

Erläuterungen zur empfohlenen „Check-Liste Unternehmensinsolvenz“ Empfehlung der Herbsttagung des BAKinso e.V. v. 20./21.11.2008

A. Einleitung:

Nach allen vorliegenden Erkenntnissen werden die Weichen in die „falsche Richtung“ eines Insolvenzverfahrens bereits im Eröffnungsverfahren gestellt und maßgeblich durch die Qualität der Eröffnungsgutachten sowie die Arbeitsqualität und –intensität aller Beteiligten beeinflusst. Fakt ist, dass es wesentlich mehr begründete Rechtsansprüche in eröffneten Insolvenzverfahren gibt, als daraus resultierende Forderungen konkretisiert werden (Huber NZI 2004, 497 und ZinsO 2008, 873 “Keine Unschuldsvermutung im Anfechtungsrecht”). Infolge dessen ist in sehr vielen Verfahren die Realisierungsquote solcher Rechtsansprüche sehr niedrig und die Gründe dafür liegen maßgeblich in der unzureichenden Prüfung der Eröffnungsgründe und der idR fehlenden Ermittlung des Eintritts der materiellen Insolvenz.

Das Eröffnungsgutachten ist das “Logbuch” des gesamten Verfahrens. Alle darin gemachten Angaben müssen das Gericht in die Lage versetzen, die ihm zugewiesene Eröffnungsentscheidung auf einer gesicherten tatsächlichen wie rechtlichen Grundlage zu treffen. Daher müssen alle Angaben nachvollziehbar und nachprüfbar sein und dem Gericht eine eigenständige Beurteilung ermöglichen. Da nach allen vorliegenden Erhebungen es als gesichert angesehen werden kann, dass faktisch alle Unternehmensinsolvenzanträge lange nach dem Eintritt der materiellen Insolvenz erfolgen und mithin in jedem Unternehmensinsolvenzverfahren nur noch fraglich ist, wie hoch diese Ansprüche und in welcher Höhe (vgl. dazu Kirstein ZinsO 2006/966, 969ff. Und ZinsO 2008, 830ff.) sie beitreibar sind, ist die Eröffnung die vom Gesetzgeber gewollte Regel und die Nichteröffnung die gesondert zu begründende Ausnahme (vgl. BGH ZinsO 2008, 559). Zu den typischen Fehlerquellen in Gutachten vgl. Haarmeyer/Suvarcarevic ZinsO 2006, 953, 960 sowie Haarmeyer/Beck ZinsO 2007, 1065, 1077 und Pape ZinsO 2007, 1080ff.).

Auch wenn die Angaben des Schuldners vollständig und richtig erscheinen, Buchhaltung und Jahresabschlüsse aktuell erstellt worden sind und auch im Übrigen nach den überreichten Unterlagen alle Anhaltspunkte für eine ordnungsgemäße Buchführung gegeben sind, darf sich ein gerichtlich bestellter Sachverständiger nicht damit zufrieden geben, weil es gerade unter insolvenzrechtlichen Aspekten Ansprüche gibt, die aus einem Jahresabschluss nicht ersichtlich sind und weil die Bewertung in der Insolvenz nicht handelsrechtlichen, sondern insolvenzrechtlichen Werten zu folgen hat. Dies betrifft insbesondere den Grundsatz der Bewertungsstetigkeit nach § 252

Abs. 1 Nr. 6 HGB und den des going-concern nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB. Im Übrigen ergeben sich aus der handelsrechtlichen Buchführung weder Anfechtungsansprüche noch Ansprüche wegen Eigenkapital ersetzender Gesellschafterdarlehen oder Bürgschaften nach §§ 31, 32 a, b GmbH Gesetz bzw. Ansprüche wegen fehlerhafter Kapitalerbringung bei einer Kapitalgesellschaft, insbesondere einer GmbH.

Will man das Verhalten antragsverpflichteter Schuldner kurz und knapp charakterisieren, so ergeben alle vorliegenden Befunde¹ das gleiche Ergebnis: Der offene und nachhaltige Rechtsbruch ist die Regel, Ausnahmen sind allenfalls in ganz wenigen Einzelfällen feststellbar. Trotz Eintritts der materiellen Insolvenz mehr als 10 Monate vor der Einleitung eines Insolvenzverfahrens² wirtschaften die Schuldner so lange weiter, bis auch die letzten finanziellen Reserven erschöpft und das Eigenkapital nahezu vollständig verbraucht sind. Gläubiger die Druck machen, werden während dieser Zeit noch erstrangig bedient, die anderen nach Möglichkeit überhaupt nicht mehr.³ Begründet werden nachfolgende Insolvenzanträge sodann durchweg mit Zahlungsunfähigkeit oder drohender Zahlungsunfähigkeit, obwohl bereits vor geraumer Zeit die Antragspflicht aufgrund eingetretener Überschuldung entstanden war und die reale Liquiditätssituation eine sehr vertiefte Zahlungsunfähigkeit darstellt.⁴ In der Praxis ist feststellbar, dass der Zeitpunkt der Überschuldung regelmäßig weit mehr als 1 Jahr vor der Antragstellung eingetreten ist.

Damit steht schon bei der Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Verfahrens über das Vermögen einer antragsverpflichteten Kapitalgesellschaft fest, dass bereits zu diesem Zeitpunkt dem Grunde nach verschiedene haftungsrechtliche Ansprüche (so z.B. §§ 43 und 64 Abs. 2 GmbHG; 92 Abs. 3, 93 AktG; §§ 130 – 133 InsO⁵) als sog. „virtuelles Vermögen“ verwirklicht sind

¹ Vgl. dazu u.a. Langzeitstudie KDLB, Kirstein, ZInsO 2006, 966ff.; Studie des ZIS Mannheim und von Euler-Hermes, nachzulesen unter; http://www.eulerhermes.com/ger/ger/press/aktuelle_analysen.html ; Studie Creditreform unter: http://www.creditreform.de/Deutsch/Creditreform/Aktuelles/Creditreform_Analysen/Insolvenzen_Neugruendungen_Loeschungen/index; Weyand/Diversy. Insolvenzdelikte, 7. Aufl. S.22ff.; Beck in: Wabnitz/Janovsky, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. § 6Rn. 53ff.; Meyer GmbH 2002, 177 und 242 und 2004, 1417, 1420ff.; Richter GmbH 1984, 113ff.

² Vgl. u.a. Kirstein, ZInsO 2006, 966

³ Kein Gläubiger wird die Besicherung oder Befriedigung ablehnen, selbst wenn er die Antragspflicht des Schuldners kennt. Je länger die Insolvenzverschleppung andauert, umso höher wird die Zahl der Gläubiger, die eine Anfechtung zu fürchten haben. Sie werden in Konsequenz keinen Massekostenvorschuss leisten oder einen Antrag stellen und sich damit einem Anfechtungsrisiko aussetzen. Zu besonders bizarren Situationen kommt es immer dann, wenn ein Gläubiger dieses Risiko übersehen hat, die Verfahrenseröffnung durch Vorschuss ermöglicht hat und dann gegen ihn Anfechtungsansprüche festgestellt werden

⁴ Die Überschuldung einer Kapitalgesellschaft ist nichts anderes als der Verbrauch des Eigenkapitals und des ersten Euros der Aktivmasse, sodass sich Aktiva und Passiva nicht mehr im Gleichgewicht gegenüberstehen. Theoretisch müssten sich bei Antragstellung Vermögenswerte gegenüberstehen, deren Buchwerte die Verbindlichkeiten nur um 1 Euro unterschreiten, sodass bei Einhaltung der gesetzlichen Regelungen zur Kapitalerhaltung und zur Antragspflicht die theoretische Quote bei Antragstellung nur geringfügig unter 100% liegen müsste

⁵ Vgl. dazu die Zusammenstellung der Ansprüche bei Pape, ZInsO 2007, 1080ff.

und es nur noch um deren Höhe und Beitreibbarkeit geht. Diese Ansprüche richten sich maßgeblich gegen Kreditinstitute, begünstigte Gläubiger, Steuerberater, Rechtsanwälte und Angehörige anderer beratender Berufe sowie gegen den Fiskus bzw. die Sozialversicherungsträger, sodass aufgrund der insoweit gesicherten bzw. "versicherten" Solvenz, die immer wieder erfolgende "Begründung" für Abweisungsempfehlungen in Gutachten, dass beim Schuldner oder Geschäftsführer "nichts zu holen" sei, für die Entscheidung über die Eröffnung weitgehend irrelevant ist.

Aufgrund des vorgenannten Antragsverhaltens gibt es in der Insolvenz von Kapitalgesellschaften durchschnittlich 7,48 haftungsrechtlich relevante Ansprüche vornehmlich gegen Gesellschafter und Dritte.⁶ Dabei werden der durchschnittliche Wert der Einzelansprüche je nach Anspruchsgrundlage mit ca. 18.200,- und 384.500 Euro und die durchschnittlich und tatsächlich realisierten Ansprüche mit ca. 11.500,- bis 282.600,- Euro angegeben.⁷ Überhaupt nicht beitreibbar sind solche Ansprüche lediglich in ca. 15% aller Fälle gewesen,⁸ in allen anderen Fällen gelang es die Ansprüche entweder vollständig durchzusetzen und in vielen Fällen zumindest auch ansehnliche Teilbeträge zu realisieren.

Von besonderer Bedeutung sind die am 8. August 2008 in den IDW-Fachnachrichten (www.idw.de) veröffentlichten Rechnungslegungs-hinweise des Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) für die Anforderungen an die Dokumentation und Rechnungslegung im Insolvenzverfahren:
IDW RH HFA 1.010: Bestandsaufnahme (Gutachten)
IDW RH HFA 1.011: Insolvenzspezifische interne Rechnungslegung
IDW RH HFA 1.012: Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung im Insolvenzverfahren

Die Beachtung der IDW Regeln ist für Wirtschaftsprüfer eine Standespflicht und gilt als ordnungsgemäße Berufsausübung. Die darin enthaltenen Grundsätze können daher auch ergänzend für Insolvenzverwalter herangezogen werden.

⁶ Lediglich in 5% der Verfahren konnten in den vergangenen 10 Jahren keine insolvenzspezifischen Ansprüche ermittelt werden; vgl. *Kirstein* ZInsO 2006, 966, 969.

⁷ *Kirstein*, ZInsO 2006, 966, 969.

⁸ Obwohl nach den Erkenntnissen zB von Creditreform sich ein als Geschäftsführer tätig gewesener Schuldner mittleren Alters idR innerhalb von 3 bis 5 Jahren wirtschaftlich erholt, wird in der Praxis der Insolvenzabwicklung weder die Möglichkeit von Schuldanerkenntnissen oder von Besserungsscheinen genutzt, obwohl beide Dinge leicht zu realisieren sind und den Gläubigern die Möglichkeit der Teilhabe an einer wirtschaftlichen Erholung des Schuldners eröffnet.

