

Geschäftsführerhaftung – Neues aus Karlsruhe zur Zahlungsunfähigkeit

Überblick

Mit Urteil vom 19. Dezember 2017 (Az. ZR 88/16) hat sich der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs grundlegend zu wesentlichen Anforderungen der Zahlungsunfähigkeit iSd. § 17 Abs. 2 S. 1 InsO geäußert und dabei für Geschäftsführer in der Krise wichtige Leitlinien aufgestellt bzw. konkretisiert:

Anlass für die Entscheidung war die Klage eines Insolvenzverwalters gegen den Geschäftsführer wegen verbotener Auszahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 64 GmbHG).

In diesem Grundsatzurteil setzen sich die Richter des höchsten deutschen Zivilgerichts erstmals ausdrücklich mit der umstrittenen Frage auseinander, ob künftige, innerhalb von drei Wochen fällig werdende Verbindlichkeiten in der Liquiditätsbilanz unberücksichtigt bleiben dürfen (sog. "Bugwellentheorie").

Zudem wird die Darlegungs- und Beweislast für die Geschäftsführung konkretisiert, wenn sie bestimmte Passivpositionen in der Liquiditätsbilanz unberücksichtigt lassen möchte. Schließlich wird insbesondere beleuchtet, inwieweit Darlehensrückzahlungsansprüche gegen verbundene Unternehmen im Rahmen der Aktiva der Liquiditätsbilanz berücksichtigt werden können.

Das Wichtigste in Kürze:

- Die sog. Bugwellentheorie ist abgelehnt: In der Liquiditätsbilanz zur Prüfung der Zahlungsunfähigkeit sind auch die in den drei Wochen nach dem Stichtag hinzukommenden und fällig werdenden Verbindlichkeiten (Passiva II) zu berücksichtigen.
- Legt der Insolvenzverwalter die Zahlungsunfähigkeit mit einer Liquiditätsbilanz auf Basis der Buchhaltung der Gesellschaft dar, so kann der Geschäftsführer dies nicht pauschal mit dem Argument einer nicht ordnungsgemäßen Buchhaltung bestreiten. Ihn trifft die Darlegungs- und Beweislast, welche Verbindlichkeiten nicht fällig und eingefordert gewesen sind. Dabei ist eine Verbindlichkeit, die als "fällig" in der Buchhaltung geführt wird, grundsätzlich als "ernsthaft eingefordert" zu bewerten.
- Eine Intercompany-Forderung ist in der Liquiditätsbilanz nur als liquides Mittel zu berücksichtigen, wenn eine Zahlung innerhalb des Drei-Wochen Zeitraums hinreichend wahrscheinlich ist und der (spätere Insolvenz-)Schuldner auch tatsächlich gewillt und konkret in der Lage ist, innerhalb von drei Wochen gegen das verbundene Unternehmen zu verwerfen.

Das Urteil im Detail

HINTERGRUND DER ENTSCHEIDUNG

Ein Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen, § 17 Abs. 2 S. 1 InsO. Übersteigen die Zahlungspflichten tatsächlich die Zahlungsmittel, spricht man von einer sog. Liquiditätslücke. Laut ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt zudem: Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10 Prozent oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist (BGH, Urt. v. 24.05.2005 - IX ZR 123/04, NZI 2005, 547).

Um die Liquiditätslücke zu ermitteln, hat es sich etabliert, eine Liquiditätsbilanz aufzustellen, die die verfügbaren liquiden Mittel den fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten gegenüberstellt. Dabei sind auf der Aktivseite neben den am Stichtag verfügbaren Zahlungsmitteln (Aktiva I) auch die innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel (Aktiva II) einzubeziehen. Auf der Passivseite sind jedenfalls die am Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten (Passiva I) einzubeziehen. Daneben war es streitig, ob auf der Passivseite auch Verbindlichkeiten einzubeziehen sind, die innerhalb von drei Wochen ab dem Stichtag fällig und eingefordert werden (Passiva II).

STREIT UM DIE ERFASSUNG ZUKÜNFTIGER VERBINDLICHKEITEN

Hintergrund der Problematik ist, dass bei der Berechnung von Zahlungspflichten grundsätzlich ein striktes Stichtagsprinzip gilt (vgl. Uhlenbruck/Mock, 14. Aufl. 2015, § 17 Rn. 84). Die bisherige Rechtsprechung war zu der Frage der Berücksichtigung von Passiva II nicht eindeutig. So konnte bspw. argumentiert werden, dass alle im relevanten Drei-Wochen-Zeitraum hinzukommenden Verbindlichkeiten nicht berücksichtigt werden müssen, denn die verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel "sind in Beziehung zu setzen, zu den am Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten" (vgl. BGH 24.05.2005 – IX ZR

123/04, NZI 2005, 547 (548)). Einen expliziten Hinweis auf die innerhalb von drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten enthielt das Urteil nicht. Das OLG Hamburg hatte in einer Entscheidung im Jahr 2009 die Einbeziehung von Passiva II in die Liquiditätsbilanz abgelehnt (OLG Hamburg, Urt. v. 29.04.2009 – 11 U 48/08, BeckRS 2009, 25496).

In der Literatur wurde eine Nicht-Einbeziehung allerdings vielfach kritisiert (statt vieler Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl., vor § 64 Rn. 15;

Uhlenbruck/Mock, InsO, 14. Aufl., § 17 Rn. 85 jeweils mwN).

Bleiben die Passiva II bei der Ermittlung einer Liquiditätslücke außen vor, so besteht die Möglichkeit diese

Verbindlichkeiten bei einer wiederholt vorzunehmenden Liquiditätsprüfung "vor sich her zu schieben". Daher wurde das Phänomen unter dem Begriff Bugwellentheorie bzw. Bugwelleneffekt diskutiert.

ENTSCHEIDUNG GEGEN DEN SOG. "BUGWELLENEFFEKT"

In der aktuellen Entscheidung hat sich der Bundesgerichtshof nun eindeutig festgelegt und entschieden, dass ein "vor sich herschieben" von Verbindlichkeiten nach der Bugwellentheorie unzulässig ist. Die Verbindlichkeiten der Passiva II sind bei der Berechnung der Liquiditätslücke mit einzubeziehen. Dies hat zur Folge, dass ein Geschäftsführer im Liquiditätsstatus auch die in den drei Wochen nach dem Stichtag hinzukommenden und fällig werdenden Verbindlichkeiten berücksichtigen muss.

Zur Begründung führt das Gericht an, dass die Gesetzgebungsmaterialien zu § 17 InsO eine Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nahelegen, die nicht rein stichtagsbezogen ist. Es sei Ziel des Gesetzgebers gewesen, mit der Insolvenzordnung eine frühzeitigere Verfahrenseröffnung zu erreichen, um die Sanierungsmöglichkeiten zu verbessern und die Insolvenzmasse weitgehend zu erhalten. Eine "Bugwelle" widerspreche dem erklärten Ziel der Insolvenzordnung, durch frühzeitige Verfahrenseröffnung eine geordnete und gleichmäßige Befriedigung

aller Gläubiger sicherzustellen und Schuldner mit erheblichen Liquiditätsschwierigkeiten von der Teilnahme am Rechts- und Geschäftsverkehr auszuschließen.

Die Berücksichtigung der Passiva II sei nach Ansicht der Richter auch konsequent und nicht unbillig, da auf der Aktivseite der Schuldner von der Berücksichtigung der Aktiva II profitiere. Andernfalls würde die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit zeitlich verzerrt und Aktiv- und Passivseite würden künstlich unterschiedlich behandelt werden.

In einem Zeitfenster von drei Wochen seien Prognosen bereits mit "erforderlicher Sicherheit" möglich, insbesondere da Forderungen im Geschäftsverkehr oft kalendermäßig bestimmt sind. Daher bestehe keine Gefahr, dass Verfahren fehlerhaft wegen einer unrichtigen Prognose eröffnet werden würden.

BEWEISLAST FÜR DIE QUALIFIZIERUNG VON VERBINDLICHKEITEN

Darüber hinaus hat der II. Zivilsenat auch den Umfang der Darlegungs- und Beweislast eines Geschäftsführers im Rahmen der Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG in mehrfacher Hinsicht konkretisiert. Da Verbindlichkeiten, die nicht fällig bzw. gestundet oder nicht ernsthaft eingefordert sind, für die Frage der Zahlungsunfähigkeit irrelevant und daher nicht Bestandteil der Liquiditätsbilanz sind, liegt es im Entlastungsinteresse eines Geschäftsführers Verbindlichkeiten als solche zu

qualifizieren. Falls Verbindlichkeiten aber einzeln in der Buchhaltung des Schuldners als Verbindlichkeiten geführt werden, hat der Bundesgerichtshof für den Geschäftsführer insoweit nun hohe Hürden aufgestellt:

Eine vom Insolvenzverwalter aufgestellte Liquiditätsbilanz, die auf der Buchführung der Gesellschaft beruht, kann nicht durch die pauschale Behauptung des Geschäftsführers bestritten werden, dass die Buchführung nicht ordnungsgemäß geführt worden sei. Diesbezüglich

muss der Geschäftsführer im Einzelnen vortragen und ggf. beweisen, dass die Buchhaltung unrichtig war.

Sollen insbesondere gestundete Verbindlichkeiten nicht mit einbezogen werden, reicht eine pauschale Behauptung der Stundung nicht aus. Vielmehr muss der Geschäftsführer eine umfassende Dokumentation für jede Verbindlichkeit vornehmen, um der Vermutungswirkung, die von einer gebuchten Verbindlichkeit ausgeht, entgegenzuwirken.

Für die Frage, ab wann Verbindlichkeiten als "ernsthaft eingefordert" gelten, hat der BGH klargestellt, dass insbesondere Löhne, Sozialversicherungsbeiträge oder

Darlehensraten als ernsthaft eingefordert zu berücksichtigen sind, ohne dass es einer Rechnung oder sonstigen Einforderungshandlung bedarf. Diesbezüglich wird auf bisherige Rechtsprechung verwiesen. Im Übrigen ist eine Verbindlichkeit auch ohne Rechnung als ernsthaft eingefordert zu bewerten, wenn sie als "fällig" in der Buchhaltung der Gesellschaft geführt wird.

Das Urteil lässt hier klar eine gläubiger- und masseschützende Tendenz erkennen, denn die Richter führen aus, dass die Anforderungen an den Vortrag eines Klägers, also des Insolvenzverwalters, nicht "überspannt" werden dürften.

AKTIVIERBARKEIT KURZFRISTIGER FORDERUNGEN

Schließlich hat der BGH in der Entscheidung auch einen Hinweis zur Frage gegeben, ob und wie kurzfristige Zahlungsmittel für die Zwecke einer Liquiditätsbilanz aktivierbar sind. Für Forderungen, die einem Schuldner gegen ein verbundenes Unternehmen zustehen, hat der II. Zivilsenat auf die grundsätzliche Zahlungsbereitschaft und -fähigkeit des Debtors verwiesen. Der verklagte Geschäftsführer wollte im konkreten Fall geltend machen, dass seiner Gesellschaft ein werthaltiger Darlehensrückzahlungsanspruch gegen ein verbundenes Unternehmen zustehe, welcher jederzeit geltend gemacht werden könne. Die Forderung sollte daher in voller Höhe in der Liquiditätsprüfung berücksichtigt werden.

Nach dem Hinweis der Richter soll ein Darlehensrückzahlungsanspruch gegen ein verbundenes Unternehmen jedoch nicht ohne weiteres in den Aktiva II zu verbuchen sein, da die Realisierbarkeit von der Zahlungsbereitschaft und -fähigkeit des Darlehensnehmers abhängt. Eine Forderung wäre dann zu berücksichtigen, wenn mit

hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Zahlung innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums zu erwarten bzw. einzuziehen ist (mit Verweis auf bisherige Rechtsprechung).

Interessant ist dabei auch, dass der Bundesgerichtshof für die Aktivierbarkeit nicht ausschließlich auf das verbundene Unternehmen abstellt, sondern bei der Bewertung eines Darlehensrückzahlungsanspruch gegenüber verbundenen Unternehmen den allgemeinen Grundsatz betont, dass verwertbare Vermögensgegenstände nur dann als liquide Mittel berücksichtigt werden dürfen, wenn der (spätere Insolvenz-)Schuldner gewillt und konkret in der Lage ist, sie innerhalb von drei Wochen zu verwerten.

Ein Geschäftsführer muss demnach auch darlegen und beweisen, dass er konkret fähig und gewillt war, gegen eine andere Konzerngesellschaft vorzugehen.

Erste Einschätzung aus Sicht der Sanierungspraxis

Durch die Entscheidung gegen die Bugwellentheorie schafft der Bundesgerichtshof zu diesem lange streitigen Thema Klarheit. Als Folge dieses Urteils – und dies ist von den Richtern ausdrücklich gewollt – wird in Zukunft in bestimmten, durchaus praxisrelevanten Fällen ein Insolvenzantrag bereits zu einem früheren Zeitpunkt kaum vermeidbar sein und – dies ist eher eine mittelbare, aber für die Beratungspraxis entscheidende Folge – der Geschäftsführer und andere Beteiligte werden in der Krise (erneut) ein Stück näher an ein persönliches Haftungsrisiko gerückt.

Für die Zukunft wird deutlich, dass es zur Minderung etwaiger Haftungsrisiken für geschäftsführende Organe in der Krise einer umfassenden Dokumentation bedarf. Sich auf die nicht ordnungsgemäße Buchhaltung zu berufen, ist für Geschäftsführer (auch wenn sie erst im Zusammenhang der Krise an Bord gekommen sind und hinsichtlich der Buchhaltung insoweit also kein historisches Wissen haben können) genauso unzureichend, wie

sich pauschal auf Stundungsabreden zu berufen. Schließlich sollten die in der Krisensituation beteiligten Parteien sicherstellen, dass die in der Liquiditätsrechnung enthaltenen Aktiva II stets durch eine sorgfältige, präventive Dokumentation unterlegt sind. Damit sollte der Nachweis leicht fallen, dass die enthaltenen Forderungen auch tatsächlich werthaltig und durchsetzbar waren.

Herausfordernd könnte es für Geschäftsführer werden, darzulegen, dass sie tatsächlich fähig und willens waren, gegen ein verbundenes Unternehmen vorzugehen. Unter Berücksichtigung des vorgestellten Urteils dürften die Anforderungen an diesen Beweis in der Tendenz eher hoch als niedrig sein.

Abschließend ist zu beobachten, ob sich der IX. Zivilsenat des BGH (als sog. Insolvenzenrat) sich der rechtlichen Einschätzung anschließen wird. Dennoch ist für die Beratungspraxis kein Spielraum mehr gegeben, mit Hinweis auf die Bugwellentheorie eine Zahlungsunfähigkeit zu verneinen.

Weiterführende Quelle

Das Urteil ist abgedruckt in WM 2018, Heft 6, S. 277 und abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de>.

Zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit siehe *Gehrlein* ZInsO 2018, S. 354.

Ihre Kontakte

Bei Fragen zum dargestellten Inhalt stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.



Peter Hoegen | Partner
Deutschland - Frankfurt

Kontakt
Tel. +49 69 2648 5905
peter.hoegen@allenoverly.com



Dr. Franz Bernhard Herding | Partner
Deutschland - Frankfurt

Kontakt
Tel. +49 69 2648 5712
franz-bernhard.herding@allenoverly.com



Dr. Walter Uebelhoer | Partner
Deutschland - München

Kontakt
Tel. 49 89 71043 3113
walter.uebelhoer@allenoverly.com



Dr. Sven Prüfer | Partner
Deutschland - Frankfurt

Kontakt
Tel. +49 69 2648 5381
sven.pruefer@allenoverly.com



Fatih Coskun | Senior Associate
Deutschland - Frankfurt

Kontakt
Tel. +49 69 2648 5489
fatih.coskun@allenoverly.com



Dr. Christopher Kranz, LL.M. | Associate
Deutschland - Frankfurt

Kontakt
Tel. +49 69 2648 5744
christopher.kranz@allenoverly.com

Allen & Overy unterhält eine Datenbank mit Geschäftsadressen, um das Serviceangebot für Mandanten weiterzuentwickeln und zu verbessern. Diese Angaben leiten wir nicht an externe Stellen oder Organisationen weiter. Falls Angaben unzutreffend sind oder Sie keine Veröffentlichungen von Allen & Overy mehr erhalten möchten, wenden Sie sich bitte an germany.marketing@allenoverly.com.

In diesem Dokument bezieht sich “**Allen & Overy**” auf “Allen & Overy LLP bzw. ihre verbundenen Unternehmen”. Jeder Hinweis auf **Partner** bezieht sich auf die Gesellschafter der Allen & Overy LLP bzw. Mitarbeiter oder Berater der Allen & Overy LLP, deren Status und Qualifikationen denen eines Gesellschafters entsprechen, oder eine Person mit gleichwertigem Status in einem verbundenen Unternehmen der Allen & Overy LLP.

© Allen & Overy LLP 2018. Dieses Dokument dient nur zur allgemeinen Information und ersetzt nicht die rechtliche Beratung.

FR: 27512019