

GmbH-Insolvenz

Straf- und haftungsrechtliche Risiken des Geschäftsführers

von RA Julian Ott, Berlin*

Immer häufiger interessiert sich die StA für Insolvenzfälle und auch das FA ist wegen offener Steueransprüche am Insolvenzverfahren beteiligt. Auslöser ist häufig das Insolvenzgutachten, von dessen Inhalt StA und FinVerw. auf Grund der Mitteilungspflicht des Insolvenzgerichts erfahren. Ab Eintritt der Krise ist der Geschäftsführer erhöhten Risiken ausgesetzt. Der Beitrag befasst sich daher mit einigen insolvenztypischen Risiken straf- und haftungsrechtlicher Art.

1. Ausgangspunkt: Insolvenzgutachten

Eine entscheidende Rolle spielt das während des Insolvenzeröffnungsverfahrens erstellte Gutachten des vorläufigen Insolvenzverwalters. Das Insolvenzgericht informiert über dessen Inhalt regelmäßig die StA, das FA und die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung. Grundlage hierfür ist die „Anordnung über Mitteilungen in Zivilsachen“ (MiZi). Manche Insolvenzgerichte verlangen sogar, dass Zweitexemplare nebst Anlagen des Gutachtens eingereicht werden.

Vielfach wird erwartet, dass das Gutachten des vorläufigen Insolvenzverwalters das Geburtsdatum des GmbH-Geschäftsführers enthält, um die Bundeszentralregisteranfrage der StA zu erleichtern. Der mitgeteilte Sachverhalt ist meist so vollständig aufgearbeitet, dass schon auf Grund der Aktenlage Ermittlungsverfahren gegen Geschäftsführer eröffnet werden. Bestimmte Passagen finden sich bisweilen auch in späteren Anklageschriften wieder.

Praxishinweis: Das Gutachten sollte daher darauf untersucht werden, ob es Hinweise auf mögliche Straftaten enthält (Tz. 2.1 bis 2.5). Den Geschäftsführer treffen umfangreiche Mitwirkungs- und Auskunftspflichten (Vgl. § 97 InsO). Der Mandant sollte darauf aufmerksam gemacht werden, dass das erstellte Gutachten meist von zentraler Bedeutung für etwaige spätere Strafverfahren ist und der Gutachter im vorläufigen Insolvenzverfahren, wie auch der spätere Insolvenzverwalter, häufig zum von der Staatsanwaltschaft benannten Zeugen wird.

Ist das Verfahren eröffnet, wird dem Insolvenzgericht vom laufenden Insolvenzverfahren berichtet. Auch diesen Berichten des Insolvenzverwalters können Hinweise auf eine drohende spätere Strafverfolgung entnommen werden (Tz. 2.6).

Aus dem Gutachten ergeben sich zumeist Anhaltspunkte für den Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit, die in die Einschätzung des Wirtschaftsreferenten der StA einfließen können. Daher kann es in Fällen, bei denen der Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzgründe nicht eindeutig auf der Hand liegt, für den Mandanten sinnvoll sein, selbst die Erstellung eines Gutachtens einem Wirtschaftsprüfer in Auftrag zu geben.

**StA, FA und KV
werden informiert**

**Laufende Berichte
ebenfalls nicht
ungefährlich**

* Der Autor ist für die Kanzlei Derra, Meyer & Partner in Berlin tätig.

Praxishinweis: Besonders dann, wenn ein „zukünftiges Gegengutachten“ zu einem Zeitpunkt erstellt wird, zu dem noch keine Strafverfolgungsmaßnahmen eingeleitet waren, kann von einem derartigen Gutachten eine den Mandanten entlastende Wirkung bei den meisten angeführten Delikten ausgehen. Es dient ggf. auch der Abwehr von zivilrechtlichen Ansprüchen der Gläubiger der GmbH aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 GmbHG.

2. Strafrechtliche Anknüpfungspunkte

Nach § 64 Abs. 1 GmbHG muss der Geschäftsführer binnen der Drei-Wochen-Frist des § 64 Abs. 1 S. 1 GmbHG einen Insolvenzantrag beim Insolvenzgericht stellen, wenn ein Insolvenzgrund (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung i.S. der §§ 17 und 19 InsO) vorliegt.

- Soweit ein Eigenantrag gestellt wurde, ist die Begründung des Antrags daraufhin zu untersuchen, ob hierin Angaben gemacht wurden, die auf strafrechtlich oder steuerlich relevante Vorgänge hindeuten.
- Wenn ein Drittantrag vorliegt – insbesondere wenn er von einer Krankenkasse oder dem FA gestellt wurde – liegt ein Verstoß gegen die durch § 84 Abs. 1 GmbHG strafbewehrte Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers nahe. Dann ist auch schon das Vermögensverzeichnis, das von der Geschäftsführung dem Insolvenzgericht vorzulegen ist, genau zu prüfen, ob es Hinweise auf Straftaten enthält.

Praxishinweis: Da streitig ist, ob ein Drittantrag den Geschäftsführer von seiner Antragspflicht befreit (Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 84 Rz. 5), liegt es nahe – wenn der Mandant den Gläubigerantrag für begründet hält –, den Eigenantrag vorsorglich nachzuholen.

2.1 Insolvenzverschleppung (§ 84 Abs. 1 GmbHG)

Der Straftatbestand der Insolvenzverschleppung (§ 84 Abs. 1 Ziff. 2 GmbHG) stellt die Verletzung der Insolvenzantragspflicht gemäß § 64 Abs. 1 GmbHG unter Strafe. Wenn eine Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse angeraten wird, liegt der Tatbestand der Insolvenzverschleppung besonders nahe.

Praxishinweis: Oft wird auch vergessen, die Gesellschafter über die hälftige Aufzehrung des Stammkapitals gemäß § 84 Abs. 1 Ziff. 1 GmbHG zu unterrichten. Diese Anzeige sollte dennoch nachgeholt werden, weil im seltenen Fall einer Verfolgung des Delikts ohne großen Aufwand die Chance einer Verfahrenseinstellung erhöht und das Risiko zivilrechtlicher Haftung gegenüber den Gesellschaftern reduziert werden kann.

Ein Verfahren wegen Insolvenzverschleppung droht, wenn

- im Gutachten steht, dass in den vorliegenden Abschlüssen der Gesellschaft der StB auf die bestehende Unterbilanz und die Insolvenzantragspflicht hingewiesen habe.
- ein konkreter Zeitpunkt für die Überschuldung/Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft angegeben wird und der Insolvenzantrag des Geschäftsführers mehr als drei Wochen nach diesem Zeitpunkt gestellt wurde oder ein Drittantrag vorliegt,

Eigenantrag

Drittantrag

**Verfahrens-
anlässe**

- zum Posten „Forderungen“ in der Darstellung der Vermögenslage Ausführungen zu § 92 InsO (Geltendmachung eines Gesamtschadens durch den Insolvenzverwalter) gemacht werden, weil die Geltendmachung der Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m § 64 GmbHG der Vorschrift unterfällt.

2.2 Steuerhinterziehung (§ 370 AO)

Der Geschäftsführer ist in der Vorphase zum Insolvenzantrag regelmäßig großen Belastungen ausgesetzt. Er wird oftmals die Erfüllung steuerlicher Pflichten vernachlässigen, wenn nicht gar der Versuchung erliegen, vermeintliche Liquiditätsspielräume – insbesondere bei der Umsatzsteuer – zu schaffen, weil die Krise nicht als existenzbedrohend wahrgenommen wird.

Häufig genügen schon die Feststellungen des (vorläufigen) Verwalters über die schleppende Erfüllung steuerlicher Pflichten, das Vorliegen verdeckter Gewinnausschüttungen oder Ausführungen betreffend die bilanzielle Behandlung bestimmter Geschäftsvorfälle, um das FA zur Einleitung eines Steuerstrafverfahrens zu veranlassen. Außerdem kann eine anlässlich der Insolvenz angeordnete USt-Sonderprüfung steuerstrafrechtlich relevante Sachverhalte zu Tage fördern. Das FA ist gehalten, die Durchsetzung von Steueransprüchen im Haftungswege zu prüfen; auch dies kann über § 71 AO Anlass sein, den Insolvenz Sachverhalt steuerstrafrechtlich zu würdigen. Ein häufig in Insolvenzkonstellationen verwirklichtes Delikt ist die Steuerhinterziehung durch unterlassene Abgabe von USt-Voranmeldungen.

Praxishinweis: Eine Möglichkeit zu Gunsten des Mandanten kann darin bestehen, unterbliebene Anmeldungen bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nachzuholen, da der Geschäftsführer so lange noch zur Wahrnehmung der steuerlichen Belange der GmbH befugt ist.

Die Selbstanzeige kann noch erfolgen, wenn die Erklärungspflicht auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist. Zu prüfen ist jedoch, ob sich anhand des Gutachtens oder der Verwalterberichte eine Sperre für die Selbstanzeige wegen Entdeckung der Tat (§ 371 Abs. 2 Nr. 2 AO) durch das FA ergibt. Besonders wichtig ist dabei die persönliche Solvenz des Geschäftsführers. Im Rahmen einer Selbstanzeige muss derjenige die Steuer nachentrichten, dem bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein unmittelbarer Vorteil zugeflossen ist (BGH NJW 80, 248). Dies gilt bei einem angestellten Geschäftsführer nur, wenn er gewinnabhängige Leistungen bezogen hat (BGH wistra 87, 343).

Praxishinweis: Der Berater sollte sich bei der Abfassung einer Selbstanzeige nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Korrekturvorschrift des § 17 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 UStG bewusst sein. Danach haben der leistende und der die Leistung empfangende Unternehmer bei Uneinbringlichkeit der Forderung die Umsatzsteuer bzw. die Vorsteuer zu berichtigen. Aus der Berichtigung der Vorsteuer resultieren weitere Steuerforderungen. Wird dies übersehen, kann die in der Abgabe der Voranmeldung liegende Selbstanzeige für den Mandanten nur teilweise – also nicht in Höhe der zu korrigierenden Vorsteuer – strafbefreiend wirken. Ggf. muss eine substantiierte Schätzung vorgenommen werden, dann ist analog der „Selbstanzeige in Stufen“ zu verfahren (vgl. etwa v.Briehl/Ehlscheid, Steuerstrafrecht, 220 f.).

Oft reicht schleppende Erfüllung steuerlicher Pflichten

Selbstanzeige

2.3 Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB)

Voraussetzung ist, dass fällige Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung oder zur Bundesanstalt für Arbeit schuldhaft nicht abführt werden – gleichgültig, ob das den Arbeitnehmern zustehende Arbeitsentgelt auch tatsächlich gezahlt wurde. Die Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung werden bereits fällig, wenn ein entgeltpflichtiges Arbeitsverhältnis überhaupt vorliegt.

Praxishinweis: Um Strafanzeigen von Krankenkassen zu verhindern, kann es sinnvoll sein, bereits im Stadium des Insolvenzantrags die Initiative zu ergreifen und an die antragstellende Krankenkasse oder andere Kassen, deren Beiträge vorenthalten wurden, heranzutreten, um eine Vergleichsregelung zur Abgeltung des gegen den Geschäftsführer gerichteten Anspruchs aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB auszuhandeln. Selbst wenn das Officialdelikt des § 266a StGB in der Folge von der StA aufgegriffen wird, ist der Weg zu einer Einstellung gemäß §§ 154, 153a StPO eher gegebnet, wenn keine Strafanzeigen der geschädigten Krankenkassen vorliegen.

Soweit der Berater bereits im Vorfeld des Insolvenzantrags hinzugezogen wird, sollte sichergestellt werden, dass Saldenbestätigungen für vergangene Zeiträume eingeholt, Teilzahlungen ausdrücklich unter Angabe des Verwendungszwecks „Arbeitnehmeranteile“ angewiesen werden und dass rechtzeitig eine Mitteilung an Krankenkassen nach § 266a Abs. 6 StGB erfolgt.

2.4 Bankrott (§ 283 StGB)

Häufig verwirklichte Alternative des Bankrottatbestandes ist § 283 Abs. 1 Nr. 7b StGB i.V.m. § 264 Abs. 1 HGB, wenn die Bilanz nicht rechtzeitig (drei bzw. sechs Monate nach Geschäftsjahresende) vorgelegt wurde. Hier besteht ein eigenes Strafverfolgungsrisiko und ein möglicher Interessenkonflikt für den StB, der das Mandat zur Erstellung des Jahresabschlusses der GmbH innehat; bei Krisenunternehmen sind daher die handelsrechtlichen Aufstellungsfristen schon im eigenen Interesse des Beraters zu wahren.

2.5 Eingehungsbetrug (§ 263 StGB)

Wenn in Kenntnis eingetretener Zahlungsunfähigkeit die Geschäftstätigkeit fortgesetzt wurde, also erhebliche Lieferantenverbindlichkeiten eingegangen oder Kunden zu Abschlagszahlungen veranlasst wurden, droht eine Strafverfolgung wegen Betruges (§ 263 StGB).

2.6 Straftatbestände bei Insolvenzanfechtung

Insbesondere aus Ausführungen der Berichte zu „Ansprüchen aus anfechtbaren und deliktischen Handlungen“ lassen sich Rückschlüsse auf drohende strafrechtliche Konsequenzen ziehen. Neben anderen Tatbeständen (§§ 283, 266 StGB) liegt hier auch die Gläubigerbegünstigung nach § 283c StGB nahe. Wenn Ausführungen zu Ansprüchen aus Insolvenzanfechtung gemäß der §§ 129 ff. InsO enthalten sind, sollte der Berater auf Passagen im Gutachten achten, wonach

- auf Veranlassung des vormaligen Geschäftsführers Zahlungen ohne Rechtsgrund zu Gunsten verbundener Unternehmen, die sich im Besitz des vormaligen Geschäftsführers bzw. dessen Ehefrau befinden sowie an Dritte geleistet wurden;

**Strafanzeigen
von Krankenkassen
verhindern**

**Rückschlüsse auf
strafrechtliche
Gefahren**

- Beratungsleistungen von einem verbundenen Unternehmen in Rechnung gestellt und von der Gesellschaft bezahlt wurden;
- Zahlungen an bestimmte Gläubiger, die bereits Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft hatten, erfolgten;
- die Gesellschaft den Gesellschafter eigenkapitalersetzende Darlehen zurückgewährte.

2.7 Schädigung des Umsatzsteueraufkommens (§ 26b UStG)

Die ab 1.1.02 eingeführte Ordnungswidrigkeit für nicht oder nicht vollständig entrichtete Umsatzsteuer zum Fälligkeitszeitpunkt kann mit einer Geldbusse von bis zu 50.000 EUR belegt werden. Die Handhabung der Vorschrift in Insolvenzkonstellationen wird sich in der Praxis noch herausbilden.

Ordnungswidrigkeit

3. Überblick über haftungsrechtliche Aspekte

Abschließend sein ein kurzer Überblick über die haftungsrechtlichen Risiken gegeben.

3.1 Zivilrechtliche Haftung

Die in diesem Beitrag nur am Rande angesprochene zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers ergibt sich aus dem Zusammenspiel von § 823 Abs. 2 BGB und dem entsprechenden Schutzgesetz (also z.B. § 266a StGB für vorenthaltene Sozialversicherungsbeiträge oder § 64 GmbHG für den verspäteten Insolvenzantrag). Die Haftung gegenüber den Gesellschaftern und der Gesellschaft bzw. dem Insolvenzverwalter beruht v.a. auf den Normen des GmbHG und der InsO.

3.2 Abgabenrechtliche Haftung

Der Durchgriff auf den Geschäftsführer ergibt sich über die Haftungsnormen der §§ 219, 191 Abs. 1, 69, 34 AO. Dem Geschäftsführer droht im Insolvenzverfahren in aller Regel die Inhaftungnahme für den Steuerausfall des FA oder der Gemeinde. Voraussetzung ist, dass infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der dem Geschäftsführer auferlegten Pflichten Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt werden. Zwischen vorwerfbarer Pflichtverletzung und Steuerausfall muss also ein kausaler Zusammenhang bestehen. Das ist z.B. der Fall, wenn

Durchgriff auf den Geschäftsführer

- gegen den Grundsatz der anteiligen Tilgung (Bedienung aller Gläubiger im gleichen Verhältnis) verstoßen wurde und das FA bei der Verteilung benachteiligt wurde. Die Haftung besteht bis zur Höhe des Betrages, denn das FA bei gleichmäßiger Verteilung erhalten hätte.
- eine bereits entstandene, aber noch nicht fällige Steuerforderung nicht beglichen werden kann, weil die Mittel anderweitig verwendet wurden. Die Höhe der Haftung richtet sich danach, welchen Betrag das FA bei pflichtgemäßem Verhalten erhalten hätte.
- Steueranmeldungen verspätet oder gar nicht abgegeben wurden und das FA so um eine (aussichtsreiche) Vollstreckungsmöglichkeit gebracht wurde. Die Haftung besteht bis zur Höhe des Betrages, den das FA sonst wohl hätte betreiben können.
- bei der Lohnsteuer keine gekürzte Auszahlung der Löhne stattgefunden hat; grob fahrlässiges Verschulden ist auch dann gegeben,

wenn im Zeitpunkt der Lohnzahlung nicht genügend Geldmittel vorhanden waren, um die einbehaltenen und angemeldeten Lohnsteuerbeträge abzuführen, so dass sich die Haftung hier auf den vollen Betrag richtet.

3.2.1 Haftungszeitraum

Der Haftungszeitraum beginnt mit der ältesten fälligen Forderung. Er endet mit dem Tag, an dem die GmbH zahlungsunfähig geworden ist (spätestens der Tag der Insolvenzeröffnung). Bei der Umsatzsteuer ist nicht auf die Fälligkeit der Jahresnachzahlung abzustellen, sondern auf die Fälligkeit der Vorauszahlungen (BFH BStBl. II 88, 980).

3.2.2 Ermessen beim Erlass von Haftungsbescheiden

Bei Erlass eines Haftungsbescheides hat das FA ein Entschließungs- und ein Auswahlermessen, das es pflichtgemäß auszuüben hat (§ 191 Abs. 1 S. 1 AO). An der Ermessensentscheidung des FA kann der Berater gelegentlich ansetzen:

Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, muss die interne Zuständigkeitsverteilung (technische statt kaufmännische Leitung) dokumentiert werden, um undifferenzierte Ermessenserwägungen im Haftungsbescheid angreifen zu können.

Genaueres Augenmerk sollte auch auf gezogene Vorsteuern des letzten halben Jahres vor dem Insolvenzantrag gelegt werden. Für diese Karenzzeit erfolgt regelmäßig eine Vorsteuerkorrektur nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 UStG, wobei häufig davon ausgegangen wird, dass die Rechnungen vollständig uneinbringlich geworden sind. Der Geschäftsführer sollte im Detail belegen können, welche Rechnungen - noch - beglichen wurden.

Dies ist auch im (USt-)Haftungsverfahren von entscheidender Bedeutung, weil den Steuerpflichtigen eine gesteigerte Mitwirkungspflicht bei der Ermittlung der Befriedigungsquote der übrigen Gläubiger trifft. Kann der Geschäftsführer auf die Anfrage des FA nicht substantiiert antworten, läuft er Gefahr, nicht nur quotal in Höhe des den Ausfall übriger Gläubiger übersteigenden Nachteils für das FA zu haften, sondern zu 100 Prozent des Ausfalls. Unterbleibt ein Sachvortrag, geht das FA regelmäßig von seiner vollumfänglichen Benachteiligung aus, was faktisch dazu führt, dass der Grundsatz der anteiligen Tilgung (Klein, AO, § 69 Rz. 39) dem Geschäftsführer nicht mehr zugute kommt.

Gegebenenfalls sind USt-Voranmeldungen nachträglich noch vorzunehmen, um im Haftungsverfahren nicht mit Schätzungen konfrontiert zu sein. Dies gilt insbesondere für das Insolvenzeröffnungsverfahren, zumal hier die Vertretungsbefugnis meist noch nicht übergegangen ist.

Im eröffneten Insolvenzverfahren sollte vom Berater geprüft werden, ob unterbrochene Rechtsbehelfsverfahren mit Aussicht auf Erfolg durch den Insolvenzverwalter aufgenommen und weiter ergehende Steuerberechnungen angegriffen werden. Andernfalls kann es dazu kommen, dass eine Vertretung im Haftungsverfahren erschwert wird, weil die zu Grunde liegenden Steuerforderungen „zementiert“ sind.

Mehrere Geschäftsführer bestellt

Gesteigerte Mitwirkungspflicht

Unterbrochene Rechtsbehelfsverfahren