

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Insolvenzantragspflichten

– Aktuelle Entwicklungen –

VID-Workshop „Gesellschaftsrecht in der Insolvenz“
am 14. Juni 2019 in Düsseldorf

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.

2. Frage: Berücksichtigung auch der zukünftig fällig werdenden Verbindlichkeiten (sog. „Passiva II“)?

❖ BGH ZIP 2006, 2222 (Rn. 28)

„Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO kann eine Liquiditätsbilanz aufzustellen sein. Dabei sind die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten.“

2. Frage: Berücksichtigung auch der zukünftig fällig werdenden Verbindlichkeiten (sog. „Passiva II“)?

❖ BGH ZIP 2009, 1966 (Rn. 10)

„Zahlungsunfähig im Sinne von § 17 InsO ist regelmäßig, wer nicht innerhalb von drei Wochen mehr als 90 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten erfüllen kann (BGHZ 163, 134 ff.). Zahlungsunfähigkeit droht, wenn eine solche Liquiditätslücke unter Berücksichtigung der bestehenden, aber erst künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten und der im entsprechenden Zeitraum verfügbaren Zahlungsmittel voraussichtlich eintreten wird.“

Liquiditätsplan zum 01.04.2019

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	
02.04.2019:	5.000 Euro	02.04.2019:	20.000 Euro
08.04.2019:	10.000 Euro	07.04.2019:	5.000 Euro
13.04.2019:	5.000 Euro	14.04.2019:	3.000 Euro
21.04.2019:	10.000 Euro	20.04.2019:	2.000 Euro
Ende des 3-Wochen-Zeitraums am 22.04.2019			

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

BGHZ 217, 129 = ZIP 2018, 283 – 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.**

4. Problem: Reduzierung der relativen Liquiditätslücke durch Berücksichtigung der sog. „Passiva II“

BGHZ 217, 129 = ZIP 2018, 283 (Rn. 62)

„Nach den Angaben des Klägers beliefen sich die am Stichtag [= 1. Dezember 2008] vorhandenen verfügbaren und bis einschließlich 22. Dezember 2008 tatsächlich eingegangenen Mittel auf insgesamt 4.517.454,43 € (67.454,43 € zzgl. vom Beklagten angegebene Zahlungseingänge innerhalb der nächsten drei Wochen in Höhe von 4.450.000 €). Dem standen nach dem Vortrag des Klägers am Stichtag fällige Verbindlichkeiten in Höhe von 3.517.265,91 € sowie bis zum 22. Dezember 2008 fällig gewordene und eingeforderte weitere Verbindlichkeiten in Höhe von 2.946.239,11 €, insgesamt mithin Verbindlichkeiten in Höhe von 6.463.505,02 € gegenüber. Damit bestand eine Liquiditätslücke in Höhe von 1.946.050,60 € und der Liquiditätsdeckungsgrad betrug nur 69,89 %.“

4. Problem: Reduzierung der relativen Liquiditätslücke durch Berücksichtigung der sog. „Passiva II“

BGHZ 217, 129 = ZIP 2018, 283 (Rn. 62)

$$\frac{67.454,43 \text{ €} + 4.450.000,00 \text{ €}}{3.517.265,91 \text{ €} + 2.946.239,11 \text{ €}} = \frac{4.517.454,43 \text{ €}}{6.463.505,02 \text{ €}} \Rightarrow \text{Lücke von } 30,11 \%$$

Fehlbetrag: 1.919.050,59 €

$$\frac{67.454,43 \text{ €}}{3.517.265,91 \text{ €}} \Rightarrow \text{Lücke von } 98 \%$$

Fehlbetrag: 3.449.811,48 €

5. Allgemeines Problem: Reduzierung der relativen Liquiditätslücke trotz Fortbestands der absoluten Lücke?

Beispiel von Folie 7

$$\frac{90.000 \text{ €}}{100.000 \text{ €}} \Rightarrow \text{Lücke von } 10 \%$$
$$\frac{90.000 + 30.000 \text{ €}}{100.000 + 30.000 \text{ €}} = \frac{120.000 \text{ €}}{130.000 \text{ €}} \Rightarrow \text{Lücke von } 7,7 \%$$
$$\frac{90.000 + 300.000 \text{ €}}{100.000 + 300.000 \text{ €}} = \frac{390.000 \text{ €}}{400.000 \text{ €}} \Rightarrow \text{Lücke von } 2,5 \%$$

Fehlbetrag in allen drei Beispielen jeweils 10.000 €

Hinweis: Vortrag des Arbeitskreises Zahlungsunfähigkeit
beim 15. Mannheimer Insolvenzrechtstag am 28.6.2019

Zahlungsunfähigkeit und „Passiva II“ – Von Scheinlösungen
und offenen Fragen zur 10%-Regel des BGH

6. 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) Gesetzliche Regelung seit dem MoMiG in § 19 II 2 InsO

- Klärung der Rangtiefe: § 39 Abs. 2 InsO
- Problem 1: Unterordnung auch für die Zeit vor Insolvenz erforderlich?
- Problem 2: Anwendbarkeit auf Dritte = Nichtgesellschafter?
 - ❖ keine Anwendbarkeit des § 135 I InsO auf freiwillige Rangrücktritte
 - ❖ keine privatautonome Schaffung von Anfechtungstatbeständen
 - ❖ *Scholz/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2014, Vor § 64 Rn. 69

3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

b) Lösung durch 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. 25: Durchsetzbarkeit der Forderung nur, solange durch die Zahlung keine Insolvenzgefahr begründet wird

3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

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

- Rn. 32: verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzzreife
 - ⇒ Rn. 27 ff.: Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB vorbehaltlich § 814 BGB
 - ⇒ Rn. 46 ff.: Anfechtung gemäß § 134 InsO (⇒ Phoenix Kapitaldienst)
 - ⇒ Problem: Änderung der Rechtsprechung zu § 134 InsO durch BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2018, 97: keine Schenkungsanfechtung bei bestehendem Bereicherungsanspruch
 - ⇒ § 134 InsO nur noch in den Fällen der §§ 814, 817 BGB

3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

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

- Rn. 35: keine freie Aufhebbarkeit des Rangrücktritts, da Vertrag zugunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB
 - ⇒ Rn. 42: Aufhebung ohne Mitwirkung der Gläubiger nur zulässig, wenn eine Insolvenzreife nicht vorliegt oder beseitigt ist
 - ⇒ *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 646 f.: Wirkung des § 19 II 2 InsO nicht erreichbar, falls die Drittwirkung im Vertrag ausgeschlossen wird
- 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

c) 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

- d) 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

3. Rangrücktritt zur Vermeidung einer *bilanziellen* Überschuldung

- e) Erforderlichkeit eines „qualifizierten Rangrücktritts“ auch bei gewillkürtem Eigenkapital?
- dafür *Bitter*, ZIP 2019, 146, 153 f. (atypisch stille Beteiligung)
 - Trennung zwischen der Finanzierungsfunktion im Interesse der Gesellschafter(gesamtheit) und der Haftungsfunktion im Gläubigerinteresse
 - allgemeine Unterscheidung zwischen regulärem (= im Handelsregister publizierten) und sonstigem (Eigen-)Kapital; eine gesetzliche Bindung im Gläubigerinteresse über die Regeln der Kapitalherabsetzung gibt es nur bei regulärem Eigenkapital; im Übrigen ist sie vertraglich nachzubilden

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 ff.

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 ff.

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

4. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

b) Rechtsprechung

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

BGH v. 22.3.2018 – IX ZR 99/17, BGHZ 218, 183 = ZIP 2018, 882 (unverbriefte Genussrechte in der Insolvenz der Emittentin); Vorinstanz: OLG Dresden v. 12.4.2017 – 13 U 917/16, ZIP 2017, 1819

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

4. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

b) Rechtsprechung (Fortsetzung)

OLG Düsseldorf v. 29.11.2018 – 1-13 U 59/18, ZIP 2018, 2491 (Nachrang bei Inhaberschuldverschreibung)

BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, ZIP 2019, 679 (Nachrangdarlehen; eingeschränkte Inhaltskontrolle – § 307 III BGB; Intransparenz einer vorinsolvenzlichen Sperre)

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

4. Wirksamkeit von Rangrücktritten und vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperren

c) 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)?

© 2019 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