

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## **Insolvenzauslösung und Sanierung**

– Sind die Insolvenzgründe richtig justiert? –

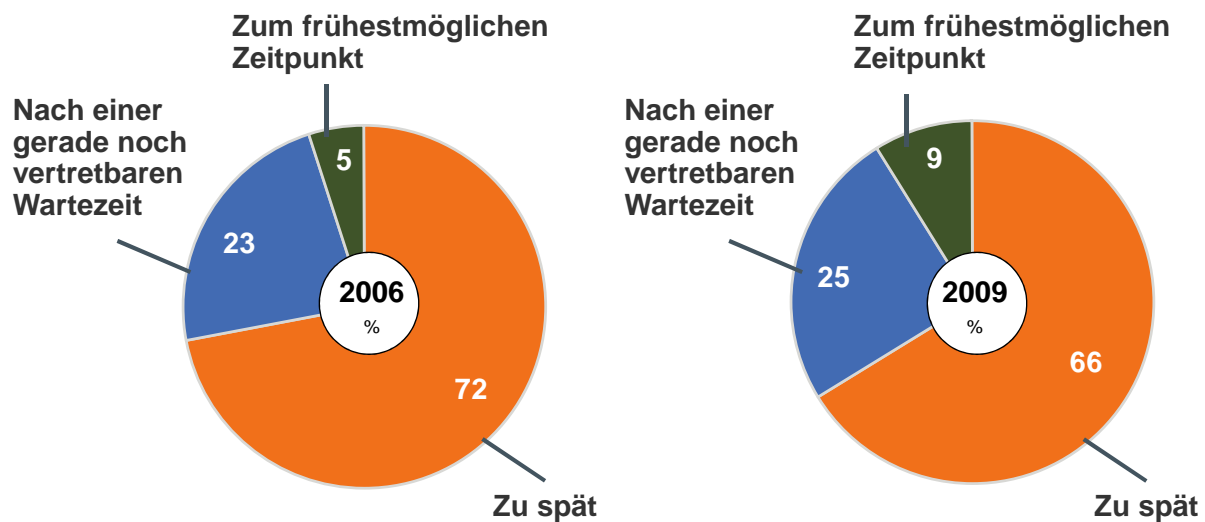
3. Abendsymposium des ISR  
am 2. Juli 2014 in Düsseldorf

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

## **Gliederung**

- I. Insolvenzauslösung in der Praxis
- II. Insolvenzgründe – Grundlagen
- III. Vergleich der Insolvenzgründe im Hinblick auf das  
in §§ 17 – 19 InsO enthaltene Prognoseelement
- IV. Rangrücktritt und Insolvenzgründe
- V. Patronatserklärung und Insolvenzgründe

## Zeitpunkt der Antragstellung (im Vergleich 2006 – 2009)



## 1. Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

- BGHZ 163, 134: Abgrenzung zur Zahlungsstockung
  - Schwellenwert der Liquiditätslücke: 10 % (Vermutung)
  - Drei-Wochen-Frist zur Wiederherstellung der Liquidität
  - streitig, ob sog. „Passiva II“ zu berücksichtigen sind („Bugwelle“)
- Vermutung bei Zahlungseinstellung (§ 17 II 2 InsO)
  - Stundungsbitte an Gläubiger / Öffentlichkeit
  - Unerreichbarkeit / Schließung des Ladenlokals
  - Nichtzahlung wichtiger, typischerweise bei Fälligkeit gezahlter Verbindlichkeiten wie Löhne + Sozialversicherungsbeiträge
  - Schuldner schiebt Forderungsrückstand ständig vor sich her
  - im Insolvenzverschleppungsprozess Beweisvereitelung bei fehlenden Büchern

## 2. Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)

- **Bezugspunkt der Prognose**
  - Erfüllung der **bestehenden** Verbindlichkeiten in der Zukunft
  - Aber: Erfüllung ist auch von zukünftig neu entstehenden Verbindlichkeiten abhängig
    - ⇒ Finanzplan mit allen bestehenden + zukünftigen Verbindlichkeiten
- **Prognosezeitraum**
  - Theorie: bis zur letzten Fälligkeit der bestehenden Verbindlichkeiten
  - Praxis: laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr (Faustregel)
    - ⇒ Grund: Prognoseunsicherheit bei noch weitergehendem Blick
    - ⇒ Aber: Berücksichtigung auch weiter in der Zukunft liegender Ereignisse, wenn die Prognoseunsicherheit fehlt ⇒ Folie 10

## 2. Drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)

- **Wahrscheinlichkeit**
  - Gesetz: „voraussichtlich“ zur Erfüllung nicht in der Lage
  - h.M.: Wahrscheinlichkeit > 50 %
    - ❖ Aber: Anforderungen nicht laxer als bei der (eine Antragspflicht) auslösenden Überschuldung
    - ❖ Dort: Insolvenzgrund nur zu verneinen, wenn die Erfüllung **nach vernünftigem menschlichen Ermessen** gesichert ist ⇒ Folie 11

### 3. Überschuldung (§ 19 InsO)

- Neudefinition mit Inkrafttreten der InsO in § 19 II InsO:  
„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“
- ⇒ BGHZ 171, 46 (Rdn. 19): keine Fortgeltung des sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“
- ⇒ indizielle Bedeutung der handelsrechtlichen Bilanz für die Überschuldungsbilanz (BGH ZIP 2011, 1007, Rdn. 33 m.w.N.)

### 3. Überschuldung (§ 19 InsO)

- zunächst befristete Wiedereinführung des „modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs“ in der Finanzmarktkrise  
„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. ...“
  - ❖ OLG Schleswig ZIP 2010, 516: keine Geltung für Altfälle
- Ende 2012: dauerhafte Entfristung auf der Basis der Studie von *Bitter/Hommerich*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012 (Kurzfassung bei *Bitter/Hommerich/Reiss*, ZIP 2012, 1201 ff.)

### 3. Überschuldung (§ 19 InsO)

#### ➤ Inhalt der Fortführungsprognose

- subjektiver Fortführungswille – Unternehmen / Unternehmensträger?
- objektive Überlebensfähigkeit der Gesellschaft
- ⇒ Sicherung der *Liquidität* ist entscheidend  
(*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

### 3. Überschuldung (§ 19 InsO)

#### ➤ Prognosezeitraum

- Theorie: Ewigkeit (vgl. die Grundidee von *Karsten Schmidt*)
- Praxis: laufendes und nächstfolgendes Geschäftsjahr (Faustregel)
  - ⇒ Grund: Prognoseunsicherheit bei noch weitergehendem Blick
  - ⇒ Aber: Berücksichtigung auch weiter in der Zukunft liegender Ereignisse, wenn die Prognoseunsicherheit fehlt

Beispiel: PIK-Finanzierung: Heute steht schon fest, dass ein großer Betrag in 3 oder 4 Jahren fällig wird und dann nicht refinanziert werden kann.

### 3. Überschuldung (§ 19 InsO)

#### ➤ **Wahrscheinlichkeit**

- Gesetz: Fortführung „überwiegend“ wahrscheinlich
- h.M.: Wahrscheinlichkeit > 50 %
  - ❖ Aber: Spekulation auf Kosten der Gläubiger ist verboten
  - ❖ Daher: zukünftige Zahlungsfähigkeit **nach vernünftigem menschlichen Ermessen** gesichert

### 3. Überschuldung (§ 19 InsO)

#### ➤ **Wertansatz bei negativer Prognose**

- Liquidationswerte ≠ Zerschlagungswerte
- Differenzierung zwischen (positiver oder negativer) Prognose in Bezug auf das Unternehmen und den Unternehmensträger erforderlich
  - ❖ Prognose kann für Unternehmensträger negativ sein wegen hohen Schuldenstandes
  - ❖ Prognose kann zugleich für das Unternehmen positiv sein wegen innerer Ertragsfähigkeit ⇒ übertragende Sanierung möglich  
⇒ Gesamtwert bei Veräußerung einschließlich realisierbarem Firmenwert entscheidend
- Exkurs: Differenzierung wichtig auch bei § 225a V 1 InsO:  
„Vermögenslage ... bei einer Abwicklung des Schuldners“

| Insolvenzgrund | Bezugspunkt   | Grundlage  | Zeitraum  | Wahrscheinlichkeit   |
|----------------|---|--|---|--|
| § 17 InsO      | <b>fällige</b> Verbindlichkeiten                          | Liquiditätsbilanz / Finanzplan                   | max. 3 Wochen   | hohe Wahrscheinlichkeit  |
| § 18 InsO      | <b>bestehende</b> Verbindlichkeiten                       | Finanzplan auf Basis eines Unternehmenskonzeptes | <u>Theorie:</u><br>letzte Fälligkeit<br><u>Praxis:</u><br>laufendes + nächstfolgendes Geschäftsjahr | „voraussichtlich“<br>h.M.: > 50 %, aber zweifelhaft<br>⇒ Folie 6 |
| § 19 InsO      | <b>alle</b> Verbindlichkeiten = bestehende und zukünftige | Finanzplan auf Basis eines Unternehmenskonzeptes | <u>Theorie:</u><br>Ewigkeit<br><u>Praxis:</u><br>laufendes + nächstfolgendes Geschäftsjahr          | „überwiegend“<br>h.M.: > 50 %, aber zweifelhaft<br>⇒ Folie 11    |

## 1. Überschuldung

- a) Regelung seit dem MoMiG in § 19 II 2 InsO: „Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.“
- Streit 1: Ist neben dem Rangrücktritt eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre erforderlich?
  - Streit 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?

## 1. Überschuldung

### b) Streit 1: Anforderungen an den Rangrücktritt

- Vor dem MoMiG: BGHZ 146, 264, 271: „wird ... allgemein angenommen, daß sich die Frage der Passivierung von Gesellschafterforderungen mit eigenkapitalersetzendem Charakter auch beim Überschuldungsstatus dann nicht stellt, wenn der betreffende Gesellschafter seinen Rangrücktritt, also sinngemäß erklärt hat, er wolle wegen der genannten Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und – bis zur Abwendung der Krise – auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handle es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital (...). Stellt sich der Gesellschafter in dieser Weise wegen seiner Ansprüche aus einer in funktionales Eigenkapital umqualifizierten Drittleistung auf dieselbe Stufe, auf der er selbst und seine Mitgesellschafter hinsichtlich ihrer Einlagen stehen, besteht keine Notwendigkeit, diese Forderungen in den Schuldenstatus der Gesellschaft aufzunehmen. Einer darüber hinausgehenden Erklärung des Gesellschafters, insbesondere eines Verzichts auf die Forderung (...) bedarf es nicht.“

## 1. Überschuldung

### b) Streit 1: Anforderungen an den Rangrücktritt

- Klärung der Rangtiefe durch das MoMiG: § 39 Abs. 2 InsO
- streitig, ob Unterordnung für die Zeit vor Insolvenz erforderlich
  - Meinung 1: keine entsprechende Anforderung in § 19 II 2 InsO; Rangrücktritt (für das eröffnete Verfahren) allein ist ausreichend
  - Meinung 2: Schuldendeckungsfähigkeit wird nur dann richtig angezeigt, wenn die Forderung auch vorinsolvenzlich nicht durchgesetzt werden kann ⇒ Vereinbarung vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre erforderlich



## 1. Überschuldung

- c) Streit 2: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?
- § 19 II 2 InsO betrifft unmittelbar nur Gesellschafterdarlehen und wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen
  - analoge Anwendung auf Dritte (z.B. Genussrechte)?
    - ❖ Problem: keine Sanktion bei vorzeitiger Rückzahlung, da § 135 I Nr. 2 InsO bei freiwilligem Rangrücktritt unanwendbar ist (*Bitter*, ZIP 2013, 2 ff. gegen *Bork*, ZIP 2012, 2277 ff.)
    - ❖ Vorschlag von *Adolff*, FS Hellwig, 2010, S. 433, 442 f.: freiwillige Unterwerfung unter das Regime des § 135 InsO
      - ⇔ keine privatautonome Schaffung von Anfechtungstatbeständen

## 2. Zahlungsunfähigkeit

- a) Gesetzliche Ausgangslage: Es existiert keine dem § 19 II 2 InsO entsprechende Regelung in § 17 InsO.
- b) Probleme:
- Sind „nachrangige“ Forderungen in der Liquiditätsbilanz zur Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen?
  - Welche Anforderungen gelten ggf. für einen Nachrang?
    - Gilt § 19 II 2 InsO analog bei der Zahlungsunfähigkeit?
    - Ist (neben dem Nachrang) die Vereinbarung einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre erforderlich?

## 2. Zahlungsunfähigkeit

- c) Der Beschluss BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666
- Leitsatz 1: Eine Forderung ist in der Regel dann im Sinne von § 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.

## 2. Zahlungsunfähigkeit

- c) Der Beschluss BGHZ 173, 286 = ZIP 2007, 1666
- Sachverhalt: Zwischen der Gläubigerin und dem Schuldner war „vereinbart worden, dass er zahlen oder Forderungen abtreten sollte, wie es ihm möglich war“. Die Gläubigerin verzichtete auf Mahnungen; die jeweilige Restforderung wurde mit 8 Prozent verzinst.
  - Interpretation: Die Gläubigerin – die Steuerberaterin des Schuldners – wollte offenbar verhindern, dass aufgrund ihrer Honoraransprüche das Insolvenzverfahren wegen Zahlungsunfähigkeit über das Vermögen ihres Mandanten eröffnet werden musste.
  - Folge: Die Gläubigerin unterlag einer liquiditätserhaltenden = die Zahlungsunfähigkeit vermeidenden Durchsetzungssperre

## 2. Zahlungsunfähigkeit

- d) Der Beschluss BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 282/09, ZIP 2010, 2055
- Leitsatz: Der Insolvenzantrag eines nachrangigen Gläubigers ist auch dann zulässig, wenn dieser im eröffneten Verfahren keine Befriedigung erwarten kann.
  - Rn. 10: „Nachrangige Forderungen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind – wenn keine weitergehende Nachrangvereinbarung getroffen (§ 39 Abs. 2 InsO) wurde (BGHZ 173, 286, 292 Rn. 18) – abweichend zu der für den früheren Rechtszustand überwiegend vertretenen Auffassung [...] nach jetziger Gesetzeslage bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) in die Liquiditätsprognose einzubeziehen, weil mit der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts (§ 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) das präventive Auszahlungsverbot für Gesellschafterdarlehen entfallen ist.“

## 2. Zahlungsunfähigkeit

- d) Der Beschluss BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 282/09, ZIP 2010, 2055
- Interpretation (eigene Ansicht):
    - ❖ Die Vereinbarung eines (auf das Insolvenzverfahren) beschränkten Nachrangs i.S.v. § 39 II InsO reicht nicht, um die Forderung im Liquiditätsstatus außen vor zu lassen.
    - ❖ Erforderlich ist neben dem Nachrang eine liquiditätsbezogene vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, die nicht notwendig in einer Nachrangvereinbarung enthalten ist.
    - ❖ keine Analogie zu § 19 II 2 InsO im Rahmen des § 17 InsO wegen fehlender vergleichbarer Interessenlage
  - Ergebnis: Parteiabrede im Einzelfall ist entscheidend.

## 2. Zahlungsunfähigkeit

### e) Literatur (Auswahl)

- *Bitter/Rauhut*, Zahlungsunfähigkeit wegen nachrangiger Forderungen, insbesondere aus Genussrechten, ZIP 2014, 1005
- *Bork*, Genussrechte und Zahlungsunfähigkeit, ZIP 2014, 997
- *Mock*, Genussrechtsinhaber in der Insolvenz des Emittenten, NZI 2014, 102
- *Dittmer*, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2013, S. 181
- *Kriegel*, in: Nickert/Lamberti, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung, 1. Aufl. 2008 und 2. Aufl. 2011, Rn. 28 ff.
- *Scholz/Karsten Schmidt/Bitter*, GmbHG, Bd. 3, 10. Aufl. 2010, Vor § 64 Rn. 7 f. (demnächst verändert in 11. Aufl.)
- *Schultze*, in: Cranshaw/Paulus/Michel (Hrsg.), Bankenkomentar zum InsR, 2. Aufl. 2012, § 17 Rn. 23 ff.

## 1. Überschuldung

### a) Relevanz für Fortführungsprognose i.S.v. § 19 II 1 InsO

- grundsätzlich (+), weil reine Zahlungsfähigkeitsprognose ⇒ Folie 9
- Mindestbedingung wohl: verbindlicher Zahlungsanspruch (harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons
- Problem: (jederzeitige) Kündbarkeit ⇒ 2-stufige Prüfung:
  - (1) Wille der Vertragsparteien = Privatautonomie (BGHZ 187, 69 – „Star 21“)
  - (2) Eignung zur Begründung einer positiven Prognose
    - ⇒ bei überwiegender Wahrscheinlichkeit (Folie 11), dass die Zahlungsfähigkeit im gesamten Prognosezeitraum (Folie 10) erhalten bleibt
    - ⇒ fehlt bei Beschränkung der Liquiditätszusage auf die Phase einer (völlig ergebnisoffenen) Prüfung der Sanierungsfähigkeit
- Problem: (jederzeitige) Aufhebbarkeit i.R.d. Privatautonomie

## 1. Überschuldung

### b) Aktivierbarkeit im Überschuldungsstatus

- grundsätzlich auch Ansprüche gegen Gesellschafter aktivierbar
- Mindestbedingung: verbindlicher Zahlungsanspruch (= harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons
- Problem: Kündbarkeit + Umfang der Verpflichtung ⇒ 2-stufige Prüfung:
  - (1) Wille der Vertragsparteien = Privatautonomie (BGHZ 187, 69 – „Star 21“)
    - ⇒ m.E. auch Kündbarkeit mit ex-tunc-Wirkung vereinbar (a.A. die h.L.)
  - (2) Aktivierbarkeit
    - ⇒ nicht bei Kündbarkeit mit ex-tunc-Wirkung
    - ⇒ bei Begrenzung der Haftung nach Kündigung auf fällige Forderungen nur in dieser Höhe (vgl. *Frystatzki*, NZI 2013, 161, 166)
- Problem: (jederzeitige) Aufhebbarkeit i.R.d. Privatautonomie

## 1. Überschuldung

### c) Literatur (Auswahl)

- *Frystatzki*, Ansprüche gegen Geschäftsführer und Gesellschafter in der Überschuldungsbilanz der GmbH, NZI 2013, 161, 164-166
- *Kaiser*, Ist eine kündbare Patronatserklärung geeignet, die Überschuldung gem. § 19 InsO zu beseitigen?, ZIP 2011, 2136
- *Maier-Reimer/Etzbach*, Die Patronatserklärung, NJW 2011, 1110
- *Raeschke-Kessler/Christopeit*, Die harte Patronatserklärung als befristetes Sanierungsmittel, NZG 2010, 1361
- *Ringstmeier*, Patronatserklärungen als Mittel zur Suspendierung der Insolvenzantragspflicht – Zugleich Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20.9.2010 – II ZR 296/08 – („Star 21“), in: FS Wellensiek, 2011, 133
- *Tetzlaff*, Aufhebung von harten Patronatserklärungen, WM 2011, 1016

## 2. Zahlungsunfähigkeit

- Berücksichtigung in der Liquiditätsbilanz möglich, wenn verbindlicher Zahlungsanspruch besteht (harte Patronatserklärung) + Solvenz des Patrons
- Kündbarkeit weniger problematisch wegen kurzfristiger Betrachtung (max. 3-Wochen-Zeitraum)

© 2014  
Prof. Dr. Georg Bitter  
Universität Mannheim  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht  
Schloss, Westflügel  
68131 Mannheim  
[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V.  
[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)