

Die Gefahr der Insolvenzverschleppung bei der Sanierung – eine Gratwanderung zwischen Hoffnung und Haftung

Untertitel: Der Mythos vom zweistufigen Überschuldungsbegriff

Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V.
Köln, 2. Oktober 2012

Dr. Jürgen D. Spliedt
RAe Feser • Spliedt • von Stein-Lausnitz
Uhlandstraße 165/166, 10719 Berlin
Tel.: 030 / 88 56 73 29, Fax: 030 / 88 56 73 55
E-Mail: juergen.spliedt@ra-fss.de

A. Hoffnung: (keine) Insolvenzgründe:

I. Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO

1. Zahlungs-, keine Sachleistungspflichten, BGH WuM 2009, 144
2. Unvermögen, kein Unwille
3. Fälligkeit
 - Rechnung reicht
 - nicht die Fälligkeit, sondern deren Wegfall verlangt positives (konkludentes) Handeln des Gläubigers, BGH ZIP 2009, 1235; 2008, 420
 - erzwungene Stundung (Stillhalten) ungenügend, BGH ZIP 2008, 706; 2007, 1666
 - Abgrenzungskriterium: Gläubiger erbringt neue Leistung trotz zumutbarer Alternativen (z.B. Bau-Subunternehmer: ja, Bau-Arbeitnehmer: nein)
 - Beweislast: Geschäftsführer, da Ausnahmetatbestand

I. Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO

- bestrittene Verbindlichkeiten
 - realistische Prognose
 - nicht: kfm. Vorsicht gem. § 252 I 4 HGB
 - nicht: überwiegende Wahrscheinlichkeit gem. § 18 InsO
 - beachte: anders bei Gläubigerantrag wg. bestrittener Forderung: Klärung außerhalb der Insolvenz, **BGH, ZInsO 2007, 604**

4. Zahlungseinstellung

- Vermutungswirkung gem. § 17 II InsO
- relevant für Insider nur wegen Beweislastumkehr
 - Beweislastumkehr gilt auch, wenn Zahlungseinstellung nur auf Zahlungsunwillen beruht, **BGH ZIP 2012, 795; 2011, 1416**
- Unvermögen ist maßgebend, nicht Unwille

I. Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO

5. Abgrenzung zur Zahlungsstreckung durch Schwellenwert:

> 10 % für > 3 Wochen, BGH ZIP 2005, 1426

- neue Zuflüsse (Aktiva II) innerhalb der 3 Wochen berücksichtigungsfähig
- Neue Fälligkeiten (*Bork*: „Passiva II“) innerhalb der 3 Wochen berücksichtigungsfähig?
 - verneinend: (wohl, unklar) BGH ZIP 2005, 1426; *Fischer*, FS Ganter 2010, 153
 - bejahend: *Bork*, ZIP 2008, 1749; *Ganter*, ZinsO 2011, 2297 ; *Kayser*, Höchststrichterliche Rechtsprechung, 5. Aufl. Rn. 19; *Prager/Jungclaus*, FS Wellensiek 2011, 101
- Verlängerung der 3 Wochen, wenn ZU „in überschaubarer Zeit“ „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ beseitigt wird, BGH ZIP 2005, 1426. Anforderungen hängen von der Nähe zum Schwellenwert ab.
 - *Fischer*, ZGR 2006, 403, 408: Zeitraum ungefähr 3 Monate, über 6 Monate „indiskutabel“
 - Beispiel: Verkauf Anlagevermögen

I. Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO

- neuer Streit bei Sanierungsbescheinigung gem. § 270b InsO :
 - Ist eine erst im 3-Wochen-Zeitraum eintretende ZU bei Antragstellung schon eingetreten oder nur drohend?
 - m.E. 3-Wochen-Zeitraum nur bei schon bestehender Zahlungsstockung relevant
 - sonst 270b-Anträge de facto unmöglich

I. Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO

6. Beseitigung der ZU

- bei rechnerischer ZU
 - Verringerung der Fälligkeiten, z.B. Stundungen, Forderungsverzichte
 - Erhöhung der Liquidität
 - Patronatserklärung nur bei eigenem Anspruch des Schuldners, **BGH ZIP 2011, 1115**
- Zusätzliche Anforderungen bei Zahlungseinstellung?
 - tatsächliche Wiederaufnahme der Zahlungen, **BGH ZIP 2010, 682**
 - m.E. nur relevant für Kenntnis bei Anfechtung , nicht bei materieller Insolvenz
- keine nachhaltige Beseitigung erforderlich, insbes. nicht auch Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit

II. Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO

1. **Prognoseanforderung: Überwiegende Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit**
 - Abgrenzung zur Fortführungsprognose: überwiegende Wahrscheinlichkeit der Zahlungsfähigkeit
2. **Prognosegegenstand:**
 - Unternehmensträger, nicht Unternehmen
 - somit einschl. nicht betriebsnotwendige Verbindlichkeiten
 - Unternehmenskonzept
 - Nicht das Mögliche, sondern das Gewollte. **BGH ZIP 2006, 2171**: Fortführungswille erforderlich

II. Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO

3. Prognosedauer

- teilweise: letzter Fälligkeitstermin bestehender Verbindlichkeiten, OLG Hamm ZInsO 2010, 1004 („maximale Länge“)
- überwiegend: 1 - 2 Jahre (AG Hamburg ZIP 2012, 1776: max. 2 Jahre)
- teilweise: keine Begrenzung bei absehbarem Zusammenbruch
 - relevant bei Fortführungsprognose für Überschuldungsprüfung, s. dort
 - Grundsätze zur Fortführungsprognose gelten auch für drohende ZU als Anfechtungsvoraussetzung

II. Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO

4. Beseitigung der drohenden ZU

- Innenfinanzierung
- Außenfinanzierung
 - Geldkredit
 - Zusage zum Ausgleich der Unterdeckung während des gesamten Betrachtungszeitraums erforderlich, vgl. **BGH ZIP 2010, 2092 – STAR 21**
 - Lieferantenkredit
 - Subventionen?, s. sogleich bei Fortführungsprognose
 - Sanierungsbeiträge Dritter?, s. sogleich bei Fortführungsprognose

III. Überschuldung, § 19 InsO

1. Rechnerische Überschuldung

- Vermögensvergleich zu Verkehrswerten, Einzelheiten sogleich

2. Rechtliche Überschuldung

- bei positiver Fortführungsprognose keine Überschuldung im Rechtssinne trotz Überschuldung zu Verkehrswerten

3. Streitpunkt: Die wundersame Heilkraft der Fortführungsprognose und ihre Bedeutung als Vermögensbestandteil

a) Das Ende vor dem Ende am 31.12.2013?

- Verlängerungswille des Gesetzgebers, HB v. 28.08.2012, S. 17
- auch ohne Verlängerung kein „Vorzieheffekt“

III. Überschuldung, § 19 InsO

b) Verhältnis zur drohenden ZU:

- Prognosegegenstand und Prognosedauer identisch
- drohende ZU: überwiegende Wahrscheinlichkeit des Scheiterns (Gläubigergefährdung)
- pos. FP: überwiegende Wahrscheinlichkeit des Gelingens (Gläubigerbefriedigung)

III. Überschuldung, § 19 InsO

c) Prognosegegenstand

- **KG ZInsO 2006, 437; OLG Schleswig ZIP 2010, 516:** Einnahmeüberschüsse
- **1. Bericht Kommission f. Insolvenzrecht, 1985, ZS 1.2.6; AG Hamburg ZIP 2012, 1776:** Ertragsfähigkeit
- **BGH ZIP 1992, 1382 – Dornier:** Finanzkraft
- **Stellungnahme: Finanzkraft**
 - Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts reicht
= Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit
 - Einnahmeüberschüsse, Gewinne oder Ertragsfähigkeit hinreichend, aber nicht notwendig

III. Überschuldung, § 19 InsO

d) Finanzkraft im Einzelnen

- gewillkürtes Unternehmenskonzept, s. o.
- sämtliche Zuflüsse, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfolgen
 - Innenfinanzierung
 - Außenfinanzierung
 - Geldkredit, abhängig von Innenfinanzierungsprognose und von Dritten
 - Lieferantenkredit, abhängig von Innenfinanzierungsprognose und von Dritten
 - Gesellschafterfinanzierung, abhängig von Dritten
 - Subventionen, abhängig von Dritten
 - Sanierungsbeiträge Dritter, abhängig von Dritten
- sämtliche Abflüsse, die nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit unterbleiben
 - am Stichtag schwebende Geschäfte
 - künftige Neugeschäfte i.R.d. Unternehmenskonzepts

III. Überschuldung, § 19 InsO

e) Prognosezeitraum

- h.M.: wie bei drohender ZU: 1-2 Jahre
- M.M.: Kriterium der Absehbarkeit (des Zusammenbruchs), keine Verlängerung des Todeskampfes (*K. Schmidt, DB 2008, 2470*) durch zeitlichen Cut
 - Beispiele
 - „Payment-in-kind“-Finanzierung (= Zero-Bond)
 - Pensionsverpflichtungen
 - drohende Verluste aus schwebenden Geschäften
 - Stellungnahme: Abschneiden absehbarer Einberechnungen durch Begrenzung des Prognosezeitraums nicht durch Prognoserisiko gerechtfertigt

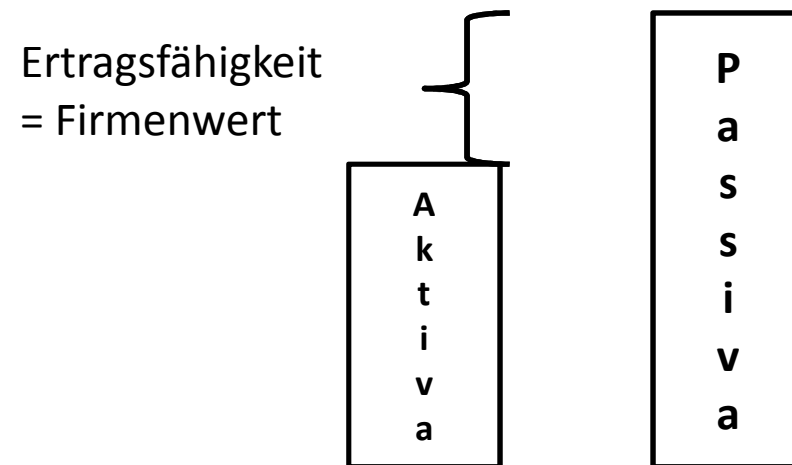
III. Überschuldung, § 19 InsO

f) Problem: Prognose der Entscheidungen Dritter

- Prognoserisiko korrespondiert mit Prognosezeitraum
- § 15a InsO begrenzt Prognoserisiko für Gläubiger auf 3 Wochen
 - Vorteilhaftigkeit des Insolvenzverfahrens für Gläubiger nicht disponibel und nicht Prognosegegenstand
- Bei Maßnahmen der Gesellschafter keine über 3 Wochen hinausgehende Prognose. Insolvenzgrund ist nicht gesellschafterdisponibel
- Bei Maßnahmen Dritter (Subventionen, wesentliche Verträge) hängt es vom Geschäftszweck ab. Subventionierung der städtischen Oper gehört zum „Geschäftszweck“, Subventionierung eines sonstigen Unternehmens hingegen nicht
 - veri-table, nicht verdi-table Prognose
- Beispiel Pfeleiderer:
 - Unterscheidung zwischen Mehrheitswille und Mehrheitsdurchsetzung ist abzulehnen

III. Überschuldung, § 19 InsO

g) Verhältnis zur Ertragsfähigkeit



- rechtliche Überschuldung = rechnerische Überschuldung + Ertragsfähigkeit (Firmenwert)

III. Überschuldung, § 19 InsO

4. Konsequenz für Überschuldungsprüfung

- entgegen h.M. ist Ausgangspunkt ein Vermögensstatus zu Liquidationswerten
- bei Überschuldung bedarf es der Prüfung, ob die Differenz durch Innen- oder Außenfinanzierung dauerhaft gedeckt werden kann = Firmenwert
 - wobei Gläubiger nicht für mehr als 3 Wochen das Risiko tragen, ob Sanierungsbeiträge zustande kommen
- außer bei einer dauerhaften Verlustfinanzierung durch Dritte entspricht das dem einschlägigen Überschuldungsbegriff zu Fortführungswerten

5. Beweislast:

- Geschäftsführung für die überwiegende Wahrscheinlichkeit fehlender Überschuldung trotz Überschuldung zu Liquidationswerten

III. Überschuldung, § 19 InsO

6. Kritische Bestandteile des Überschuldungsstatus

- „Firmenwert“ = Unternehmensgesamtwert ./ . Teilwert
- bestrittene Forderungen mit Realisationswert, § 151 II InsO
- bestrittene Verbindlichkeiten mit Wahrscheinlichkeit
- Rückstellungen
 - Abgrenzung zur „drohenden Überschuldung“
 - schwebende Geschäfte: ja
 - Abwicklungsverluste: nein
 - aber „Wertrealisierungsaufwand“ (z.B. Verlagerungskosten, Subventionsrückzahlung): ja
 - bestrittene Verbindlichkeiten mit Schätzwert: ja
 - kein Umkehrschluss aus Behandlung beim InsAntrag
 - ergebnisabhängiger Aufwand bei Neugeschäften, insbesondere Liquidationskosten: nein

III. Überschuldung, § 19 InsO

7. Beseitigung der Überschuldung

- bei Anschaffungsfinanzierung nicht durch unbefristeter Stundung (so *Bitter/Kresser*, ZIP 2012, 1733), sondern nur durch Forderungsbeschränkungsvertrag, falls lfd. Kosten gedeckt sind
- bei GmbH & Co. KG mit Hafteinlage > Pflichteinlage nicht durch Forderungsverzicht unter Vorbehalt der Gesellschafterhaftung
- bei gesicherten Verbindlichkeiten
 - entweder Rücktrittswirkung auf Ausfall beschränkt
 - oder Freiwerden der Sicherheiten wegen Akzessorietät oder Verlust der Verwertungsreife
 - oder Nichtigkeit wegen Perplexität

III. Überschuldung, § 19 InsO

8. Abgrenzung zur Existenzvernichtung:

- Existenzvernichtung seit **BGH ZIP 2007, 1552 – Trihotel**: Haftung gem. § 826 BGB für Kollateralschäden, die von §§ 30 f. GmbHG nicht erfasst werden
- jedoch
 - maßgebend ist Überschuldungsstatus nach gewillkürtem Unternehmenskonzept
 - Unternehmenskonzept bedeutet Existenzvernichtung
 - Erfassung der Kollateralschäden als Rückstellungen im Überschuldungsstatus
 - Existenzvernichtende Verfügung erfolgt somit nach Insolvenzeintritt, sämtliche Existenzvernichtungsfälle werden von §§ 15a I InsO i.V.m. §§ 823 II, 830 BGB erfasst

B. Haftung

1. Innenhaftung Geschäftsführer

a) § 64 S. 1, 2 GmbHG

- Beginn: Eintritt des Insolvenzgrundes, nicht erst Ablauf der Antragsfrist, **BGH ZIP 2009,860**
- Ende: Insolvenzeröffnung, nicht Insolvenzantrag (z.B. vorl. Eigenverwaltung)
- sämtliche Vermögensänderungen
 - z.B.
 - Weiterleitung zweckbestimmter vereinnahmter Gelder
 - Einzahlungen auf debitorisches Konto
 - keine Saldobetrachtung
 - insbesondere kein Ausgleich durch erneute Kreditinanspruchnahme, **BGH ZIP 2007, 1006; 2010, 470** (Gläubigertausch)
 - a.A. z.B. *Altmeyen, K. Schmidt, Bitter* (Gesamtsaldo-Betrachtung)
 - Lösung über Sorgfaltsausnahme mit Beweislast Geschäftsführer

B. Haftung

- Sorgfaltsausnahme
 - Pflichtenkollision
 - § 266a StGB: nur Arbeitnehmeranteile, **BGH ZIP 2009, 1468**
 - Umsatz- und Lohnsteuer (einschl. Rückstand), lt. Tenor **BGH ZIP 2011, 422** nicht nur hinsichtlich haftungsbewährten Anteilen
 - § 266 StGB bei Treuhandgeldern (Abgrenzung zur Zweckbestimmung unklar), **BGH ZIP 2008, 1229**
 - Notmaßnahmen
 - Heizung, Strom, Wasser, **BGH ZIP 2008, 72**
 - Befriedigung von Sicherungsrechten
 - zu Unrecht ablehnend **OLG Brandenburg v. 14.12.2011 – 7 U 205/10**
 - aber: Gleichwertigkeit zwischen Sicherheit und Zahlung erforderlich

B. Haftung

- Lfd. Zahlungen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs?
 - **BGH ZIP 2010, 470**: Spannungsfeld zwischen
 - einerseits Masseerhaltung
 - andererseits keine bevorzugte Befriedigung von Gläubigern
 - Mindestanforderung:
 - bargeschäftlicher Vermögensaustausch analog § 142 InsO
 - Verwendungsrisiko trägt Geschäftsführer
 - Erhöhung des (Lieferanten-)Kreditspielraums ist kein Vermögensaustausch, vgl. **BGH ZIP 2007, 1006**
 - „Todsünde“ (*Altmeppen*) ist die Befriedigung von Altforderungen
 - **OLG Hamburg ZIP 2010, 2448** (Revision zurückgenommen)
 - nur im Rahmen eines Sanierungskonzeptes für längstens 3 + 1 Wochen
 - **OLG Brandenburg v. 14.12.2011 – 7 U 205/10**: keine Masseverkürzung reicht
 - Lit.teilw.: nach Insolvenzantragsfrist nicht sorgfaltsgemäß, da „selbst Schuld“
 - Stellungnahme:
 - sämtliche vermögenserhaltenden Leistungen = sämtliche Bargeschäfte, Bedienung von Altforderungen nur bei „Notwehr“ und „Bosgläubigmachen“
 - keine Erleichterung in der Eigenverwaltung (str.)

B. Haftung

- Verhältnis zur Insolvenzanfechtung
 - **BGH ZIP 1996, 420**: Unabhängig voneinander
 - analog § 255 InsO Abtretung des Anfechtungsanspruchs
 - vgl. **BGH ZIP 2011, 114** zur Abtretbarkeit, Schicksal nach Verfahrensaufhebung offen
 - m.E. ist Verwalter zu Interessenwahrung verpflichtet
- Doppeltes Verschulden
 - Erkennbarkeit des Insolvenzgrundes
 - Sorgfaltswidrigkeit

B. Haftung

- Darlegungs- und Beweislast
 - Ausgangspunkt: Objektiven Insolvenzgrund muss Verwalter darlegen. Handelsbilanz als Indiz, **BGH ZIP 2011. 1007**
 - GF trägt Beweislast bei Vernichtung von Unterlagen, **BGH ZIP 2012, 723**
 - Vermutung der Kenntnis bei objektivem Insolvenzgrund, **BGH ZIP 2012, 1174; 2011, 1007**
 - Pflicht zu organisatorischen Vorkehrungen, **BGH ZIP 2012, 1557**
 - Haftungsbefreiung nur bei unverzüglicher Beratung durch Fachleute, **BGH ZIP 2012, 1174**
 - dann aber Haftung des Beraters im Wege der Drittschadensliquidation
 - GF trägt Beweislast der Fortführungsprognose, **BGH ZIP 2010, 2400**

B. Haftung

b) § 64 S. 3 GmbHG

- Verursachung der Zahlungsunfähigkeit bei Auszahlung an Gesellschafter
 - Vermeidung der drohenden ZU ohne Auszahlung
 - Voraussetzung: keine Passivierung der Gesellschafterforderung im Liquidationsstatus

B. Haftung

2. Innenhaftung Aufsichtsrat

a) AG:

- Pflicht zur Anregung des Insolvenzantrags, Schaden analog § 93 III Nr. 6 AktG wg. Vermutung beratungsgerechten Verhaltens, **BGH ZIP 2009, 860**
- Voraussetzung: Krisenanzeichen oder pflichtwidrige Untätigkeit

b) gewillkürter Aufsichtsrat in GmbHG

- keine Anwendung von § 93 III Nr. 6 AktG, weil kein Verweis in § 52 GmbHG, **BGH ZIP 2010, 1988 – Doberlug**

B. Haftung

3. Außenhaftung Geschäftsführer gem. §§ 823 II BGB i.V.m. § 15a InsO

- negatives Interesse
- trotz Begriff „Kontrahierungsschaden“ reicht spätere Risikoerhöhung nach Verschleppungsbeginn, **BGH ZIP 2007, 676** (Erhöhung Kreditlinie); **OLG Oldenburg GwR 2010, 170** (Erbringung von LuL)
- auch Gewährleistungsanspruch, wenn Vertragsschluss nach Verschleppungsbeginn, **BGH ZIP 2012, 1456**
- keine Vorteilsanrechnung von Altzahlungen trotz gleichbleibendem Saldo, **BGH ZIP 2007, 1060**

B. Haftung

4. Exkurs: Beraterhaftung wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung