

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Wann ist ein Unternehmen insolvent? Aktuelle Entwicklungen bei Insolvenzantragspflichten

3. Hannoveraner Restrukturierungslunch
am 1. November 2018

www.georg-bitter.de

Gliederung

- I. Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)
 - BGH ZIP 2018, 283 zu den sog. „Passiva II“
 - Lehren aus dem Fall Prokon: Wirkung von „Rangrücktritten“
- II. Überschuldung (§ 19 InsO)
 - Gegenstand der Fortführungsprognose: Zahlungsfähigkeit versus Ertragsfähigkeit
 - Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung
 - Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren
- III. Vergleich zwischen Überschuldung (§ 19 InsO) und drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)

1. Grundlagen

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 578 f.
- ⇒ Details bei Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 6 ff.

Wortlaut des § 17 II 1 InsO: „Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.“

- BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
 - ⇒ Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
 - ⇒ Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität
 - Beginn der Frist mit (erstmaliger) Unterdeckung über 10 %

1. Grundlagen

BGHZ 163, 134 – Leitsätze

1. Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.
2. 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.
3. 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.

Liquiditätsplan zum 01.11.2018

Aktiva		Passiva	
Aktiva I = vorhandene Zahlungsmittel		Passiva I = fällige Verbindlichkeiten	
90.000 Euro		100.000 Euro	
Aktiva II = zukünftige Zahlungszuflüsse		Passiva II = zukünftig fällig werdende Verbindlichkeiten	
02.11.2018:	5.000 Euro	02.11.2018:	20.000 Euro
08.11.2018:	10.000 Euro	07.11.2018:	5.000 Euro
13.11.2018:	5.000 Euro	14.11.2018:	3.000 Euro
21.11.2018:	10.000 Euro	20.11.2018:	2.000 Euro
Ende des 3-Wochen-Zeitraums am 22.11.2018			

2. Der (beendete) Streit um die „Passiva II“

BGH ZIP 2018, 283, für BGHZ vorgesehen – Leitsätze

1. Einen vom Insolvenzverwalter zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 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.
2. 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.**

3. Lehren aus dem Fall Prokon: keine Verhinderung der Zahlungsunfähigkeit durch (isolierten) Rangrücktritt

- BGHZ 173, 286 = WM 2007, 1796 = ZIP 2007, 1666
 - Leitsatz 1: Eine Forderung ist in der Regel dann i.S.v. § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt.
 - Leitsatz 2: Forderungen, deren Gläubiger sich **für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben, sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zu berücksichtigen
- Rangrücktritt ≠ vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre
(*Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005 ff.)

1. Grundlagen

- ⇒ Überblick bei *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 579 ff.
- ⇒ Details bei *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 20 ff.

Wortlaut des § 19 II 1 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. ...“

Stufe 1 (Regeltatbestand): bilanzielle Betrachtung

- ⇒ Überschuldungsbilanz, nicht Handelsbilanz

Stufe 2 (Ausnahme): positive Fortführungsprognose

- ⇒ bei positiver Prognose ist die bilanzielle Überschuldung rechtlich irrelevant

2. Gegenstand der Fortführungsprognose

⇒ Problem: Positive Fortführungsprognose trotz fehlender Ertragsfähigkeit?

(*Bitter/Kresser*, ZIP 2012, 1733 ff.)

- AG Hamburg ZIP 2012, 1776: Ertragsfähigkeit für positive Prognose erforderlich; aber Sonderfall: Rentnergesellschaft mit absehbarer Aufzehrung der Vermögenssubstanz
- Ertragsfähigkeit m.E. nicht generell zu fordern
 - ❖ Beispiel: werthaltiger Verlustausgleichsanspruch
 - ❖ Beispiel: subventionierter Betrieb in öffentlicher Hand
 - ❖ Beispiel: Start-up-Unternehmen in der Anfangsphase
- Sicherung der *Liquidität* ist letztlich entscheidend
 - ❖ Spezialfall: positive Liquidationsprognose (*Morgen/Rathje*, ZIP 2018, 1955 ff.)

3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

a) BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*:

- Rn. 19: Für die Nichtberücksichtigung einer Forderung im Überschuldungsstatus gemäß § 19 II 2 InsO ist neben dem Rangrücktritt für das eröffnete Verfahren eine vorinsolvenzliche Zahlungssperre erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“).
- Rn. 35: keine freie Aufhebbarkeit des Rangrücktritts, da Vertrag zugunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
- ausführlich *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428 ff., dort auch zur Übertragbarkeit auf Patronatserklärungen; ferner *Hölzle/Klopp*, KTS 2016, 335 ff.

3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

- b) Ausblendung vorhandener Verbindlichkeiten auf der **Passivseite** der Überschuldungsbilanz
- Bezug des sog. qualifizierten Rangrücktritts auf Forderungen, deren Höhe der Differenz zwischen den Passiva und den zu Liquidationswerten bewerteten Aktiva entspricht
 - Rangrücktritt darf in diesem Umfang nicht kündbar, befristet oder auflösend bedingt sein
 - zur Verhinderung nachträglicher Änderungen ist die Ausgestaltung als Vertrag zugunsten aller Gläubiger erforderlich (a.A. *Hölzle/Klopp*, KTS 2016, 335, 344 f.: automatische gläubigerschützende Bindungswirkung bei insolvenzantragsbezogenen Vereinbarungen)

3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

- c) Einbuchung des Anspruchs aus einer internen „Patronatserklärung“ (Verlustdeckungszusage) auf der **Aktivseite** der Überschuldungsbilanz
- Werthaltigkeit des Anspruchs
 - Umfang: Differenz zw. Passiva und Aktiva zu Liquidationswerten
 - Wirksamkeit im Insolvenzfall
 - keine Möglichkeit der Kündigung / Aufhebung mit gänzlicher Enthftung
 - Verzicht auf Rückzahlungsanspruch oder „qualifizierter Nachrang“
 - Vertrag zugunsten aller Gläubiger i.S.v. § 328 BGB

4. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

a) Literatur

Poelzig, Nachrangdarlehen als Kapitalanlage – Im "Bermuda-Dreieck" von Bankaufsichtsrecht, Kapitalmarktrecht und AGB-Recht, WM 2014, 917

Bitter, Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren, ZIP 2015, 345 ff.

Gehrlein, Haftung für Vertrieb von durch Allgemeine Geschäftsbedingungen qualifiziert nachrangig ausgestaltete Darlehen, WM 2017, 1385

siehe auch die Urteilsanmerkungen von *Poelzig*, BB 2015, 980 und *Mock*, JZ 2015, 525, 528

4. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

b) Rechtsprechung

BGH v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, ZIP 2018, 882 (unverbriefte Genussrechte in der Insolvenz der Emittentin)

BGH v. 26.3.2018 – 4 StR 408/17, ZIP 2018, 962 – „König von Deutschland“ (Entgegennahme von Geldern auf „Sparbüchern“ der „Kooperationskasse“ von „Neudeutschland“)

OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – I-12 U 16/17, ZIP 2018, 437 (Nachrangdarlehen; Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH Az. IX ZR 10/18)

⇒ Allgemeines Problem der wirksamen Vereinbarung von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren, nicht nur im Kapitalanlagerecht

4. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

c) Relevante Fragen u.a.

- Überraschende Klausel i.S.v. § 305c I BGB?
 - ⇒ abhängig von der Erkennbarkeit des (unternehmerischen) Risikos, insbesondere bei vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre
- Eröffnung der Inhaltskontrolle gemäß § 307 III BGB?
 - ⇒ Relevanz der Bezeichnung als „Genussrecht“ bzw. „Nachrangdarlehen“?
- Unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 I, II BGB?
 - ⇒ Rangrücktritt weniger problematisch als eine (zeitlich nicht befristete) vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre
- Details beim Vortrag v. 25.5.2018/30.11.2018 (www.georg-bitter.de)

4. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

d) Mögliche Konsequenzen fehlender Wirksamkeit

- Risikoerhöhung für sonstige Gläubiger (z.B. Banken)
- ggf. Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit;
Folge: Insolvenzverschleppung
- ggf. unrichtige Bilanzierung / Besteuerung
- erlaubnispflichtiges Einlagengeschäft bei fehlender Verbriefung des Rückzahlungsanspruchs (§ 1 I 2 Nr. 1 KWG), str.
 - ❖ BGHZ 197, 1 = ZIP 2013, 966 – „Winzergelder“ zur Haftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 32 KWG

➤ IDW S 11, Rn. 93

„Drohende Zahlungsunfähigkeit liegt bei einer negativen Fortführungsprognose vor.“

➤ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 74

„Droht ... die Zahlungsunfähigkeit i.S. von § 18 InsO schon für die *bestehenden* Verbindlichkeiten, ist notwendig auch die im Rahmen der Überschuldungsprüfung anzustellende Fortführungsprognose ... negativ.“

Folge: bilanzielle Überschuldungsprüfung auf Basis von Liquidationswerten

⇒ Unternehmen oft überschuldet = antragspflichtig nach §§ 15a, 19 InsO

➤ Relevanz der Frage: Wo ist der Raum für ein „vorinsolvenzliches“ Sanierungsverfahren (EU-Richtlinien-Vorschlag)?

© 2018 Prof. Dr. Georg Bitter
Universität Mannheim
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bank-
und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht
Schloss, Westflügel
68131 Mannheim
www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.
www.zis.uni-mannheim.de