

frühere Insolvenzantragspflicht durch geänderte Anforderungen an den Begriff der Zahlungsunfähigkeit

13.03.2018

Restrukturierung & Insolvenz

BGH (Urteil vom 19.12.2017 – II ZR 88/16) für Einbeziehung der sog. „Passiva II“ bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO) ist in vielerlei Hinsicht von ganz erheblicher Relevanz. Die Zahlungsunfähigkeit ist allgemeiner Grund für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (§ 17 Abs. 1 InsO). Bei juristischen Personen und bei Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit löst die Zahlungsunfähigkeit die Insolvenzantragspflicht aus (§ 15a Abs. 1 InsO). Stellen antragspflichtige Gesellschaften den Insolvenzantrag trotz eingetretener Zahlungsunfähigkeit nicht oder nicht rechtzeitig, droht den verantwortlichen Personen eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren (§ 15a Abs. 4 InsO). Daneben knüpfen auch die besonderen Insolvenzstraftaten (§§ 283 ff. StGB) an den Begriff der Zahlungsunfähigkeit an. Und nicht zuletzt untersagt die Rechtsordnung den organschaftlichen Vertretern, nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit noch Zahlungen zu leisten, sofern diese nicht ausnahmsweise auch jetzt noch mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Vorstandes, Geschäftsführers etc. vereinbar sind (§ 64 GmbHG, § 92 AktG, § 99 GenG, § 130a HGB).

Gleichwohl ist in der Praxis nach wie vor in vielen Fällen unklar, wann genau Zahlungsunfähigkeit anzunehmen ist. Der reine Gesetzestext des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO („*Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.*“) hilft nur auf den ersten Blick weiter. Probleme bestehen insbesondere bei der Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von lediglich geringfügigen Liquiditätslücken oder vorübergehenden Zahlungsstockungen.

Zahlungsunfähigkeit nach Auffassung des IX. Zivilsenats

Nach der seit 2005 ständigen Rechtsprechung des für das Insolvenzrecht zuständigen IX Zivilsenats des Bundesgerichtshofs sind in der Liquiditätsbilanz zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO *„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“* (vgl. etwa BGH, Urteil vom 12.02.2015 – IX ZR 180/12). Entgegen einer weit verbreiteten Literaturansicht nicht zu berücksichtigen sind nach diesem Wortlaut die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. „Passiva II“).

Zahlungsunfähigkeit nach Auffassung der Strafsenate

Ähnlich liest sich die entsprechende Formulierung der Strafsenate des Bundesgerichtshofs: *„[Zahlungsunfähigkeit] ist in der Regel durch eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits festzustellen“* (Beschluss vom 23.07.2015 – 3 StR 518/14; Beschluss vom 16.05.2017 – 2 StR 169/15). Auch für die strafrechtliche Beurteilung spielen die Passiva II bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit danach wohl keine Rolle (diesbezüglich unklar allerdings BGH, Beschluss vom 21.08.2013 – 1 StR 665/12).

II. Zivilsenat gegen sog. Bugwelleneffekt – Einbeziehung der Passiva II bei Prüfung der Zahlungsunfähigkeit

Mit dieser – von vielfältigen Stimmen in der Literatur nicht geteilten – Linie hat der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 19.12.2017 – II ZR 88/16 ausdrücklich gebrochen.

Nach der umfangreich begründeten Auffassung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs müssen nämlich auch die Passiva II, also die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten, im Rahmen der

Liquiditätsbilanz berücksichtigt werden.

Auswirkungen hat dies insbesondere für Schuldner, die zwar eine „Bugwelle“ von Verbindlichkeiten vor sich her schieben, diese aber stets und ausnahmslos innerhalb von drei Wochen erfüllen können. Nach dem Wortlaut der vorgenannten Entscheidungen der Strafsenate und des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs wäre ein solcher Schuldner noch nicht zahlungsunfähig. Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs sieht dies nunmehr anders.

Geschäftsführer muss auf Buchhaltung der Schuldnerin basierenden Liquiditätsstatus im Einzelnen widerlegen

Der BGH hat mit diesem Urteil ferner bestätigt, dass von Geschäftsführern der Schuldnerin erhöhte Anforderungen an ihren Prozessvortrag zu stellen sind, wenn diese die vom Insolvenzverwalter behauptete Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin widerlegen wollen.

Im Verhältnis zu dem für die ordnungsgemäße Rechnungslegung zuständigen Geschäftsführer kann die Gesellschaft – und damit auch der spätere Insolvenzverwalter – nämlich davon ausgehen, dass der Geschäftsführer die Bücher so geführt hat oder durch Angestellte hat führen lassen, dass sie ein richtiges und vollständiges Bild von allen Geschäftsvorfällen vermitteln, die im Betrieb angefallen sind. Stützt sich die Gesellschaft im Prozess gegen ihren Geschäftsführer auf vorhandene Buchungen und Buchungsunterlagen, obliegt es daher dem Geschäftsführer, eine etwaige Unrichtigkeit der Buchhaltung darzulegen und zu beweisen. Da der Geschäftsführer mit den finanziellen Verhältnissen der insolvent gewordenen Gesellschaft aufgrund seiner Tätigkeit vertraut ist, ist er gehalten, im Einzelnen substantiiert darzulegen und ggf. zu beweisen, welche der in der Buchhaltung vorhandenen Buchungen in welcher Hinsicht unrichtig sein sollen. Zum Zwecke seiner Beweisführung ist der Geschäftsführer berechtigt, Einsicht in die in aller Regel beim Insolvenzverwalter liegende Buchhaltung der Gesellschaft zu nehmen.

Folgen für die Praxis

Für die Praxis bleibt einerseits abzuwarten, ob und ggf. wie sich die anderen Senate des Bundesgerichtshofs zu der vom II. Zivilsenat angenommenen Einbeziehung der Passiva II bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit positionieren werden. Eine Anfrage oder Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen oder die Vereinigten Großen Senate (§ 132 Abs. 2 und 3 GVG) hat der II. Zivilsenat ausdrücklich nicht für erforderlich erachtet. Die dafür gegebene Begründung, dass weder der IX. Zivilsenat noch die genannten Strafsenate die Frage der Einbeziehung der Passiva II bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung bislang abweichend entschieden hätten, erstaunt angesichts des Wortlauts der entsprechenden Entscheidungen allerdings ein wenig. Es ist daher zumindest nicht ausgeschlossen, dass sich der Große Zivilsenat oder die Vereinigten Großen Senate des Bundesgerichtshofs mit dieser Frage künftig auf Vorlage eines anderen Senats werden auseinandersetzen müssen.

Andererseits dürfte die Entscheidung bereits jetzt erhebliche Auswirkungen auf die Praxis haben. Geschäftsführer bzw. Vorstände und deren Berater werden jedenfalls nunmehr – schon angesichts der drohenden Haftung für Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 64 GmbHG, § 92 AktG, § 99 GenG, § 130a HGB) – die Auffassung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit zu beachten haben. Die Einbeziehung der Passiva II dürfte rückblickend in vielen bereits laufenden Insolvenzverfahren zu umfangreicheren oder zumindest zu leichter begründbaren Haftungsansprüchen gegen Vorstände und Geschäftsführer führen können. Zudem wird es mit Blick nach vorn zu vermehrten Insolvenzanträgen kommen, insbesondere bei Gesellschaften, die zwar auf absehbare Zeit alle ihre fälligen Verbindlichkeiten jeweils innerhalb von drei Wochen bezahlen können, stets aber eine „Bugwelle“ von Verbindlichkeiten vor sich her schieben.

Schließlich zeigt die Entscheidung erneut instruktiv, dass sich Geschäftsführer und Vorstände bei einer Inanspruchnahme wegen Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nicht auf ein mehr oder minder pauschales Bestreiten des Vortrags des Insolvenzverwalters zur Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zurückziehen können. Sie sind vielmehr gehalten, Position für Position des vom Insolvenzverwalter auf Basis der Buchhaltungsunterlagen vorgetragenen Liquiditätsstatus nach Einsicht in die Geschäftsunterlagen der Schuldnerin zu widerlegen. Gerade bei großen Unternehmen ist dies ein nicht zu unterschätzender Aufwand. Insolvenzverwalter auf der anderen Seite dürften gut daran tun, die vom Geschäftsführer geforderte Einsicht in die Geschäftsunterlagen auch zu gewähren, um dem Geschäftsführer im Prozess den Einwand zu nehmen, dass ihm ein entsprechend substantiiertes Vortrag aufgrund der verwehrten Akteneinsicht nicht möglich war.

Haben Sie Fragen? Kontaktieren Sie gerne: [Dr. Kolja Dörrscheidt](#)

Practice Group: **Restrukturierung und Insolvenz**

Contact Person



Dr. Kolja Dörscheid

Mitglied der Practice Group Prozessführung, Schiedsverfahren & ADR

Mitglied der Practice Group Banking & Finance

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

T +49 69 971477163

www.noerr.com twitter.com/NoerrLLP xing.com/companies/NoerrLLP