem. § 613 a BGB

Sofern ein Dritter die wesentlichen Teile eines Betriebes, insbesondere Maschine und Anlagen, Betriebsgrundstücke, Geschäftsbeziehungen oder das Know-How übernimmt, spricht man von einem Betriebsübergang. Gesetzliche Folge eines solchen Betriebsübergangs ist es, dass der Übernehmer sämtliche Arbeitsverhältnisse der bisherigen Arbeitnehmer des Ursprungsbetriebes übernimmt, ohne dass es einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Übergabner und Übernehmer bedarf. Der Übergang erfolgt zu dem Stichtag, an dem der Übernehmer die betriebliche Leitungsmacht übernimmt.

Kündigungen wegen eines geplanten Betriebsübergangs sind unwirksam. Nachdem § 613 a BGB, der nicht abdingbar ist⁷, nach h.M. auch in der Insolvenz gilt, dürfte es sich bei der Norm um eine der „sanierungsfeindlichsten“ Vorschriften schlechthin handeln. Die Problematik wird dadurch verschärft, dass nach der Rspr. auch Aufhebungsverträge und Eigenkündigungen der Arbeitnehmer aus Anlass des Betriebsübergangs verboten sind, sofern sie vom Betriebsveräußerer oder –erwerber veranlasst werden, um dem gesetzlichen Kündigungsverbot auszuweichen⁸. Allerdings soll das nur dann gelten, wenn angedacht ist, mit dem Erwerber später einen neuen Arbeitsvertrag abzuschließen. Vereinbarungen, die auf ein endgültiges Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis gerichtet sind, sind ohne Rücksicht auf ihre sachliche Berechtigung zulässig. Da hier im Detail vieles im Streit steht, sollte im Zweifelsfall unbedingt ein erfahrener Arbeitsrechtlicher um Rat gefragt werden.

Erwähnt werden soll noch, dass der Insolvenzverwalter gem. § 125 InsO im Falle einer „Betriebsänderung“ unter bestimmten Voraussetzungen trotz § 613 a BGB Kündigungen aussprechen darf. Es kann daher möglicherweise sinnvoll sein, einen Betrieb erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu übernehmen.

⁷ BAG NJW 1982, 1607.

⁸ Vgl. Leinemann, Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Kap. 6.7, Rn. 215.

2.1. 3. Haftung gem. § 25 HGB

Da mit der Firma, also dem „Namen“ eines Unternehmens, vielfach ein besonderer Wert verbunden wird, wird diese häufig von dem Erwerber des Unternehmens (jedenfalls im Kern) unverändert fortgeführt.

In diesen Fällen stellt sich das Problem einer Haftung gem. § 25 Abs. 1 HGB. Nach dieser Vorschrift haftet derjenige, der ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz fortführt, für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Forderungen des bisherigen Inhabers. Grund der Haftung ist der durch die Fortführung der Firma begründete Rechtsschein, der auf eine Kontinuität der Unternehmensfortführung hindeutet.

Die Haftung für die Altverbindlichkeiten kann gem. § 25 Abs. 2 HGB ausgeschlossen werden. Dieser Haftungsausschluss muss aber grundsätzlich im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht werden, was nicht selten vergessen wird.

2.1. 4. Haftung gem. § 75 AO

Der Übernehmer eines Betriebes haftet nach § 75 AO für die im Betrieb des Unternehmens begründeten Steuern. Die Haftung kommt auch zum Tragen, wenn ein Teilbetrieb, also ein für sich allein lebensfähiger Bereich des gesamten Unternehmens, übernommen wird. Gerade der letzte Punkt dürfte für Sanierungskonzepte von Relevanz sein.

§ 75 AO findet keine Anwendung, wenn der Betrieb aus einer Insolvenzmasse erworben wird. Auch vor diesem Hintergrund kann es sinnvoll sein, zunächst die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens abzuwarten. Wichtig ist, dass auch der Erwerb vom vorläufigen Insolvenzverwalter zu einem Haftungsausschluss führt, jedenfalls dann, wenn anschließend das Insolvenzverfahren eröffnet wird.

Weitere Nachteile einer außergerichtlichen Sanierung

Sanierungsfeindlich wirkt sich auch der Fortfall der Steuerbefreiung des Sanierungsgewinns aus.

Der Umstand, dass im Rahmen einer außergerichtlichen Sanierung die Sozialplanaufträge der Arbeitnehmer nur schwer kalkulierbar sind, stellt oft ein Hindernis einer außergerichtlichen Sanierung dar. Die Obergrenze, die § 123 InsO vorsieht, gilt nicht für die außergerichtliche Sanierung. Im Hinblick darauf braucht man letztlich Geld zum Sanieren, das in vielen Fällen fehlt.

Nachteilig und mit Risiken behaftet ist auch der Umstand, dass die gesetzliche Frist zur Insolvenzantragstellung während der Sanierungsbemühungen weiter läuft. Im Hinblick auf die Haftungsrisiken der Geschäftsführer, insbesondere aufgrund verspäteter Insolvenzantragstellung und der damit einhergehenden Haftung für die Quoten bzw. bei Neugläubigern für den vollen Schaden ist es wichtig, im Rahmen eines außergerichtlichen Vergleichs die Haftungsansprüche der Gesellschafter mit einzu beziehen.

Im Rahmen eines außergerichtlichen Vergleichs sind die Gläubiger bzw. einzelne Gläubiger nicht gehindert, in das Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken. Das in der Insolvenzordnung festgelegte Vollstreckungsverbot und die sogenannte Rückschlagsperre des § 88 InsO gelten im Rahmen der außergerichtlichen Sanierung nicht.

Auch die dinglich gesicherten Gläubiger können während der außergerichtlichen Sanierung die Zwangsversteigerung, etwa des Betriebsgrundstückes, betreiben. Für das Schuldnerunternehmen kann zwar ein Versteigerungsgericht die Einstellung der Zwangsvollstreckung beantragen, jedoch höchstens für eine Dauer von 6 Monaten und nur dann, wenn durch die Einstellung die Versteigerung vermieden wird und wenn die Einstellung nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Schuldners sowie nach Art der Schuld der Billigkeit entspricht.

Sanierung nach der Insolvenzordnung

Der Gesetzgeber hat in § 18 InsO die Möglichkeit geschaffen, dass bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt die notleidende GmbH einen Insolvenzantrag stellen kann. Es ist daher bereits in einem sehr frühen Stadium möglich, nach Insolvenzantragstellung im Vorverfahren Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen die GmbH zu untersagen oder einstweilen einzustellen. Auch durch die Rückschlagsperre des § 88 InsO können insgesamt nachteilige Veränderungen der Vermögenslage des Unternehmens verhindert werden. Stellt sich im Zuge des Insolvenzverfahrens, auch schon des Vorverfahrens, heraus, dass zumindest ein Teil des Unternehmens erhalten werden kann, vollzieht sich dies zumeist in Form der übertragenen Sanierung.

Die übertragene Sanierung

Grundsätzlich handelt es sich bei der übertragenen Sanierung um einen Unternehmenskauf „nur“ unter den Bedingungen einer Insolvenz. Es stellen sich daher prinzipiell alle Fragen, die sich bei einem normalen Unternehmenskauf ergeben. Die übertragene Sanierung kann mehrere Formen haben. Es kann die Veräußerung aller Aktiven des insolventen Unternehmens, gegebenenfalls an verschiedene Käufer, erfolgen. Es können auch nur Teile der Aktiven des insolventen Unternehmens verkauft werden. Auch der Verkauf des Unternehmens im Ganzen unmittelbar nach Insolvenzeröffnung ist im Rahmen der übertragenen Sanierung keine Seltenheit.

Insolvenzplanverfahren

Begriff und Regelungsgegenstand

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist der Insolvenzplan in seinen Auswirkungen ein Beitrag zur finanzwirtschaftlichen Sanierung durch Stundung von Verbindlichkeiten, Erlass von Verbindlichkeiten oder Verwandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapi-

tal. Der Insolvenzplan hat in geeigneter Form darzulegen, dass durch diese finanzwirtschaftliche Sanierung die Voraussetzungen geschaffen werden, um eine leistungswirtschaftliche Sanierung zu ermöglichen, die, einfach gesprochen, einen höheren Betrag zur Gläubigerbefriedigung (jedenfalls für die Mehrheit des sogenannten Gläubigergruppen) liefert als das Insolvenzverfahren.

Im Insolvenzplan kann gemäß § 217 InsO abweichend von den gesetzlichen Vorschriften geregelt werden: die Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger und der Insolvenzgläubiger, die Verwertung der Insolvenzmasse und die Verteilung an die Beteiligten, sowie die Haftung des Schuldners nach Beendigung des Insolvenzverfahrens. Bezüglich dieser Regelungsgegenstände können sich die Beteiligten auf individuelle Abwicklungsmodalitäten einigen. Soweit sich der Plan an die zwingend vorgegebenen gesetzlichen Vorschriften hält, kann von den Beteiligten alles vereinbart werden, was aus ihrer Sicht notwendig ist, wobei die Unternehmenssanierung nicht zwingender Regelungszweck sein muß. Regelungsgegenstand kann auch die nur zeitweise Fortführung des Unternehmens sein.

Vorfragen und prepackage Plan

Der Schuldnerplan kann als vorbereitender Plan, als sogenannter „prepackage Plan“, bereits vor Stellung des Insolvenzantrags unter Einbeziehung der Gläubiger abgestimmt werden. Der Vorteil eines Insolvenzplanverfahrens ist es, dass im Rahmen dieses Planverfahrens auch der Widerspruch eines sogenannten Akkordstörers, an dem die außergerichtlichen Sanierungsversuche scheiterten, überwunden werden kann. Bei der Vorbereitung eines solchen prepackage Plans sind zunächst folgende Fragen zu klären:

- Ab wann liegt der Insolvenzgrund vor?
- Ist Liquidität für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs im Insolvenzverfahren vorhanden bzw. kann Liquidität in diesem Vorverfahrensstadium geschaffen werden?
- Ist eine erhebliche Verminderung des Vermögens im Vorverfahren zu befürchten?
- Kann das Insolvenzverfahren eröffnet werden?

- Ist genügend Liquidität für die Zeit ab Eröffnung des Verfahrens bis zur Wirksamkeit des Plans vorhanden bzw. kann sie geschaffen werden?
- Werden die Gläubiger durch die Regelabwicklung schlechter gestellt als durch den Plan?

Gliederung des Insolvenzplans

Nach § 219 InsO verlangt der Gesetzgeber für einen dem Insolvenzgericht vorzulegenden Insolvenzplan die Einhaltung einer bestimmten Form, nämlich die Gliederung in einem darstellenden Teil und einem gestaltenden Teil sowie die Beifügung der im einzelnen in § 229 und 230 InsO bezeichneten Unterlagen. Der darstellende Teil des Plans enthält zum einen die getroffenen und geplanten Maßnahmen, die die Grundlage für die geplante Rechtsgestaltung der Beteiligten schaffen sollen. Zum anderen sind die notwendigen Angaben zu machen, die für die Entscheidung über den Plan durch die Gläubiger und das Insolvenzgericht erheblich sind, § 220 InsO. Deshalb sind anzugeben:

- Die geplanten Bewertungs- und Sanierungsmaßnahmen.
- Ein Vergleich der voraussichtlichen Entwicklung ohne Insolvenzplan mit den beabsichtigten Auswirkungen des Plans bezogen auf die verschiedenen Gläubigergruppen.
- Die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens.
- Die bereits erfolgten Maßnahmen, der Stand der Sanierungsbemühungen und die anstehenden Verhandlungen.

Der gestaltende Teil des Insolvenzplans enthält die aus dem wirtschaftlichen Konzept ergebenden rechtlichen Schlussfolgerungen. Nachfolgend ein einfaches Beispiel für die Möglichkeiten und Regelungen im gestaltenden Teil eines Insolvenzplans:

- 1. Das insolvente Unternehmen wird auf die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegründete Übernahmegesellschaft übertragen.*

- 2. Zur Abstimmung über den vom Schuldner/Insolvenzverwalter vorgelegten Insolvenzplan werden die nachfolgend genannten Gruppen von abstimmungsberechtigten Gläubigern gebildet, in deren Rechte durch den Plan eingegriffen wird*
- 3. Die absonderungsberechtigten Gläubiger verzichten über den Kostenbeitrag nach § 171 InsO hinaus für die Dauer eines Jahres auf die ihnen nach § 169 InsO zustehenden Zinsen sowie auf 10 % des Verwertungserlöses.*
- 4. Die Insolvenzgläubiger erlassen der Schuldnerin 80 % ihrer Forderungen und stunden den nicht erlassenen Teil für zwei Jahre.*
- 5. Die Arbeitnehmer verzichten auf ihre nicht durch Insolvenzgeld (§§ 183 f SGB III) zugedeckten Lohnansprüche gegen den Erhalt von Gesellschaftanteilen an der Übernahmegesellschaft.*
- 6. Wird ein Beteiligter voraussichtlich schlechter gestellt als er ohne Plan stehen würde, sind an ihn aus einer gebliebenen Rückstellung zusätzliche Zahlungen in der Höhe zu leisten, die zu einer Gleichstellung erforderlich sind.*
- 7. Die Erfüllung des Insolvenzplans ist durch den Insolvenzverwalter zu überwachen (§§ 260, 261 InsO).*
- 8. Investitionen der Übernahmegesellschaft mit einem Einzelbetrag von mehr als € 15.000,00 bedürfen der Zustimmung des Insolvenzverwalters (§ 263 InsO).*
- 9. Kredite darf die Übernahmegesellschaft während der Zeit der Überwachung insgesamt bis zu € 1 Mio. aufnehmen.*

Das vorgenannte einfache Beispiel zeigt, welche vielschichtigen Regelungen in einem Insolvenzplan aufgenommen werden können. Auch im Rahmen der außergerichtlichen Sanierung sollte man sich an diese Grundstruktur halten.

Haftungsrisiken der Geschäftsführer und der Gesellschafter

Die Pflichten und Haftung des Geschäftsführers

Der Geschäftsführer als Haftungssubjekt

Nachdem die Gläubiger eines insolventen Unternehmens ihre Forderungen gegenüber diesem regelmäßig nicht oder allenfalls nur in Höhe einer geringen Quote befriedigen können, versuchen sie häufig, den Geschäftsführer in die Haftung zu nehmen. Ein solcher Durchgriff kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Geschäftsführer seine Pflicht, rechtzeitig Insolvenzantrag zu stellen, verletzt hat. Als Geschäftsführer einer GmbH in der Krise befindet man sich also immer in einem nur schwer aufzulösenden Interessenskonflikt: auf der einen Seite gilt es, den Fortbestand der Gesellschaft zu sichern. Andererseits müssen im Rahmen der Sanierungsbemühungen die gesetzlich normierten Geschäftsführerpflichten beachtet werden, um nicht eine zivil- oder gar strafrechtliche Haftung zu begründen.

Die einzelnen Pflichten und Haftungsfolgen

1.2.1. Buchführungspflicht

Gem. § 41 GmbHG ist der Geschäftsführer verpflichtet, für eine ordnungsgemäße Buchführung der Gesellschaft entsprechend den handels- und steuerrechtlichen Vorschriften zu sorgen. Soweit diese Verpflichtung bei mehrerer Geschäftsführern im Rahmen der internen Geschäftsaufteilung auf eine bestimmte Person übertragen wurde, muss diese von der anderen Geschäftsführern fortlaufend überwacht werden.

Gerade bei Unternehmen in der Krise sind vielfach Verletzungen der Buchführungspflicht festzustellen. Umstritten ist, ob Gesellschaftsgläubiger hierauf Schadenser-

satzansprüche gründen können. Die Rspr. bejaht dies zumindest für schwere Verstöße, die auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach den §§ 283 ff. StGB nach sich ziehen. In jedem Fall kann die Gesellschaft, also ggf. der Insolvenzverwalter, Ersatzansprüche geltend machen.

1.2.2. Einberufung der Gesellschafterversammlung

Der Geschäftsführer ist verpflichtet, unverzüglich die Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn sich bei der Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Jahresbilanz ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren ist bzw. der Geschäftsführer dies bei pflichtgemäßem Ermessen annehmen muss (§ 49 Abs. 3 GmbHG). Bei Verletzung dieser Pflicht macht sich der Geschäftsführer der Gesellschaft gemäß § 43 Abs. 3 GmbH schadensersatzpflichtig. Unterlässt der Geschäftsführer die Information der Gesellschafter, macht er sich im Übrigen gemäß § 84 Abs. 1 Ziff. 1 GmbHG strafbar.

Eine weitere Schadensersatzpflicht ergibt sich aus §§ 43 Abs. 3, 30 GmbHG, wenn der Geschäftsführer in verbotener Weise Stammeinlagen an die Gesellschafter zurückzahlt oder wenn er Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen zurückzahlt, § 43 Abs. 3 GmbHG analog. Nachdem auch die Gesellschafter im Falle einer Insolvenz Gläubiger sind, kann hierdurch der Straftatbestand der Gläubigerbegünstigung erfüllt sein. Auch eine Strafbarkeit wegen Untreue nach § 266 StGB kommt in Betracht. Die Haftung nach § 30 GmbHG beginnt bereits bei Vorliegen einer Unterbilanz.

1.2.3. Kontrolle der Finanzsituation

Die kontinuierliche Kontrolle der Liquidität bzw. der generellen Finanzsituation des Unternehmens gehört zu den „10 Geboten an den Geschäftsführer“⁹. Befindet sich die GmbH in der Krise, so bedarf jede Sanierungsstrategie sowie jede konkrete Sanierungsmaßnahme oder deren Unterlassung rascher, gewissenhafter und zielorientierter Prüfung¹⁰.

⁹ Lutter, GmbHR 2000, 301, 305.

¹⁰ Schmidt, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, Rn. 682.

Sobald sich Anzeichen für eine Krise ergeben, muss sich der Geschäftsführer durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen detaillierten Überblick über die Vermögenslage der Gesellschaft verschaffen.

1.2.4. Insolvenzantragspflicht

Ergibt sich aus der o.g. Prüfung, dass die Gesellschaft überschuldet und/oder zahlungsunfähig ist, so ist der Geschäftsführer gem. § 64 Abs. 1 GmbHG verpflichtet, unverzüglich, spätestens aber nach 3 Wochen, Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Ein verspäteter Insolvenzantrag löst Schadensersatzpflichten aus. Der Geschäftsführer kann allerdings auch bei einem verfrühten Insolvenzantrag gem. § 43 GmbHG gegenüber der Gesellschaft in die Haftung geraten, so dass er gewissermaßen „punktgenau“ reagieren muss¹¹.

Die Dreiwochenfrist des § 64 GmbHG ist im übrigen kein Freibrief für Untätigkeit, sondern eine letzte Chance für Sanierungsbemühungen, die innerhalb dieser Zeit erfolgreich umgesetzt werden müssen¹². Die bloße Hoffnung auf eine Sanierung beseitigt die Insolvenzantragspflicht ebenso wenig wie eine Niederlegung des Amtes als Geschäftsführer. Der Geschäftsführer sollte folglich die Sanierungsanstrengungen so schnell wie möglich und unter Einschaltung aller Gesellschafter sowie der maßgeblichen Gläubiger in Gang setzen, um die Gesellschaft vor Ablauf der Frist jedenfalls in einen die für die Überschuldung meist entscheidende Negativprognose ausschließenden Zustand zu versetzen¹³.

Die Pflicht zur Insolvenzantragstellung trifft jeden einzelnen Gesellschafter ohne Rücksicht auf etwaige gesellschaftsvertragliche Vertretungsregelungen¹⁴.

¹¹ Schmidt, a.a.O., Rn. 684.

¹² Schmidt, a.a.O.

¹³ Schmidt, a.a.O.

¹⁴ BGH ZIP 1994, 891.

Die Verletzung der Insolvenzantragspflicht nach § 64 Abs. 1 GmbHG ist für den Geschäftsführer mit weitreichenden strafrechtlichen und zivilrechtlichen Folgen verbunden.

Nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 Abs. 2 GmbHG macht sich der Geschäftsführer strafbar, wenn er es bei der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der GmbH unterlässt, sofort den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen.

Unterschätzt von den Beratern wird meistens die zivilrechtlichen Folgen, die sich aus einer verspäteten Insolvenzantragstellung ergeben. Bei der Haftung des Geschäftsführers aus unerlaubter Handlung gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GmbHG ist zwischen den sogenannten Neugläubigern und Altgläubigern zu unterscheiden. Altgläubiger sind diejenigen, die bereits vor dem Entstehen der Antragspflicht Forderungen gegen die GmbH hatten. Hingegen sind Neugläubiger diejenigen, die nach Entstehen der Antragspflicht mit der GmbH kontrahierten oder aus gesetzlichen oder quasi vertraglichen Schuldverhältnissen Ansprüche erworben haben.

Neugläubiger erhalten ihren gesamten Vertrauensschaden ersetzt, sind also so zu stellen, als wenn sie niemals Geschäfte mit der Gesellschaft gemacht hätten. Neugläubiger können ihre Ansprüche unmittelbar und außerhalb des Insolvenzverfahrens gegenüber dem Geschäftsführer geltend machen.¹⁴ Altgläubiger können hingegen lediglich den sog. „Quotenschaden“ geltend machen. Hierbei handelt es sich um die Differenz zwischen der nunmehr im Insolvenzverfahren erzielten Quote und derjenigen, die sie bei rechtzeitiger Antragstellung erhalten hätten.

1.2.5. Pflicht zur Erhaltung der Masse

Mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung trifft den Geschäftsführer einer GmbH die Pflicht zur Erhaltung der Masse. Ihm ist damit grundsätzlich die Leistung von Zahlungen bzw. die Eingehung von Verbindlichkeiten, welche mangels Begründung gleichwertiger Gegenansprüche die Insolvenzquote verringern, untersagt.

¹⁴ ZIP 1998, 776

Ausgenommen von diesem Verbot sind lediglich solche Verhaltensweisen, die auch nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar sind. Im wesentlichen handelt es sich um Leistungen, für die eine gleichwertige Gegenleistung erfolgt oder die erforderlich sind, um einen sofortigen Zusammenbruch – und damit einen evtl. noch höheren Schaden – zu vermeiden.

Verstößt der Gesellschafter in der Krise gegen die ihm nach § 64 Abs. 2 GmbHG obliegenden Pflichten, d.h. leistet er in der Überschuldung oder im Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit noch Zahlungen aus der Masse oder geht er Verbindlichkeiten ohne eine äquivalente Gegenleistung ein, haftet er hierfür persönlich der Gesellschaft in voller Höhe. Im Rahmen der Insolvenz wird dieser Anspruch gemäß §§ 92 InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht. Der Insolvenzverwalter hat bei der Inanspruchnahme des Geschäftsführers lediglich darzulegen und zu beweisen, dass der Geschäftsführer nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Zahlungen leistete. Der Geschäftsführer selbst muss sich exkulpiert in der Weise, dass er keine Kenntnis hatte, dass hier durch die Masse geschmälert wird bzw. kein Insolvenzgrund vorlag. Dies gelingt erfahrungsgemäß nur in den seltensten Fällen. Genau in dieser Krisensituation steckt der Geschäftsführer in einem Dilemma. Oft wird übersehen, dass die Bank ein Gläubiger wie jeder andere ist. Geschäftsführer lösen in der Krise oft noch Kundenschecks auf debitorisch geführte Kunden bei der Bank ein. Damit werden die Verbindlichkeiten zurückgeführt, für die die Geschäftsführer in der Regel persönlich haften. Soweit Kreditlinien noch nicht fällig gestellt sind, liegt eine inkongruente Deckung vor. Damit ist der Tatbestand der Gläubigerbegünstigung nach § 283 c StGB erfüllt. In der Krise ist daher dem Geschäftsführer zu raten, gerade wenn die Insolvenz unausweichlich ist, Kundenschecks gegebenenfalls auf Anderkonten zu ziehen.

1.2.6. Lohnsteuerhaftung

Der Geschäftsführer einer GmbH hat dafür Sorge zu tragen, dass die Lohnsteuer der Mitarbeiter richtig berechnet und rechtzeitig an das Finanzamt abgeführt wird. Verstößt er gegen diese Pflicht, so haftet er mit seinem Privatvermögen für die nicht abgeführte Steuer.

Sofern die liquiden Mittel des Unternehmens nicht ausreichen, um die Nettolöhne an die Mitarbeiter sowie die hierauf entfallende Steuer an das Finanzamt abzuführen, müssen die Bruttolöhne im erforderlichen Umfang gekürzt werden.

Falls, was anzuraten ist, ein Antrag auf Stundung der Lohnsteuer gestellt wird, muss die Steuer gleichwohl bis zur (positiven) Entscheidung über den Stundungsantrag entrichtet werden. Der Geschäftsführer darf sich also nicht darauf verlassen, dass dem Antrag stattgegeben wird. Ebenso wenig befreit es ihn von seiner Haftung, wenn die Banken die Überweisungsaufträge nicht mehr ausführen. Hiermit muss bei einer GmbH in der Krise gerechnet werden.

1.2.7. Umsatzsteuerhaftung

Der Geschäftsführer haftet auch für die nicht abgeführte Umsatzsteuer der Gesellschaft, sofern die Nichtentrichtung auf ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten zurückzuführen ist.

In diesem Zusammenhang gilt es folgende Besonderheit zu beachten:

Wenn Insolvenzantrag gestellt werden muss, darf prinzipiell kein Gläubiger – auch nicht das Finanzamt – bevorzugt behandelt werden. Für den Geschäftsführer ist dies eine äußerst prekäre Situation. Einerseits ist er – zur Vermeidung einer persönlichen Haftung – geneigt, die Umsatzsteuer voll abzuführen, andererseits kann er sich in diesem Fall gegenüber der Gesellschaft schadensersatzpflichtig machen, weil er das Finanzamt im Vergleich zu anderen Gläubigern privilegiert. Dieser Konflikt ist kaum aufzulösen. Es wird im jeweiligen Einzelfall zu prüfen sein, ob und in welcher Höhe tatsächlich für die Umsatzsteuer gehaftet wird.

1.2.8. Sozialversicherungsbeiträge

-

Sehr häufig werden Sozialversicherungsbeiträge nicht mehr bzw. nicht rechtzeitig abgeführt. Auch in diesen Fällen besteht eine Geschäftsführerhaftung. Gerade dieser Problembereich darf nicht unterschätzt werden, da die meisten Gläubigerinsolvenzverfahren von der Trägern der Sozialversicherung beantragt werden.

Die Haftung des Geschäftsführers für Sozialabgaben ergibt sich aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 a StGB. Anders als in den Fällen der Lohnsteuerhaftung macht es bei der Sozialversicherung keinen Unterschied, ob bei Auszahlung des Nettolohns genügend Mittel zur Zahlung der Beiträge zur Verfügung stehen. Der Geschäftsführer kann sich folglich auch nicht dadurch von der Haftung freistellen, dass er die Bruttolöhne kürzt und sich damit auch die fälligen Sozialversicherungsbeiträge entsprechend verringern. Der Geschäftsführer haftet schließlich auch dann, wenn der Nettolohn ausbezahlt und die GmbH vor Fälligkeit der Beiträge insolvent wird.

Die Strafvorschrift des § 266 a StGB sanktioniert nur die Nichtabführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung und erstreckt sich auf das schlichte Vorenthalten, also auf die Nichtzahlung fälliger Beiträge zum 15. des Folgemonats des Abrechnungszeitraums. Dabei wurde mehrfach in jüngster Rechtsprechung klargestellt, dass, auch wenn in der Krise gar keine Gelder mehr ausgezahlt werden, die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung zu entrichten sind.¹⁵ Der BGH hat in seiner Rechtsprechung auch deutlich gemacht, dass der Geschäftsführer gegebenenfalls Sicherungsvorkehrungen für die spätere Zahlung von Arbeitnehmerbeiträgen treffen muss.¹⁶ Diese wird damit begründet, dass für den Geschäftsführer in der Krise erhöhte Überwachungspflichten bestehen und er bei Krisenanzeigen eben entsprechende Sicherungsvorkehrungen für die treuhänderisch verwalteten Arbeitnehmeranteile zu treffen hat. Die Haftung des Geschäftsführers ist unabhängig von seiner Stellung innerhalb der Organisation. Auch dem sogenannten technischen Geschäfts-

¹⁵ BGH vom 16.05.2000 in DB 2000, 1703 f.

¹⁶ BGH in ZVI 2002, 312

führer obliegt die Sorgfalt, in der Krise Sorge dafür zu tragen, dass die Arbeitnehmerbeiträge abgeführt werden können.

Eine Strafbarkeit scheidet nur dann aus, wenn das Unternehmen zahlungsunfähig ist und überhaupt nicht mehr zahlen kann. Soweit der Geschäftsführer über genügend liquide Mittel verfügt, diese aber für andere Zwecke einsetzt, um gegebenenfalls zunächst den Betrieb aufrecht zu erhalten, etwa Material bestellt, verbleibt es bei der Strafbarkeit nach § 266 a StGB. Sofern der Geschäftsführer noch Teilzahlungen leisten kann, hat er im Rahmen eines Begleitschreibens oder als Verwendungszweck auf dem Scheck deutlich zu machen, dass die Zahlung auf offene Arbeitnehmerbeiträge geleistet werden soll.

Sofern die Gesellschaft noch in der Lage ist, kurz vor Insolvenzantragstellung die fälligen Arbeitnehmerbeiträge zu zahlen, stellt sich die Frage, ob im Hinblick auf § 64 Abs. 2 GmbHG sich der Geschäftsführer damit nicht gleichzeitig gegenüber dem Insolvenzverwalter schadensersatzpflichtig macht, da er gegen den Masseerhaltungsgrundsatz in der Krise verstößt. Alleine eine mögliche Strafbarkeit ist kein Rechtfertigungsgrund im Rahmen einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter. Auch hier steckt der Geschäftsführer in einem Dilemma. In der Beraterpraxis ist dieser Umstand nur schwer lösbar. Oft wird eingewandt, die Zahlung an die Kasse sei sowieso anfechtbar, deshalb müsse man die Sozialversicherungsbeiträge nicht mehr abführen. Eine mögliche Anfechtbarkeit setzt aber die Kenntnis der Sozialversicherungskassen von der Zahlungsunfähigkeit voraus. Im Hinblick auf die gegenwärtige aktuelle Rechtsprechung des BGH sollte folgendes Schreiben an die Kassen gerichtet werden:

An die Sozialversicherungsträger ... (Datum)

Sozialversicherungsbeiträge Monat ...

Sehr geehrte Damen und Herren,

als Geschäftsführer der XY GmbH darf ich Sie über folgenden Sachverhalt informieren: Die der XY GmbH gewährten Kredite sind durch Befristung am ... ausgelaufen. Der XY GmbH ist es nicht gelungen, mit den Kreditinstituten Verlängerungsvereinbarungen bzw. Neufinanzierungsvereinbarungen zustande zu bringen. Die XY GmbH ist damit zahlungsunfähig.

Als Geschäftsführer bin ich in Umsetzung meiner gesetzlichen Verpflichtung dabei, den Insolvenzantrag vorzubereiten. Ich werde hierfür noch einige Tage benötigen. Der Insolvenzantrag wird – aus heutiger Sicht – beim Amtsgericht ... am ... eingereicht werden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen sind die verantwortlichen Organe einer Gesellschaft gehalten, Sozialversicherungsbeiträge gegebenenfalls anzusparen, um sicherzustellen, dass selbst für den Fall, dass ansonsten keine Gläubiger mehr bedient werden können, die Sozialkassen nicht geschädigt werden.

Ob dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen gefolgt werden mag oder nicht, erscheint mir irrelevant. Ich habe jedenfalls in Befolgung dieser Rechtsprechung entsprechende Mittel auf dem Konto bei der XY Bank angesammelt, von der ich die Sozialversicherungsbeiträge an die Sozialversicherungsträger überweise.

Insolvenzrechtlich erscheint mir allerdings wichtig zu erkennen, dass hiermit eine einseitige Bevorzugung der Sozialversicherungsträger stattfindet, weil keinerlei andere Gläubiger mehr bedient werden können nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit.

Von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit und davon, dass die Überweisung nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit vorgenommen wird, setze ich Sie hiermit ausdrücklich in Kenntnis.

Mit freundlichen Grüßen

Geschäftsführer XY GmbH

1.2.9. Umweltschäden

Die Haftung des Geschäftsführers für Umweltschäden, die insbesondere strafrechtliche Konsequenzen haben kann, wird häufig übersehen.

Der Geschäftsführer muss die Abläufe in der Gesellschaft so organisieren, dass Umweltgefahren möglichst ausgeschlossen sind. Er hat dafür zu sorgen, dass „der richtige Mann am richtigen Platz“ ist und muss dies zumindest durch Stichproben regelmäßig kontrollieren. Weiterhin muss der Geschäftsführer für eine angemessene Schulung und Weiterbildung seiner Mitarbeiter sorgen.

Kommt der Geschäftsführer diesen Verpflichtungen nicht nach, so setzt er sich dem Vorwurf des Organisationsverschuldens und damit einer persönlichen Haftung aus.

Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Auf die strafrechtlichen Konsequenzen etwaiger Pflichtverletzungen wurde bereits mehrfach hingewiesen.

So enthält das StGB etwa in den §§ 283 ff. einen umfangreichen Katalog spezieller Insolvenzstraftaten. Zusätzlich findet das allgemeine Strafrecht Anwendung. Besonders häufig ist etwa der Fall, dass die Gesellschaft noch Leistungen von Lieferanten in Anspruch nimmt, obwohl dem Geschäftsführer deren Zahlungsunfähigkeit bekannt ist. Ein solches Verhalten ist als sog. „Eingehungsbetrug“ strafbar gem. § 263 StGB.

Relevanz erlangt regelmäßig auch § 266a StGB, der das „Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt“ unter Strafe stellt. Dies betrifft vor allem die oben angesprochenen Fälle des Nichtabführens von Sozialversicherungsbeiträgen.

Die Einzelheiten der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Geschäftsführers würden den Rahmen dieses Skriptes sprengen. Man muss sich allerdings der Tatsache bewusst sein, dass die Staatsanwaltschaften mittlerweile schon beinahe „gewohnheitsmäßig“ im Rahmen von Insolvenzverfahren Ermittlungen gegen die jeweiligen Geschäftsführer einleiten, so dass die strafrechtliche Problematik keinesfalls unterschätzt werden darf.

Haftung der Gesellschafter

Auch Gesellschafter, die nicht Geschäftsführer sind, können u.U. von Gesellschaftsgläubigern bzw. dem Insolvenzverwalter persönlich in Anspruch genommen werden. Angesprochen seien hier nur drei Haftungsbereiche.

Vermögensvermischung

Nach dem BGH¹⁵ kommt eine persönliche Haftung von GmbH-Gesellschaftern in Betracht, wenn die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert worden ist, da dann die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung ein unverzichtbarer Ausgleich für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen sei, nicht funktionieren könne. Die persönliche Haftung soll jedoch nur denjenigen Gesellschafter treffen, der aufgrund seines Einflusses in der Gesellschaft für den Vermischungstatbestand verantwortlich ist.

Unterkapitalisierung

Der BGH vertritt in st. Rspr. die Ansicht, dass die Gesellschafter grundsätzlich nicht die Pflicht treffen, die GmbH in der Krise mit Kapitalzufuhr am Leben zu halten. Die

¹⁵ BGHZ 125, 366.

bloße Unterkapitalisierung begründet also noch keine Durchgriffshaftung der Gesellschafter¹⁶. Vielmehr muss grundsätzlich ein subjektiver Gesichtspunkt hinzukommen, der das Gesellschafterverhalten als einen Verstoß gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten kennzeichnet. So ist eine Haftung der Gesellschafter etwa dann anzunehmen, wenn sie in der Krise der GmbH zu ihren Gunsten oder zum Vorteil Dritter dem Gesellschaftsvermögen planmäßig Kapital entziehen, um die Gläubiger zu schädigen¹⁷. Relevant kann dies etwa dann werden, wenn Zahlungen an die Gesellschafter vorgenommen werden, ohne dass diese einen entsprechenden werthaltigen Anspruch gegen die Gesellschaft besitzen.

Verletzung von Kooperationspflichten

Auch in der Krise des Unternehmens bestehen die Treuepflichten der Gesellschafter fort. So können Gesellschafter zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn sie sich einem aussichtsreichen Sanierungskonzept widersetzen und hierdurch die Sanierung verhindern.

Strafbarkeitsrisiken des Sanierungsberaters

Der Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Rechtsanwalt wird in vielen Fällen meist sehr spät eingeschaltet. Im Zeitpunkt der einsetzenden Sanierungsberatung sind oft bereits Straftatbestände durch die Gesellschaftsorgane verwirklicht worden. Aus diesem Grunde besteht in dieser Phase auch ein besonderes Risiko des Sanierungsberaters, sich selbst strafbar zu machen, vor allem dann, wenn die Beratung dazu dient, eine Straftat des Mandanten zu fördern oder zu verdecken. Ein besonderes strafrechtliches Risiko besteht in den Fällen, in denen die Berater als externer Sanierer aktiv an den Sanierungsbemühungen mitwirkt.

¹⁶ BGHZ 68, 312, 316 ff.

¹⁷ BGH NJW 2002, 3024.

Der Sanierer als Täter

Gerade die Praxis zeigt, dass bei der aktiven Sanierungsberatung der Berater häufig in den Bereich der strafrechtlichen Verantwortung gelangt. Oft werden die hinter den Handlungen stehenden möglichen Straftatbestände übersehen. Im Rahmen eines Sanierungsplanes wendet sich der Berater in der Regel an alle Gläubiger, bittet diese um ein Moratorium und sagt den Gläubigern zu einem späteren Zeitpunkt eine Zahlung aus einem zur Verfügung stehenden Geldbetrag zu. Werden dann die zur Verfügung gestellten Geldmittel entgegen der Zusage des Beraters von diesem nicht entsprechend der Ankündigung an die Gläubiger ausgeschüttet, sondern zu anderen Zwecken verwendet, ist damit der Tatbestand der Untreue nach § 266 StGB erfüllt. Es ist also genauestens darauf zu achten, dass die Gelder nur im Rahmen des aufgestellten Sanierungsplans verwendet werden. Beim Scheitern des Planes (und mangels ausdrücklicher Regelungen) ist es Sache der ergänzenden Vertragsauslegung, wie das Geld verteilt werden darf und ob z.B. Honorarforderungen hiervon bestritten werden dürfen.

Die Sanierungspraxis zeigt auch, dass häufig Berater sich an die Gläubiger wenden, zunächst um Stundung der Forderungen bitten und in diesem Zusammenhang der Wahrheit zuwider das Vorhandensein von Vermögenswerten beim Schuldner vorspiegeln. Werden auf diese Weise Stundungsverträge mit den Gläubigern erreicht, so liegt der Tatbestand des Stundungsbetruges nach § 263 StGB vor.

Eine unmittelbare Täterschaft des Beraters kommt vor allem im Bereich der Buchführungs- und Bilanzdelikte der §§ 283 und 283 b StGB in Betracht. Der Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater kann in seiner Eigenschaft als Berater durchaus auch Täter eines Bankrottdelikts sein, so z. B., wenn er für den Mandanten eigenverantwortlich Buchführungs- und Finanzierungsaufgaben übernimmt und diese nicht oder nur unzulänglich ausführt. Übernimmt der Berater eigenverantwortlich Aufgaben, zu denen der Mandant, also die GmbH gesetzlich verpflichtet ist, so tritt er in die Pflichten des Mandanten ein.⁸

⁸ Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz,

Eine Strafbarkeit des Beraters wegen Insolvenzverschleppung nach den §§ 64, 84 GmbHG, 130 a, 130 b HGB als Täter kommt nur dann in Betracht, wenn der Berater als Sanierer in die Stellung des Geschäftsführers eintritt bzw. als faktischer Geschäftsführer das Unternehmen liquidiert.

Der Sanierer als Teilnehmer

Die Teilnahme an einer Straftat kommt für den Berater hauptsächlich im Bereich der Insolvenzverschleppung in Form der Anstiftung nach § 26 StGB oder der Beihilfe nach § 27 StGB in Betracht. Eingangs wurde dargestellt, dass die 3-Wochen-Frist des § 64 Abs. 1 GmbHG nur dann ausgeschöpft werden kann, wenn tatsächlich hinreichende Aussichten bestehen, das Unternehmen zu sanieren. Rät der Berater dem Schuldner trotz kaum hinreichender Aussichten einer Sanierungsfähigkeit dazu, zunächst einen außergerichtlichen Vergleich mit den Gläubigern zu versuchen und keinen Insolvenzantrag zu stellen, kommt eine Anstiftung bzw. Beihilfe zur Insolvenzverschleppung in Betracht.

In der Literatur wird vielfach die Auffassung vertreten, dass der Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater grundsätzlich nur zur steuerlichen Beratung verpflichtet ist, der Hinweis auf eine Überschuldung und die hieraus resultierende Insolvenzantragspflicht läge grundsätzlich außerhalb des Bereichs der steuerlichen Beratung. Entgegen dieser vielfach in der Literatur vertretenen Ansicht hat der BGH die generelle Straflosigkeit sogenannter „neutraler“ oder „berufstypischer“ Handlungen abgelehnt und statt dessen darauf abgestellt, ob der Gehilfenbeitrag die Haupttat objektiv fördert und der Berater in Kenntnis der wesentlichen Merkmale der Haupttat und im Forderungsbewusstsein handelt. Ob er den Erfolg lieber vermeiden würde oder sogar erklärt, er missbillige die Haupttat, soll hierbei ohne Belang sein. Der BGH fordert allerdings bei „berufstypischen neutralen“ Handlungen einengend, dem Berater müsse Kenntnis davon nachgewiesen werden, dass das Handeln des Schuldners ausschließlich auf die Begehung der strafbaren Handlung abzielt. Im Ergebnis läuft der Berater auf jeden Fall dann Gefahr, sich der Anstiftung oder Beihilfe zur In-

solvenzverschleppung strafbar zu machen, wenn er die Sanierungsberatung und die Prüfung der Überschuldung tatsächlich übernommen hat und den Geschäftsführer dann nicht deutlich darauf hinweist, unverzüglich Insolvenzantrag stellen zu müssen. Der Berater sollte daher im eigenen Interesse hier sorgfältig dokumentieren, dass er seiner Aufklärungs- und Hinweispflicht diesbezüglich nachkam.

Firmenkäufer bzw. Firmenbestatter

Seit vielen Jahren blüht das Geschäft der sogenannten Firmenbestatter. In Tageszeitungen wird damit geworben „Kaufe GmbH mit Schulden“. Diese Sachverhalte sind regelmäßig Gegenstand der Insolvenzprüfungen durch die Staatsanwaltschaften. Regelmäßig macht sich sowohl der Verkäufer als auch der Käufer der Insolvenzverschleppung, der Beitragsvorenthaltung und der Untreue schuldig. Gleiches gilt für den Berater und die Rechtsanwälte, die sich als „Notgeschäftsführer“ andienen, um den Altgeschäftsführern zu helfen „keine Insolvenz am Hals zu haben“. Sie betreiben die Liquidation, ohne den Insolvenzantragspflichten nachzukommen und verwenden die Liquidationserträge vorrangig zur Befriedigung eigener Honorarforderungen bzw. zur Reduzierung von Bankverbindlichkeiten, die regelmäßig durch Eigenkapital ersetzende Bürgschaftsleistungen gesichert sind.

Strafbare „Mantelverwendung“

In jüngster Zeit werden in der Praxis Fälle bekannt, wonach meist Rechtsanwälte und Steuerberater eine Vielzahl von GmbH's zur Eintragung beim Handelsregister anmelden. Der BGH hat in einer Grundsatzentscheidung vom 09.12.2002 entschieden, dass bei wirtschaftlicher Aktivierung einer solchen „Mantelgesellschaft“ die Gründungsvorschriften der GmbH analog anzuwenden sind, also die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG abzugeben ist. Die Fragen der zivilrechtlichen Haftung sind in diesem Bereich in vielen Teilen ungeklärt. Im Hinblick auf die strafrechtliche Relevanz kommt hier eine Strafbarkeit nach § 82 GmbHG in Betracht.

Grundzüge des Anfechtungsrechts

Ziel und Überblick über die Insolvenzanfechtung

Ziel der Insolvenzanfechtung ist es, verschobenes Vermögen zugunsten sämtlicher Insolvenzgläubiger zurückzuholen. Der Anfechtungsanspruch, den der Insolvenzverwalter mittels Klage geltend machen kann, geht mithin auf die Rückgewähr in die Masse. Eine erfolgreiche Insolvenzanfechtung setzt voraus, dass eine vor oder in den Fällen des § 147 InsO nach Verfahrenseröffnung erfolgte Rechtshandlung zu einer Benachteiligung der Insolvenzgläubiger führt, zwischen Rechtshandlung und Benachteiligung ein Zurechnungszusammenhang besteht und der Vorgang einer der in den §§ 130 – 136 InsO genannten Tatbestände erfüllt.

Liegen diese Erfordernisse vor, kann der Insolvenzverwalter innerhalb einer Frist von zwei Jahren seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens diese Ansprüche geltend machen. Aus der Sicht des Beraters ist es wichtig zu wissen, welche Handlungen und Zahlungen der Schuldner in der Krise noch leisten kann und welche Haftungsfolgen sich hieraus gegebenenfalls ergeben können. Eine umfangreiche Aufklärung und Beratung setzt die Kenntnis der Grundzüge des Anfechtungsrechts voraus.

Bei der Beratung des Schuldners in der Krise stellt sich auch immer wieder die Frage, ob die Bezahlung des in Rechnung gestellten Honorars eine Gläubigerbegünstigung darstellt und die Honorarzahlung an den Berater durch den Insolvenzverwalter anfechtbar ist.

Allgemeine Voraussetzungen der Anfechtung

Rechtshandlung

Gegenstand jeder Anfechtung ist eine Rechtshandlung, wobei es sich dabei nicht notwendigerweise um eine solche des Schuldners handeln muss. Rechtshandlung im Sinne der insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften ist jedes Handeln, das eine rechtliche Wirkung auslöst, wozu Verfügungen, Willenserklärung und rechtsgeschäftliche Handlungen einschließlich Zwangsvollstreckungsakte gehören. Auch das bewusste und gewollte Unterlassen rechtlich gebotenen Handelns ist anfechtbar.

Gläubigerbenachteiligung

Eine Anfechtung nach §§ 129 InsO ff. kommt nur in Betracht, wenn die Insolvenzgläubiger in ihrer Gesamtheit durch die Rechtshandlung objektiv benachteiligt werden. Entscheidend ist damit, dass sich die Befriedigungsmöglichkeit der Insolvenzgläubiger ohne jene Rechtshandlung günstiger gestaltet hätte.⁹

Die Rechtshandlung muss das zur Befriedigung dienende Haftungsvermögen im Sinne von § 35 InsO, also die sogenannte Insolvenzmasse betreffen. Handlungen, die sich auf schuldnerfremdes, unpfändbares Vermögen beziehen oder auf nicht werthaltige Gegenstände, wie etwa die Übertragung eines über den Verkehrswert hinaus belasteten Grundstücks, sind daher nicht anfechtbar.

Die einzelnen Anfechtungstatbestände der Insolvenzordnung unterscheiden weiterhin zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung. Bei einer unmittelbaren Benachteiligung sind Vor- und Nachteile festzustellen, die mit der Rechtshandlung selbst ohne Hinzutreten weiterer Umstände im Vermögen des Schuldners eingetreten sind. Der Nachteil muss also unmittelbar durch das Rechtsgeschäft verursacht worden sein, wie etwa die Veräußerung von Ware unter Wert oder der Kauf zu einem überhöhten Preis.¹⁰

Bei der mittelbaren Benachteiligung genügt es, dass zu der Rechtshandlung ein Umstand hinzugetreten ist, der die Gläubigerbenachteiligung auslöst. Dies ist etwa anzunehmen, wenn zwar zur Zeit der Veräußerung eines Gegenstandes eine gleich

⁹ BGH 1987, 305; 1989, 785, 786

¹⁰ BGH ZIP 1995, 1021, 1022

fällige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners geflossen ist, dieser Gegenstand jedoch danach in Verlust geraten ist, weil z. B. der Schuldner einzelne Gläubiger befriedigt hat oder das Geld für sich verwendete oder beiseite schaffte.

Die Anfechtung kongruenter Deckungen

Der § 130 InsO regelt die Anfechtbarkeit einer den Gläubigern gebührenden kongruenten Sicherung oder Befriedigung. Das bedeutet dass § 130 InsO erfordert, dass der Gläubiger die Leistung überhaupt und in dieser Art und zu dieser Zeit zu beanspruchen hat. Im Interesse der Gleichbehandlung aller Gläubiger entfällt der Vertrauensschutz des Gläubigers, dass er die ihm zustehende Leistung behalten darf, wenn er wusste, dass die Krise eingetreten war. Die Anfechtung nach § 130 InsO setzt daher voraus, dass neben dem objektiven Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit bzw. dem Eröffnungsantrag der Anfechtungsgegner hiervon Kenntnis haben muss. Eine solche Kenntnis wird etwa dann vermutet, wenn der Gläubiger weiß, dass der Schuldner seine Geschäftsräume geschlossen hat, sich um Stundung oder Erlass bemüht oder er den Gläubiger darauf hingewiesen hat, dass Maßnahmen in der Zwangsvollstreckung fruchtlos verlaufen sind. So hat etwa die Bank Kenntnis, wenn sie den Kontokorrentkredit des Insolvenzschuldners reduziert oder unter Androhung von Zwangsmitteln die Rückzahlung des Kredits verlangt.

Anfechtung inkongruenter Deckungen

Nach § 131 InsO sind Rechtshandlungen anfechtbar, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht haben, die dieser nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit beanspruchen konnte. Dieser Anfechtungstatbestand ist hinsichtlich seiner weiteren subjektiven und objektiven Voraussetzungen leicht erfüllt, da der Insolvenzgläubiger eben aufgrund der Inkongruenz weniger schutzwürdig ist. Ist eine Befriedigung innerhalb des ersten Monats vor dem Eröffnungsantrag erfolgt, sind keine weiteren objektiven und subjektiven Voraussetzungen erforderlich. Bei einer Befriedigung innerhalb der letzten drei Monate vor Verfahrenseröffnung wird entweder die bloße objektive Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 InsO verlangt oder subjektiv – die Kenntnis des Gläubigers von der Benachteiligung oder der Umstände, die zwingend auf eine solche schließen lassen.

Nicht in der Art hatte der Gläubiger die Befriedigung zu beanspruchen, wenn ihm anstelle der Leistung, die er zu fordern hat, etwas an Erfüllung Statt oder erfüllungshalber gegeben wird. Inkongruente Handlungen sind damit etwa die Abtretung von Forderungen, wenn statt Bezahlung Waren hingegeben werden oder wenn statt der vereinbarten Zahlungsweise ein Scheck etwa von einem Kunden an den Gläubiger weitergereicht wird.

Nicht zu der Zeit ist die Forderung zu beanspruchen, wenn sie nicht fällig ist. Dabei ist insbesondere hinsichtlich der Beurteilung der Fälligkeit immer besonderes Augenmerk auf die jeweiligen vertraglichen Regelungen oder die gesetzlichen Vorschriften zu richten. Anlass hierzu gibt eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2002.¹¹ Danach ist die Zahlung von Abschlagsforderungen im Rahmen eines Bauvertrages inkongruent, falls kein vertraglicher Anspruch hierauf besteht, etwa beim BGB Bauvertrag, soweit § 632 a BGB nicht eingreift. Auch inkongruent ist die Zahlung einer nicht prüfaren Abschlagsrechnung. Nach den einschlägigen Vorschriften der VOB muss der Abschlagsrechnung eine prüfbare Aufstellung der erbrachten Leistungen beigefügt sein. Ist dies nicht der Fall und wird hierauf eine Zahlung geleistet, kann diese vom Insolvenzverwalter zurückgefordert werden.¹² Auch Direktzahlungen des Auftraggebers gemäß § 16 Nr. 6 VOB an Nachunternehmer sind nach ständiger Rechtsprechung inkongruent.

Für den Bereich der Zwangsvollstreckungen ist in jüngster Zeit mehrfache entschieden worden, dass eine Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger auf eine fällige Forderung zur Vermeidung einer unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung gewährt hat, stets eine inkongruente Deckung darstellen soll. Damit ist nicht nur die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung, sondern auch Leistung zur Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung anfechtbar.¹³

¹¹ ZIP 2002, 1408

¹² ZIP 2003, 356

¹³ ZIP 2003, 1304

Auch die Drohung mit einem Insolvenzantrag und die hierauf geleistete Zahlung ist stets inkongruent und damit anfechtbar. Hierbei ist darauf zu achten, dass, soweit der Gläubiger tatsächlich mit einem Insolvenzantrag droht, dies natürlich ein offensichtliches Indiz ist, dass hier beiden Parteien die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bekannt ist und sie eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger zumindest billigend in Kauf nehmen. Dieser Sachverhalt fällt auch unter die sogenannte Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO. Danach sind Rechtshandlungen anfechtbar, die in den letzten 10 Jahren vorgenommen wurden.

Verrechnungen im Kontokorrent

Die Kontokorrentverrechnung einer Gutschrift stellt insoweit dann eine kongruente Deckung dar, als die Bank einen aufrechenbaren fälligen Zahlungsanspruch hat. Dies bestimmt sich danach, in welchem Umfang die Bank nach der zugrunde liegenden Geschäftsverbindung die Rückführung des Debets verlangen konnte. Ist die dem Schuldner eingeräumte Kreditlinie noch nicht ausgeschöpft, hat die Bank grundsätzlich keinen Anspruch auf Rückführung, so dass dann eine inkongruente Deckung vorliegt. Nur dann, wenn dem Schuldner kein Kontokorrent eingeräumt, oder der eingeräumte Kreditrahmen überzogen wurde, stellt die Einlösung einer Gutschrift eine kongruente Deckung dar. Kongruenz liegt auch dann vor, wenn die Bank den eingeräumten Kontokorrentkredit kündigte, wobei sich dann natürlich im Rahmen einer Anfechtung nach § 130 InsO die Frage stellt, warum die Bank die Kündigung aussprach. Hier wird man wohl zu dem Ergebnis kommen, dass der Bank zum Zeitpunkt der Kündigung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bekannt war. Damit ist eine Anfechtbarkeit gegeben.

Im Rahmen der Kontokorrentverrechnungen ist zu beachten, dass ein sogenanntes unanfechtbares Bargeschäft im Sinne des § 142 InsO vorliegen kann. Ein solches Bargeschäft liegt im Falle des laufenden Zahlungsverkehrs auf einen debitorisch geführten Girokonto dann und in dem Umfang vor, in dem Gutschriften im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang gleichzeitig auch Belastungen des Kontos gegenüberstehen.¹⁴

¹⁴ BGH in ZIP 2366

In der Beratungspraxis ist oft festzustellen, dass Geschäftsführer, die in der Regel für die ausgereichten Kredite bei der Bank persönlich gebürgt haben, versuchen, trotz hoher Zahlungseingänge in der Krise die Auszahlungen bei drohender Insolvenz zu minimieren und damit den Kontokorrent zurückzuführen. Auch wenn gegebenenfalls eine Anfechtbarkeit mangels Kenntnis der Bank von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und aufgrund der vorgegebenen Zeitschienen der besonderen Anfechtungstatbestände der Insolvenzordnung ausscheidet, verbleibt eine Haftung des Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 GmbHG. Abgesehen davon steht hier auch der Straftatbestand der Gläubigerbegünstigung nach § 283 c StGB im Raum.

Anfechtbarkeit von Honorarzahlungen

Eine Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn für die Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt ist. Dann liegt ein sogenanntes unanfechtbares Bargeschäft im Sinne des § 142 InsO vor. Die geforderte Gleichzeitigkeit im Sinne dieser Vorschrift ist im Hinblick auf die Vergütung des Beraters dann gegeben, wenn das angemessene Honorar versprochen und gezahlt wird und die gewünschte Arbeit nicht von vornherein erkennbar aussichtslos und wirtschaftlich unzweckmäßig erscheint. Die im Rahmen der Krisenberatung gezahlten Honorare sind deshalb regelmäßig gleichwertig. Es ist zu beachten, dass die Leistungen in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang ausgetauscht werden müssen. Das bedeutet für den Berater in der Krise, dass er seine Beratungsleistungen sehr zeitnah abrechnen muss. Wörtlich ausgelegt bedeutet dieses Tatbestandsmerkmal Zug-um-Zug. Die Rechtsprechung toleriert hier aber Zeiträume von 2 bis 3 Wochen. Der BGH hat in seinem Urteil vom 18.07.2002 entschieden, dass die Zahlung des Honorars des anwaltlichen Beraters im Rahmen von Sanierungsbemühungen 2 Monate nach Fälligkeit und nach Zahlungseinstellung erfolgte, anfechtbar sei.¹⁵

¹⁵ ZInsO 2002, 876

Eigenkapitalersatzrecht und Anfechtung der Rückgewähr bei kapitalersetzenden Darlehen

Allgemein

Ist ein eigenkapitalersetzendes Darlehen während der Krise der Gesellschaft an den Gesellschafter zurückgezahlt worden, so kann der Insolvenzverwalter sowohl nach § 135 Nr. 2 InsO als auch nach § 32 a, 32 b GmbHG anfechten, sobald das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Der Insolvenzverwalter kann aber auch nach den Grundsätzen des sogenannten „Rechtsprechungsdarlehens“ Ansprüche nach § 30, 31 GmbHG im laufenden Insolvenzverfahren gegenüber den Gesellschaftern geltend machen. Wurde also die Auszahlungssperre des § 30 GmbHG nicht beachtet und tatsächlich die an sich Eigenkapital ersetzende Leistung an den Gesellschafter zurückgewährt, kann der Insolvenzverwalter diesen Erstattungsanspruch wegen der bezogenen Leistung nach § 31 GmbHG im Insolvenzverfahren geltend machen. Zu beachten ist, dass auch gegenüber diesen geltend gemachten Zahlungsansprüchen das Aufrechnungsverbot des Gesellschafters gemäß § 19 Abs. 2 GmbHG gilt.¹⁶ Ist der Erstattungsanspruch der GmbH aus § 31 Abs. 1 GmbHG gegen einen Gesellschafter uneinbringlich, so gilt auch hier die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG und zwar im Verhältnis zu ihrer Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft.

Innerhalb der Insolvenz ist weiterhin zu beachten, dass anders als nach den sogenannten „Rechtsprechungsregeln“ die insolvenzrechtlichen Erstattungsansprüche die gewährte Auszahlung in voller Höhe erfassen.¹⁷

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Bundesgerichtshof seine frühere Rechtsprechung aufgab, wonach der Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG wegfallen würde, wenn und soweit das Stammkapital später durch Gewinne, Auflösung von Rückstellungen oder auf andere Art und Weise aufgefüllt werde. Das bedeutet, auch wenn eine etwaige Unterbilanz beseitigt sein sollte, nach wie vor nach § 31 Abs. 1 GmbHG die Einlageschuld des Gesellschafters bestehen bleibt.¹⁸

¹⁶ BGH in ZInsO 2001, 264 f.

¹⁷ Hommelhoff/Goette, Eigenkapitalersatzrecht, Rdnr. 153

¹⁸ BGH in ZInsO 2453

Es bleibt festzuhalten, dass immer dann, wenn der Gesellschafter mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen tritt, nicht unerhebliche wirtschaftliche Risiken für diesen bestehen. Hat der Gesellschafter in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, statt dessen ein Darlehen gewährt, so kann der Gesellschafter den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur als nachrangige Insolvenzforderung geltend machen. Im Ergebnis wird also das eigenkapitalersetzende Darlehen wie unmittelbar anhaftendes Eigenkapital behandelt. Bei erfolgter Rückzahlung des Darlehens in der Krise kann der Betrag vom Insolvenzverwalter neu eingefordert werden.

Eigenkapitalersetzende Tatbestände

7.2.1. Stehenlassen von Gesellschafterdarlehen

Auch das Stehenlassen eines Darlehens in der Krise führt gleichermaßen zum Eigenkapitalersatz. Ausreichend ist, dass der Gesellschafter in der Krise hätte erkennen und somit reagieren können. Nach der Rechtsprechung kann der Gesellschafter die Bindungswirkung im Eigenkapital nur dadurch vermeiden, dass er die Gesellschaft bereits vor Eintritt der Krise liquidiert oder binnen einer angemessenen Überlegungsfrist Insolvenzantrag stellt.¹⁹ Zum Eigenkapitalersatz führt auch die Stundung eines Rückzahlungsanspruches. Wenn das Darlehen zur Rückzahlung fällig war und es prolongiert wird, ist der Tatbestand des Stehenlassens erfüllt. Gleiches gilt für die Rücknahme einer ausgesprochenen Kündigung.²⁰

Es bleibt festzuhalten, dass der Gesellschafter, der die Krisensituation erkennt, innerhalb der Frist des § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entscheiden muss, ob er der kreditunwürdig gewordenen GmbH das Darlehen belassen will. Auch wenn im Darlehensvertrag kein außerordentliches Kündigungsrecht geregelt ist, ist dem Gesellschafter in dieser Situation nach allgemeinen Grundsätzen ein außerordentliches Kündi-

¹⁹ BGH in ZIP 1994, Seite 1934, ZIP 1995, 23

²⁰ BGHZ, 81, 311, 317 f.

gungsrecht zuzugestehen. Von diesem muss er Gebrauch machen, um die Eigenkapital ersetzende Wirkung zu verhindern.

7.2.2. Sicherheiten

Die Eigenkapitalersatzregelungen gelten auch für Sicherheitsgewährungen wie Bürgschaften und Grundschulden. Das bedeutet, dass sich die Banken in der Insolvenz der GmbH zunächst am Sicherungsgeber schadlos halten müssen, da sie nur in Höhe des dortigen Ausfalls am Insolvenzverfahren der GmbH teilnehmen. In der Höhe der nicht in Anspruch genommenen Sicherheit ist nach den Eigenkapitalersatzregeln Zahlung an die Insolvenzmasse zu leisten.

7.2.3. Eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung

Die Eigenkapital ersetzende Nutzungsüberlassung kann in den unterschiedlichsten Formen vorkommen. So findet man diese häufig bei Betriebsaufspaltungen in der Form, dass die Besitzgesellschaft Anlagevermögen an die Betriebsgesellschaft vermietet bzw. verpachtet. Auch sonstige Miet- und Überlassungsverträge zwischen Gesellschaft und Gesellschafter werden von der Eigenkapital ersetzenden Nutzungsüberlassung erfasst.

Gerade in diesem Bereich sollte der steuerliche Berater im Rahmen der Beratung deutlich auf die möglichen Risiken einer Betriebsaufspaltung im Falle der Krise und der Insolvenz hinweisen. Aus der Sicht des steuerlichen Beraters besteht hier eine erhebliche Haftungsrelevanz. Schon im eigenen Interesse sollte hier eine ausreichende Dokumentation erfolgen. Bei der Beurteilung, ob eine Eigenkapital ersetzende Nutzungsüberlassung vorliegt, wird das Merkmal der Kreditunwürdigkeit bei der Beurteilung von Eigenkapital ersetzenden Darlehen durch das Kriterium der Überlassungsunwürdigkeit ersetzt. Es ist also zu fragen, ob kein vernünftiger Dritter der Gesellschaft den Gegenstand zur Nutzung zu den selben Bedingungen, wie es der Gesellschafter getan hat, überlassen hätte.

Erkennt der Gesellschafter die Krise oder konnte er sie erkennen, muss er unverzüglich das Überlassungsverhältnis beenden und den Gegenstand herausverlangen, damit die Eigenkapitalersatzregeln nicht zur Anwendung kommen.²¹

Oft bestehen langfristige Miet- bzw. Pachtverträge zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft, die nur eine sehr langfristige Kündigungsmöglichkeit vorsehen. Es stellt sich die Frage, ob der Gesellschafter in der Krise ein Recht hat bzw. dazu verpflichtet ist, den Vertrag außerordentlich zu kündigen bzw. einen Beschluss herbeizuführen, gegebenenfalls auch gegen den Willen der Mitgesellschafter und unter Entzug der zur Verfügung gestellten Mitteln die Gesellschaft zu liquidieren. Im Hinblick auf § 112 InsO wird man zu dem Ergebnis kommen, dass ein Eigenkapitalersatz dann ausscheidet, wenn der Vertrag nach allgemeinen schuldrechtlichen Regelungen nicht kündbar war. Im Hinblick auf die nunmehr tendenziell im Schrifttum vertretene Auffassung, wonach auf jeden Fall außerordentlich zu kündigen sei, ist aus Sicht des Beraters daher vorsorglich zu einer außerordentlichen Kündigung vor Insolvenzantragstellung zu raten.

Liegt eine eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung vor, führt dies dazu, dass der Gesellschafter auch während des laufenden Insolvenzverfahrens die Nutzung kostenlos dem Insolvenzverwalter überlassen muss. Dies umfasst auch die Zahlung der Nebenkosten.

Vermieten mehrere Miteigentümer ein Grundstück an eine GmbH, an welcher nur einer als Gesellschafter beteiligt ist, und stellt die Vermietung für ihn eine eigenkapitalersetzende Gesellschaftshilfe dar, so müssen sich die Miteigentümer die mit Rücksicht auf das eingreifende Eigenkapital Ersatzregeln fehlende Durchsetzbarkeit der Mietzinsforderung in der Höhe entgegenhalten lassen, die der internen Berechtigung des Gesellschafters an dem Mietzinsanspruch entspricht.²²

²¹ ZIP 1994, 1183

²² BGH in ZIP 1997, 1375

LIEB.Rechtsanwälte

Apothekergasse 2
91054 Erlangen
www.lieb-online.com

Stefan Förtsch

- Geboren am 26.9.1968 in Kronach
- Jurastudium an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen
- Rechtsanwalt seit Juni 1999 in Nürnberg
- DAA-geprüfter Absolvent des Spezialisierungslehrgangs Baurecht
- Syndicusanwalt einer bundesweit tätigen Baugruppe
- 2003 Fachanwaltslehrgang für Insolvenzrecht (Münchener Fachkolleg für
- Insolvenzrecht)
- 2002-2005: RA in renommierter mittelständischer Kanzlei
- Zulassungen:
Landgericht Nürnberg-Fürth
Oberlandesgericht Nürnberg
- Sprachen: Englisch, Französisch
- Tätigkeits-/ Interessenschwerpunkte
Privates Baurecht
Insolvenzrecht
Arbeitsrecht
Vertragsrecht

**Dr. Christopher Lieb, LL.M.Eur., Fachanwalt für Steuerrecht**

- Geboren am 16.02.1973 in Würzburg
- Jurastudium in Erlangen
- Rechtsanwalt seit Dezember 1999
- Promotion 2001 an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg bei Prof. Dr. Veelken (Thema: "Die Anwendung der Artikel 81 und 82 EGV durch das Bundeskartellamt")
- Fachanwalt für Steuerrecht 2004
- 2001-2004 Postgraduiertenstudiengang im europ. Wirtschaftsrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg (Master of European Law LL.M.Eur.)
- Fachanwalt für Steuerrecht seit Februar 2004
- Zulassungen
Landgericht Nürnberg-Fürth
Oberlandesgericht Nürnberg
- Mitgliedschaften
Deutsche Landesgruppe der Internationalen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz e.V. (AIPPI)
Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.
Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. (DGRI)
- Sprachen: Englisch, Französisch, Italienisch
- Tätigkeits-/ Interessenschwerpunkte



Wettbewerbs- und Markenrecht
Gesellschafts- und Steuerrecht
Bankrecht

20.6.2005