

Vermeidbare Insolvenzrisiken für Unternehmer und Unternehmen?

1. Insolvenz, was ist das eigentlich?

Um überhaupt einordnen zu können, wann wir es mit einer Insolvenz zu tun haben, möchte ich Ihnen zunächst erläutern, was es bedeutet, insolvent zu sein:

Zum einen haben wir es zu tun mit dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit:

Zahlungsunfähigkeit liegt nicht nur dann vor, wenn jemand seine Zahlungen – mangels Zahlungsfähigkeit – eingestellt hat. Zahlungsunfähigkeit setzt deutlich früher ein: Nach der Definition ist eine natürliche Person – der Einzelunternehmer – oder eine juristische Person – GmbH, AG u.a. – dann zahlungsunfähig, wenn mehr als 10 % der fälligen Verbindlichkeiten nicht beglichen werden können und zu erwarten ist, dass diese Zahlungsunfähigkeit nicht in den kommenden drei Wochen beseitigt werden kann.

Das bedeutet, dass selbst dann nach dieser Definition eine Zahlungsunfähigkeit vorliegen kann, wenn noch in erheblichem Umfang Zahlungen geleistet werden.

Denn wenn im Falle von fälligen Verbindlichkeiten in Höhe von z.B. 300.000 € lediglich 30.001 € nicht beglichen werden können, besteht bereits Zahlungsunfähigkeit.

Der zweite Insolvenzgrund ist die Überschuldung. Davon spricht man dann, wenn das sogenannte Aktivvermögen das Passivvermögen nicht mehr deckt. Mit unjuristischen Worten: Es sind mehr Schulden als Vermögen vorhanden.

Das klingt zunächst recht simpel, aber auch bei dieser Definition liegen die Probleme häufig im Detail:

Von einer bilanziellen Überschuldung kann gesprochen werden, wenn auf der Aktivseite ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag ausgewiesen wird. Damit ist allerdings noch nicht viel gewonnen für die Beantwortung der Frage nach der Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn.

Dies aus zwei Gründen: Zum einen ist die Bilanz bzw. die bilanzielle Überschuldung nur ein Indikator für eine tatsächliche Überschuldung. Das liegt u.a. daran, dass die Bilanz gar nicht alle Vermögenswerte, die möglicherweise auch noch in dem Unternehmen stecken, ausweisen kann. Der bekannteste und wohl auch häufigste Fall hierzu ist das Vorhandensein von stillen Reserven.

Ein tatsächlich vorgekommener Fall sah so aus, dass das betroffene Unternehmen zwar bilanziell überschuldet war, dass es andererseits aber über einen sehr großen Fuhrpark verfügte und sämtliche der in diesem Fuhrpark befindlichen Fahrzeuge bezahlt und abgeschrieben waren. Selbstverständlich waren die Fahrzeuge noch mehr wert als den einen Euro, mit dem sie noch in der Bilanz standen. Ergebnis: Trotz bilanzieller Überschuldung lag tatsächlich keine Überschuldung vor. Des weiteren ist zu berücksichtigen, dass auch eine tatsächliche Überschuldung nur dann eine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne bedeutet, wenn hinzukommt, dass dieses Unternehmen keine positive Fortführungsprognose hat. Wenn also die Fortführung des

Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist, dann liegt trotz tatsächlicher Überschuldung keine insolvenzrechtliche Überschuldung vor. Diese Differenzierung kann insbesondere dann große Bedeutung erlangen, wenn bei eingetretener – insolvenzrechtlicher – Überschuldung eine Insolvenzantragspflicht besteht.

Der Vollständigkeit halber möchte ich Ihnen auch den dritten in der Insolvenzordnung genannten Insolvenzgrund nicht verschweigen: Die sogenannte drohende Zahlungsunfähigkeit. Davon spricht man dann, wenn ein Schuldner im Zeitpunkt der zukünftigen Fälligkeit von Forderungen nicht in der Lage sein wird, diese zu begleichen. Dieser Insolvenzgrund spielt jedoch in der Praxis so gut wie keine Rolle. Mir persönlich ist kein Fall bekannt, in dem wegen drohender Zahlungsunfähigkeit ein Insolvenzantrag gestellt worden ist. Das liegt sicherlich auch daran, dass ein Antrag wegen drohender Insolvenz ausschließlich vom Schuldner selbst gestellt werden kann, während bei Vorliegen der beiden anderen Insolvenzgründe nicht nur der Schuldner einen Antrag stellen darf bzw. stellen muss, sondern auch Insolvenzgläubiger einen Insolvenzantrag stellen können.

Kleiner Exkurs:

Wenn also die Situation einer Insolvenz eingetreten ist und ein Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers eröffnet worden ist, fordert der Insolvenzverwalter die ihm bekannten Gläubiger auf, ihre Forderungen bei ihm zur Insolvenztabelle anzumelden.

Wenn ich eben von den „ihm bekannten Gläubigern“ gesprochen habe, dann spielt diese Formulierung durchaus eine Rolle:

Wenn eine natürliche Person den Antrag stellt, über ihr Vermögen ein Insolvenzverfahren zu eröffnen, so verfolgt sie damit in der Regel – jedenfalls auch – das Ziel, am Ende des Verfahrens Restschuldbefreiung zu erlangen. Wenn Restschuldbefreiung erteilt wird, dann für alle Verbindlichkeiten, die im Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens bestanden haben, in der Regel also auch für die Verbindlichkeiten, die im Insolvenzverfahren gar nicht angemeldet worden sind, die also am Insolvenzverfahren gar nicht teilgenommen haben (ausgenommen von der Restschuldbefreiung sind selbstverständlich die sogenannten deliktischen Forderungen). Wenn also der Insolvenzverwalter einzelne Gläubiger nicht kennt oder übersieht, dann werden die Schuldner in der Regel auch diesen Gläubigern gegenüber mit der Gewährung der Restschuldbefreiung von ihren „Schulden befreit“.

2. Das Risiko von Forderungsausfällen

Jede Insolvenz eines Vertragspartners birgt automatisch auch das Risiko, mit eigenen Forderungen auszufallen. Oder mit Anfechtungsansprüchen überzogen zu werden. Oder aus anderen Gründen vom Insolvenzverwalter oder dem Finanzamt oder der Bundesagentur für Arbeit in Anspruch genommen zu werden. Wir wollen uns zunächst mit dem Risiko des eigenen Forderungsausfalles beschäftigen. Und der Frage:

Wie kann ich das Risiko von Forderungsausfällen minimieren?

Ein Mittel, das Risiko von Forderungsausfällen zu minimieren, ist die Gestellung – bzw. aus der Sicht des Gläubigers die Hereinnahme - von Sicherheiten.

Diese können in vielfältiger Weise gegeben werden:

Wenn man die Warenlieferanten ähnlich wie die Geldinstitute als Kreditgeber ansieht, könnte auch im Verhältnis zwischen Warenlieferant und Kunde über die Gestellung einer Grundschuld an einer Immobilie des Warenkreditnehmers nachgedacht werden, wobei darauf hinzuweisen ist, dass vorrangig in der Regel das Grundstück für die finanzierende Bank belastet sein dürfte und dass sich Gespräche über eine derartige Sicherheit nur dann anbieten, wenn das Geschäft ein nicht nur relativ unbedeutendes Volumen erreicht oder geplant ist, dass ein derartiges Geschäftsvolumen erreicht wird.

Denn eines sollten Sie in jedem Fall wissen und berücksichtigen:

Wenn Sicherheiten nicht am Beginn der Geschäftsbeziehung gestellt werden und Sie als derjenige, der eine Sicherheit für z.B. seinen Warenkredit erhalten möchte, dieses Thema erst anspricht, wenn die Krise bereits eingetreten ist, dann laufen Sie Gefahr, dass die Gestellung der Sicherheit selbst wiederum anfechtbar wird. Zum Thema Anfechtung dann später noch mehr.

Auch Banken sind - in Einzelfällen – mit dieser Thematik konfrontiert worden: Wenn ein Geldinstitut einen Kredit ohne Sicherheit gewährt hat, dann ist eine ihr später gewährte Sicherheit deswegen anfechtbar, weil sie in diesem Fall gar keinen Anspruch auf eine Sicherheit hatte, denn sie hatte den Kredit ja bereits ohne Sicherheit gewährt. Anders, wenn die Bank den Kredit von vornherein nur gegen Gestellung von Sicherheiten zur Verfügung stellt.

Also: Das Thema Sicherheiten rechtzeitig ansprechen!

Neben der bereits erwähnten Sicherheit am oder an Grundstück/en bestehen zahlreiche weitere Möglichkeiten, sich Sicherheiten einräumen zu lassen:

Der Vertragspartner könnte eine Bürgschaft stellen.

Die Bürgschaft ist jedoch nur werthaltig, wenn der Bürge seinerseits über entsprechendes Vermögen verfügt. Wenn allerdings Ihr Vertragspartner ein Einzelunternehmer ist, dann würde Ihnen im Falle der Krise diese Unternehmers auch ein von ihm gestellte Bürgschaft nichts nutzen, da bei einem Einzelunternehmen zwar steuerrechtlich eine Trennung von Privatvermögen und Betriebsvermögen denkbar ist, nicht jedoch zivil- und damit auch nicht haftungsrechtlich.

Weitere mögliche Sicherheit wäre die Abtretung von Ansprüchen aus einer Lebensversicherung zur Absicherung Ihrer Ansprüche. Hier wäre dann zuvor noch zu prüfen, ob die Ansprüche überhaupt abtretbar sind.

Darüber hinaus könnten Sie sich ein Warenlager sicherungsübereignen lassen oder Forderungen gegen Kunden Ihres Vertragspartners (z.B. gegen die Kunden mit den Anfangsbuchstaben A-K oder L-Z) abtreten lassen, wobei in diesem Fall in regelmäßigen Abständen OP Listen übergeben

werden sollten, um feststellen zu können, ob diese Forderungen überhaupt noch eine ausreichende Sicherheit darstellen.

Selbstverständlich werden in vielen Fällen Eigentumsvorbehalte und verlängerte Eigentumsvorbehalte in ihren verschiedenen Ausprägungen vereinbart, was üblicherweise in AGB's geschieht.

Wichtig in jedem Fall: Die zu bestellende Sicherheit muss bestellt werden im Zusammenhang mit dem Abschluss des Geschäftes, da wir uns ansonsten ganz schnell im Bereich der Anfechtung der gestellten Sicherheit befinden.

Eine weitere Möglichkeit, sowohl das Problem der Forderungsausfälle wie auch das Problem der Anfechtung zu minimieren, ist die Abwicklung von Geschäften als sogenannte Bargeschäfte.

Davon spricht man dann, wenn für die erbrachte Leistung, z.B. die gelieferte Ware, unmittelbar Geld an den Lieferanten gezahlt wird, wobei nicht zwingend eine Zug um Zug-Leistung zu erfolgen hat, sondern die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) geht davon aus, dass Zahlungen, die innerhalb eines Zahlungszeitraumes von 30 Tagen geleistet werden, noch als sogenanntes Bargeschäft angesehen werden können.

Das Bundesarbeitsgericht ist noch einige Schritte weiter gegangen und hat Zahlungen von Gehältern in einem Zeitraum von bis zu drei Monaten noch als Bargeschäft angesehen, wohl mit dem Gedanken, Gehaltszahlungen auch dann der Anfechtung zu entziehen, wenn diese innerhalb eines Dreimonatszeitraumes geleistet werden.

Vor einigen Tagen rief mich ein Steuerberater an und erläuterte mir folgenden Fall:

Ein von ihm betreuter Mandant, ein Schrotthändler, der Überwiegend mit einem Großabnehmer Geschäfte machte, hatte – mehr zufällig – erfahren, dass sich Geschäfte mit diesem Abnehmer nicht mehr bei dem Kreditversicherer platzieren ließen. Das Risiko, ohne Versicherung im Hintergrund mit diesem Abnehmer weiterhin Geschäfte zu machen, erschien dem Schrotthändler zu groß und wir haben dann folgende Lösung besprochen, um dem Schrotthändler das Risiko zukünftiger Forderungsausfälle zu minimieren bzw. möglichst auf Null zu reduzieren:

Bargeschäfte, so der Hinweis des Steuerberaters, seien in diesem Geschäft weder üblich noch durchführbar, zumal es auch um erhebliche Summen im sechsstelligen Bereich geht. Was aber möglich wäre, ist die Vereinbarung von Vorschüssen. Der BGH hat jedenfalls für die Fälle von Dienstleistern anerkannt, dass es möglich ist, eine Vorschussregelung zu treffen, der Auftraggeber also an den – zukünftigen – Dienstleister einen Vorschuss gemäß Vorschussrechnung zahlt und dann die vereinbarte Dienstleistung erbringt. Spätestens nach dreißig Tagen muss dann über den geleisteten Vorschuss abgerechnet werden. Ein etwa zugunsten des Vertragspartners verbleibender Überschuss ist auszukehren, wobei es für zulässig gehalten wird, dass sofort wieder ein neuer Vorschuss angefordert wird.

Für den Schrotthändler bedeutet dies, dass er von dem Großhändler zunächst einen Vorschuss in Höhe von 200.00 € einfordern wird, dann wird weiter gearbeitet und zu erstellende Rechnungen

werden gegen den Vorschuss verrechnet. Spätestens nach dreißig Tagen wird dann über den Vorschuss abgerechnet bzw. wird, sofern der Vorschuss bereits vorher „verbraucht“ ist, ein neuer Vorschuss angefordert.

Ich habe noch keine Rückmeldung erhalten dazu, ob der Schrottgroßhändler sich auf diesen Vorschlag einlässt oder eingelassen hat. Ziel ist jedenfalls zum einen, das Risiko von Forderungsausfällen so gering wie möglich zu halten und zum anderen auch, Zahlungen möglichst anfechtungsfest zu erhalten.

Damit möchte ich dann auch überleiten zu unserem „zweiten Block“:

3. Das Risiko von Anfechtungen durch den Insolvenzverwalter

Nachdem wir uns bisher damit beschäftigt haben, wie wir auch in der Krise oder der drohenden Krise unseres Vertragspartners noch an unser Geld kommen, geht es jetzt darum, welchen Risiken wir ausgesetzt sind, wenn unser Vertragspartner zwar noch seinen Verpflichtungen nachgekommen ist, dann aber in Insolvenz fällt.

Zunächst wird der Insolvenzverwalter prüfen, welche Zahlungen in den Letzten drei Monaten vor Stellung des Insolvenzantrages noch von dem dann später insolventen Schuldner geleistet worden sind bzw. was noch an Vermögen abgeflossen ist.

Das Gesetz spricht in § 130 InsO von Anfechtungen sogenannter kongruenter Deckungen. Das sind solche Leistungen, auf die der Empfänger in dieser Höhe zu dieser Zeit in dieser Art und Weise einen Anspruch hatte.

Nun können Sie zurecht fragen, wieso derartige Leistungen überhaupt anfechtbar sind, wenn doch der Zahlungsempfänger einen Anspruch auf diese Leistung hatte und zwar auch zu der Zeit und in dieser Art und Weise.

Als weiteres Tatbestandsmerkmal neben der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners muss für derartige Anfechtungen hinzukommen, dass der Leistungsempfänger die Zahlungsunfähigkeit – oder drohende Zahlungsunfähigkeit – des Schuldner kannte oder hätte kennen müssen.

Die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit wird allerdings in einer Reihe von Fällen unterstellt:

Wenn der Anfechtungsschuldner die Umstände, aus denen sich die Zahlungsunfähigkeit ergibt, kannte, wird vermutet, dass er auch die Zahlungsunfähigkeit kannte. Hierbei handelt es sich um eine unwiderlegliche Rechtsvermutung. In einem im Jahre 2013 vom BGH entschiedenen Fall ging es um die Rückforderung eines Betrages in Höhe von über 55.000 € gegen einen Stromversorger. Noch die Berufungsinstanz hatte unter anderem mit dem Hinweis auf erhebliche Tageseinnahmen des Schuldnerunternehmens, einer Bäckerei, erklärt, dass eine Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt der Zahlung nicht vorgelegen habe. Der BGH hat diese Entscheidung aufgehoben und zur erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurück verwiesen. Dabei hat der BGH dem Berufungsgericht unter anderem aufgegeben zu prüfen, inwieweit zurückgegebene Lastschriften und auch Beitreibungsversuche des mit der Sperrung des Stromanschlusses beauftragten

Mitarbeiters des Stromversorgers nicht Tatsachen waren, die auf eine Zahlungsunfähigkeit sicher hätten schließen lassen.

Gegenüber einer Person, die dem Schuldner zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung nahe stand, wird kraft Gesetzes vermutet, dass sie die Zahlungsunfähigkeit kannte.

Daneben kommt als Anfechtungstatbestand § 131 InsO in Betracht. Auch hier geht es um Anfechtungen von Rechtshandlungen, die in den Letzten drei Monaten vor Stellung des Insolvenzantrages oder danach vorgenommen wurden. Diese Vorschrift spricht von sogenannter inkongruenter Deckung. Hierbei handelt es sich um Leistungen, auf die der Gläubiger in dieser Art und Weise oder zu dieser Zeit keinen Anspruch hatte. Hierzu ein kleiner Fall:

So rief mich kürzlich eine Mandantin an, die mit Waren einer bestimmten Art handelt und erklärte, dass einer ihrer Kunden „etwas klamm“ sei und ihr deswegen angeboten habe, noch bei ihm befindliche und bereits bezahlte Ware, die er von einem anderen Lieferanten bezogen habe, zum Ausgleich der noch offenen Forderung an sie zu übereignen. Was meinen Sie, ist das eine gute Idee?

Man muss sich nur noch einmal die Definition dessen, was eine inkongruente Deckung ausmacht ansehen und kommt dann schnell zu dem Ergebnis, dass diese Erfüllungshandlung, nämlich die Übereignung von Ware zur Erfüllung einer Kaufpreisforderung, eine inkongruente Deckungshandlung gewesen wäre. Denn: Natürlich hatte meine Mandantin keinen Anspruch auf die Übereignung von Waren, sondern einen Anspruch auf Zahlung von Geld, den die Kundin allerdings nicht mehr erfüllen konnte. Also fast schon ein Anfechtungsklassiker.

Ich möchte Ihnen auch sagen, welchen Rat ich dieser Mandantin gegeben habe:

Ich habe vorgeschlagen, dass meine Mandantin ihrer Kundin diese Ware, an der sie offensichtlich Interesse hatte abkauft, um dann nach Abschluss des Kaufvertrages gegen die Kaufpreisforderung ihrer Kundin mit der dann vorhandenen eigenen Forderung aufzurechnen. Denn grundsätzlich ist eine Aufrechnung möglich, wenn sich zwei Forderungen im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung aufrechenbar gegenüber gestanden haben. Mit anderen Worten: Durch die spätere Insolvenzeröffnung wird eine einmal bestandene Aufrechnungslage nicht wieder zerstört.

Keine Aufrechnung ist möglich mit erst nach Insolvenzeröffnung erworbenen Forderungen oder mit solchen Forderungen, die in anfechtbarer Weise erworben worden sind.

Sowohl im Rahmen von § 130 InsO wie auch im Rahmen von § 131 InsO können Anfechtungsgegner ausschließlich Insolvenzgläubiger sein bzw. Gegner, die nach Herausgabe des anfechtbar Erlangten Insolvenzgläubiger werden.

Diese beiden eben genannten Vorschriften, die §§ 130 und 131 InsO, waren in der ersten Jahren nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung vorrangig im Fokus der Rechtsprechung. Hierzu existiert

inzwischen eine Vielzahl von Entscheidungen und großen Probleme und Fragen, die es zunächst gab, sind inzwischen in den vielen Entscheidungen bearbeitet und beantwortet worden.

In den letzten Jahren ist zunehmend die Bestimmung des § 133 InsO in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.

Nach dieser Vorschrift können Rechtshandlungen, die bis zu 10 Jahren (!) vor der Insolvenzantragstellung liegen, durch den Insolvenzverwalter angefochten werden.

Die anfechtbare Rechtshandlung muss von dem Schuldner – anders als bei den Anfechtungen nach §§ 130 und 131 InsO - selbst vorgenommen worden sein.

§ 133 InsO regelt die sogenannte Vorsatzanfechtung. Danach ist eine Rechtshandlung, die in dem genannten Zeitraum erfolgte, dann anfechtbar, wenn der Schuldner die Rechtshandlung mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen und der Empfänger wusste oder hätte wissen müssen, dass der Schuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt hat.

Insbesondere bei Anwendung dieser Vorschrift hat die Rechtsprechung eine Reihe von Vermutungen aufgestellt: Zum Beispiel unterstellt die Rechtsprechung, dass derjenige, der weiß, dass ein gewerblich tätiger Schuldner Verbindlichkeiten bei einem Gläubiger hat, daraus den Schluss ziehen kann, dass dann auch noch bei weiteren Gläubigern Schulden bestehen. Somit kennt dann derjenige auch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners!

Zahlungsunfähigkeit ist nach der bereits einleitend erörterten Definition dann anzunehmen, wenn ein Schuldner mehr als 10 % seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlen kann.

Kleiner Exkurs:

Wie kann ich meine Zahlungsunfähigkeit beseitigen? Neben der Zuführung von „frischem Geld“, mit dem dann die fälligen Verbindlichkeiten erfüllt werden können, kommen auch Stundungsvereinbarungen mit den Gläubigern in Betracht, die nicht sofort bedient werden können. Wenn es mir gelingt, innerhalb des Dreiwochenzeitraumes, der mir als Geschäftsführer einer GmbH oder als Vorstand einer AG bleibt, um entweder einen Insolvenzantrag zu stellen oder die Krise zu beseitigen, mit meinen Gläubigern Stundungs- und Ratenzahlungsvereinbarungen zu treffen, die dann selbstverständlich auch eingehalten werden können müssen, dann habe ich die Zahlungsunfähigkeit beseitigt und bin aus der Insolvenz, wenn denn nicht auch gleichzeitig eine Überschuldung vorliegt, heraus.

Sollte es in so einem Fall dazu kommen, dass ich aus vorher nicht übersehbaren Gründen in eine Situation komme, dass ich vereinbarte Raten nicht zahlen kann, dann sollte ich sofort mit den Gläubigern entsprechende Nachtragsvereinbarungen treffen.

Aus der Praxis kann ich Ihnen berichten, dass die Gläubiger oft froh sind, wenn die Schuldner nicht den Kopf in den Sand stecken, sondern sich weiterhin kümmern und offen mit ihren Gläubigern kommunizieren.

Wenn wir uns nun wieder den umgekehrten Fall vorstellen, also eine Situation, in der wir die Stellung des Gläubigers innehaben und sich an uns ein Schuldner wendet, der uns bittet, dass wir uns auf eine Ratenzahlung einlassen, worauf ist dann zu achten.

Zunächst einmal haben wir es auch wieder mit einer sehr „strengen Rechtsprechung“ zu tun:

Derjenige, an den sich der Schuldner wendet mit dem Hinweis, er könne nicht zahlen und deswegen darum bittet, Raten zahlen zu dürfen, weiß, dass sein Schuldner jedenfalls diese Forderung nicht in einer Zahlung begleichen kann. Hier wird dann auch wieder unterstellt, dass der Zahlungsempfänger weiß, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist.

Allerdings hat auch die Rechtsprechung erkannt, dass nicht jede Bitte um Gewährung von Ratenzahlung bedeutet oder bedeuten muss, dass in dieser Bitte auch der Hinweis steckt, zahlungsunfähig zu sein. Denn es sei auch denkbar, dass ein Schuldner, bevor er sich an seine Bank wendet, die ihm – weiteren – Kredit gewährt hätte, zunächst einmal den einfacheren Weg geht, sich einen Kredit von seinen Geschäftspartnern gewähren zu lassen. Insofern kommt es schon auch auf die Formulierung in der Bitte, die Forderung in Raten begleichen zu dürfen und die sonstigen Begleitumstände an.

In jedem Fall sollten jedoch in einem solchen Fall die Alarmlämpchen angehen und es sind Nachfragen erlaubt und eventuell auch notwendig.

Bereits weiter oben hatte ich ausgeführt, dass eine Zahlungsunfähigkeit dann nicht mehr gegeben ist, wenn ich mit allen Gläubigern Ratenzahlungsvereinbarungen getroffen habe.

Als Gläubiger weiß ich in der Regel nicht, welche Regelungen der Schuldner mit den anderen Gläubigern getroffen hat. Insofern weiß ich auch nicht, ob mein Schuldner sich noch in einer Situation befindet, in der er insolvent ist, nachdem er mit mir eine Stundungsvereinbarung getroffen hat. Die Rechtsprechung neigt zumindest dazu, einem Gläubiger, der mit seinem Schuldner eine Ratenzahlungsvereinbarung getroffen hat zu unterstellen, dass er weiß oder wissen müsste, dass zumindest der Schuldner, der gewerblich tätig ist, regelmäßig nicht nur bei einem Gläubiger in der Kreide steht. Und deswegen auch weiß, dass dieser Schuldner zahlungsunfähig ist.

Lässt sich diese Vermutung „aushebeln“?

Mein Rat in einer derartigen Situation ist, den Schuldner, der mit dem Ansinnen an einen Gläubiger herantritt, ihm eine Ratenzahlung zu bewilligen, weil er ansonsten zahlungsunfähig ist, aufzufordern, mit sämtlichen Gläubigern eine Ratenzahlungsvereinbarung zu treffen oder bereits getroffen zu haben. Denn in einer derartigen Situation wäre die Zahlungsunfähigkeit, wie bereits ausgeführt, beseitigt. Und wenn ein Gläubiger betätigt, mit allen seinen Gläubigern eine Stundungsvereinbarung getroffen zu haben, wird es einen Richter zumindest sehr viel schwerer fallen, davon auszugehen, dass dieser Gläubiger wusste, dass sein Schuldner zahlungsunfähig ist bzw. im Zeitpunkt der – angefochtenen – Zahlung war. Entscheidungen zu dieser Konstellation sind mir bisher nicht bekannt, aber aus meiner Sicht spricht Vieles dafür, dass bei Abgabe einer entsprechenden Erklärung durch den Schuldner die daraufhin geleisteten Zahlungen nicht anfechtbar sind. Denn diese Situation kommt einer außergerichtlichen Schuldenbereinigung bzw. einer Vereinbarung hierzu sehr nah. Und dass außergerichtliche Schuldenbereinigungsvereinbarungen zulässig sind, ist unbestritten.

4. Das Risiko der persönlichen Inanspruchnahme der Geschäftsführer durch Insolvenzverwalter, Finanzamt und Bundesagentur für Arbeit

Ein weiteres nicht unerhebliches Risiko für Geschäftsführer und Vorstände von Kapitalgesellschaften ist die persönliche Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Auf den ersten Blick mag dies etwas merkwürdig klingen, denn warum sollte ein Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied oder gar ein Aufsichtsratsmitglied persönlich haften?

Anknüpfungspunkt ist immer die Verletzung von Pflichten des jeweiligen Organs.

So haften die Geschäftsführer oder Vorstände dann, wenn sie z.B. den Insolvenzantrag zu spät gestellt haben. In diesem Fall haben Insolvenzverwalter jedenfalls zunächst relativ leichtes Spiel:

Ein Insolvenzverwalter hat u.a. auch zu prüfen, wann die Insolvenz über das Vermögen der Schuldnerin bzw. des Schuldners eingetreten ist. Wenn er zu dem Ergebnis kommt, der Insolvenzantrag ist zu spät, also nach Ablauf der Dreiwochenfrist gestellt worden, dann schreibt er dies nicht nur in sein Gutachten oder seinen Bericht für die erste Gläubigerversammlung, sondern er nimmt den Geschäftsführer bzw. Vorstand persönlich für alle nach dem Tag, auf den das Insolvenzereignis fällt, vorgenommenen Vermögensabflüsse in Anspruch. Dazu schaut er sich in der Regel die Konten der Schuldnerin an und addiert einfach die Abflüsse von den Konten und ermittelt so die Summe, für die der Geschäftsführer/ Vorstand persönlich haftet.

Wenn unterstellt werden kann, dass der Insolvenzverwalter den Insolvenzeintritt zutreffend ermittelt hat, dann ist es für das Organ der Gesellschaft kaum möglich, aus dieser Nummer schadlos wieder herauszukommen.

Allerdings kann in Einzelfällen auch versucht werden, gegen die Festlegung des Insolvenzzeitpunktes erfolgreich anzugehen, insbesondere dann, wenn für das Unternehmen eine positive Fortführungsprognose gegeben war zu dem Zeitpunkt, als der Insolvenzverwalter die Krise attestierte. Eine positive Fortführungsprognose besteht dann, wenn – trotz bilanzieller Überschuldung – die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist. Um eine derartige Prognose erstellen zu können, müssen Finanzpläne für die nächsten zwei oder maximal drei Jahre ebenso wie Liquiditätspläne erstellt werden. Wenn derartige Pläne mit einer positiven Prognose vorliegen, dann ist trotz bilanzieller Überschuldung keine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn gegeben.

Wenn ich also eine Krise abzeichnet, dann ist dringend dazu zu raten, zunächst einmal Finanz- und Liquiditätspläne aufzustellen und diese dann stets daraufhin zu überprüfen, ob sie noch mit der Wirklichkeit übereinstimmen.

Beispiel: Sie haben in Ihren Liquiditätsplan für die übernächste Woche eine Zahlung eines Kunden über 100 eingestellt, weil die Forderung in dieser Woche nach den getroffenen Zahlungsvereinbarungen gezahlt werden soll. Wenn sich dann herausstellt, dass dieser Kunde nicht in der vereinbarten Zeit zahlt, ist der Liquiditätsplan entsprechend anzupassen und gegebenenfalls

müssen hieraus dann auch insolvenzrechtliche Konsequenzen gezogen werden oder es müssen z.B. mit Gläubigern getroffene Zahlungsvereinbarungen modifiziert werden.

Auch hierzu wieder ein kleiner Fall aus der Praxis:

Ich habe einen ehemaligen Geschäftsführer einer GmbH begleitet in der Vorbereitung und Stellung eines Insolvenzantrages über das Vermögen der von ihm geleiteten GmbH. Der spätere Insolvenzverwalter hat diesen ehemaligen Geschäftsführer dann in Anspruch genommen auf Zahlung eines Betrages in Höhe von über 600 TE. Allerdings waren in den letzten drei Jahren vor Stellung des Insolvenzantrages immer wieder modifizierte Liquiditäts- und Zahlungspläne erstellt worden, die in der Argumentation dem Insolvenzverwalter gegenüber sehr hilfreich waren. Denn es ließ sich anhand dieser Pläne und der mit den Plänen vorgelegten Unterlagen und Gesprächsnotizen dokumentieren, warum der Geschäftsführer bis kurz vor Stellung des Insolvenzantrages die Fortführung dieses Unternehmens für überwiegend wahrscheinlich hielt. Ergebnis war schließlich, weil der Insolvenzverwalter das hohe Risiko eines Prozesses erkannte, dass wir uns mit dem Insolvenzverwalter auf eine Zahlung von 5 TE geeinigt haben. Damit war der Geschäftsführer für diesen Preis das Risiko einer weiteren Inanspruchnahme wegen Insolvenzverschleppung los.

Kleiner Hinweis in diesem Zusammenhang: Stundungsvereinbarungen sind grundsätzlich auch mündlich wirksam. Es ist jedoch dringend dazu anzuraten, mündlich getroffene Stundungsvereinbarungen später schriftlich zu bestätigen. Denn ansonsten könnte es zu einem späteren Zeitpunkt, in dem der Inhalt der Stundungsvereinbarung bewiesen werden muss, zu Beweisproblemen kommen. Das Zustandekommen einer Stundungsvereinbarung hat im Falle einer streitigen Auseinandersetzung derjenige zu beweisen, für den sie günstig ist, also derjenige, der sich auf den Abschluss einer Stundungsvereinbarung beruft.

Wenn sich Schuldner darauf berufen, dass für ihr Unternehmen eine positive Fortführungsprognose besteht, u.a. weil vielversprechende Vertragsverhandlungen mit Kunden und Lieferanten geführt werden, dann ist genau aufzulisten, möglichst unterlegt mit Dokumenten, mit welchen Vertragspartnern oder potentiellen Vertragspartnern Verhandlungen geführt wurden und wie konkret diese waren. Aus der Gesamtschau sämtlicher Faktoren muss sich dann ergeben, dass die Fortführung dieses Unternehmens überwiegend wahrscheinlich war.

Wieder ein kleiner „Gedankenschlenker“:

Diese Ausführungen betreffen zwar im wesentlichen die Organe von Kapitalgesellschaften, weil der Einzelunternehmer oder auch der OHG-Gesellschafter ebenso wie der BGB-Gesellschafter und der Komplementär einer KG mit seinem gesamten Vermögen haftet und deswegen auch keine Insolvenzantragspflicht besteht. Allerdings kann auch in diesen Konstellationen die Erstellung entsprechender Pläne sehr hilfreich sein, wenn es um die Beantwortung der Frage geht, wo stehe ich mit meinem Unternehmen und macht es Sinn, weiter zu machen – und das private Vermögen zu schützen – oder ist es die bessere Variante, den Betrieb einzustellen, also die Reißleine zu ziehen, bevor - weitere – Schäden entstehen.

Neben der Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter kommt es in der Krise immer wieder auch zu Inanspruchnahmen durch das Finanzamt.

Die Finanzämter nehmen die Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise der Gesellschaft persönlich in Anspruch auf der Grundlage von § 69 AO. In dieser Vorschrift ist die Haftung für Steuerschulden aufgrund vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung von steuerlichen Pflichten geregelt.

Wenn also ein Insolvenzantrag nicht innerhalb der vom Gesetz vorgesehenen Dreiwochenfrist gestellt wird und Steuern, wie z.B. die Umsatzsteuer nicht oder nicht vollständig abgeführt wird, dann kann hierfür der Geschäftsführer oder der Vorstand auch persönlich haften.

Allerdings ist in diesen Fällen stets zu prüfen, ob tatsächlich die Nichtzahlung auf einem vorsätzlichen oder grob fahrlässigem Verhalten des Vertreters der Gesellschaft beruht. Denn wenn z.B. in dem in Frage kommenden Zeitraum gar kein Gläubiger mehr eine Zahlung erhalten hat, weil schlicht kein Geld mehr da war, dann beruht i.d. Regel die Nichtzahlung der Steuerverbindlichkeiten nicht auf einem vorsätzlichen oder grob fahrlässigem Verhalten des Vertreters.

Meistens jedoch wird es so gewesen sein, dass in der kritischen Zeit der Vertreter zumindest noch teilweise die Verbindlichkeiten beglichen hat. Dann ist zu prüfen, wieviel Gelder zur Befriedigung der Gläubiger in der kritischen Zeit ausgegeben worden sind und wieviel auf die Forderungen des Finanzamtes hätte gezahlt werden müssen, wenn das Finanzamt von dem insgesamt an die Gläubiger ausgekehrten Betrag einen Anteil erhalten hätte, der quotal der Beteiligung des Finanzamtes an der Gesamtverschuldung in dieser Zeit entsprochen hätte.

Die Inanspruchnahmen erfolgten in den Fällen, die mir bekannt geworden sind, zunächst jedoch in Höhe von 100 % der nicht abgeführten Steuern und erst nach dem Einwand, dass auch die weiteren Gläubiger nur teilweise befriedigt worden sind und das Finanzamt bei einer Gleichbehandlung wie die übrigen Gläubiger auch lediglich quotal befriedigt worden wäre, ist es regelmäßig gelungen, die Inanspruchnahme der Vertreter der Gesellschaften erheblich zu reduzieren.

Eine weitere „Gefahrenquelle“ ist die Bundesagentur für Arbeit.

Diese bezahlt im Insolvenzfall für bis zu drei Monate Insolvenzgeld für die Arbeitnehmer. Wenn nun für eine Gesellschaft ein Insolvenzantrag verspätet gestellt wird und innerhalb dieser Zeitspanne zwischen Eintritt der Krise und Stellung des Insolvenzantrages noch neue Mitarbeiter eingestellt werden, dann kann es passieren, dass die Bundesagentur für Arbeit den ehemaligen Vertreter der Gesellschaft aus dem Grunde der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung persönlich in Anspruch nimmt. Dies ist deswegen nicht ungefährlich, weil die Inanspruchnahme des Vertreters mit dieser Begründung bzw. aus diesem Rechtsgrund dazu führt, dass im Falle der Durchführung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des ehemaligen Vertreters dieser Anspruch von einer etwaigen Restschuldbefreiung nicht erfasst wird.

Diese Haftung kann auch den Einzelunternehmer treffen, wenn die Bundesagentur für Arbeit mit gleicher Begründung in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Einzelunternehmers ihre

Ansprüche anmeldet als sogenannte Deliktsforderung, also als Anspruch aus unerlaubter Handlung.

Zu einer derartigen Haftung kommt es nur deshalb, weil der BGH in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung erklärt hat, dass sich Ansprüche gegen den Vertreter/Unternehmer aus dem Gesichtspunkt der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung der Bundesagentur für Arbeit ergeben können, wenn dieser in der Zeit zwischen Eintritt der Krise und Stellung des Insolvenzantrages noch neue Mitarbeiter einstellt. Und die Instanzgerichte haben sich dieser Entscheidung des BGH überwiegend angeschlossen.

Das Argument, mit dem die Verteidigung gegen diese Inanspruchnahme durch die Bundesagentur gelingen kann, ist, dass die Bundesagentur, wenn rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt worden wäre, die Bundesagentur die gleiche Summe hätte zahlen müssen, da lediglich ausgeschiedene Arbeitnehmer ersetzt wurden, sich also an den Lohnsummen nichts geändert hat.

Mit derartigem Vortrag ist es gerade gelungen, in einem Prozess gegen die Bundesagentur für Arbeit die ursprünglich in Höhe von über 54.000 € geltend gemachte Forderung auf etwa 13.500 € zu reduzieren. Die letzte ca. 13.500 € konnten lediglich deswegen nicht erfolgreich bekämpft werden, weil die Gesellschaft für ihren ehemaligen Finanzvorstand – für den kein Insolvenzgeld hätte gezahlt werden müssen – zwei leitende Mitarbeiter neu eingestellt hatte in der Zeit zwischen dem Eintritt der Insolvenz und der Insolvenzantragstellung.

Ausblick: Gesetzesentwurf der Bunderegierung vom 25.09.2015 zur

Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung

Der Gesetzgeber hat inzwischen auch erkannt, dass es in der Insolvenzordnung einiger Nachjustierungen bedarf, da einige Entwicklungen zu einer Unsicherheit im Wirtschaftsleben geführt haben, wie z.B. die aktuell noch geltende Regel, dass dasjenige, was innerhalb eines Dreimonatszeitraumes vor Stellung des Insolvenzantrages vom Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt worden ist, der späteren Anfechtung durch den Insolvenzverwalter unterliegt.

Im einzelnen sind folgende Änderungen geplant:

Bisher heißt es in § 131 InsO, dass eine Rechtshandlung anfechtbar ist, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt hat, die er nicht, nicht in der Art und Weise oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Ergänzt werden soll diese Bestimmung um einen weiteren Satz, der lautet, dass eine Handlung nicht allein dadurch zu einer anfechtbaren Handlung wird, dass die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu

deren Abwendung bewirkt worden ist. Diskutiert wird zur Zeit noch darüber, ob sich die Neuregelung lediglich auf die Vollstreckung aus gerichtlichen Titeln beschränken soll oder ob diese Neuregelung sich auf die Vollstreckung aus allen Titeln beziehen soll. Das hätte insofern erhebliche Auswirkungen auf spätere Insolvenzverfahren, weil z.B. Krankenkassen oder auch die Finanzämter sich Titel selbst erstellen können und wenn sich im Gesetzgebungsverfahren die Auffassung durchsetzt, dass nur das im Wege der Zwangsvollstreckung aus gerichtlichen Titeln Erlangte geschützt werden soll, dann könnten auch zukünftig die Insolvenzverwalter gegen Finanzämter und Krankenkassen vorgehen, die in den letzten drei Monaten aus selbst geschaffenen Titeln gegen die Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung vorgegangen sind.

Weitere Änderungen mit erheblichen Auswirkungen für die Gläubiger bzw die dann nicht mehr gegebene Anfechtungsmöglichkeit durch den späteren Insolvenzverwalter sind in § 133 InsO vorgesehen:

Bisher ist es so, dass nach dieser Bestimmung, der sogenannten Vorsatzanfechtung, Rechtshandlungen angefochten werden können, die der Schuldner in den letzten 10 Jahren vor Stellung eines Insolvenzantrages vorgenommen hat mit dem Vorsatz, sein Gläubiger zu benachteiligen und der andere Teil den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wurde vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

Hierzu sind drei Änderungen vorgesehen:

Zum einen soll die Anfechtungsfrist auf vier Jahre verkürzt werden in den Fällen, in denen die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Befriedigung oder Sicherung ermöglicht hat.

Zum anderen soll es in den Fällen, in denen der andere Teil eine Leistung erlangt hat, auf er gerade so und zu dieser Zeit einen Anspruch hatte – sogenannte kongruente Rechtshandlungen – darauf ankommen, dass der andere Teil Kenntnis von einer bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit – und nicht lediglich von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit – hatte.

Schließlich ist eine dritte Änderung geplant, die für viele Gläubiger eine zur Zeit noch bestehende erheblich Unsicherheit beseitigen soll:

Es soll zukünftig möglich sein, mit seinen Gläubigern Ratenzahlungsvereinbarungen zu treffen oder sonstige Zahlungserleichterungen zu vereinbaren, ohne dass damit auf der Seite des Gläubigers unterstellt wird, er habe eine Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners gekannt.

Allerdings bin ich gerade bei diesem Punkt hinsichtlich seiner zukünftigen Handhabbarkeit etwas skeptisch:

Auch in der Vergangenheit war nicht jede Leistung, die eine Gläubiger aufgrund einer Ratenzahlungsvereinbarung mit seinem Schuldner erlangt hatte, anfechtbar.

Der BGH hat sogar ausdrücklich entschieden, dass allein die Anfrage eines Schuldners, ob ihm sein Gläubiger Ratenzahlung gewähre, kein Hinweis auf eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit sein muss. Es könne ebenso gut sein, dass dieser Schuldner lediglich den leichteren Weg gehen wolle, sich einen Kredit bei seinem Kunden einräumen zu lassen und nicht den schwierigeren Weg zur Bank antreten wolle, die ihm den Kredit aber auch gewähren würde oder gewährt hätte.

In der Regel oder zumindest sehr häufig sind und werden Anfragen nach der Einräumung von Raten mit dem Hinweis verbunden, zur Zeit nicht zahlen zu können oder nur – kleine – Raten zahlen zu können.

Das wären dann schon wieder Hinweise darauf, dass dieser Schuldner möglicherweise doch zahlungsunfähig ist. In einem solchen Fall würde dann auch die Vermutungsregelung, dass der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit nicht kannte, kaum zur Anwendung kommen können. Manchmal ist es deswegen vielleicht auch besser, wenn man als Gläubiger nicht zu viel weiß. Denn eine Anfrage nach der Einräumung von Ratenzahlung allein ist unproblematisch und könnte erst dadurch zu „einem Problem“ werden, dass der Schuldner diese Anfrage mit Hinweisen zu einer möglichen Zahlungsunfähigkeit verbindet.

Weitere Änderungen sind vorgesehen in § 142 InsO, der die Überschrift Bargeschäft trägt.

Bisher besteht diese Regelung aus einem Satz: Anfechtbar ist danach eine Leistung, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, nur unter den – engen – Voraussetzungen der sogenannten Vorsatzanfechtung.

Hinzukommen soll jetzt noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal, nämlich „unlauteres Handeln“ des Schuldners, das der andere Teil erkannt hat. Was hiermit genau gemeint ist und wie die Rechtsprechung diesen unbestimmten Rechtsbegriff später füllen wird, bleibt abzuwarten.

Im Regierungsentwurf selbst finden sich zu dieser Formulierung auch keinerlei Hinweise.

Der Gesetzesentwurf sieht des weiteren einen neuen Absatz 2 vor, in dem definiert werden soll, dass von einem unmittelbaren Leistungsaustausch dann auszugehen ist, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt.

Für Arbeitsverhältnisse enthält der Gesetzesentwurf eine weitere Konkretisierung, in der die bisher zu dieser Fragestellung ergangene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts berücksichtigt worden ist:

Ein enger zeitlicher Zusammenhang soll danach zwischen Arbeitsleistung und der Gewährung, also Zahlung von Arbeitsentgelt – noch – gegeben sein, wenn zwischen der Arbeitsleistung und der Gewährung von Arbeitsentgelt nicht mehr als drei Monate liegen.

Hiermit sollen also die Arbeitnehmer in besonderer Weise geschützt werden, denn nach der Rechtsprechung des BGH besteht ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung nur dann, wenn der Zeitraum zwischen beiden nicht mehr als dreißig Tage beträgt.

Schließlich soll auch noch geändert werden die Verzinsung von Anfechtungsansprüchen:

Bisher ist es so, dass der Anfechtungsgegner Zinsen seit Eröffnung des Verfahrens zahlen muss, auch wenn der Anspruch erst zu einem deutlich späteren Zeitpunkt geltend gemacht wird.

Zukünftig soll es so sein, dass ein Anspruch auf Verzinsung gemäß der geänderten Regelung in § 143 InsO nur unter den Voraussetzungen des Verzuges besteht oder mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit, also der gerichtlichen Geltendmachung.

Da der gesetzliche Zins aufgrund seiner Höhe durchaus ein Anreiz sein konnte, Anfechtungsansprüche erst zu einem möglichst späten Zeitpunkt geltend zu machen und dann auch gegebenenfalls gerichtlich durchzusetzen, soll durch diese Änderung der Insolvenzverwalter angehalten werden, entweder die Anfechtungsansprüche zu einem früheren Zeitpunkt zu realisieren, jedenfalls den Anfechtungsgegner jedoch in Verzug zu setzen, wenn er denn auch einen Anspruch auf Zinsen auf diesen Anfechtungsanspruch haben möchte.

Es bleibt also spannend zu beobachten, wie die Rechtsprechung mit den geplanten Neuregelungen umgehen wird und wie die Rechtsprechung zukünftig insbesondere mit den Anfechtungsansprüchen weiter umgehen wird. Jedenfalls lässt sich sagen, dass mit diesen geplanten Änderungen einige Fehlentwicklungen korrigiert werden sollen und insofern handelt es sich hierbei um Schritte in die richtige Richtung.

Vielen Dank für ihre Aufmerksamkeit!