

1.11 Zustimmungspflichtige Geschäfte

Die Gesellschafter einer GmbH können in der Satzung oder durch Gesellschafterbeschluss bestimmte Geschäfte von ihrer Zustimmung abhängig machen. In der Regel beschließen die Gesellschafter einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte. In der Satzung selbst sind meist nur die besonders grundlegenden Beschränkungen enthalten, da jede Änderung eine Satzungsänderung ist und einen Beschluss mit Dreiviertel-Mehrheit und einer notariellen Beurkundung bedarf.

Mit einem solchen Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäften kann der Geschäftsführer in seiner Entscheidungskompetenz beschränkt werden. Diese Beschränkung der Tätigkeit des Geschäftsführers wirkt aber nur im Innenverhältnis. Nach außen hin ist die Vertretungsmacht unbeschränkt. Ein von ihm abgeschlossenes Geschäft, für das er nicht die erforderliche Zustimmung der Gesellschafter hatte, ist gleichwohl gültig, es sei denn, der Vertragspartner hatte Kenntnis von diesem Pflichtenverstoß des Geschäftsführers.

Die Unternehmensverfassung der AG ist, wie bereits im Kapitel 1.10 dargelegt, dadurch geprägt, dass eine scharfe Trennung zwischen der Unternehmensführung und ihrer Kontrolle besteht. Der Vorstand hat die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten (§ 76 Abs. 1 AktG). Der Aufsichtsrat hat die Aufgabe der Überwachung des Vorstands (§ 111 Abs. 1 Satz 1 AktG) und kann nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG, soweit nicht bereits entsprechende Regelungen in der Satzung enthalten sind, bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen.

Verstößt ein Geschäftsführer oder Vorstand gegen Bestimmungen dieses Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte so sind diese zum Ersatz des dadurch eingetretenen Schadens verpflichtet, soweit die Gesellschafterversammlung oder der Aufsichtsrat die Zustimmung zu diesem Geschäft verweigert hätte, wenn rechtzeitig die Zustimmung des vorzunehmenden Geschäfts verlangt worden und daher nach Verweigerung der Zustimmung das Geschäft unterblieben wäre.

Ein verantwortungsvoll handelnder Geschäftsleiter informiert die Gesellschafterversammlung oder das Aufsichtsorgan jedoch bereits dann rechtzeitig vor dem Abschluss eines Geschäftes, das nahe an die Zustimmungspflicht nach dem Katalog herankommt. Damit baut der Geschäftsleiter Vertrauen auf und vermeidet, dass möglicherweise das Zustimmungsorgan in Zweifelsfällen eine Zustimmungspflicht aus dem Katalog herauslesen oder sonst wie dem Geschäftsleiter vorwerfen könnte, mit diesem Geschäft habe dieser fehlerhaft gehandelt und die Gesellschaft geschä-

digt. Der Geschäftsführer einer GmbH kann hierzu auf einen Entlastungsbeschluss nach § 46 Nr. 5 GmbHG und der Vorstand kann auf einen Beschluss des Aufsichtsrats hinwirken. Jedoch sieht der Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte ohnehin die Bestimmung vor, dass die Zustimmungspflicht in Zweifelsfällen besteht.

1.12 Mehrere Geschäftsführer

Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, vertreten sie, wenn nichts anderes geregelt ist, die Gesellschaft gemeinsam. Eine Erklärung ist damit erst gültig, wenn sie von der notwendigen Anzahl der Geschäftsführer abgegeben wurde. Die Gesamtvertretungsmacht schützt nicht nur die Gesellschaft vor unüberlegtem und schnellem Handeln des alleinvertretungsbefugten Geschäftsführers, sondern auch diesen selbst. Da rechtsgeschäftliche Erklärungen oftmals auch mündlich abgegeben werden, kann aus Sicht des Vertragspartners sehr schnell der Eindruck entstehen, dass eine bestimmte Aussage des alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers zu einer bindenden Erklärung geführt hat, an die man die Gesellschaft festhalten möchte. Bei der Gesamtvertretungsmacht wird es dem Dritten in der Regel schwer fallen, eine solche bindende Erklärung zu behaupten, da er dann die Erklärung der hierfür erforderlichen Anzahl der Geschäftsführer behaupten und beweisen müsste.

Die Geschäftsführer haben untereinander die Pflicht zur Kooperation, aber auch die Pflicht zur gegenseitigen Überwachung. Sie haben sich untereinander über alle wesentlichen Vorkommnisse zu informieren. Die Art und Weise, wie der Informationsaustausch zwischen den Geschäftsführern abläuft, ist eine wesentliche Aufgabe der Geschäftsordnung. Ein optimaler Informationsaustausch muss strukturell angelegt sein durch regelmäßige Geschäftsführersitzungen aber auch durch die Pflicht, die anderen Geschäftsführer in bestimmten Fällen außerhalb der Geschäftsführersitzungen zu informieren.

Sie können sich daher bei der Verletzung gesetzlicher Pflichten oftmals nur schwerlich darauf berufen, dass sie für die in Rede stehende Gesetzesverletzung, z.B. die rechtzeitige Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung, nicht der zuständige Geschäftsführer gewesen seien und sie damit keine Verantwortung treffe. Sieht ein Geschäftsführer, dass seine Mitgeschäftsführer ihr Amt rechtswidrig ausüben und ist es ihm nicht möglich, sie zu einem gesetzestreuen Verhalten anzuregen, so muss er notfalls von seinem Amt zurücktreten, um einer Haftung zu entgehen.

Tipp!**Verlassen Sie sich als Geschäftsführer einer GmbH nicht auf Ihre Mitgeschäftsführer!**

Erkundigen Sie sich regelmäßig nach dem Stand der Angelegenheiten, die einem Mitgeschäftsführer nach dem Geschäftsverteilungsplan zugewiesen sind.

Überprüfen Sie seine Tätigkeit regelmäßig und stichprobenhaft.

Bringen Sie ihren Mitgeschäftsführer nicht dazu, dass er die Geschäfte sorgfältig führt und sind auch die Gesellschafter nicht bereit, einen unzuverlässigen Geschäftsführer abuberufen, legen Sie zur Vermeidung eigener Haftungsrisiken Ihr Amt nieder.

1.13 Faktischer Geschäftsführer

Faktischer Geschäftsführer ist derjenige, der die Geschäfte der Gesellschaft führt ohne Geschäftsführer zu sein. Dies kann darin liegen, dass die Bestellung zum Geschäftsführer fehlerhaft ist. Dies kann aber auch daran liegen, dass - wie in den meisten Fällen - der Betreffende im Einverständnis mit allen Gesellschaftern tätig wird, ohne förmlich zum Geschäftsführer bestellt zu sein, z.B. weil der faktische Geschäftsführer nicht nach außen in Erscheinung treten möchte oder weil er dies nicht darf, etwa weil ihm durch strafbare Handlungen dies für eine bestimmte Zeit nicht gestattet ist (vgl. § 6 Abs. 2, Ziffer 3 GmbHG) oder er einem Gewerbeverbot wegen Unzuverlässigkeit unterliegt.

Der faktische Geschäftsführer wird haftungs- und strafrechtlich so behandelt, als wäre er ordnungsgemäß bestellter Geschäftsführer.

Faktisch ist eine Person dann Geschäftsführer, wenn sie die Geschäftsführungsfunktionen in maßgeblichem Umfang übernommen hat, wobei der Geschäftsführung ein Übergewicht, wenn nicht gar eine überragende Stellung zukommen muss. Es kommt auf das Gesamterscheinungsbild seines Auftretens an. Danach ist es allerdings nicht erforderlich, dass der Handelnde die gesetzliche Geschäftsführung völlig verdrängt.

Die Stellung ist dann überragend, wenn von den nachfolgenden acht klassischen Merkmalen im Kernbereich der Geschäftsführung mindestens sechs erfüllt sind. Diese acht Merkmale sind (Bayerisches Oberstes Landesgericht vom 20.02.1997, 5 St RR 159/96):

1. Bestimmung der Unternehmenspolitik,
2. Unternehmensorganisation,
3. Einstellung von Mitarbeitern,
4. Gestaltung von Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern,
5. Verhandlung mit Kreditgebern,
6. Gehaltshöhe,
7. Entscheidung der Steuerangelegenheiten,
8. Steuerung der Buchhaltung.

Für die deliktische Haftung einer Person als faktischer Geschäftsführer einer GmbH ist es erforderlich, dass der Betreffende nach dem Gesamterscheinungsbild seines Auftretens die Geschicke der Gesellschaft - über die interne Einwirkung auf die satzungsmäßige Geschäftsführung hinaus - durch eigenes Handeln im Außenverhältnis, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt, maßgeblich in die Hand genommen hat (BGH vom 27.06.2005, II ZR 113/03 und vom 11.07.2005, II ZR 235/03).

Der faktische Geschäftsführer einer GmbH ist nicht nur zur rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrags (§ 15 InsO) verpflichtet, sondern hat auch die haftungsrechtlichen Folgen einer Versäumung dieser Pflicht (z.B. Ersatz von Zahlungen nach § 64 Satz 1 GmbHG, nunmehr § 15b Abs. 4 Satz 1 InsO) zu tragen (BGH vom 11.07.2005, II ZR 235/03).

1.14 Darlegungs- und Beweislast

Die Frage, wer welche Darlegungs- und Beweislast bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen Geschäftsführer hat, entscheidet oftmals erheblich darüber, ob eine Haftung festgestellt werden kann oder nicht.

Bei der AG trifft nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG den Vorstand die Beweislast, wenn streitig ist, ob er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat. Damit weicht bei der AG das Gesetz von den allgemeinen Grundsätzen ab, nach der jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu beweisen hat. Nach dem Aktienrecht hat die AG den Eintritt und die Höhe des Schadens, die Handlung des in Anspruch genommenen Vorstandsmitglieds und die Kausalität zwischen seiner Handlung und dem Eintritt des Schadens zu beweisen. Dabei bezeichnet die Handlung dasjenige positive Tun oder Unterlassen, das die AG dem Vorstandsmitglied als möglicherweise pflichtwidrig vorwerfen will. Gelingt der AG die Darlegung und der Beweis der Handlung, so ist es Sache des Vorstands, seinerseits darzulegen und zu beweisen, dass die Handlung nicht pflichtwidrig oder nicht

schuldhaft gewesen ist, oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Handeln eingetreten wäre. Damit legt das Gesetz dem Vorstandsmitglied die Beweislast nicht nur für fehlendes Verschulden, sondern auch für fehlende Pflichtwidrigkeit auf.

Bei der GmbH fehlt eine solche Vorschrift wie bei der AG in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG. Dennoch erfolgt die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nach allgemeinen Grundsätzen zur Aufteilung der Beweislast nach Gefahrenkreisen und Beweisnähe. So trifft die GmbH im Rechtsstreit um Schadenersatzansprüche gegen ihren Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG entsprechend den Grundsätzen zu § 93 Abs. 2 AktG die Darlegungs- und Beweislast nur dafür, dass und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist (BGH vom 04.11.2002, II ZR 224/00). Hierbei können ihr auch die Erleichterungen des § 287 ZPO zugutekommen. Nach § 287 Abs. 1 ZPO kann das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheiden, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist.

Deshalb ist auch bei der GmbH von dieser der Schaden und die Kausalität mit dem Verhalten des Geschäftsführers darzulegen und zu beweisen. Hingegen hat der Geschäftsführer darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass er seinen Sorgfaltspflichten gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG nachgekommen ist oder ihn kein Verschulden trifft oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 18.10.2010, II ZR 151/09 zum Überschuldungsbegriff des § 19 InsO ausgeführt, dass der Insolvenzverwalter, der gegen den Geschäftsführer Ansprüche wegen Verstoßes gegen die Pflicht zur Masseerhaltung geltend macht und sich dabei auf eine Überschuldung der Gesellschaft beruft, lediglich die rechnerische Überschuldung anhand von Liquidationswerten darzulegen hat und dass die Darlegungs- und Beweislast für eine positive Fortsetzungsprognose – mit der Folge einer Bewertung des Vermögens zu Fortführungswerten – dem Geschäftsführer obliegt.

1.15 Pflichten der Aufsichtsorgane

Im Gegensatz zur GmbH oder GmbH & Co. KG ist bei der AG ein Aufsichtsrat als gesetzliche vorgeschriebenes Pflichtorgan zu bilden. Der Aufsichtsrat besteht aus mindestens drei Mitgliedern (§ 95 Abs. 1 AktG). Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG). Hierzu kann er die Bücher und Schriften der Gesellschaft einsehen und prüfen und für bestimmte Aufgaben auch Sachverständige

2. Risiken in der Krise der Gesellschaft

2.1 Insolvenzverschleppung

2.1.1 Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags

Wird eine Kapitalgesellschaft oder eine GmbH & Co. KG zahlungsunfähig oder ergibt sich aus dem Jahresabschluss oder einer Zwischenbilanz die Überschuldung der Gesellschaft, so hat der Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber innerhalb von drei Wochen seit der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Insolvenzantrag zu stellen (§ 15a Abs. 1 InsO). Bei der Drei-Wochen-Frist handelt es sich um eine Höchstfrist. Diese darf nur ausgenutzt werden, wenn berechnete Chancen für die Sanierung des Unternehmens bestehen. Ist dies nicht der Fall, muss sofort ein Insolvenzantrag gestellt werden.

2.1.1.1 Zahlungsunfähigkeit

Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO). Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO).

Zahlungseinstellung ist dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung aus, auch wenn noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachen. Sogar die Nichtzahlung einer einzigen Verbindlichkeit kann eine Zahlungseinstellung begründen, wenn die Forderung von insgesamt nicht unbeträchtlicher Höhe ist. Haben im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten erheblichen Umfangs bestanden, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden sind, ist regelmäßig von einer Zahlungseinstellung auszugehen (BGH vom 26.01.2016, II ZR 394/13; vom 19.11.2013, II ZR 229/11; vom 20.11.2001, IX ZR 48/01; vom 30.06.2011, IX ZR 134/10; vom 18.07.2013, IX ZR 143/12).

Liegt lediglich drohende Zahlungsunfähigkeit vor, so kann der Geschäftsführer ebenfalls den Insolvenzantrag stellen (§ 18 Abs. 1 InsO). Eine frühzeitige Antragstellung soll die Chancen einer Sanierung in der Insolvenz erhöhen.

Nur der Schuldner, nicht aber auch ein Gläubiger ist berechtigt, einen Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit zu stellen. Der Geschäftsführer ist aber dazu nicht verpflichtet.

Die GmbH droht zahlungsunfähig zu werden, wenn sie voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen (§ 18 Abs. 2 InsO).

2.1.1.2 Abgrenzung zur Zahlungsstockung

Abzugrenzen ist die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung. Liegt lediglich eine Zahlungsstockung vor, so ist ein Insolvenzantrag nicht zu stellen. Eine Zahlungsstockung liegt vor, wenn der Schuldner nur zurzeit nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, aber konkrete Aussichten auf eine baldige Beendigung des Zahlungsengpasses erkennbar sind. Eine bloße Zahlungsstockung ist nach der Entscheidung des BGH vom 24.05.2005 (IX ZR 123/04) anzunehmen:

- wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu beschaffen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.
- Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird.
- Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10 % 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.

2.1.1.3 Überschuldung

Eine 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 (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO). Dieser zweistufige Überschuldungsbegriff bedeutet, dass ein Unternehmen trotz der Tatsache, dass das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt nicht im insolvenzrechtlichen Sinne überschuldet ist, wenn das Unternehmen eine positive Fortsetzungsprognose aufweist. An die Darlegung einer solchen posi-

tiven Fortsetzungsprognose sind strenge Maßstäbe zu stellen. Insbesondere sollte die Fortsetzungsprognose in einem Restrukturierungs- oder Sanierungsplan sehr detailliert und auf der Grundlage belastungsfähiger Tatsachen festgestellt werden.

Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 InsO zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach § 19 Abs. 1 Satz 1 InsO zu berücksichtigen. Das heißt, dass solche Forderungen mit qualifiziertem Rangrücktritt bei der Überschuldungsbilanz nicht zu berücksichtigen sind.

In der Regel ist das Vorliegen einer Überschuldung wesentlich schwieriger festzustellen als das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit. Eine Überschuldung ist durch Aufstellung einer sogenannten Überschuldungsbilanz festzustellen.

Macht der Insolvenzverwalter gegen den Geschäftsführer einer GmbH einen Ersatzanspruch nach § 64 Satz 1 GmbHG, nunmehr § 15b Abs. 4 Satz 1 InsO geltend (hierzu näher siehe Kapitel 2.2) und beruft er sich dabei auf eine Überschuldung der Gesellschaft i.S.d. § 19 InsO, hat er lediglich die rechnerische Überschuldung anhand von Liquidationswerten darzulegen. Die Darlegungs- und Beweislast für eine positive Fortführungsprognose - mit der Folge einer Bewertung des Vermögens zu Fortführungswerten - obliegt dem Geschäftsführer (BGH vom 09.10.2006, II ZR 303/05; vom 27.04.2009, II ZR 253/07; vom 18.10.2010, II ZR 151/09).

2.1.1.4 Pflicht zur Überwachung einer eventuellen Insolvenzantragspflicht

Die Pflichten eines Geschäftsführers zur Überprüfung, ob die Voraussetzungen für die Stellung eines Insolvenzantrags vorliegen, sind hoch. So wird von dem organchaftlichen Vertreter erwartet, dass er sich über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft stets vergewissert. Hierzu gehören insbesondere die Überprüfung der Überschuldung und der Zahlungsunfähigkeit. Er handelt damit zumindest fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und die für die Insolvenzantragspflicht erforderlichen Kenntnisse verschafft (BGH vom 14.05.2007, II ZR 48/06).

Wenn der Geschäftsführer erkennt, dass die GmbH zu einem bestimmten Stichtag nicht in der Lage ist, ihre fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen, hat er die Zahlungsfähigkeit der GmbH anhand einer Liquiditätsbilanz zu überprüfen. Erweisen sich hierbei angestellte Prognosen trotz Aufwendung der gebotenen Sorgfalt nach Ablauf des maßgebenden Zeitraums von drei Wochen als unzutreffend mit dem Ergebnis, dass statt einer angenommenen Zahlungsstockung bereits Zahlungsunfähigkeit besteht, können zwischenzeitlich in der vertretbaren Annahme fortbestehender Zahlungsfähigkeit geleistete Zahlungen unverschuldet sein (BGH vom 24.05.2005, IX ZR 123/04).

Spätestens dann, wenn das Eigenkapital einer GmbH in der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz auf den Betrag des halben Stammkapitals absinkt, muss der Geschäftsführer nicht nur unverzüglich eine Gesellschafterversammlung einberufen und hierüber informieren (§ 49 Abs. 3 GmbHG), sondern dies ist spätestens dann dringender Anlass zur Aufstellung eines detaillierten Liquiditätsplans und einer Überschuldungsbilanz. Näher hierzu siehe in Kapitel 2.6.

Für den objektiven Tatbestand der Insolvenzverschleppung ist der Gläubiger darlegungs- und beweispflichtig. Behauptet dieser eine insolvenzrechtliche Überschuldung der Gesellschaft und beruft er sich auf eine Handelsbilanz, die einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag aufweist, und trägt er außerdem vor, ob und in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige aus der Handelsbilanz nicht ersichtliche Vermögenswerte vorhanden sind, ist es Sache des beklagten Geschäftsführers, im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast im Einzelnen vorzutragen, welche stillen Reserven oder sonstige für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet sind (BGH vom 27.04.2009, II ZR 253/07); zur sekundären Darlegungslast siehe Kapitel 1.18.

Einen vom Insolvenzverwalter zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß § 17 Abs.2 Satz1 InsO aufgestellten Liquiditätsstatus, der auf den Angaben aus der Buchhaltung des Schuldners beruht, kann der Geschäftsführer nicht mit der pauschalen Behauptung bestreiten, die Buchhaltung sei nicht ordnungsgemäß geführt worden. Er hat vielmehr im Einzelnen vorzutragen und ggf. zu beweisen, welche der in den Liquiditätsstatus eingestellten Verbindlichkeiten trotz entsprechender Verbuchung zu den angegebenen Zeitpunkten nicht fällig und eingefordert gewesen sein sollen (BGH vom 19.12.2017, II ZR 88/16).

Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO anhand einer Liquiditätsbilanz sind auch die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) einzubeziehen (a.a.O.).

Checkliste	Geprüft
Eine Überschuldungsbilanz ist nach folgenden Schritten aufzustellen:	
Zunächst ist festzustellen, ob eine positive Fortsetzungsprognose für das Unternehmen besteht. Diese sollte dabei auf einen Zeitraum von ein bis zwei Jahren abgestellt werden. Dem Geschäftsführer und dem Vorstand wird dabei ein gewisser Beurteilungsspielraum zugebilligt. Wird die Fortsetzungsprognose als überwiegend wahrscheinlich positiv bejaht, kann die Bewertung nach Fortführungswerten vorgenommen werden.	<input type="checkbox"/>
Die Bewertung von Aktiva und Passiva hat nach tatsächlichen Werten, also nicht nach Buchwerten zu erfolgen. Die Werte sind mit dem Betrag anzusetzen, der ihnen im Rahmen eines Gesamtkaufpreises zuzuordnen wäre. Damit sind stille Reserven und Lasten aufzudecken.	<input type="checkbox"/>
Bei den Aktiven sind auch nicht bilanzierungsfähige Vermögenswerte, wie etwa selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter anzusetzen. Auch ein originärer Firmenwert kann ausgewiesen werden.	<input type="checkbox"/>