

## B & K Special

09/2020

# Aussetzung der Insolvenzantragspflicht, Handlungshinweise für Gesellschafter und Geschäftsführer in der Unternehmenskrise

### I. Einleitung

Die Corona-Krise trifft uns hart. Uns alle. Manche Gesellschaften und Einzelunternehmer sind in ihrer Existenz gefährdet. Geschäftsführer und Vorstände sehen sich mit der erheblichen Unsicherheit konfrontiert, den Zeitpunkt der Insolvenzreife und der ggf. damit einhergehenden Insolvenzantragspflicht eigenständig beurteilen zu müssen. Sofern diese subjektive Beurteilung nachträglich mit der Behauptung angegriffen werden sollte, der Insolvenzantrag sei zu spät gestellt worden, können die Leitungsorgane unter Umständen wegen Insolvenzverschleppung persönlich in Haftung genommen werden.

Der Gesetzgeber hat dies erkannt und kurz nach Ausbruch der Pandemie mit Wirkung zum 01.03.2020 eine gewisse Abhilfe geschaffen. Während man über die politische Richtigkeit einzelner Regeln sicherlich streiten kann, hat hier zumindest der Gesetzgeber selbst bundeseinheitlich gehandelt und - anders als bei den Coronaschutzverordnungen - nicht die Exekutive mit unterschiedlichen Regelungen für sämtliche Bundesländer, über die kaum einer den Überblick behalten kann.

Einen Überblick über die Pflichten der Leitungsorgane bei drohender Insolvenz und die Handlungsmöglichkeiten von Gesellschafterseite soll Ihnen dieses Special geben.

### II. Insolvenzantragspflicht

#### 1. Grundsatz

Nach § 15a der Insolvenzordnung (InsO) müssen „Mitglieder des Vertretungsorgans einer *juristischen Person*“, also Geschäftsführer und Vorstände einer GmbH bzw. AG, innerhalb von drei Wochen nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Insolvenzantrag stellen. Dasselbe gilt für Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter (pHG) ist, insbesondere also für die typische GmbH & Co. KG.

Die Zahlungsunfähigkeit ist der allgemeine Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren für alle Schuldner ungeachtet ihrer Rechtsform. Diese liegt vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Regelmäßig werden dann die Zahlungen eingestellt. Dieser Eröffnungsgrund ist zwar viel weitreichender als die Überschuldung,

i.d.R. aber sehr viel einfacher zu erkennen. Eine Insolvenzantragspflicht wird jedoch nur für juristische Personen und Personengesellschaften ohne natürliche Person als pHG begründet.

Überschuldung liegt vor, wenn „das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt“. Betroffen sind juristische Personen und insbes. GmbH & Co. KGs. In solchen Fällen besteht eine Insolvenzantragspflicht allerdings dann noch nicht, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist (positive Fortbestehensprognose).

Mit einfachen Worten ausgedrückt: Sind die Schulden höher als das Vermögen, darf das Unternehmen trotzdem weitermachen, wenn es gute Gründe dafür gibt, dass es sich erholen kann und wird. Während der Zustand der Überschuldung ohne positive Fortbestehensprognose nicht ohne Weiteres und nicht so rasch wie die (drohende) Zahlungsunfähigkeit zu erkennen ist, bestehen für die Leitungsorgane ganz erhebliche Unsicherheiten bei der Beurteilung der Frage, ob eine Überschuldung im bilanziellen Sinne vorliegt und eine Insolvenzantragspflicht ausgelöst ist oder nicht.

## **2. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht**

Der Gesetzgeber hat mit Blick auf die Corona-Pandemie beschlossen, dass eine solche Insolvenzantragspflicht vorübergehend - zunächst befristet bis zum

30.09.2020 - nicht besteht. Angeschlagene Unternehmen sollen während der Pandemie nicht gleich abgeschrieben werden, wenn sie eine Chance haben, sich zu erholen. Dies betrifft sowohl die Situation der Überschuldung, als auch die schwerwiegendere Situation der Zahlungsunfähigkeit.

Die Verlängerung der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ist im Gesetz bereits vorgesehen; das Bundesministerium der Justiz ist ermächtigt, eine Verlängerung längstens bis zum 31.03.2021 zu verfügen. Der Koalitionsausschuss hat in seiner Sitzung vom 25.08.2020 beschlossen, die Befristung der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (nur) *für den Insolvenzantragsgrund der Überschuldung* bis zum 31.12.2020 zu verlängern. Dies wird ohne erneute Beteiligung des Bundestages im Verordnungswege möglich sein; zwar ist eine solche Verordnung noch nicht im Bundesgesetzblatt veröffentlicht, dennoch wird man davon ausgehen können, dass die Verlängerung in Kürze in Kraft treten wird.

## **3. Vorausgesetzte Bedingungen**

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht setzt jedoch die Erfüllung zweier Bedingungen voraus, bis 30.09.2020 sowohl hinsichtlich des Insolvenzantragsgrundes der Zahlungsunfähigkeit als auch der Überschuldung, ab 01.10. bis 31.12.2020 nur noch für den Insolvenzantragsgrund der Überschuldung:

Erstens muss die Insolvenzreife auf der Corona-Pandemie beruhen. Jeder, der ein Unternehmen führt, weiß, wie komplex Strukturen in einem Unternehmen sein können. Die Krise eines Unternehmens lässt sich praktisch nie auf einen einzigen Umstand zurückführen. Das dürfte auch während der Corona-Pandemie in den meisten Fällen kaum einfach zu beurteilen sein.

Daher gibt der Gesetzgeber eine Beweiserleichterung durch eine **gesetzliche Vermutung**: War das Unternehmen am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig, wird vermutet, dass die spätere Zahlungsunfähigkeit auf der Corona-Pandemie beruht. Die meisten Unternehmen werden zum 31.12.2019 einen Jahresabschluss, zumindest also eine Bilanz vorlegen können (anders bei Unternehmen mit abweichenden Geschäftsjahr). Aus diesem Zahlenwerk lässt sich eine bilanzielle Überschuldung recht einfach ablesen. Der spätere Zustand der Zahlungsunfähigkeit ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus Bilanz bzw. Jahresabschluss. Zu diesem Zeitpunkt hat der Unternehmer aber die belastbarsten Informationen über sein Unternehmen und kann so am besten überblicken, ob es weitergehen kann oder ob die Kasse „endgültig leer ist“.

Vom Wortlaut her werden auch solche Unternehmen erfasst, die zum 31.12.2019 zwar noch nicht zahlungsunfähig, aber bereits überschuldet waren. Es wird mit guten Gründen diskutiert, ob dies ein Feh-

ler im Gesetzestext ist. Unternehmen, die bereits vor Beginn der Krise überschuldet waren, sollen nach dem Gesetzeswortlaut wegen der (zukünftigen) Krise geschützt werden. Das ist sachlich kaum zu rechtfertigen und es bleibt abzuwarten, ob dies streng durchgehalten wird oder ob die Rechtsprechung eine abweichende Auslegung vornimmt. Strafrechtlich kann ein Vorwurf durch eine Auslegung entgegen dem klaren Gesetzeswortlaut kaum gemacht werden. Die insolvenzrechtlichen Folgen sind bisher jedoch nicht zuverlässig abzusehen.

Außerdem kann die gesetzliche Vermutung, dass die Insolvenzreife auf der Corona-Pandemie beruht, widerlegt werden. Trotz fehlender Zahlungsunfähigkeit zum 31.12.2019 kann eine Insolvenzantragspflicht trotzdem bestehen, und zwar jederzeit, also auch vor dem 30.09.2020 bzw. 31.12.2020 (!), wenn die Insolvenzreife nicht auf der Pandemie beruht. War die Lage auch ohne Corona aussichtslos, bleibt die Insolvenzantragspflicht bestehen. An einen entsprechenden Nachweis sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen und diesen Beweis müsste derjenige erbringen, der sich darauf beruft, in der Praxis mithin Insolvenzverwalter oder Gläubiger.

Als zweite Bedingung müssen Aussichten darauf bestehen, dass eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zukünftig beseitigt werden kann. Auch dies wird zum 31.12.2019 vermutet, wenn bis dahin kei-

ne Zahlungsunfähigkeit bestand. Dahinter steht die Erwägung, dass die Corona-Pandemie regelmäßig zu Liquiditätsschwierigkeiten führt, die bei einem ansonsten gesunden Unternehmen aufgefangen werden können, sobald das Unternehmen seine Geschäfte wieder normal betreiben kann. Der Gesetzgeber gibt keinen Zeitpunkt an, bis wann die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit möglich sein soll und verpflichtet den Unternehmer damit, das Unvorhersehbare vorherzusehen. Keiner weiß wirklich, wie es weitergeht (obwohl viele dies behaupten) und dennoch muss der Unternehmer diese sog. „Aussichtsprüfung“ auf eigenes Risiko vornehmen. Sorgfältige Analyse und Dokumentation sind unerlässlich. Herauszuarbeiten sind die tatsächlichen Ursachen der Probleme und die Gründe bzw. Bedingungen, unter denen zukünftig Hoffnung besteht. Eine gut begründete Dokumentation im Zeitpunkt der Entscheidung über eine (unterlassene) Insolvenzantragstellung ist eine wertvolle Unterstützung, wenn jemand das Verhalten der Leitungsorgane oder Gesellschafter nachträglich infrage stellen will.

#### **4. Gläubigerinsolvenzantrag**

Ein Gläubigerinsolvenzantrag konnte im Zeitraum zwischen dem 28.03.2020 und dem 28.06.2020 nur gestellt werden, wenn die Insolvenzreife bereits zu dem Zeitpunkt des 01.03.2020 vorlag. Dieser Zeitraum ist mittlerweile verstrichen, sodass

Gläubiger die Insolvenzeröffnung wieder beantragen bzw. erzwingen können.

### **III. Handlungsmöglichkeiten für Leitungsorgane und Gesellschafter**

#### **1. Geschäftsführer und Vorstände**

Leitungsorgane von Unternehmen, üblicherweise der GmbH, GmbH & Co. KG und der Aktiengesellschaft, unterliegen einem hohen Haftungsrisiko.

Der Gesetzgeber hat insoweit abgeholfen, als er gewisse Zahlungen, die in der Krisenzeit erfolgen, als mit der „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ als vereinbar erklärt. Voraussetzung ist, dass die Zahlungen der Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes, oder der Umsetzung eines Sanierungskonzeptes dienen. Damit erhält das Leitungsorgan zwar keinen Freibrief für jegliche Handlungen. Aber zumindest wird die Haftung des Geschäftsleiters für solche Zahlungen ausgesetzt, die dem Überleben des Unternehmens dienen; Zahlungen, für die ein Leitungsorgan ohne dieses Gesetz gegebenenfalls den eigenen Geldbeutel bereithalten müsste. Auch in diesem Zusammenhang muss eine gründliche Prüfung erfolgen und das Ergebnis der Prüfung sollte sorgfältig dokumentiert werden, um späteren Vorwürfen vorzubeugen.

#### **2. Gesellschafter**

Die Gesellschafter eines Unternehmens würden ihrem Unternehmen in der Krise häufig Geld leihen, in der Hoffnung dieses später wieder zu bekommen. In einer

normalen Insolvenzsituation sind Gesellschafterdarlehen aber gemäß § 39 InsO nachrangige Forderungen und somit die letzten, die bedient werden. In der Praxis werden sie regelmäßig gar nicht mehr bedient. Der Gesellschafter stellt sich also verständlicherweise die Frage, ob er seinem Unternehmen noch Geld aus der privaten Schatulle leihen soll, welches im Insolvenzfall verloren ist.

Auch darauf reagiert das Gesetz: Gesellschafterdarlehen, die in der Zeit vom 01.03.2020 bis zum 30.09.2020 bzw. im Falle der Verlängerung der Aussetzungsfrist bis zum 31.12.2020 an die Gesellschaft gezahlt werden (im Verlängerungszeitraum wohl nur für Insolvenzfälle in Folge Überschuldung – die diesbzgl. Regelung liegt noch nicht vor, so dass insoweit noch keine verbindliche Aussage gemacht werden kann), mithin keine Alt-Darlehen, dürfen zurückgezahlt werden, ohne dass im Krisenfall sämtliche Gläubiger zuerst befriedigt werden müssen. Die Rückzahlung muss nicht in diesem engen Zeitrahmen der Gewährung, sondern darf bis zum 30.09.2023 erfolgen. Eine Ermächtigung zur Verlängerung auch dieses Enddatums im Verordnungswege ist im Gesetz nicht erkennbar, weshalb es insoweit voraussichtlich nicht zu einer Fristverlängerung kommen wird. Der Gesellschafter kann seinem Unternehmen also kurzfristig zur Sanierung bzw. Sicherung der Zahlungsfähigkeit Geld leihen und darf langfristig eine Rückzahlung veranlassen, oh-

ne dass ein Insolvenzverwalter die Rückzahlung anfechten könnte.

### 3. Weitere Erleichterungen

Eine ähnliche Privilegierung gilt für Kreditgewährungen durch Dritte und die Bestellung von Sicherheiten. Auch der neue Kreditgeber soll nicht schlechter dastehen als die bisherigen Gläubiger. Andernfalls wird er kaum helfen wollen. Privilegiert werden darüber hinaus auch die Gewährung von Sicherheiten und Zahlungen, die nicht im Zusammenhang mit Krediten stehen, zum Beispiel im Zusammenhang mit Dauerschuldverhältnissen, Mietverhältnissen oder Lieferungen, vorausgesetzt die entsprechenden Maßnahmen sind nicht generell ungeeignet.

Diese Erleichterungen gelten teilweise auch bereits vor Eintritt der Insolvenzreife. Wenn Unternehmen langsam auf eine Krise zusteuern, sollen sie die drohenden Folgen auch vorbeugend abmildern dürfen.

## IV. Fazit

Fest steht heute wohl nur, dass die Dauer dieser gesetzlichen Regelung nicht feststeht. Die Verlängerung der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (nur) für den Insolvenzgrund Überschuldung ist vom Koalitionsausschuss am 25.08.2020 bereits beschlossen worden, wenn auch bei Redaktionsschluss dieses Beitrags eine entsprechende Verordnung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz noch nicht vorlag. Die im Ge-



gesetz vorgesehene Regelung sieht eine Verlängerung im Verordnungswege längstens bis zum 31.03.2021 vor; es bleibt abzuwarten ob es über den 31.12.2020 zu einer erneuten Prolongation kommen wird.

Bis dahin müssen Unternehmer und Leitungsorgane das Fristende zum 30.09.2020 für die Insolvenzantragspflicht wegen (eingetretener) Zahlungsunfähigkeit bzw. zum 31.12.2020 für die Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung vor Augen haben.

Die Situation muss mit dem Wissen von heute analysiert und so gut wie möglich abgesichert werden. Sollten Sie betroffen sein und noch keine sorgfältige Dokumentation angefertigt haben, oder weitere Fragen zu den Themenbereichen bestehen, unterstützen wir Sie gerne. Sprechen Sie uns an!

**Information:**

Der Inhalt dieser Information wurde nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt. Mit Rücksicht auf die Komplexität der angesprochenen Themen und den ständigen Wandel der Rechtsmaterie bitten wir um Verständnis, wenn wir unsere Haftung und Gewährleistung auf Beratungen in individuellen Einzelaufträgen nach Maßgabe unserer Auftragsbedingungen beschränken und sie i. Ü., d. h. für diese Informationen ausschließen.