

## **Überschuldung – auch in Zeiten von Covid ein unterschätzter Insolvenzantragsgrund**

Insolvenzanträge von Kapitalgesellschaften werden in der Praxis überwiegend damit begründet, dass die antragstellende Gesellschaft zahlungsunfähig geworden sei, bzw. dass ihre Zahlungsunfähigkeit einzutreten drohe. Dementsprechend prüfen die Mitglieder ihrer geschäftsführenden Gesellschaftsorgane (im Folgenden Geschäftsführer) und ihre Berater bei Eintritt einer Unternehmenskrise vorrangig, ob Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder einzutreten droht bzw. was getan werden kann, um diese zu vermeiden bzw. zu beseitigen. Hierbei wird häufig ausgeblendet, dass eine Überschuldung der Gesellschaft gemäß § 19 InsO ebenso eine zwingende Insolvenzantragspflicht ihrer geschäftsführenden Organe auslöst, wie ihre Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 17 InsO. In der Rückschau erweist sich dann häufig, dass die Überschuldung der Gesellschaft bereits Monate oder gar Jahre vor ihrer Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Hieraus ergeben sich für die Geschäftsführer erhebliche Strafbarkeitsrisiken (§ 15a Abs. 4 und 5 InsO) und teilweise existenzbedrohende Pflichten zur Erstattung von Zahlungen, welche nach Eintritt der Überschuldung aus dem Vermögen der Gesellschaft geleistet wurden (z.B. aus § 92 AktG, § 64 GmbHG, § 130a HGB).



Nachdem der BGH durch Urteil vom 26.01.2017, IX ZR 285/14, die Haftung von Steuerberatern der Gesellschaft aufgrund eines pflichtwidrig unterlassenen Hinweises über die eingetretene Überschuldung drastisch verschärft hat, gehen Insolvenzverwalter auch Organhaftungsansprüchen wegen pflichtwidrigen Unterlassens der Insolvenzantragstellung nach Eintritt der Überschuldung verstärkt nach und begnügen sich nicht mehr damit, bei der Ermittlung solcher Ansprüche auf den regelmäßig deutlich später erfolgten Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft abzustellen.

Nach einer Entscheidung des OLG München vom 17. Januar 2019, 23 U 998/18, ist eine Geschäftsführerhaftung wegen pflichtwidriger Zahlungen nach Eintritt der Überschuldung der Gesellschaft zu bejahen, wenn eine handelsbilanzielle Überschuldung der Gesellschaft vorlag und der Geschäftsführer weder das damit verbundene Indiz der Überschuldung widerlegen noch den Grund für die Annahme einer positiven Fortbestehensprognose der Gesellschaft plausibel darlegen kann.

### **Handelsbilanzielle Überschuldung als Warnsignal**

Ein wichtiges Warnsignal für den Eintritt einer Überschuldung liegt vor, wenn die Handelsbilanz der Gesellschaft einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag aufweist. Zwar kommt der Handelsbilanz für die Frage, ob die Gesellschaft überschuldet ist, lediglich indizielle Bedeutung zu. Hat der klagende Insolvenzverwalter jedoch erläutert, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige aus der Bilanz nicht ersichtliche Vermögenswerte vorhanden oder eben nicht vorhanden sind, ist es Sache des beklagten Geschäftsführers, im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast im Einzelnen vorzutragen, welche stillen Reserven oder sonstigen in eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbilanz nicht abgebildet sind (BGH-Urteil vom 27.4.2009, II ZR 253/07; Beschluss vom 31.5.2011, II ZR 106/10).

Vor diesem Hintergrund sollte sich jeder Geschäftsführer, dessen Gesellschaft in der Handelsbilanz einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag aufweist, vor Augen führen, dass im Falle des späteren Eintritts einer Insolvenz der Insolvenzverwalter gehalten sein wird, zu prüfen, ob nicht bereits zu diesem Zeitpunkt auch schon eine insolvenzrechtliche Überschuldung der Gesellschaft vorlag. Um dem Vorwurf einer zumindest fahrlässigen Insolvenzverschleppung vorzubeugen, sollte daher in diesem Fall auch ein insolvenzrechtlicher Überschuldungsstatus aufgenommen werden, aus dem etwaige stille Reserven oder sonstige aus der Bilanz nicht ersichtliche Vermögenswerte, die eine insolvenzrechtliche Überschuldung beseitigen, hervorgehen.

### **Positive Fortbestehensprognose**

Gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 InsO entfällt eine Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung, wenn und solange die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Nach der bereits angeführten Entscheidung des OLG München genügt ein entsprechender Hinweis im Jahresabschluss insoweit nicht zum Beleg einer positiven Fortbestehensprognose im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 InsO. Vielmehr setzt eine solche neben dem Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe auch die objektive – grundsätzlich aus einem aussagekräftigen Unternehmenskonzept (sogenannter Ertrags- und Finanzplan) herzuleitende – Überlebensfähigkeit des Unternehmens voraus.

Definitiv ausgeschlossen ist eine positive Fortbestehensprognose, sobald eine Gesellschaft drohend zahlungsunfähig wird. Denn aufgrund des dann überwiegend wahrscheinlichen Eintritts einer zwingenden Insolvenzantragspflicht wegen Zahlungsunfähigkeit ist die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich anzusehen. Vor diesem Hintergrund muss bei Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit immer auch geprüft werden, ob darüber hinaus bereits auch Überschuldung vorliegt.

### **Reichweite der Befreiung von der Insolvenzantragspflicht durch COVID-19-COVInsAG**

Gemäß § 1 des Gesetzes zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVInsAG) ist die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a der Insolvenzordnung bis zum 30. September 2020 ausgesetzt. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Insolvenzzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) beruht. Zwar gilt eine gesetzliche Vermutung, dass die Insolvenzzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig war. Diese Vermutung kann der Insolvenzverwalter jedoch widerlegen, wenn sich aus den Unterlagen der Gesellschaft ergibt, dass die Gesellschaft bereits vor Eintritt der Corona-Krise keine positive Fortbestehensprognose mehr hatte.

### **Abwehr von Haftungsansprüchen bei Zahlungen nach eingetretener Überschuldung**

Nach Eintritt der Überschuldung geleistete Zahlungen sind nicht auszugleichen, wenn und soweit für diese ein Gegenwert in die Insolvenzmasse gelangt ist und zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger noch zur Verfügung steht (BGH, Urteil vom 04.07.2017, II ZR 319/15). Dies wird allerdings überwiegend nicht der Fall sein.

Eine Haftung des Geschäftsführers entfällt ferner dann, wenn die betreffenden Zahlungen auch in der gegebenen Situation (nach Eintritt der Überschuldung) mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar waren. Hierfür trägt der Geschäftsführer die Darlegung und Beweislast. Nach der Rechtsprechung des BGH kann eine Haftung unter diesem Gesichtspunkt ausnahmsweise dann zu verneinen sein, wenn durch die betreffenden

Leistungen größere Nachteile für die Masse abgewendet wurden. Dies kommt insbesondere bei Zahlungen in Betracht, ohne die der Betrieb der schuldnerischen Gesellschaft sofort hätte eingestellt werden müssen, was jede Chance auf Sanierung oder Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht hätte (BGH, Beschluss vom 5.11.2007, II ZR 262/06).

Im Übrigen trifft einen Geschäftsführer, der nach Eintritt der Insolvenzreife seiner Gesellschaft noch Zahlungen veranlasst, die gesetzliche Vermutung, dass er insoweit zumindest fahrlässig (also schuldhaft) gehandelt habe. Auf Sach- oder Rechtsunkenntnis kann er sich insoweit regelmäßig nicht berufen. Denn nach ständiger Rechtsprechung des BGH handelt er bereits dann fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und Kenntnisse verschafft, die er für die Prüfung benötigt, ob er pflichtgemäß einen Insolvenzantrag stellen muss. Überdies gebietet es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zudem, die Prüfung seines Beraters einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen (BGH-Urteil vom 26.01.2016, II ZR 394/13).

Allerdings haftet der Geschäftsführer nur in Höhe des aufgrund der verbotswidrigen Zahlung tatsächlich entstandenen Nachteils zulasten der Insolvenzmasse. Dieser umfasst nicht die Insolvenzquote, welche auf den Gläubiger der betreffenden Zahlung entfallen wäre, wenn die verbotswidrige Zahlung nicht erfolgt wäre. Der Geschäftsführer ist daher befugt, nach Erstattung der Leistung an die Masse einen Anspruch gegen den Insolvenzverwalter geltend zu machen, der dem Rang und der Höhe nach dem Betrag entspricht, den der begünstigte Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte (BGH ZIP 2011,422,424). Außerdem ist er in analoger Anwendung von § 255 BGB zur Erstattung der verbotswidrigen Zahlung nur Zug um Zug gegen Abtretung allfälliger Anfechtungsansprüche des Insolvenzverwalters gegen den Empfänger der verbotswidrig geleisteten Zahlung verpflichtet.

### **Regressansprüche gegen den Steuerberater der Gesellschaft**

Regressansprüche des Geschäftsführers gegen den mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragten Steuerberater kommen in Betracht, wenn dieser über Indizien für eine Überschuldung der Gesellschaft nicht aufgeklärt hat.

Durch das Urteil vom 26.01.2017, IX ZR 285/14 hat der BGH eine Haftung des Steuerberaters der Gesellschaft wegen mangelhafter Bilanzerstellung angenommen, wenn dieser im Jahresabschluss Fortführungswerte ansetzt, obwohl dies wegen Eintritts der Insolvenzreife gemäß § 252 Abs. 1 HGB nicht mehr zulässig sei. Den insoweit erweiterten Pflichtenkreis des Steuerberaters hat der BGH in folgenden Grundsätzen umrissen:

„Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater ist verpflichtet zu prüfen, ob sich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm sonst bekannten Umstände tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können. Hingegen ist er nicht verpflichtet, von sich aus eine Fortführungsprognose zu erstellen und die hierfür erheblichen Tatsachen zu ermitteln. Eine Haftung des Steuerberaters setzt voraus, dass der Jahresabschluss angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft objektiv zu Unrecht von Fortführungswerten ausgeht.“

„Erkennt der Steuerberater Umstände, die geeignet sind, die implizite Fortbestehensprognose des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB in Frage zu stellen oder hätte er bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit bei Erstellung des Jahresabschlusses solche Umstände erkennen müssen, muss er entweder klären, ob diese Umstände tatsächlich vorliegen oder tatsächlich nicht geeignet sind, die Fortführungsprognose in Frage zu stellen oder er muss dafür Sorge tragen, dass die Gesellschaft eine explizite Fortführungsprognose erstellt.“

Im Ergebnis begründet der BGH damit eine den Steuerberater bereits in seinem allgemeinen Beratungsmandat treffende Verpflichtung, Hinweisen auf Umstände aktiv nachzugehen, die

auf eine Insolvenzzreife des Unternehmens hindeuten und damit einer Bilanzierung zu Fortführungswerten entgegenstehen können. Hiermit verbunden ist auch eine Verpflichtung des Steuerberaters, den Geschäftsführer auf entsprechende Umstände und das sich aus ihnen ergebende Risiko einer Insolvenzzreife des Unternehmens hinzuweisen. Seine bisherige Auffassung, dass eine Unterbilanz für den Geschäftsführer ohne weiteres ersichtlich ist und im Falle einer solchen deshalb keine Hinweispflichten des Steuerberaters auf einen möglichen Insolvenzgrund bestehen, hat der BGH in diesem Zusammenhang ausdrücklich aufgegeben.

### **Vermeidung einer Überschuldung bei Liquidation der Gesellschaft**

Wenn die Gesellschafter beschließen, die Gesellschaft zu liquidieren, dokumentieren sie damit, dass sie nicht mehr gewillt sind, die Gesellschaft fortzuführen. Damit ist die Fortführung der Gesellschaft nicht mehr nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 InsO. Dies wiederum hat zur Folge, dass Überschuldung der Gesellschaft eintritt, sobald das Vermögen der Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Darüber hinaus ist in diesem Fall bei Bewertung sowohl der Aktiva als auch der Passiva regelmäßig von Zerschlagungswerten auszugehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Liquidation ganz oder teilweise im Rahmen einer Geschäftsveräußerung durchgeführt wird. In diesem Fall ist der zu erwartende Kaufpreis zu aktivieren. Vor diesem Hintergrund sind die Geschäftsführer von Gesellschaften, bei denen eine Liquidation beabsichtigt ist, gehalten, darauf hinzuwirken, dass die zu liquidierende Gesellschaft von den Gesellschaftern finanziell so ausgestattet wird, dass sie sämtliche Verbindlichkeiten vollumfänglich erfüllen kann. Zur Ermittlung der Höhe der hierfür zuzuführenden Mittel wird regelmäßig die Aufstellung eines Liquidationsplans erforderlich sein, aus dem sich die im Rahmen der Liquidation zu erwartenden Liquiditätsflüsse im Einzelnen ergeben.

Technisch kann die erforderliche Liquiditätsausstattung sowohl durch Zuführung frischer Eigenmittel als auch durch Vergabe eines mit entsprechendem Rangrücktritt versehenen Gesellschafterdarlehens erfolgen. Soweit noch nicht feststeht, in welcher Höhe Mittel benötigt werden, kann auch eine Patronatserklärung der Gesellschafter ausreichen. Dies setzt allerdings voraus, dass sie rechtsverbindlich und voll werthaltig ist, in der Weise, dass die in der Patronatserklärung zugesagten Mittel jederzeit in Anspruch genommen werden können.

### **Fazit**

Zukünftig wird in Insolvenzverfahren über das Vermögen von Kapitalgesellschaften die Prüfung der letzten Jahresabschlüsse zu dem Standardprogramm jedes Insolvenzverwalters gehören. In diesem Zusammenhang wird der Insolvenzverwalter insbesondere prüfen, wann die Mitglieder des geschäftsführenden Organs bzw. der Steuerberater der Gesellschaft Kenntnis von ernsthaften Anhaltspunkten für das Vorliegen eines Insolvenzgrundes, insbesondere einer insolvenzrechtlichen Überschuldung der Gesellschaft erlangt haben.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Insolvenzverwalter vor dem Hintergrund seit Jahren abnehmender Fallzahlen, schrumpfender Insolvenzmassen und einer immer effektiver werdenden Erfolgskontrolle durch Gläubigerausschüsse und Insolvenzgerichte zunehmend gehalten sehen, sämtliche in Betracht kommenden Haftungsansprüche nicht nur gegen die Organe, sondern auch die Berater der Gesellschaft intensiv zu prüfen und – zum Teil auch bei ungewissen Erfolgsaussichten – gerichtlich zu verfolgen.

Vor diesem Hintergrund gebietet es der Selbstschutz des mit der Erstellung des Jahresabschlusses einer Kapitalgesellschaft beauftragten Steuerberaters, die Geschäftsführung auf Indizien, die auf eine Überschuldung der Gesellschaft hindeuten, unverzüglich aufmerksam zu machen. Die Geschäftsführung ihrerseits ist bei Vorliegen derartiger Indizien gehalten, eine Fortführungsprognose zu erarbeiten bzw. erarbeiten zu lassen, mittels derer sie dokumentieren kann, dass die Fortführung der Gesellschaft nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Ist eine Fortführung des Unternehmens nicht

mehr darstellbar oder nicht gewünscht, muss die Überschuldung umgehend durch Zuführung entsprechender Mittel seitens der Gesellschafter beseitigt werden. Ist auch dies nicht möglich oder seitens der Gesellschafter nicht gewünscht, sind die Mitglieder des geschäftsführenden Organs verpflichtet, unverzüglich, spätestens innerhalb von drei Wochen nach Eintritt des Insolvenzantragsgrundes den Insolvenzantrag zu stellen. Während dieser Zeit gelten die gesetzlichen Zahlungsverbote.

**Jochen Rechtmann**

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Leiter der Niederlassung Frankfurt/Main, Buchalik Brömmekamp

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Schwerpunkte: Bank- und Kapitalmarktrecht,

Insolvenzrecht und Sanierung, Gesellschaftsrecht

Tel.: 069 - 24 75 215 0

[jochen.rechtmann@buchalik-broemmekamp.de](mailto:jochen.rechtmann@buchalik-broemmekamp.de)