

04/2009

Insolvenzantragspflicht und Finanzkrise

Ausgangslage

Nach einer Reihe von Jahren mit rückläufigen Insolvenzantragszahlen ist im vergangenen Jahr eine Trendwende eingetreten und die Zahl der Firmeninsolvenzen erstmals seit 5 Jahren wieder etwas angestiegen. Im laufenden Jahr 2009 wird nicht zuletzt aufgrund der Finanzkrise ein gravierender Anstieg von Unternehmensinsolvenzen („Pleitewelle“) erwartet. Dieser Trend sowie aktuelle gesetzliche Änderungen sind Anlass, auf die derzeit bestehenden Voraussetzungen für einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens einzugehen.

Wann ist ein Antrag auf Insolvenz zu stellen?

Ein Insolvenzverfahren kann über das Vermögen *jeder natürlichen und juristischen Person* (insbes. GmbH, AG, KGaA, e.G., e.V.) beantragt und durch das Insolvenzgericht ggf. eröffnet werden. Diesen Personen stehen nach der Insolvenzordnung (InsO) gleich:

- die offene Handelsgesellschaft „oHG“,
- die Kommanditgesellschaft „KG“,

- die BGB-Gesellschaft „GbR“,
- die Partnerschaftsgesellschaft,
- die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung „EWIV“ und
- der nicht rechtsfähige Verein.

Die bis dato in verschiedenen Einzelgesetzen (etwa dem GmbHG, AktG, GenG u.a.) geregelte Insolvenzantragspflicht wurde mit Wirkung ab dem 1. November 2008 durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (**MoMiG**, BGBl. I 2008, S. 2026 ff.) aus dem Gesellschaftsrecht ausgelagert und einheitlich sowie rechtsformneutral in der InsO verankert (vgl. § 15a Abs. 1 und Abs. 2 InsO n.F.). Für Finanzmarktunternehmen i.S.v. § 1 KWG greift § 15a InsO allerdings nicht ein (vgl. § 46b Abs. 1 Satz 2 KWG), vielmehr tritt an die Stelle der Insolvenzantragspflicht eine Anzeigepflicht an die BAFin; nur diese kann den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens für ein Kreditinstitut stellen. § 46b KWG sieht insoweit ein besonderes Procedere speziell für Finanzmarktinstitute vor.

Zielsetzung der zentralen Regelung in der InsO ist es zudem, die Insolvenzantragspflicht auch auf haftungsbeschränkte Auslandsgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland anwendbar zu gestalten.

Bei juristischen Personen und Personengesellschaften ist zum Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens jedes Mitglied des Vertretungsorgans bzw. jeder persönlich haftende Gesellschafter berechtigt. Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans bzw. allen persönlich haftenden Gesellschaftern gestellt, muss der Eröffnungsgrund glaubhaft gemacht werden. Hierbei besteht gegenüber dem Insolvenzgericht eine unbeschränkte Auskunftspflicht.

Insolvenzgründe

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens setzt voraus, dass ein Eröffnungsgrund besteht. Dafür kommen grundsätzlich drei Möglichkeiten in Betracht:

1. Zahlungsunfähigkeit

In § 17 der Insolvenzordnung (InsO) ist diese wie folgt definiert:

„Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.“

Von der Zahlungsunfähigkeit ist allerdings nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine bloße Zahlungsstockung (vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten) zu unterscheiden. Für die Abgrenzung hatte der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 24. Mai 2005 (Az.: IX ZR 123/04) wichtige Hinweise gegeben. Danach ist zahlungsunfähig in der Regel nur, wer

- über einen Zeitraum von mehr als 3 Wochen
- mindestens 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten nicht begleichen kann.

Ausnahmen gelten nur dann, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke zeitnah vollständig oder fast vollständig beseitigt sein wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist. Beträgt die Deckungslücke *weniger als 10%*, ist regelmäßig zunächst nicht von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst 10% oder mehr erreichen wird. Auch bei kleineren Deckungslücken von *bis zu 10%* ist allerdings von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, wenn die Lücke im Planungszeitraum nicht geschlossen wird/werden kann.

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Wegen drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) kann allein der Schuldner selbst Insolvenzantrag stellen, nicht aber seine Gläubiger. Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er *voraussichtlich* nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Fälligkeitszeitpunkt zu erfüllen, mithin auch finanzpolitische Dispositionen und Kapitalbeschaffungsmaßnahmen nicht zu einem (vollständigen) Ausgleich führen.

Die Beurteilung der künftigen Zahlungs(un)fähigkeit hat auf der Grundlage eines **Finanzstatus** und eines darauf aufbauenden **Finanzplans** zu erfolgen: In diesem Finanzstatus werden die verfügbaren liquiden Finanzmittel des Unternehmens sowie dessen fällige Verbindlichkeiten inventarmäßig erfasst und einander gegenübergestellt.

Ergibt der Finanzstatus eine Liquiditätslücke, ist dieser durch Darstellung der erwarteten/zu erwartenden Zahlungen in einen ausreichend detaillierten Finanzplan auf Basis einer nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchzuführenden und ausreichend dokumentierten *integrierten Unternehmensplanung* (Erfolgs-, Vermögens- und Liquiditätsplanung) fortzuentwickeln. Darin sind die zahlungswirksamen Konsequenzen der künftigen Geschäftstätigkeit zu erfassen.

Hierbei können eingeleitete oder beabsichtigte Maßnahmen zur Sicherung des finanziellen Gleichgewichtes, wie z.B. Gesellschafterdarlehen, Zuzahlungen in das Eigenkapital, Kapitalerhöhungen, Aufnahme von Sanierungskrediten etc. mit ihren Auswirkungen in die Finanzplanung einbezogen werden, wenn diese Maßnahmen hinreichend konkretisiert sind und deren Umsetzung hinreichend sicher erwartet werden kann.

Der erforderliche Detaillierungsgrad des Finanzplans (quartals-, monats- oder wochenweise Zahlungen) wird im Übrigen durch die Größe der bestehenden Liquiditätslücke, die Länge des Planungszeitraumes sowie Besonderheiten des Einzelfalls (Branche, Geschäftstätigkeit etc.) bestimmt.

3. Überschuldung

Die Überschuldung ist lediglich bei juristischen Personen bzw. solchen Unternehmen, zu deren Gesellschafterkreis nicht wenigstens mittelbar eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter gehört (in der Praxis insbes. GmbH & Co. KG), Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren. Der *Überschuldungsbegriff* ist jüngst durch Art. 5 des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes vom 17. Oktober 2008 (FMStG, BGBl. I 2008, S. 1982 ff.) geändert worden. Nach der bisherigen Definition konnte bei zahlreichen Unternehmen durch die vielfach hohen Wertver-

luste insbesondere bei Aktien und Immobilien infolge der Finanzkrise eine Überschuldungssituation nach § 19 InsO a.F. und damit eine erhebliche Insolvenzgefahr eintreten.

Dem soll im Fall einer sog. positiven Fortführungsprognose (sprich: Zahlungsfähigkeitsprognose) abgeholfen werden. Nach der bereits seit dem 18. Oktober 2008 geltenden Neufassung von § 19 Abs. 2 InsO, deren Geltung allerdings bis zum 31. Dezember 2010 befristet ist, liegt eine *Überschuldung* nur dann 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“. Am 01.11.2011 tritt die bisherige Fassung von § 19 Abs. 2 InsO automatisch wieder in Kraft.

Damit gilt für eine begrenzte Dauer wieder die bereits früher bis zum 1. Januar 1999, vor dem Inkrafttreten der InsO geltende, „modifizierte zweistufige Überschuldungsprüfung“. Die Befristung führt zu dem Problem, dass bei einer Beurteilung z.B. auf den 31. Dezember 2010 wieder entscheidend wird, ob das Vermögen im Prognosezeitraum die Verbindlichkeiten decken wird. Hierbei könnte sich nach dem derzeit suspendierten, dann aber wieder geltenden Überschuldungsbegriff eine Überschuldung zum 1. Januar 2011 ergeben, auch wenn die Gesellschaft im

Zeitpunkt der Betrachtung nach der jetzt geltenden (befristeten) Rechtslage nicht überschuldet ist und dies zum 1. Januar 2011 ggf. auch nicht der Fall wäre. Es ist daher durchaus denkbar, dass der Gesetzgeber die Befristung nicht beibehalten wird. In kritischen Fällen muß die Gesetzgebung hierzu allerdings genau beobachtet werden.

Bei *positiver Fortführungsprognose* liegt sonach nach § 19 InsO i.d.F.d. FMStG keine Überschuldung vor und es kann damit auf die Erstellung eines Überschuldungsstatus verzichtet werden, während bei *negativer Fortführungsprognose* diese neben der rechnerischen Überschuldung unter Zugrundelegung von Liquidationswerten kumulative Tatbestandsvoraussetzung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung ist und damit entscheidende Bedeutung für das Ergebnis einer Überschuldungsprüfung erlangt.

Eine weitere Änderung des § 19 Abs. 2 InsO durch das FMStG betrifft die Berücksichtigung von **Gesellschafterdarlehen** in einem Überschuldungsstatus. Sie können nur dann bei den Verbindlichkeiten unberücksichtigt bleiben, wenn eine ausdrückliche **Rangrücktrittserklärung** nach § 39 Abs. 2 InsO vorliegt. Mithin ist eine solche auch nach Auffassung des Gesetzgebers ggf. dazu geeignet, die Überschuldungssituation und damit den Eintritt der Insolvenzantragspflicht zu vermeiden.

Organpflichten und Haftungsrisiken

Wenn eine rechnerische Überschuldung unter Zugrundelegung von Liquidationswerten an einem Betrachtungs-/Prüfungszeitpunkt *nicht* vorliegt, erübrigt sich (nur) auf den ersten Blick die Erarbeitung einer Fortführungsprognose: Eine negative Fortführungsprognose ist als massives Warnsignal aufzufassen - es droht im Zeitablauf der Verlust des noch vorhandenen Reinvermögens und/oder der Eintritt von Zahlungsunfähigkeit.

Aus der befristeten Reform von § 19 InsO durch das FMStG folgt - auf den ersten Blick (siehe aber unten) - eine Lockerung der Insolvenzantragspflicht: Diejenige wegen Überschuldung wird bis zum 31. Dezember 2010 praktisch suspendiert!

In Anbetracht der im Falle der Verletzung der Insolvenzantragspflicht drohenden straf- und zivilrechtlichen Folgen sind allerdings gehobene Maßstäbe an die Prognosebeurteilung anzulegen.

Eine sog. **Insolvenzverschleppung** (unterlassene oder zu spät erfolgende Insolvenzantragstellung trotz bestehender Verpflichtung hierzu) stellte bereits vor dem MoMiG eine **Straftat** für die handelnden Organe der betroffenen Gesellschaften (GmbH-Geschäftsführer, Vorstand von AG bzw. Genossenschaft etc.) dar; auch die diesbzgl. Straftatbestände wurden in § 15 a Abs. 4 und Abs. 5 InsO i.d.F.d. MoMiG

vereinheitlicht und aus den verschiedenen bisherigen Einzelnormen zu einem allgemeinen Straftatbestand zusammengefasst. Unverändert werden auch solche Personengesellschaften erfasst, bei denen keine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter vorhanden ist. Eine Erweiterung der strafrechtlichen (und zivilrechtlichen) Haftung folgt daraus, dass seit dem Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008 im Falle der Führungslosigkeit einer GmbH deren Gesellschafter bzw. bei Führungslosigkeit einer AG/e.G. deren Aufsichtsratsmitglieder in nämlicher Weise insolvenzantragsverpflichtet und gleichsam im Falle einer Verletzung dieser Pflichten strafbar sind (vgl. § 15a Abs. 3 bis Abs. 5 InsO).

Zivilrechtlich ergeben sich Rückzahlungspflichten der Geschäftsführer/Vorstände aus § 64 Satz 3 GmbHG bzw. § 92 Abs. 2 AktG/§ 99 GenG. Nach den letztgenannten Normen haftet ein GmbH-Geschäftsführer bzw. ein Vorstandsmitglied einer AG künftig auch bereits für solche Zahlungen an Gesellschafter/Aktionäre, die kausal zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn dies war bei Anwendung der geforderten Sorgfalt nicht erkennbar. Weitere Haftungsunbill droht regelmäßig auch aus dem BGB: Die Regelungen zur Insolvenzantragspflicht wurden seit jeher als sog. Schutzgesetze i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB angesehen, mit der Konsequenz,

daß deren Verletzung auch allgemeine Schadenseratzansprüche der Geschädigten gegen die Geschäftsführer bzw. Vorstände nach sich ziehen kann. Hieran wird sich durch die Vereinheitlichung und Verallgemeinerung der Regelung in der InsO im Grundsatz nichts ändern.

Positive Fortbestehensprognose

Eine *positive* Fortbestehensprognose liegt dann vor, wenn die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit *mittelfristig* zur Fortführung des Unternehmens ausreicht. Die Fortführungsprognose stellt dabei ein Gesamturteil über den möglichen weiteren wirtschaftlichen Unternehmensverlauf auf der Basis einer stringenten und aussagefähigen Unternehmensplanung dar, die es naturgemäß vorzuhalten und regelmäßig zu aktualisieren gilt.

Zur Erstellung einer Fortführungsprognose hat das IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer e.V.) mit der Stellungnahme FAR 1/1996: „Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen“ sowie im IDW Prüfungsstandard 270: „Die Beurteilung der Fortführung der Unternehmenstätigkeit im Rahmen der Abschlussprüfung“ umfangreiche Leitlinien normiert. Der Fachausschuss Sanierung und Insolvenz (FAS) des IDW erarbeitet gegenwärtig einen (neuen) Standard zur Fortbestehens- und Fortführungsprognose nach dem FMStG.

Als Nachweis der Prognose für einen Zeitraum von ein bis zwei Jahren ist ein *schriftlicher und belastbarer* Finanz- und Ertragsplan aus einer integrierten „Plan-Gewinn-und-Verlust-Rechnung“ sowie „Planbilanz“ über die voraussehbare Zahlungsfähigkeit des Unternehmens aufzustellen, sowie zu überwachen und regelmäßig fortzuschreiben.

Solange die Fortführungsprognose des Unternehmens positiv ist bzw. bleibt, entsteht mithin keine Insolvenzantragsverpflichtung für die Organe der Gesellschaft (§ 15a InsO). Durch die nunmehr eigenständige Stellung der Prognose müssen Geschäftsführer/Vorstände nachhaltig ihr Augenmerk auf eine sorgfältig erstellte und dokumentierte sowie nachvollziehbare Finanz- und Ertragsplanung richten, denn auch die auf den ersten Blick entlastend wirkende Neufassung des Überschuldungsbegriffs durch das FMStG birgt erhebliche Haftungsgefahren für die Organe, wenn sich später herausstellt, dass die Prognose nachweislich und erkennbar deutlich zu optimistisch war.

Allerdings bleibt in der Praxis die (drohende) Zahlungsunfähigkeit de facto der zahlenmäßig weit bedeutsamere (weil unmittelbar erkennbare bzw. spürbare) Insolvenzgrund, auch wenn regelmäßig der Tatbestand der Überschuldung parallel und zeitlich häufig sogar schon früher – aber vielfach von den Organen der Ge-

sellschaft unbemerkt – eingetreten ist. Der Insolvenzgrund Zahlungsunfähigkeit bzw. dessen Voraussetzungen blieben durch das FMStG indes unverändert; insbesondere ist es bei der Höchstfrist zur Insolvenzantragspflicht von (lediglich) drei Wochen nach Erkennen der Zahlungsunfähigkeit geblieben.

In der Praxis kommen de facto eher selten Insolvenzverfahren vor, die allein aufgrund Überschuldung und nicht auch wegen drohender bzw. bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit der betroffenen Gesellschaft beantragt werden. Oder anders formuliert: Es gibt de facto keine Unternehmen, die bei einer positiven Überlebensprognose einen Insolvenzantrag innerhalb der gesetzlichen Frist stellen, wenn die Zahlungsfähigkeit noch gewährleistet ist. Dass diese Praxis für die handelnden Organe der betroffenen Gesellschaft ein gefährlicher weil ggf. haftungsträchtiger Weg ist (insbesondere wenn sich die Überlebensprognose im Nachhinein als falsch herausstellt), soll an dieser Stelle natürlich nicht verschwiegen werden; auf die möglichen Haftungsrisiken insbesondere wegen Insolvenzverschleppung wurde bereits oben hingewiesen.

Wird eine GmbH/AG oder GmbH/AG & Co. KG zahlungsunfähig, haben die Geschäftsführer bzw. Vorstände ohne schuldhaftes Zögern, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die

Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Dies gilt sinngemäß, wenn eine Überschuldung vorliegt, wird aber in der Praxis wie zuvor erwähnt häufig nicht beherzigt, mit entsprechenden Haftungsfolgen, „wenn es schief geht“: Bei einer schuldhaften Verzögerung des Antrags machen sich die Geschäftsführer/Vorstände wie oben dargestellt regelmäßig schadensersatzpflichtig und evtl. sogar strafbar.

Verbraucherinsolvenz

Handelt es sich bei dem Schuldner um eine **natürliche Person**, die eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt hat, können unter bestimmten Voraussetzungen die besonderen Verfahrensvorschriften des sog. **Verbraucherinsolvenzverfahrens** zur Anwendung kommen.

In diesem Fall sind vier Stufen des Insolvenzverfahrens zu unterscheiden, nämlich:

1. ein außergerichtliches Schuldenbereinigungsverfahren,
2. ein gerichtliches Schuldenbereinigungsverfahren,
3. ein vereinfachtes Insolvenzverfahren und
4. ein optionales Restschuldbefreiungsverfahren.

Voraussetzung für die Anwendung dieser besonderen Verfahrensvorschriften ist, dass

- die Vermögensverhältnisse des Schuldners überschaubar sind, d.h., dass dieser bis zum Zeitpunkt der Antragstellung weniger als 20 Gläubiger hat und
- gegen ihn keine Forderungen aus Arbeitsverhältnissen bestehen.

Für die Einleitung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens ist die Bescheinigung einer dafür legitimierten Stelle vorzulegen, aus der sich ergibt, dass eine außgerichtliche Einigung mit den Gläubigern über die Schuldenbereinigung auf der Grundlage eines Plans innerhalb der letzten sechs Monate vor dem Eröffnungsantrag erfolglos versucht worden ist.

Wie die Ausführungen zeigen, stellen sich in einer Krisensituation sowohl betriebswirtschaftliche als auch juristische Fragen mit erheblichen Folgen. Zum Nachweis einer positiven Fortführungsprognose ist insbesondere eine sorgfältig erstellte und dokumentierte sowie zumindest für sachverständige Dritte nachvollziehbare Finanz- und Ertragsplanung zur Ableitung der Fortbestehensprognose durch die Geschäftsführung/den Vorstand erforderlich, um drohenden Haftungsrisiken zu entgegen.

Information:

Der Inhalt dieser Information wurde nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt. Mit Rücksicht auf die Komplexität der angesprochenen Themen und den ständigen Wandel der Rechtsmaterie bitten wir um Verständnis, wenn wir unsere Haftung und Gewährleistung auf Beratungen in individuellen Einzelaufträgen nach Maßgabe unserer Auftragsbedingungen beschränken und sie i. Ü., d. h. für diese Informationen ausschließen.