

Mandanten-Rundschreiben für GmbH-Geschäftsführer Nr. 1/2019

Sehr geehrte Damen und Herren,

nachfolgend berichten wir zunächst über eine neue Vergütungsstudie, die darüber Auskunft gibt, was GmbH-Geschäftsführer aktuell verdienen (Nr. 1). Anhand einer Checkliste können Gesellschafter-Geschäftsführer beurteilen, ob ihr Gehalt und ihre Nebenleistungen steuerlich anerkannt werden (Nr. 2).

Über wichtige Neuerungen im Jahressteuergesetz 2018 berichten wir in den Beiträgen Nr. 3 und Nr. 4. Auf Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer trotz Abschluss einer D&O-Versicherung oder eines Aufhebungsvertrags weisen wir in Nr. 10 hin.

Mit freundlichen Grüßen

Aus dem Inhalt:

- 1 Geschäftsführervergütung 2019 (1):** Aktuelle Orientierungswerte aus 68 Branchen
- 2 Geschäftsführervergütung 2019 (2):** Checkliste zur Überprüfung
- 3 Barlohn oder Sachbezug:** Abgrenzung aus steuerlicher Sicht
- 4 Jobticket:** Überlassung an Arbeitnehmer ab 1.1.2019 steuerfrei
- 5 Betriebsveranstaltung:** Aufteilung der Kosten, wenn Teilnehmer absagen
- 6 Gesellschafterdarlehen:** Steuerliche Behandlung eines Darlehensverlustes
- 7 Einbringung eines Betriebs in eine GmbH:** Voraussetzungen für eine Buchwertfortführung durch die GmbH
- 8 GmbH-Insolvenz:** Wann liegt Kenntnis von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz vor?
- 9 GmbH in der Krise:** Bedeutung der Fortbestehensprognose bei Überschuldung
- 10 Geschäftsführerhaftung in der GmbH-Krise:** Keine Absicherung durch eine D&O-Versicherung

1 Geschäftsführervergütung 2019 (1): Aktuelle Orientierungswerte aus 68 Branchen

Auch im Jahr 2018 hat die BBE media wieder ihre bundesweite Umfrage zur Höhe und Zusammensetzung von GmbH-Geschäftsführer-Gehältern durchgeführt. Befragt wurden 2.960 Geschäftsführer aus den Bereichen Industrie, Handwerk, Dienstleistung, Einzel- und Großhandel.

Der spezielle Nutzen der BBE-Gehälter-Dokumentation, auf deren Zahlen und Daten auch die Finanzverwaltung und die Finanzgerichte regelmäßig zurückgreifen, liegt in den **zahlreichen Detaildaten**, die sie enthält. So sind wichtige Orientierungswerte aus **68 Branchen** aufbereitet. Spezifiziert werden die Geschäftsführer-Gehälter unter anderem nach dem GmbH-Umsatz, der Anzahl der Beschäftigten und dem Geschäftsführer-Status (Allein-, Mitgeschäftsführer, Vorsitzender). Darüber hinaus bietet die Studie interessantes Anschauungsmaterial über Trends in den Bereichen Erfolgsbeteiligungen, betriebliche Altersversorgung und Dienstwagen.

Wann die Vergütung für Gesellschafter-Geschäftsführer im Bereich des noch Angemessenen liegt und damit in voller Höhe als Betriebsausgabe abgesetzt werden kann, kann auch mithilfe **betriebsinterner Daten** ermittelt werden. Orientierungswert ist dann das Gehalt des nach dem Geschäftsführer zweitbestbezahlten Angestellten der GmbH, z.B. des Prokuristen. Rechtsprechung und Verwaltung halten das bis zu **2,5-Fache** seines Lohns als Geschäftsführergehalt für noch angemessen.

Beispiel:

Der Prokurist einer GmbH verdient 50.000 Euro im Jahr. Dann kann das Gehalt des (Gesellschafter-)Geschäftsführers das 2,5-Fache dieses Gehalts betragen, also bei maximal 125.000 Euro liegen.

Gerechtfertigt wird dieses Mehrgehalt des Geschäftsführers mit seiner umfassenden Zuständigkeit für alle Fragen der Gesellschaft und mit seiner uneingeschränkten persönlichen Verantwortung für alles, was im Unternehmen schiefläuft.

Im Wesentlichen wird dieser 2,5-Faktor auch durch die BBE-Gehälterstudie für das Jahr 2018 bestätigt – allerdings gibt es in zwei Wirtschaftszweigen „Ausreißer“. Dies sind die Wirtschaftszweige Handwerk und Dienstleister. Die Ergebnisse der Untersuchung:

- Im Wirtschaftszweig Handwerk liegt der Multiplikator für das Geschäftsführergehalt – und zwar im Durchschnitt (Fremd- und Gesellschafter-Geschäftsführer) – mit dem 2,25-Fachen am niedrigsten und im Einzelhandel mit dem 2,52-Fachen ebenso „in der Normgröße“ wie gerade noch im Großhandel mit dem 2,54-Fachen.
- Im Wirtschaftszweig Dienstleister dagegen liegt der Multiplikator mit dem 2,9-Fachen mit Abstand am höchsten.

2 Geschäftsführervergütung 2019 (2): Checkliste zur Überprüfung

Sollen Vergütungsvereinbarungen zwischen einer GmbH und ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer im neuen Jahr geändert werden, sollte alsbald gehandelt werden, insbesondere wenn der Geschäftsführer eine beherrschende Gesellschafterstellung innehat. Denn in diesem Fall gilt das steuerliche Rückwirkungs- und Nachzahlungsverbot: Wird eine Anhebung des Festgehalts oder einer Tantieme erst im Laufe des Jahres 2019 vereinbart, wird der Mehraufwand nur für die verbleibenden Monate bzw. zeitanteilig als Betriebsausgabe der GmbH anerkannt. Dies gilt auch für Geschäftsführer und andere Arbeitnehmer der GmbH, die keine Gesellschaftsanteile besitzen, aber einem beherrschenden Gesellschafter nahestehen (z.B. Angehörige). Die nachfolgende Checkliste bietet eine erste Orientierung.

Checkliste: Vergütungsabreden für 2019

- Sind alle Vergütungsvereinbarungen schriftlich dokumentiert?
- Liegt für Vergütungsänderungen ein entsprechender Beschluss der Gesellschafterversammlung vor?
- Sind die höheren Gewinne der GmbH, die für das kommende Jahr erwartet werden, bereits so durch fundierte Ertragsprognosen untermauert, dass eine **Anhebung des Festgehalts** des (Gesellschafter-)Geschäftsführers oder anderer Gehaltsbestandteile (z.B. Urlaubsgeld) gerechtfertigt ist?
- Wird die **50-Prozent-Obergrenze für Gewinnbeteiligungen** eingehalten? Sollte zur Vermeidung von verdeckten Gewinnausschüttungen eine Deckelung auf maximal 50 Prozent des Gewinns vereinbart werden?
- Erfordert die Expansion der geschäftlichen Tätigkeit der GmbH (z.B. Gründung einer GmbH-Tochter) ein zusätzliches Engagement des Geschäftsführers mit der Folge, dass das Gehalt aus diesem Grund aufgestockt oder eine **weitere Vergütungsabrede** mit der GmbH-Tochter getroffen werden kann?
- Kommt für eine bestimmte Zeit ab 2019 eine **Umsatzbeteiligung** in Betracht (z.B. bei Neugründung, Expansion oder betrieblicher Sondersituation)?
- Sollen **Abschlagszahlungen** auf Gewinnbeteiligungen im Anstellungsvertrag vereinbart werden?
- Gibt es **Verlustvorträge**, die ggf. tantiememindernd zu berücksichtigen sind?
- Sind alle **Tantiemebedingungen** eindeutig vertraglich formuliert, sodass keine Interpretationsspielräume verbleiben?
- Sind **Gewinnbeteiligungen** steuerlich noch angemessen? Die Rechtsprechung verlangt im Allgemeinen alle drei Jahre eine Überprüfung der steuerlichen Angemessenheit.
- Wird sich das **Aufgabenfeld des Geschäftsführers im Jahr 2019** ändern, sodass Vertragsänderungen notwendig werden (z.B. Gehaltserhöhung, Tantieme- oder Pensionszusage bei Aufgabenerweiterung; Gehaltsreduzierung bei fehlender betrieblicher Auslastung)?

- Soll ab 2019 die **Privatnutzung des Dienstwagens** anhand eines Fahrtenbuchs versteuert werden anstatt pauschal mit 1 Prozent des Listenpreises eines Neuwagens im Anschaffungsjahr?

3 Barlohn oder Sachbezug: Abgrenzung aus steuerlicher Sicht

Eine GmbH kann ihren Arbeitnehmern **Sachbezüge bis 44 Euro im Monat steuerfrei** zuwenden. Wichtig ist also die Unterscheidung zwischen Barlohn und Sachbezügen. Teilweise kommt es entscheidend auf die arbeitsvertraglichen Vereinbarungen an. Bei der Gewährung von Krankenversicherungsschutz liegt in Höhe des Arbeitgeberbeitrags ein Sachbezug vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrags ausschließlich Versicherungsschutz, nicht aber eine Geldzahlung verlangen kann. Demgegenüber wendet eine GmbH Geld und keine Sache zu, wenn sie einen Zuschuss unter der Bedingung zahlt, dass der Arbeitnehmer mit einem von ihr benannten Unternehmen einen Versicherungsvertrag schließt.

Beispiel:

Fall 1: Die GmbH schließt als Versicherungsnehmerin für die Mitarbeiter ihres Unternehmens bei zwei Versicherungen (Gruppen-)Zusatzkrankenversicherungen für Vorsorgeuntersuchungen, stationäre Zusatzleistungen sowie Zahnersatz ab. Die für den Versicherungsschutz des Arbeitnehmers von der GmbH gezahlten monatlichen Beträge blieben unter der monatlichen Freigrenze von 44 Euro.

Der BFH (Urteil vom 7.6.2018) bestätigt das Vorliegen von **Sachbezügen**.

Fall 2: Eine GmbH informierte ihre Arbeitnehmer darüber, dass sie ihnen zukünftig eine Zusatzkrankenversicherung über eine private Krankenkasse anbieten könne. Mitarbeiter, die das Angebot annahm, schlossen unmittelbar mit der Versicherungsgesellschaft private Zusatzkrankenversicherungsverträge ab. Die Versicherungsbeiträge wurden von den Mitarbeitern direkt an die Versicherungsgesellschaft überwiesen. Hierfür erhielten sie monatliche Zuschüsse von der GmbH auf ihr Gehaltskonto ausgezahlt, die regelmäßig unter der monatlichen Freigrenze von 44 Euro blieben.

Nach dem Urteil des BFH handelt es sich um **Barlohn**.

Ein Sachbezug liegt nur vor, wenn ein arbeitsrechtliches Versprechen erfüllt wird, das auf die Gewährung von Sachbezügen gerichtet ist. Im zweiten Fall hatte die GmbH ihren Arbeitnehmern letztlich nur den Kontakt zu dem Versicherungsunternehmen vermittelt und bei Vertragsschluss einen Geldzuschuss versprochen. Damit hatte die GmbH (anders als im ersten Fall) keinen Versicherungsschutz zugesagt.

Konsequenz: Entscheidet sich eine GmbH dafür, ihren Arbeitnehmern unmittelbar Versicherungsschutz zu gewähren, liegt begünstigter Sachlohn vor. Die monatliche Freigrenze von höchstens 44 Euro gilt allerdings für alle Sachzuwendungen. Somit ist zu beachten, dass die Steuerfreiheit für weitere Sachbezüge reduziert wird oder ganz wegfällt.

4 Jobticket: Überlassung an Arbeitnehmer ab 1.1.2019 steuerfrei

Zuschüsse und Sachbezüge, die eine GmbH ihren Arbeitnehmern für Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte gewährt, gehören nach geltendem Recht zum steuerpflichtigen Arbeitslohn. Das ändert sich ab dem 1.1.2019. Zuschüsse für ein Jobticket bzw. die Zuwendung von Jobtickets sind **ab dem 1.1.2019 lohnsteuer- und sozialversicherungsfrei**, wenn die GmbH diese Leistungen **zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn** erbringt. Als Jobticket werden Fahrkarten für Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte bezeichnet, die eine GmbH ihren Arbeitnehmern unentgeltlich oder verbilligt für die arbeitstäglichen Fahrten zum Betrieb überlässt. Die neue Regelung sieht zwei Varianten vor, die wie folgt aussehen:

Variante 1: Steuerfrei sind Zuschüsse einer GmbH zu den Aufwendungen des Arbeitnehmers für Fahrten mit öffentlichen Verkehrsmitteln im Linienverkehr (ohne Luftverkehr) zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte. Die Steuerfreiheit gilt auch für Fahrten in einem weiträumigen Tätigkeitsgebiet oder zu einem vom Arbeitgeber dauerhaft festgelegten Sammelpunkt sowie für Fahrten im öffentlichen Personennahverkehr. Das heißt, dass die Steuerbegünstigung auch dann gilt, wenn der Arbeitnehmer das Jobticket für private Fahrten im öffentlichen Personennahverkehr nutzt.

Variante 2: Steuerfrei ist auch die unentgeltliche oder verbilligte Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel im Linienverkehr (ohne Luftverkehr) zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte, in einem weiträumigen Tätigkeitsgebiet oder zu einem vom Arbeitgeber dauerhaft festgelegten Sammelpunkt, wenn der Arbeitnehmer diesen Vorteil zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn in Anspruch nehmen kann. Die Steuerbegünstigung gilt auch, wenn der Arbeitnehmer das Jobticket auch für private Fahrten im öffentlichen Personennahverkehr nutzt.

In die Steuerbefreiung werden auch die Fälle einbezogen, in denen die GmbH nur mittelbar (z.B. durch Abschluss eines Rahmenabkommens mit dem örtlichen Verkehrsbetrieb) an der Vorteilsgewährung beteiligt ist. Arbeitgeberleistungen, die durch **Umwandlung** des ohnehin geschuldeten Arbeitslohns finanziert werden, sind **nicht steuerfrei**. Nicht begünstigt sind außerdem Arbeitgeberleistungen zu Taxifahrten und die private Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel außerhalb des öffentlichen Personennahverkehrs.

Wichtig: Die steuerfreien Leistungen werden auf die Entfernungspauschale angerechnet.

5 Betriebsveranstaltung: Aufteilung der Kosten, wenn Teilnehmer absagen

Wer als Geschäftsführer eine Betriebsveranstaltung plant, sollte darauf achten, dass die Kosten pro Teilnehmer nicht mehr als 110 Euro (brutto) betragen. Wird der Freibetrag von 110 Euro pro Arbeitnehmer überschritten, fällt für den übersteigenden Betrag Lohnsteuer an, die auch von der

GmbH pauschal mit 25 Prozent ermittelt und übernommen werden kann. Was sich jedoch wesentlich stärker auswirkt, ist der Vorsteuerabzug, der bei Überschreiten des Grenzwerts in voller Höhe wegfällt. Wenn einzelne Arbeitnehmer absagen oder nicht erscheinen, stellt sich die Frage, ob die Kosten auf

- die Zahl der **geplanten** Teilnehmer oder
 - die Zahl der **tatsächlich teilnehmenden** Personen
- zu verteilen sind.

Beispiel:

Eine GmbH lädt ihre 50 Arbeitnehmer zu einer Weihnachtsfeier ein. Die Kosten für die Veranstaltung betragen 5.000 Euro. Somit entfallen auf jede Person 100 Euro.

Bei einer Lohnsteuerprüfung stellt sich heraus, dass zehn Arbeitnehmer abgesagt haben. Die Kosten, die auf jede anwesende Person entfallen, betragen (5.000 Euro : 40 =) 125 Euro, übersteigen also den Freibetrag um 15 Euro.

Nach **Auffassung der Finanzverwaltung** ist die Zahl der Arbeitnehmer maßgebend, die tatsächlich teilnehmen, sodass auf jede Person 125 Euro entfallen. Der den Freibetrag übersteigende Betrag von 15 Euro muss bei jedem teilnehmenden Arbeitnehmer als Arbeitslohn erfasst und entweder individuell oder vom Arbeitgeber pauschal versteuert werden. Der Vorsteuerabzug aus den Aufwendungen für die Veranstaltung entfällt insgesamt.

Nach **Auffassung des FG Köln** (Urteil vom 27.6.2018) ist die Zahl der Personen maßgebend, die ursprünglich an der Betriebsveranstaltung teilnehmen wollten. Bei 50 Personen entfallen damit auf jede Person 100 Euro, sodass der Grenzwert von 110 Euro nicht überschritten wird. Die Zuwendung an den Arbeitnehmer ist dann lohnsteuerfrei, und die GmbH kann den Vorsteuerabzug aus den Aufwendungen uneingeschränkt geltend machen.

Das FG Köln hat die Meinung vertreten, dass Absagen von Kollegen steuerlich nicht zulasten der tatsächlichen Teilnehmer gehen dürfen. Die Finanzverwaltung hat gegen das Urteil Revision eingelegt. Nun muss der BFH die endgültige Entscheidung treffen.

6 Gesellschafterdarlehen: Steuerliche Behandlung eines Darlehensverlustes

Hat eine GmbH Liquiditätsprobleme oder wegen anstehender Investitionen einen zusätzlichen Finanzierungsbedarf, helfen häufig die Gesellschafter mit einem Darlehen aus. Kann die Gesellschaft dieses später nicht mehr zurückzahlen oder verzichten die Gesellschafter auf die Rückzahlung, um die Gesellschaft zu sanieren, stellt sich die Frage, wie die Gesellschafter den Darlehensverlust steuerlich verwerten können. Mit dieser Frage beschäftigte sich das FG Münster in seinem Urteil vom 12.3.2018.

Im Urteilssachverhalt hatte ein zu 30 Prozent beteiligter Geschäftsführer seiner GmbH von 2003 bis 2007 – ebenso wie andere Mitgesellschafter – ein Darlehen gewährt. Im September 2011 verzichteten alle Gesellschafter auf ih-

re Forderungen, um die inzwischen notleidende GmbH zu retten. Nachdem der Gesellschafter-Geschäftsführer Ende 2011 seine Beteiligung mit Verlust veräußert hatte, machte er in seiner Einkommensteuererklärung einen Verlust nach § 17 EStG geltend. Dieser setzte sich aus dem Verlust infolge des Anteilsverkaufs und infolge des Forderungsverzichts zusammen. Das Finanzamt erkannte davon nur den auf den Anteilsverkauf entfallenden Verlust an. Die Darlehen seien weder Finanzplandarlehen gewesen, noch seien sie im Krisenfall gewährt worden. Deswegen stellten sie keine nachträglichen Anschaffungskosten für die Beteiligung dar.

Das FG ist dem letztlich gefolgt, hat jedoch darüber hinaus die Berücksichtigung der Darlehensverluste bei den Einkünften des Gesellschafters aus Kapitalvermögen zugelassen.

Der Verlust infolge des Darlehensverzichts ist mangels Eigenkapitalersatz und damit mangels Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis nicht als nachträgliche Anschaffungskosten im Sinne von § 17 EStG zu berücksichtigen. Es liegt jedoch ein Verlust bei den Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Abs. 4 EStG vor.

Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören unter anderem Gewinne aus der Veräußerung von sonstigen Kapitalforderungen. Als Veräußerung gilt dabei auch die Einlösung, Rückzahlung, Abtretung und die verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft. Ein solcher Fall liegt hier zwar nicht vor, nach der Rechtsprechung des BFH ist jedoch auch ein Verlust infolge eines endgültigen Forderungsausfalls zu berücksichtigen. Da auch die Übertragung wertloser Wirtschaftsgüter zu einem Veräußerungsverlust führt, ist es geboten, den Ausfall einer Rückzahlung gleichzustellen. Denn es macht wirtschaftlich keinen Unterschied, ob eine Forderung kurz vor dem Ausfall veräußert oder weiterhin gehalten wird. Dies gilt ungeachtet dessen, dass der BFH die Gleichstellung von Forderungsausfall und -veräußerung bislang offengelassen hat. Wenn mit der Einführung der Abgeltungsteuer die Erfassung aller Wertveränderungen bei Kapitalanlagen beabsichtigt war, muss auch der durch einen Verzicht auf eine Forderung ausgelöste Verlust berücksichtigt werden, da damit eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einhergeht.

7 Einbringung eines Betriebs in eine GmbH: Voraussetzungen für eine Buchwertfortführung durch die GmbH

Soll eine Betriebsaufspaltung beendet werden, indem das Besitzunternehmen (Verpächter) in die Betriebs-GmbH (Pächterin) eingebracht wird, droht eine gefährliche Steuerfalle. In der Regel wird der Verpächter daran interessiert sein, das Besitzunternehmen steuerneutral, also ohne Aufdeckung der stillen Reserven, in die GmbH einzubringen. Dafür muss allerdings der gesamte Betrieb mit allen wesentlichen Betriebsgrundstücken auf die GmbH gegen

Gewährung neuer Anteile an der Gesellschaft übertragen werden (§ 20 UmwStG).

Beispiel:

Ein Einzelunternehmer vermietete an eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter er war, Maschinen sowie den Kundenstamm, was zu einer Betriebsaufspaltung führte. Zudem verpachtete er gemeinsam mit seiner Ehefrau ein Grundstück an die GmbH, an dem beide Eheleute je zur Hälfte beteiligt waren.

Mit Wirkung zum 1.1.2006 brachte der Einzelunternehmer seinen Betrieb gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten – also im Rahmen einer Stammkapitalerhöhung – in die GmbH ein; den Miteigentumsanteil an dem Grundstück behielt er zurück. Der Einzelunternehmer ging von einer steuerneutralen Einbringung zu Buchwerten aus, das Finanzamt dagegen aufgrund der Zurückbehaltung des Grundstücksanteils von einer Betriebsaufgabe, die zur Aufdeckung aller stillen Reserven führte. FG und BFH folgten dem Finanzamt.

Die steuerneutrale Einbringung eines Einzelunternehmens in eine GmbH setzt voraus, dass ein Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil eingebracht wird und im Gegenzug neue Gesellschaftsanteile gewährt werden. Allerdings erfordert eine steuerneutrale Einbringung, dass **alle funktional wesentlichen Betriebsgrundlagen** in einem einheitlichen Vorgang **auf die GmbH übertragen** werden.

Der zurückbehaltene Miteigentumsanteil an dem Grundstück rechnet zum notwendigen Betriebsvermögen des Einzelunternehmens, auch wenn das Grundstück nicht dem Einzelunternehmen überlassen, sondern von den Eheleuten direkt an die GmbH vermietet wurde. Bei dem Grundstück handelt es sich ebenfalls um eine funktional wesentliche Betriebsgrundlage, weil es die Produktionstätigkeit der GmbH erst ermöglichte.

Um die negativen Konsequenzen im Urteilsfall zu verhindern, hätte das Besitzunternehmen vor der Begründung des Mietverhältnisses in die GmbH eingebracht werden müssen. Dann hätte sich dem Finanzamt keine Möglichkeit zur Zuordnung des Miteigentumsanteils am Grundstück zum notwendigen Betriebsvermögen des Einzelunternehmens geboten. Und die Annahme einer Betriebsaufspaltung mit der Grundstücksgemeinschaft wäre an der fehlenden personellen Verflechtung gescheitert, da der Ehemann nur mit 50 Prozent am Grundstück beteiligt war.

8 GmbH-Insolvenz: Wann liegt Kenntnis von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz vor?

Frühere Lieferanten einer insolventen GmbH, die noch vor Eröffnung der Insolvenz von der Gesellschaft Zahlungen erhalten haben, leben mit einem Risiko. Dieses besteht darin, dass der Insolvenzverwalter die Zahlungen anfecht und in die Insolvenzmasse zurückholt. Dies ist ihm dann immer möglich, wenn der Zahlungsempfänger wusste oder wissen musste, dass durch die Zahlungen an ihn andere Gläubiger der Gesellschaft benachteiligt wurden.

Der BGH hatte sich in seinem Urteil vom 18.1.2018 mit der Frage zu beschäftigen, wann beim Empfänger von Zahlungen einer insolventen GmbH die Kenntnis von einer Benachteiligung anderer Gläubiger der Gesellschaft unterstellt werden kann. Im Urteilsfall war über das Vermögen der L-GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Diese unterhielt in deutschen Großstädten vier Restaurants und beabsichtigte die Eröffnung einer weiteren Lokalität in Berlin. Zu diesem Zweck ließ sie sich von der Maklerin B Gewerberäume nachweisen, wofür eine Courtage in Höhe von rund 118.000 Euro anfiel. Auf die Rechnung zahlte die L-GmbH lediglich einen Teilbetrag von 40.000 Euro.

Der Aufforderung zur Zahlung des weiteren Betrags kam sie nicht nach. Erst nach Vorliegen eines rechtskräftigen Vollstreckungsbescheids kündigte die L-GmbH an, nunmehr Teilleistungen auf die Schuld erbringen zu wollen. Nach dieser Ankündigung zahlte sie zwischen Dezember 2009 und März 2010 Teilbeträge in Höhe von zweimal 20.000 Euro und einmal 10.000 Euro.

Der Insolvenzverwalter über das Vermögen der L-GmbH hat die Maklerin B auf Rückgewähr der geleisteten Teilzahlungen in die Insolvenzmasse verklagt.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und den Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung der Zahlungsunfähigkeit der L-GmbH zurückverwiesen. Abweichend von den Vorinstanzen komme ein **Anfechtungsanspruch** gemäß § 133 Abs. 1 Insolvenzordnung (InsO) **wegen Gläubigerbenachteiligung** in Betracht.

Die angefochtenen Ratenzahlungen stellen Rechtshandlungen der Schuldnerin dar. Durch den Vermögensabfluss haben diese Rechtshandlungen zur Benachteiligung der übrigen Gläubiger gemäß § 129 Abs. 1 InsO geführt. Dieser Gläubigerbenachteiligungsvorsatz war der B nach Auffassung des BGH auch bekannt. Bei seiner Prüfung ist der BGH davon ausgegangen, dass keine hinreichenden Mittel zur Befriedigung aller Gläubiger vorhanden waren.

Nach Auffassung des BGH kann bereits **das monatelange völlige Schweigen einer Schuldnerin** auf die Rechnung der später befriedigten Gläubigerin für sich genommen **ein Indiz für eine Zahlungseinstellung** sein. Erst nach Vorliegen eines rechtskräftigen Vollstreckungsbescheids hat die L-GmbH über einen längeren Zeitpunkt hin diverse Teilzahlungen vorgenommen.

Wer aus einem geplanten Geschäft mit einem Geschäftspartner hohe Forderungen erwartet, kann das Risiko einer späteren Anfechtung von bereits erhaltenen Teilzahlungen nur dadurch verringern, dass er im Vorfeld eine Bonitätsauskunft über den Geschäftspartner einholt.

9 GmbH in der Krise: Bedeutung der Fortbestehensprognose bei Überschuldung

Kommt eine GmbH in die Krise, hat der Geschäftsführer zu prüfen, ob er einen Antrag auf Eröffnung des Insol-

venzverfahrens stellen muss. Für den Fall der Führungslosigkeit einer GmbH ist **auch jeder Gesellschafter** zur Stellung des Antrags verpflichtet. Die Pflicht zur Insolvenzantragstellung besteht bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Die bilanzielle Überschuldung führt aber nicht zwangsläufig zu einer Überschuldung auch im insolvenzrechtlichen Sinne, sondern lediglich zu der Verpflichtung, eine Fortbestehensprognose zu erstellen. Fällt diese positiv aus, muss kein Insolvenzantrag gestellt werden.

• Die Insolvenzantragsgründe

Die Insolvenzordnung kennt drei Gründe für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens:

- **Die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO):** Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.
- **Die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO):** Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.
- **Überschuldung bei einer juristischen Person (§ 19 InsO):** Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, **es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich** (positive Fortbestehensprognose).

• Die Fortführungsprognose gemäß § 19 Abs. 2 InsO

Bei der Überschuldungsprüfung kommt es nicht auf die rechnerische Überschuldung des Unternehmens an, sondern es geht allein um **die Feststellung einer positiven Fortbestehensprognose**. Die Fortbestehensprognose wird auf der Grundlage des Unternehmenskonzepts und des aus der integrierten Planung abgeleiteten Finanzplans erstellt; das Ergebnis ist eine reine Zahlungsfähigkeitsprognose.

Eine positive Fortbestehensprognose setzt zunächst voraus, dass die Geschäftsleitung die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens anstrebt. Innerhalb des Prognosezeitraums muss zudem die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher sein als der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Über welchen **Zeitraum die Prognose** angelegt werden soll, ist nicht gesetzlich vorgeschrieben. Der Prognosezeitraum wird wohl mindestens zwölf Monate und in der Regel das laufende und das folgende Geschäftsjahr umfassen. Im Einzelfall **kann ein längerer oder kürzerer Prognosezeitraum** berücksichtigt werden. Eingeleitete und beabsichtigte Maßnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit wie eine Kapitalerhöhung und die Aufnahme von Darlehen können in der integrierten Unternehmensplanung im Prognosezeitraum berücksichtigt werden.

Kann dagegen **keine positive Fortbestehensprognose** erstellt werden, sind auf der zweiten Ebene der Überschuldungsprüfung die Aktiva den Passiva gegenüberzustellen.

Es wird ein Überschuldungsstatus bzw. eine Überschuldungsbilanz erstellt. Dabei hat die Bewertung der **Aktiva** aufgrund einer negativen Fortbestehensprognose **zu Liquidationswerten** zu erfolgen. Hierbei kommt es allein auf die Veräußerbarkeit in materieller und rechtlicher Hinsicht an. Der Liquidationswert wird anhand von Erfahrungswerten bestimmt.

10 Geschäftsführerhaftung in der GmbH-Krise: Keine Absicherung durch eine D&O-Versicherung

Leistet ein GmbH-Geschäftsführer nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft noch Zahlungen an einzelne Gesellschaftsgläubiger, ist er der Gesellschaft zum Schadenersatz verpflichtet. Dieser wird vom Insolvenzverwalter geltend gemacht. So auch in einem Fall, den das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf zu beurteilen hatte.

Die Geschäftsführerin einer GmbH hatte nach Eintritt der Insolvenzreife noch Überweisungen in Höhe von 20.000 Euro ausgeführt. Daraufhin hatte der Insolvenzverwalter ein rechtskräftiges Urteil gegen die Geschäftsführerin erstritten. Diese verlangte vom D&O-Versicherer des Unternehmens die Freistellung. Der Versicherer lehnte den Versicherungsschutz ab. Das OLG ist dieser Auffassung gefolgt, weil grundsätzlich kein von der D&O-Versicherung des Unternehmens erfasster Anspruch vorlag. Deshalb stand der Geschäftsführerin als versicherter Person kein Deckungsanspruch aus der Police zu.

Bei einer D&O-Versicherung (Directors-and-Officers-Versicherung, auch Organ- oder Manager-Haftpflicht) handelt es sich um eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung, die ein Unternehmen für seine Organe und leitenden Angestellten abschließt. Nach Auffassung des OLG deckt die D&O-Versicherung nicht die GmbH-Geschäftsführerhaftung gemäß § 64 GmbHG wegen nach Insolvenzreife getätigter rechtswidriger Zahlungen. Dieser Haftungsanspruch ist mit dem versicherten Anspruch auf Schadenersatz wegen eines Vermögensschadens nicht vergleichbar. Es handelt sich vielmehr um einen „Ersatzanspruch eigener Art“, der allein dem Interesse der Gläubigersamtheit eines insolventen Unternehmens dient.

Die Gesellschaft erleidet schließlich durch insolvenzrechtswidrige Zahlungen nach Insolvenzreife keinen Vermögensschaden, da eine bestehende Forderung beglichen wird. Nachteilig wirkt sich die Zahlung an bevorzugte Gläubiger nur für die übrigen Gläubiger aus. Die **D&O-Versicherung ist jedoch nicht auf den Schutz der Gläubigerinteressen ausgelegt**.

Da die Haftung eines Geschäftsführers nach § 64 GmbHG in der Insolvenzreife der Gesellschaft nicht selten vorkommt und immer wieder von Insolvenzverwaltern geltend gemacht wird, ist jeder Geschäftsführer gut beraten, diesen Haftungstatbestand gesondert in die Versicherungspolice mit aufzunehmen. Dadurch kann die durch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf entstandene (praxisrelevante)