

Status quo zu Insolvenzantragspflichten und Geschäftsleiterhaftung in der Krise: Ein Schlaglicht auf die jüngsten Reformen

Am 01.01.2021 ist in Deutschland das so genannte Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz ("SanInsFoG") in Kraft getreten. Neben der Einführung eines neuen Restrukturierungsgesetzes mit dem Namen Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz ("StaRUG", siehe dazu unseren Newsletter "Deutschland hat ein neues Restrukturierungsrecht"), welches im Zentrum der allgemeinen Aufmerksamkeit steht, sieht das SanInsFoG auch zahlreiche Änderungen der Insolvenzordnung vor. Unter anderem ist die (bedingte) Aussetzung der Insolvenzantragspflicht zunächst bis Ende Januar 2021 verlängert worden (wobei eine weitere Verlängerung der bedingten Aussetzung erst kürzlich durch das Kabinett in die Wege geleitet wurde).

Darüber hinaus werden durch das SanInsFoG die Insolvenzgründe der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung klarer umrissen. Auch die Insolvenzantragspflicht von Kapitalgesellschaften sowie die Haftung der Geschäftsleiter bei Zahlungen nach Eintritt einer Insolvenzreife wird neu gestaltet. Schließlich nimmt das SanInsFoG weitreichende Änderungen im Zusammenhang mit Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren vor.

Im Folgenden fassen wir den Status quo zusammen.

1. Verlängerung der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

In Deutschland gelten strenge Insolvenzantragspflichten bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung eines Unternehmens (vgl. § 15a InsO). Kommen Geschäftsleiter diesen Pflichten nicht nach, haben sie mit empfindlichen Sanktionen zu rechnen. Die zu Beginn der Corona-Pandemie umfassend ausgesetzte Insolvenzantragspflicht gilt im Grundsatz seit dem 1. Oktober 2020 wieder in Bezug auf den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit und seit dem 1. Januar 2021 in Bezug auf den Insolvenzgrund der Überschuldung. Das SanInsFoG stellte diesbezüglich jedoch eine Rückausnahme bzw. eine Verlängerung der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht für solche Unternehmen auf, die so genannte November-/Dezemberhilfen beantragt haben bzw. unverschuldet nicht beantragen konnten. Im Lichte der weiteren Lockdown-Maßnahmen wurde am 20. Januar 2021 eine weitere Verlängerung dieser Aussetzung bis zum 30. April 2021 durch das Kabinett vorgeschlagen (die Beschlussvorlage muss freilich noch durch den Bundestag angenommen werden). Auch diese (mittlerweile dritte!) Verlängerung wird an die Erfüllung enger Voraussetzungen geknüpft sein und es darf nicht der Eindruck entstehen, Insolvenzantragspflichten gelten aktuell ganz generell nicht. Die



Verlängerung soll lediglich solchen Schuldnern zugutekommen, die sich (1) in einer durch die Pandemie bedingten Krise befinden, (2) einen Anspruch auf finanzielle Hilfen aus den aufgelegten Corona-Hilfsprogrammen haben und (3) deren Auszahlung noch aussteht; jedoch nur (4) sofern die erlangbare Hilfeleistung zur Beseitigung der Insolvenzreife geeignet ist. Voraussetzung soll grundsätzlich sein (5), dass die Hilfe bis zum 28. Februar 2021 beantragt wird, es sei denn, die Beantragung der Hilfen war aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen bis zum 28. Februar 2021 nicht möglich. Sofern es bei diesem komplizierten Regel-/Ausnahmeverhältnis bliebe, wäre fest davon auszugehen, dass die neuen Regelungen die deutschen Gerichte für viele Jahre beschäftigen werden. Es ist wohl nicht davon auszugehen, dass sich Geschäftsleiter künftig im Sinne eines Verbotsirrtums mit dem Einwand werden verteidigen können, sie hätten die Regeln schlicht nicht mehr verstanden, obwohl dies hier nicht mehr abwegig erscheint. Angesichts dessen, dass es sich bei § 15a InsO auch um einen Straftatbestand handelt, ist das durchaus bemerkenswert.

2. Insolvenzgründe

Abgesehen von diesen nur vorübergehenden Änderungen hat das SanInsFoG die Insolvenzgründe teilweise auch dauerhaft angepasst. Während der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO, zwingender Insolvenzgrund) unberührt geblieben ist, wurden die Insolvenzgründe der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO, fakultativer Insolvenzgrund) und der Überschuldung (§ 19 InsO, zwingender Insolvenzgrund) durch das SanInsFoG klarer voneinander abgegrenzt.

Wie auch bisher ist ein Schuldner drohend zahlungsunfähig, wenn er zwar aktuell liquide, jedoch voraussichtlich in der Zukunft nicht in der Lage sein wird, seine Zahlungspflichten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen. Bisher war weitgehend unklar, wie weit bei dieser Liquiditätsprognose in die Zukunft geblickt werden musste. Dies hat der Gesetzgeber geändert und nun klargestellt, dass der relevante Prognosezeitraum in der Regel bei 24 Monaten liegt.

Eine ähnliche Präzisierung hat der Gesetzgeber auch bei der Überschuldung vorgenommen. Diese liegt im Grundsatz vor, wenn das Aktivvermögen des Schuldners dessen bestehende Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (bilanzielle bzw. rechnerische Überschuldung), es sei denn, die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich (so genannte "positive Fortführungsprognose"). Die Rechtsprechung hat über die Jahre herausgearbeitet, dass die bei der Überschuldungsprüfung aufzustellende Fortführungsprognose im Wesentlichen ebenfalls eine Liquiditätsprognose ist. Daher ging in den meisten Fällen der fakultative Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit Hand in Hand mit dem zwingenden Insolvenzgrund der Überschuldung; jedenfalls dann, wenn man (was aus Vorsichtsgründen meist geboten war), das Aktivvermögen in der Überschuldungsbilanz lediglich zu Liquidationswerten ansetzte. Der Gesetzgeber hat nun präzisiert, dass der relevante Prognosezeitraum bei der Überschuldung 12 Monate beträgt. Der Schuldner ist damit nicht überschuldet, wenn er für die nächsten 12 Monate "durchfinanziert" und in diesem Zeitraum in der Lage ist, seine fälligen bzw. fällig werdenden Verbindlichkeiten zu bezahlen. Lediglich für das Jahr 2021 gilt die Besonderheit, dass für Unternehmen, deren Überschuldung auf der Covid-19 Pandemie beruht, ein noch weitergehend verkürzter Prognosezeitraum von vier Monaten anzusetzen ist.

Insgesamt sind künftig drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung besser voneinander abzugrenzen, was insofern besonders wichtig ist, als nur der drohend zahlungsunfähige Schuldner Zugang zum präventiven Restrukturierungsrahmen nach dem StaRUG hat, während dies dem überschuldeten Schuldner verwehrt ist. Die Tragweite dieser Abgrenzung sollte jedoch nicht überschätzt werden: Die Überschneidung besteht nach wie vor bei Liquiditätslücken innerhalb der nachfolgenden 12 Monate und identifizierte Lücken zu Zeitpunkten erst nach diesen 12 Monaten waren in der Vergangenheit eher selten - unter Umständen werden diese Fälle durch die neue Pflicht zur Krisenfrüherkennung nach § 1 StaRUG häufiger. In jedem Fall sind die Konkretisierungen des Gesetzgebers bei den Insolvenzzgründen aus unserer Sicht zu begrüßen.

3. Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung

Während die Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften bisher verpflichtet waren, bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Schuldners unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen, einen Insolvenzantrag zu stellen, wurde diese Insolvenzantragsfrist für den Fall der Überschuldung auf maximal sechs Wochen verlängert. Die Regelung verschafft Geschäftsleitern damit im Fall der Überschuldung etwas mehr Zeit, um die Sachlage und die möglichen Maßnahmen zur kurzfristigen Beseitigung der Überschuldung, zu untersuchen und ggf. umzusetzen. Angesichts der erheblichen zivil- und auch strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Insolvenzantragspflicht sowie der erheblichen Komplexität bei der Aufstellung einer Fortführungsprognose, ist diese Änderung aus unserer Sicht ebenfalls zu begrüßen.

4. Haftung für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife

Die bisher in verschiedenen Spezialgesetzen (z.B. § 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG) geregelte Haftung von Geschäftsleitern von Kapitalgesellschaften für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife wurde nunmehr für alle Kapitalgesellschaften in der InsO konsolidiert (§ 15b InsO). Die Neuregelung sieht - wie auch die bisherigen Regelungen - vor, dass Geschäftsleiter nach dem Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ihrer Gesellschaft keine Zahlungen mehr für diese vornehmen dürfen bzw. solche Zahlungen verhindern müssen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters erfolgen.

Unter der alten Regelung wurde diskutiert, ob dieser Sorgfaltsmaßstab auch bei Zahlungen nach Ablauf der maximalen Insolvenzantragsfrist als eingehalten gelten konnte, solange diese Zahlungen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienten und sie ein Insolvenzverwalter anstelle des Geschäftsleiters ebenfalls durchgeführt hätte. Hier bringt die Neuregelung insofern eine Verschärfung der Geschäftsleiterhaftung mit sich, als für diese Argumentation nach Ablauf der Insolvenzantragspflicht im Regelfall kein Raum mehr bleiben wird - der Gesetzgeber nimmt damit die Position ein, dass nach Ablauf der Antragspflicht im Regelfall das einzig pflichtgemäße Verhalten eines Geschäftsleiters das Stellen eines Insolvenzantrags ist. Bei Zahlungen innerhalb der Insolvenzantragsfrist (d.h. bei Zahlungsunfähigkeit drei Wochen und bei Überschuldung sechs Wochen) hingegen ist (und bleibt) dieser Einwand möglich, solange die Geschäftsleiter Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife oder zur Vorbereitung eines

Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben.

Der gleiche gesetzgeberische Gedanke - wie gerade beschrieben - tritt im Hinblick auf die Problematik der "Pflichtenkollision" zwischen Steuerzahlungspflicht (§ 69 AO) und der Pflicht zu Unterbindung weiterer Zahlungen nach Insolvenzreife zu Tage. Dieses Dilemma entlastet den Geschäftsführer künftig nur für die Dauer der maximalen Insolvenzantragsfrist. Hiernach hat der Geschäftsleiter die Pflichtenkollision durch die unterbliebene Antragstellung selbst zu verantworten und könnte sie durch einen Insolvenzantrag auflösen - tut er dies nicht, soll er künftig auch entsprechend haften (§ 15b Abs. 8 InsO).

Neben diesen punktuellen Verschärfungen wurde die Haftung jedoch in anderer Hinsicht deutlich entschärft. Zum einen wurde klargestellt, dass Zahlungen, die im vorläufigen Insolvenzverfahren mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalter vorgenommen wurden, nicht zur Haftung führen - dies ist wenig überraschend und erscheint nur fair. Hauptsächlich aber kann sich der Geschäftsleiter künftig im Hinblick auf die Anspruchshöhe mit dem Einwand entlasten, dass den Gläubigern durch die Zahlungen tatsächlich nur ein geringerer Schaden entstanden sei, als der "Nominalwert" der Zahlung. Eine solche Schadensberechnung, die den Geschäftsleiter nur entlasten kann und dies tatsächlich sehr häufig tun wird (schließlich steht praktisch jeder Zahlung eine Gegenleistung an den Schuldner gegenüber, die den Schaden der Gläubiger typischerweise verringert) hatte bislang nicht stattzufinden. Die Rechtsprechung musste diese im gesamten Rechtssystem außergewöhnliche Lücke durch aufwendig begründete Ausnahmen bei "bargeschäftsähnlichen" Leistungsaustauschen mit unmittelbaren (und theoretisch verwertbaren) Kompensationsleistungen des Vertragspartners schließen, um krasse Fälle zu entschärfen - es ist gut, dass der Gesetzgeber hier eingegriffen hat.

Es hat hinsichtlich der Geschäftsleiterhaftung in der Krise damit einige begrüßenswerte Klarstellungen gegeben, die teilweise zu einer Verschärfung, hauptsächlich aber zu einer Entschärfung führen. Zugleich sind jedoch neue Problemfelder hinzugekommen und zwar insbesondere durch die in § 1 StaRUG normierte und allgemein geltende Pflicht der Geschäftsleitung zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement. Ein eigenständiger Haftungstatbestand ist im StaRUG zwar nicht normiert, aber die Regelung könnte wohl als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB bzw. als Konkretisierung der allgemeinen Geschäftsführerplichten im Sinne von § 43 GmbHG verstanden werden, so dass der Geschäftsleiter im Ergebnis doch den Gläubigern bzw. dem Insolvenzverwalter gegenüber haften könnte. Wie sich diese Haftung im Verhältnis zum neuen Haftungstatbestand des § 15b InsO verhält ist unklar und bleibt abzuwarten: Geschäftsführung in der Unternehmenskrise bleibt risikobehaftet.

5. Eigenverwaltung/Schutzschirmverfahren

Die Einstiegshürden für ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung, bei dem die Geschäftsführung des Schuldners unter Aufsicht eines so genannten Sachwalters im Amt bleibt und nicht - wie im Regelverfahren - durch einen Insolvenzverwalter ersetzt wird, wurden signifikant erhöht. Anders als bisher hat der Schuldner dem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung eine umfassende und detaillierte Eigenverwaltungsplanung beizufügen (§ 270a InsO). Diese hat unter anderem zu enthalten: eine Finanzplanung für mindestens sechs Monate, ein umfassendes

Sanierungskonzept, einen aktuellen Sachstandbericht über die Verhandlungen mit den verschiedenen Stakeholdern (Gläubigern, Gesellschafter etc.), ein insolvenzrechtliches Compliance-Konzept sowie eine Vergleichsrechnung der Kosten zwischen Eigenverwaltung und Regelinsolvenzverfahren. Zudem sind dem Antrag umfassende Übersichten zu den bestehenden Verbindlichkeiten des Schuldners aus Arbeitsverhältnissen, Pensionszusagen, dem Steuerschuldverhältnis oder gegenüber Sozialversicherungsträgern und Lieferanten beizufügen. Insbesondere für KMUs könnten diese neuen Einstiegshürden nach unserer Ansicht in der Praxis zu einem erheblichen Problem werden; denn ihre Erstellung dürfte regelmäßig mit zeit- und kostenintensivem Organisations- und Verwaltungsaufwand verbunden sein. Doch sind häufig bei Schuldnern weder ausreichend Zeit noch Geld in einer Insolvenzsituation vorhanden.

Weiter hat der Gesetzgeber die verschiedenen Stadien der Eigenverwaltung (vorläufige Eigenverwaltung/Eigenverwaltung) sowie die Voraussetzungen/Gründe für die Aufhebung der (vorläufigen) Eigenverwaltung geregelt bzw. konkretisiert. Insbesondere kann die (vorläufige) Eigenverwaltung aufgehoben werden, wenn

- die Eigenverwaltungsplanung in wesentlichen Punkten auf unzutreffenden Tatsachen (§ 270e Abs. 1 Nr. 1a / § 272 Abs.1 Nr. 1a InsO) beruht oder
- (ii) die Rechnungslegung und Buchführung des Schuldners aufgrund ihrer Unvollständigkeit/Mangelhaftigkeit eine Beurteilung der Eigenverwaltungsplanung nicht zulässt (§ 270e Abs. 1 Nr. 1b / § 272 Abs.1 Nr. 1b InsO).

Damit hängt das Risiko der Aufhebung dauerhaft wie ein "Damoklesschwert" über dem (vorläufigen) Eigenverwaltungsverfahren.

Sehr erfreulich ist schließlich, dass der Gesetzgeber nunmehr die Voraussetzungen der Haftung der Geschäftsleiter in Eigenverwaltungsverfahren im Einklang mit der Haftung des Insolvenzverwalters in einem Regelinsolvenzverfahren in das Gesetz aufgenommen hat (§ 276a Abs. 2 S. 1 InsO). Ebenfalls ist aus unserer Sicht zu begrüßen, dass die Möglichkeit und die Voraussetzungen des Schuldners, im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren Masseverbindlichkeiten zu begründen, ebenfalls geregelt sind (§ 270c Abs. 4 S. 1 InsO).

Im Hinblick auf die Möglichkeit eines "nur" drohend zahlungsunfähigen Schuldners, anstelle eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung den präventiven Restrukturierungsrahmen zu betreten, tut sich jedoch ein neues und bislang nur am Rande diskutiertes Problemfeld auf, nämlich das des "mildesten Mittels". Macht sich ein Geschäftsleiter, der sich für ein Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung entscheidet, obwohl ihm der Weg zum StaRUG offen gestanden hätte, aufgrund des regelmäßig mit einer Insolvenz verbundenen höheren Wertverlustes gegenüber den Gläubigern oder den Gesellschaftern haftbar? Besteht ein Risiko zumindest dann, wenn er nicht nachweisen kann, dass die Mittel des StaRUG (etwa im Hinblick auf ausgenommene Arbeitnehmerforderungen oder die nicht bestehende Möglichkeit der Vertragsbeendigung nach § 103 InsO) für seinen konkreten Fall unzureichend waren? Insolvenzanträge aufgrund lediglich drohender Zahlungsunfähigkeit wurden zur Risikovermeidung bislang nur mit entsprechendem Gesellschafterbeschluss gestellt (als so genanntes "Grundlagengeschäft") und dadurch konnte ein Haftungsrisiko wegen "unnötiger" Insolvenzantragstellung ausgeschlossen werden. Jetzt allerdings gibt es mit dem StaRUG eine überzeugendere Restrukturierungsalternative als bislang, so dass die Frage nach der Notwendigkeit

des Insolvenzantrags im Einzelfall eine neue Berechtigung erfahren kann. Andererseits stellt der Gesetzgeber bewusst beide Alternativen zur Verfügung, was doch dafür spricht, dass es auch künftig jedenfalls bei Vorliegen eines Gesellschafterbeschlusses kein Haftungsrisiko im Fall der Insolvenzantragsstellung wegen nur drohender Zahlungsunfähigkeit geben dürfte - der Weg zu einer Außenhaftung des Geschäftsführers gegenüber den Unternehmensgläubigern wegen ihrer im Vergleich zu Restrukturierungsquote geringeren Insolvenzquote ist ein weiter und wird dies (zu Recht) wohl auch bleiben. Es bleibt jedoch abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung hierzu positionieren wird.

6. Fazit/Ausblick

Die durch den Gesetzgeber vorgenommenen Änderungen der InsO sind größtenteils zu begrüßen und sollten die zukünftige Rechtsanwendung erleichtern. Lediglich mit Blick auf die Eigenverwaltung stellt sich die berechtigte Frage, ob der Gesetzgeber nicht etwas über das Ziel hinausgeschossen ist und die Eigenverwaltung an zu hohe Hürden knüpft. Interessant dürfte für die Praxis zudem das künftige Zusammenspiel zwischen den Änderungen der InsO sowie dem neuen Restrukturierungsgesetz (StaRUG) sein.

Für weitere Fragen stehen Ihnen unsere Spezialisten zur Verfügung:



Joachim Ponseck, MBA, Lic en droit
joachim.ponseck@bakermckenzie.com



Prof. Dr. Artur M. Swierczok, LL.M., MSt.
artur.swierczok@bakermckenzie.com



Anja Moser
anja.moser@bakermckenzie.com

Baker & McKenzie - Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB

Berlin

Friedrichstraße 88/Unter den Linden
10117 Berlin
Tel.: +49 30 2 20 02 81 0
Fax: +49 30 2 20 02 81 199

Düsseldorf

Neuer Zollhof 2
40221 Düsseldorf
Tel.: +49 211 3 11 16 0
Fax: +49 211 3 11 16 199

Frankfurt am Main

Bethmannstraße 50-54
60311 Frankfurt am Main
Tel.: +49 69 2 99 08 0
Fax: +49 69 2 99 08 108

München

Theatinerstraße 23
80333 München
Tel.: +49 89 5 52 38 0
Fax: +49 89 5 52 38 199

www.bakermckenzie.com

Get Connected:



Hot Topics

Dieses Mandantenrundsreiben dient ausschließlich der Information. Sein Inhalt sollte daher nicht als Entscheidungsgrundlage im Einzelfall oder als Ersatz für einen einzelfallbezogenen Rechtsrat genutzt werden. Hierfür sollte stets der Rat eines qualifizierten Rechtsanwalts eingeholt werden. Mit der Herausgabe dieses Mandantenrundsreibens übernehmen wir keine Haftung im Einzelfall.

Die Baker & McKenzie - Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB ist eine im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt/Main unter PR-Nr. 1602 eingetragene Partnerschaftsgesellschaft nach deutschem Recht mit Sitz in Frankfurt/Main. Sie ist assoziiert mit Baker & McKenzie International, einem Verein nach Schweizer Recht. Mitglieder von Baker & McKenzie International sind die weltweiten Baker McKenzie-Anwaltsgesellschaften. Der allgemeinen Übung von Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als „Partner“ einen Freiberufler, der als Gesellschafter oder in vergleichbarer Funktion für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als „Büros“ bezeichnen wir unsere Büros und die Kanzleistandorte der Mitglieder von Baker & McKenzie International.

© Baker McKenzie