

## Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

– Ein Kommentar aus der wirtschaftsforensischen Praxis –

Dr. rer. pol. Michael Harz  
Dipl.-Bw. Martina Bornmann  
Dipl.-Bw. Günther Conrad  
Tobias Ecker M.A.

---

Saarbrücken, im Mai 2015



<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>Seite</b>
1 Einleitung	3
2 Prüfung der Zahlungsunfähigkeit	4
2.1 Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit	4
2.2 Bedeutsame Aspekte im Kontext der Zahlungsunfähigkeit	5
2.3 Grundlegende Methoden der Zahlungsunfähigkeitsprüfung	9
2.3.1 Die betriebswirtschaftliche Methode	10
2.3.1.1 Liquiditätsstatus und Finanzplan	10
2.3.1.2 Bugwelleneffekt	12
2.3.1.3 Prüfungszeitraum	15
2.3.1.4 Ausgewählte Problemdarstellungen	16
2.3.2 Die wirtschaftskriminalistische Methode	19
2.3.3 Subjektive Erkennbarkeit	21
3 Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit	22
4 Prüfung der Überschuldung	24
4.1 Der Begriff der Überschuldung	24
4.2 Methoden der Überschuldungsprüfung	25
4.2.1 Fortführungsprognose	25
4.2.2 Modifizierte zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung	28
4.2.3 Zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung	30
4.3 Ansatz und Bewertung einzelner Positionen im Überschuldungsstatus	30



## 1. Einleitung

Obwohl die Anzahl der Unternehmensinsolvenzen in den letzten Jahren rückläufig ist, beschäftigt die Frage, ob ein Unternehmen zu einem bestimmten Zeitpunkt zahlungsunfähig, drohend zahlungsunfähig und/oder überschuldet war, insbesondere Gerichte und Staatsanwaltschaften nach wie vor in nicht unerheblichem Maße.

Jüngst hat sich mit diesem Themenkomplex auch der IDW (Fachausschuss für Sanierung und Insolvenz des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.) auseinandergesetzt und einen aktualisierten Entwurf zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen im Juni 2014 veröffentlicht, in dem die bisherigen Standards des IDW im Kontext der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung und Gesetzeslage in überarbeiteter Form zusammengefasst werden.<sup>1</sup>

Dieser Entwurf wurde bereits in verschiedenen Fachbeiträgen kommentiert.<sup>2</sup> Die daraus resultierende Diskussion um die Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen nehmen die Autoren dieses Beitrags zum Anlass aufzuzeigen, wie insbesondere aus Perspektive der wirtschaftsforensischen Praxis, unter Beachtung aktueller Entwicklungen in Literatur und Rechtsprechung, zielführend zur Feststellung von Insolvenzantragsgründen vorgegangen werden kann.

Der vorliegende Beitrag beleuchtet die wesentlichen Grundlagen im Hinblick auf die Insolvenzantragsgründe der Zahlungsunfähigkeit, der drohenden Zahlungsunfähigkeit sowie der Überschuldung, die jeweilige methodische Vorgehensweise zur Feststellung der Insolvenzantragsgründe sowie ausgewählte Problemstellungen.

---

<sup>1</sup> Vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer (2014): Entwurf eines IDW Standards: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW ES 11), in: ZInsO Nr. 38/2014, S. 1840-1848.

<sup>2</sup> Vgl. dazu etwa Weber, C., Küting, P., Eichenlaub, R. (2015): Zweifelsfragen im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen. Zugleich Anmerkungen zu IDW ES 11, in: GmbHR Nr. 19/2014, S. 1009-1018; Frystatzki, C. (2015): Die Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen – Entwurf eines neuen Standards des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW ES 11), in: NZI Nr. 20/2014, S. 840-846; Bernhard, S., Solmecke, H. (2014): Beurteilung der Insolvenzreife (IDW ES 11) – Ein Überblick über den neuen Standardentwurf des IDW, in: Wpg Nr. 20/2014, S. 1043-1047.



## 2 Prüfung der Zahlungsunfähigkeit

### 2.1 Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit

Den bedeutendsten Eröffnungsgrund im Insolvenzrecht stellt die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) dar.<sup>3</sup> Denn in der Praxis wurden rund 70 % der Anträge auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Zeitraum 2000 bis 2013 mit dem Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit begründet. Dies kann aus den Daten des Statistischen Bundesamtes abgeleitet werden, die in der nachfolgenden Tabelle zusammenfassend dargestellt werden.

Übersicht über den Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit im Zeitraum 2000 bis 2013																
Jahr:	2000		2001		2002		2003		2004		2005		2006		Ø	
Gesamtanzahl Insolvenzen:	25.254	100%	28.483	100%	37.579	100%	39.320	100%	39.213	100%	36.843	100%	34.137	100%	34.404	
Eröffnungsgrund:																
Zahlungsunfähigkeit	16.429	65,06%	16.851	59,16%	23.809	63,36%	25.687	65,33%	27.022	68,91%	26.315	71,42%	26.835	78,61%	23.278	67,41%
Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung	5.136	20,34%	9.865	34,63%	12.484	33,22%	12.801	32,56%	11.441	29,18%	9.795	26,59%	6.390	18,72%	9.702	24,40%
Jahr:	2007		2008		2009		2010		2011		2012		2013		Ø	
Gesamtanzahl Insolvenzen:	29.160	100%	29.291	100%	32.687	100%	31.998	100%	30.099	100%	28.297	100%	25.995	100%	29.647	
Eröffnungsgrund:																
Zahlungsunfähigkeit	23.914	82,01%	23.662	80,78%	25.759	78,81%	25.244	78,89%	23.732	78,85%	22.107	78,12%	16.242	62,48%	20.083	67,49%
Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung	4.382	15,03%	4.683	15,99%	5.788	17,71%	5.681	17,75%	5.454	18,12%	5.330	18,84%	8.987	34,57%	5.758	17,25%

Tab. 1: Statistische Daten der Zahlungsunfähigkeit<sup>4</sup>

Bei dem Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit handelt es sich um einen sogenannten allgemeinen Eröffnungsgrund, der einerseits für jeden Schuldner (natürliche und juristische Personen) gilt<sup>5</sup> und andererseits auch für jedes Insolvenzverfahren sowie jeden damit einhergehenden Antrag ausreicht.<sup>6</sup> Für juristische Personen, die in dem vorliegenden Beitrag betrachtet werden, besteht gemäß § 15a Abs. 1 InsO bei Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit die Pflicht, spätestens drei Wochen nach dem tatsächlichen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit den entsprechenden Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Seit Inkrafttreten des MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) am 01.11.2008 ersetzt § 15a Abs. 1 InsO die entsprechenden früheren Bestimmungen in den jeweiligen Einzelgesetzen (etwa § 64 GmbHG, § 92 AktG etc.).

<sup>3</sup> Vgl. Schmerbach, U. (2013): § 17, in: Wimmer, K. (Hrsg.): FK-InsO. Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, S. 313.

<sup>4</sup> Quelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.) (2003-2013): Unternehmen und Arbeitsstätten - Insolvenzverfahren in: Statistisches Bundesamt. Fachserie 2. Reihe 4.1. Nr. 12/2004 - 2013; Statistisches Bundesamt (Hrsg.) (2003): Wirtschaft und Statistik Nr. 4/2003.

<sup>5</sup> Vgl. Wabnitz, H., Janovsky, T. (2014): Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, S. 440.

<sup>6</sup> Vgl. Kirchhof, H. (2014): § 17, in: Kreft, G. (Hrsg.): Insolvenzordnung, S. 177.



Per Definition ist ein Schuldner zahlungsunfähig, „wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.“<sup>7</sup> Die Zahlungsunfähigkeit zeigt sich demnach immer durch einen Mangel an liquiden Mitteln zur Begleichung der bestehenden, fälligen Zahlungspflichten.

Bevor jedoch eine solche Definition im Wirtschaftsgeschehen ihre Anwendung finden kann, bedarf sie bestimmter Vorgaben. Diese grundlegenden, notwendigen Vorgaben wurden seitens des Bundesgerichtshofs formuliert und fanden ihren Niederschlag in seiner Leitsatzentscheidung vom 24.05.2005. Im Kern beziehen sich die dort aufgeführten Vorgaben auf zeitliche und quantitative Aspekte der Zahlungsunfähigkeit.<sup>8</sup>

Nach diesen begründet zum einen ein lediglich vorübergehender Mangel an liquiden Mitteln zur Begleichung der fälligen Verbindlichkeiten (auch als sogenannte Zahlungsstockung bezeichnet), etwa aufgrund eines verzögerten Forderungseingangs oder eines unerwarteten Forderungsausfalls, noch keine Zahlungsunfähigkeit. Zum anderen führen aber auch ganz geringfügige Liquiditätslücken noch nicht zum Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit.<sup>9</sup>

Erst mit diesen grundlegenden Vorgaben kann die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsfähigkeit bzw. der Zahlungsstockung abgegrenzt und in der Folge auch erst eine Anwendbarkeit im Wirtschaftsgeschehen ermöglicht werden.

Damit ist es im Rahmen einer Zahlungsunfähigkeitsprüfung notwendig, sowohl das etwaige Vorliegen einer Zahlungsstockung als auch den Umfang der Liquiditätslücke zu prüfen.

## 2.2 Bedeutsame Aspekte im Kontext der Zahlungsunfähigkeit

Das Vorliegen einer Zahlungsstockung lässt sich anhand derjenigen Zeitspanne feststellen, in der ein vorübergehender Mangel an liquiden Mitteln zur Begleichung der fälligen Verbindlichkeiten im Sinne der Rechtsprechung höchstens vorherrschen darf. Im Kontext der Zahlungsunfähigkeit ist dementsprechend eine Zeiträumbetrachtung der Liquidität notwendig.

Bei einer Zahlungsstockung darf der Mangel an liquiden Mitteln gemäß BGH höchstens kurzfristig bestehen, und zwar nur so lange, wie eine kreditwürdige Person zur Aufnahme der zur Begleichung der fälligen Verbindlichkeiten notwendigen Mittel gewöhnlich benötigen würde. Eine solche Zeitspanne umfasst nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in Einklang mit der herrschen-

<sup>7</sup> § 17 Abs. 2 InsO.

<sup>8</sup> Vgl. BGH Urteil v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04 = GmbHR 2005, 1117 m. Komm. Blöse, S. 1122.

<sup>9</sup> Vgl. BT-Drucksache 12/2443 vom 15.04.1992, S. 114.

den Meinung in der Literatur<sup>10</sup>, höchstens drei Wochen.<sup>11</sup> Von einer Zahlungsstockung kann somit grundsätzlich immer nur dann gesprochen werden, wenn der vorübergehende Mangel an liquiden Mitteln höchstens drei Wochen besteht.

Der Umfang einer Liquiditätslücke in quantitativer Hinsicht kann anhand eines Schwellenwertes, den der BGH in seiner Leitsatzentscheidung vom 24.05.2005 erstmals definiert hat, geprüft werden. Nach Auffassung des BGH sind Liquiditätslücken von weniger als 10 % der bestehenden, fälligen Verbindlichkeiten als ganz geringfügige Liquiditätslücken zu betrachten. Solche geringfügigen Liquiditätslücken begründen im Regelfall keine Zahlungsunfähigkeit.<sup>12</sup>

Diese zeitlichen und quantitativen Vorgaben sind gleichermaßen bei der Beurteilung des Vorliegens der Zahlungsunfähigkeit zu beachten. Demnach liegt Zahlungsunfähigkeit im Sinne der seitens des BGH angestrebten Kombinationslösung dann vor, wenn eine Liquiditätslücke von 10 % oder mehr der fälligen Gesamtverbindlichkeiten besteht und nicht innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums beseitigt werden kann (Regelfall I). Die Zahlungsfähigkeit liegt hingegen dann (noch) vor, wenn eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke von weniger als 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten besteht (Regelfall II).<sup>13</sup>

Diese seitens des BGH formulierten Vorgaben sind allerdings als widerlegbare Vermutung zu betrachten.<sup>14</sup> Im Hinblick auf den definierten Schwellenwert von 10 % ist der Leitsatzentscheidung vom 24.05.2005 in diesem Zusammenhang dementsprechend auch zu entnehmen, „*dass derartige Quoten für sich allein genommen keine abschließende Bewertung eines wirtschaftlich komplexen Sachverhalts wie der Zahlungsunfähigkeit erlauben. [...]Daher kommt die Einführung eines prozentualen Schwellenwerts nur in der Form in Betracht, dass sein Erreichen eine widerlegbare Vermutung für die Zahlungsunfähigkeit begründet.*“<sup>15</sup>

Im Sinne der widerlegbaren Vermutung wird in der Leitsatzentscheidung vom BGH dann auch ausgeführt, dass im Regelfall I nicht zwangsläufig die Zahlungsun-

<sup>10</sup> Vgl. dazu stellvertretend Eilenberger, G. (2013): § 17, in: Kirchhof, H. et. al. (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. Band I, S. 493; Kirchhof, H. (2014): a.a.O. (Fn. 6), S. 183; Schröder, J. (2015): § 17, in: Schmidt, A. (Hrsg.): Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, S. 193; Steffan, B., Knaupp, J. (2014): Insolvenzrecht, in: IDW (Hrsg.): WP Handbuch 2014. Wirtschaftsprüfung, Rechnungslegung, Beratung. Band II, S. 1426.

<sup>11</sup> Vgl. BGH Urteil v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04 = GmbHR 2005, 1117 m. Komm. Blöse; BGH Urteil v. 12.06.2006 – IX ZR 228/03; BGH Urteil v. 21.06.2007 – IX ZR 231/04; BGH Urteil v. 11.02.20110 – IX ZR 104/07; BGH Urteil v. 10.01.2013 – IX ZR 13/12; BGH Urteil v. 07.05.2013 – IX ZR 113/10.

<sup>12</sup> Vgl. BGH Urteil v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04 = GmbHR 2005, 1117 m. Komm. Blöse, S. 1120f..

<sup>13</sup> Vgl. ebd., 1117.

<sup>14</sup> Vgl. BGH Urteil v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04 = GmbHR 2005, 1117 m. Komm. Blöse, 1122-1123; Weber, C., Küting, P., Eichenlaub, R. (2015): a.a.O. (Fn. 2), S. 1010; Frystatzki, C. (2015): a.a.O. (Fn. 2), S. 841.

<sup>15</sup> BGH Urteil v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04 = GmbHR 2005, 1117 m. Komm. Blöse, 1121-1122.



fähigkeit gegeben sein muss, und zwar wenn „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.“<sup>16</sup>

Ebenso muss aber auch im Regelfall II nicht zwangsläufig die Zahlungsfähigkeit zu attestieren sein, und zwar dann, wenn „bereits absehbar [ist], dass die Lücke demnächst mehr als 10% erreichen wird.“<sup>17</sup> Im Rahmen einer Zahlungsunfähigkeitsprüfung ist als Folge dieser widerlegbaren Vermutungen deshalb regelmäßig ein längerer Zeitraum als der Drei-Wochen-Zeitraum zu prüfen.

Zudem ist anzumerken, dass die Zahlungsunfähigkeit auch bei Unterschreiten des Schwellenwertes von 10 % bejaht werden kann, und zwar dann, wenn besondere Umstände, etwa die belegbare Erwartung über den sich fortsetzenden Niedergang eines Unternehmens, vorliegen.<sup>18</sup>

Die seitens des BGH festgelegten Vorgaben in der Leitsatzentscheidung vom 24.05.2005, welche zwischenzeitlich mehrfach bestätigt worden sind, haben zweifelsfrei zu einer Konkretisierung der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit in methodischer und begrifflicher Hinsicht beigetragen.

Allerdings ist nach wie vor ein nicht unerheblicher Interpretationsspielraum in verschiedenen sich aus dem Themenkomplex der Zahlungsunfähigkeit ergebenden Detailfragen vorhanden.<sup>19</sup>

Neben den zuvor genannten und seitens des BGH definierten Vorgaben ist des Weiteren auf die Begriffe der Zahlungsunwilligkeit sowie der Zahlungseinstellung einzugehen.

Bloße Zahlungsunwilligkeit begründet noch keine Zahlungsunfähigkeit, weshalb der Begriff der Zahlungsunwilligkeit von dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit abzugrenzen ist. Zahlungsunwilligkeit liegt vor, wenn ein Schuldner über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, sich jedoch weigert die fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen.<sup>20</sup> In einem solchen Fall wäre der Schuldner im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO dennoch in der Lage seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen und kann dementsprechend auch nicht als zahlungsunfähig betrachtet werden.

---

<sup>16</sup> ebd., S. 1117.

<sup>17</sup> ebd., S. 1117.

<sup>18</sup> Vgl. ebd., S. 1123f.

<sup>19</sup> Dies betrifft etwa die Frage, ob bei einer im Rahmen einer Liquiditätsprüfung aufzustellenden Finanzplanung nur die am Stichtag fälligen Verbindlichkeiten („Passiva I“) oder neben diesen auch die in den kommenden drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten („Passiva II“) einzubeziehen sind; vgl. dazu etwa Frystatzki, C. (2015): a.a.O. (Fn. 2), S. 841ff.; Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 10), S. 193 sowie Kapitel 2.3.1.2 dieses Aufsatzes (Bugwel-leneffekt).

<sup>20</sup> Vgl. Schmerbach, U. (2013): a.a.O. (Fn. 3), S. 320.

Viele Schuldner neigen allerdings dazu, Zahlungsunwilligkeit vorzuschieben, obwohl die Zahlungsunfähigkeit für den Schuldner erkennbar bereits eingetreten ist. Es ist also immer genau zu überprüfen, ob es sich bei der Zahlungsunwilligkeit nicht doch um eine bestehende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners handelt. Insofern kann die Zahlungsunwilligkeit ein Indiz für die Zahlungsunfähigkeit sein.<sup>21</sup>

Nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO stellt die Zahlungseinstellung, also das Einstellen der Zahlungen gegenüber den Gläubigern seitens des Schuldners, eine widerlegliche Vermutung für die Zahlungsunfähigkeit dar.<sup>22</sup>

Die Zahlungseinstellung ist das nach außen hin erkennbare Verhalten, in dem sich die Zahlungsunfähigkeit ausdrückt, und liegt im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO vor, wenn ein Schuldner den wesentlichen Teil der fälligen Verbindlichkeiten aufgrund eines Zahlungsmittelmangels nicht mehr bedienen kann und ein entsprechender berechtigter Eindruck zumindest bei den beteiligten Verkehrskreisen entsteht bzw. dies zumindest für die beteiligten Verkehrskreise äußerlich erkennbar geworden ist.<sup>23</sup>

Einzelne Zahlungen auf geringe fällige Verbindlichkeiten schließen die Zahlungseinstellung dementsprechend nicht aus. Gleiches gilt für größere Zahlungen, wenn sie nicht den wesentlichen Teil der fälligen Gesamtverbindlichkeiten darstellen.<sup>24</sup> Die Zahlungseinstellung ist insofern nur ausgeschlossen, wenn der Schuldner Zahlungen an die Gesamtheit der Gläubiger leistet und mit diesen auch der wesentliche Teil der fälligen Verbindlichkeiten bedient werden kann. Im Übrigen gelten die vorherigen Ausführungen zur rechtlich unerheblichen Zahlungsstockung ebenso im Kontext der Zahlungseinstellung.<sup>25</sup> In Rechtsprechung und Literatur haben sich verschiedene Indizien entwickelt, mit deren Hilfe auf die Zahlungseinstellung geschlossen werden kann. Als wesentliche Indizien können insbesondere die folgenden angeführt werden:<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Vgl. Schmidt, K. (2013): § 17, in: Schmidt, K. (Hrsg.): Insolvenzordnung, S. 197.

<sup>22</sup> Vgl. BT-Drucksache 12/2443 v. 15.04.1992, S. 114.

<sup>23</sup> Vgl. BGH Urteil v. 20.11.01 – IX ZR 48/01; BGH Urteil v. 21.06.07 – IX ZR 231/04; BGH Urteil v. 20.12.2007 – IX ZR 93/06; BGH Urteil v. 30.06.2011 – IX ZR 134/10, BGH Urteil v. 18.07.2013 – IX ZR 143/12.

<sup>24</sup> Vgl. Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 10), S. 196.

<sup>25</sup> Vgl. BGH Urteil v. 21.06.07 – IX ZR 231/04.

<sup>26</sup> Vgl. dazu etwa BGH Urteil v. 20.11.2001 – IX ZR 48/01; BGH Urteil v. 10.07.2003 – IX ZR 89/02; BGH Urteil v. 13.4.2006 – IX ZB 118/04; BGH Urteil v. 12.10.06 – IX ZR 228/03; BGH Urteil v. 20.12.2007 – IX ZR 93/06; BGH Urteil v. 30.06.2011 – IX ZR 134/10; BGH Urteil v. 18.07.2013 – IX ZR 143/12; Kirchhof, H. (2014): a.a.O. (Fn. 6), S. 187; Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 10), S. 196f..





- das Vorliegen von Wechselprotesten und Scheckrückgaben
- die Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern
- die Nichtbegleichung von Sozialversicherungsbeiträgen; in diesem Fall kann die Zahlungseinstellung durch den entsprechenden Nachweis eines Sozialversicherungsträgers belegt werden<sup>27</sup>
- Pfändungen durch den Gerichtsvollzieher, insbesondere wenn sie fruchtlos blieben (entscheidend sind hierbei der Umfang und die Dauer, eine einmalige Vollstreckung ist kein Indiz für Zahlungseinstellung)
- die Erklärung des Schuldners, nicht zahlen zu können (es ist dann aber notwendig, die objektive Richtigkeit seiner Angaben zu prüfen, da der Schuldner oft nicht zahlen will, obwohl er tatsächlich noch dazu in der Lage wäre)
- die Einstellung des Geschäftsbetriebs ohne ordnungsgemäße Abwicklung
- die Nichtzahlung von Energielieferungen, Arbeitnehmeransprüchen oder Telefonkosten
- die Zurückgabe von Vorbehaltsware an Lieferanten ohne Verarbeitung
- Flucht des Schuldners vor seinen Gläubigern
- die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung
- zurückgegebene Lastschriften
- nicht eingehaltene Zahlungszusagen
- Ratenzahlungsvereinbarungen bzw. Stundungsbitten
- die dauerhaft schleppende Zahlungsweise des Schuldners, insbesondere von Steuerzahlungen

### 2.3 Grundlegende Methoden der Zahlungsunfähigkeitsprüfung

Die wesentliche Methode zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit ist die betriebswirtschaftliche Methode.<sup>28</sup>

Daneben wird auch die wirtschaftskriminalistische Methode vom BGH gebilligt.<sup>29</sup> Hierzu zählt auch die retrograde Methode, die grundsätzlich aber nur im Anfechtungsprozess zur Anwendung kommt und zurückgeht auf das BGH Urteil vom 12.10.2006 – IX ZR 228/03.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Nach dem Urteil des BGH vom 10.07.2003 – IX ZR 89/02 reicht zur Glaubhaftmachung der Zahlungseinstellung des Schuldners der Nachweis eines Sozialversicherungsträgers aus, dass der Schuldner seit mindestens sechs Monaten keine Sozialversicherungsbeiträge mehr abgeführt hat.

<sup>28</sup> Vgl. o.A. (2013): Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, Zahlungsstockung, Insolvenzverschleppung, in: ZinsO Nr. 43/2013, S. 2107; BGH Beschluss v. 21.08.2013 – 1 StR 665/12.

<sup>29</sup> Vgl. ebd..

<sup>30</sup> Vgl. BGH Urteil v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03.



Aus dem Beschluss des BGH vom 21.08.2013 sind zur Methodik folgende Leitsätze abzuleiten:

*„Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 InsO) erfolgt i.d.R. durch die betriebswirtschaftliche Methode. Diese setzt eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mitteln andererseits voraus. Zur Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der bloßen Zahlungsstockung ist diese Gegenüberstellung um eine auf eine Finanzplanrechnung gestützte Prognose darüber zu ergänzen, ob innerhalb einer Dreiwochenfrist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist. Die Zahlungsunfähigkeit kann alternativ auch durch die sogenannten wirtschaftskriminalistischen Beweisanzeichen belegt werden (wirtschaftskriminalistische Methode).“<sup>31</sup>*

## **2.3.1 Die betriebswirtschaftliche Methode**

### **2.3.1.1 Liquiditätsstatus und Finanzplan**

Die betriebswirtschaftliche Methode gliedert sich in zwei Schritte, auf die im Folgenden näher eingegangen wird.

#### 1. Schritt: Erstellung eines stichtagsbezogenen Liquiditätsstatus

Zunächst ist ein stichtagsbezogener Liquiditätsstatus zu erstellen. In diesem werden die zum Stichtag verfügbaren Zahlungsmittel den fälligen Zahlungsverpflichtungen gegenübergestellt.<sup>32</sup>

#### **Den verfügbaren Zahlungsmitteln sind zuzuordnen:**

- Bargeld
- Schecks
- Bank- und Postgiroguthaben
- Freie Kreditlinien auf laufenden Geschäftskonten

<sup>31</sup> o.A. (2013): a.a.O. (Fn. 28), S. 2107.

<sup>32</sup> Vgl. dazu etwa ebd. sowie Schmidt, K. (2013): a.a.O. (Fn. 21), S. 204; Institut der Wirtschaftsprüfer (2014): a.a.O. (Fn. 1), S. 1847ff..



**Den fälligen Zahlungsverpflichtungen sind alle Verbindlichkeiten zuzuordnen, die zum Stichtag bereits fällig sind, so z.B.:**

- Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, deren Zahlungsziel bereits überschritten ist, die nicht gestundet sind und bei denen keine sonstigen Gründe vorliegen, die deren Fälligkeit entgegenstehen
- nicht geduldete Überziehungen von laufenden Geschäftskonten
- alle sonstigen Verbindlichkeiten, die mit Ablauf des Stichtags der Liquiditätsbetrachtung bereits hätten beglichen sein müssen

Liegt eine ganz geringfügige Liquiditätslücke vor, so begründet dies eine Zahlungsunfähigkeit nicht. Der BGH geht in seiner mittlerweile mehrfach bestätigten Rechtsprechung von einer Lücke von 10 % aus, bei deren Überschreiten regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen sei.<sup>33</sup> Zur Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von einer Zahlungsstockung ist ein Finanzplan aufzustellen.<sup>34</sup>

## 2. Schritt: Aufstellung eines Finanzplans

Durch die Aufstellung eines Finanzplans wird eine Prognose darüber abgegeben, wie sich die Liquidität im Planungszeitraum entwickelt. Die im Liquiditätsstatus (1. Schritt) ausgewiesenen Positionen sind im Finanzplan (2. Schritt) fortzuentwickeln. Neben den zum Stichtag des Liquiditätsstatus (1. Schritt) ermittelten verfügbaren Zahlungsmitteln und fälligen Zahlungsverpflichtungen sind in den Finanzplan auch die im Planungszeitraum zu erwartenden Einzahlungen und nach unserer Auffassung auch die zu erwartenden Auszahlungen (sh. hierzu auch die unten folgenden Anmerkungen zu fälligen und fällig werdenden Verbindlichkeiten) aufzunehmen.<sup>35</sup>

Zu den Einzahlungen zählen insbesondere Forderungseingänge, aber auch noch nicht ausgeschöpfte Möglichkeiten der Eigen- bzw. Fremdkapitalbeschaffung und der Verkauf von Teilen des nicht betriebsnotwendigen Anlage- und Umlaufvermögens sind zu berücksichtigen, sofern diese Möglichkeiten innerhalb des Planungszeitraums zu realisieren sind.

Die folgende Grafik gibt einen exemplarischen Überblick über die im Liquiditätsstatus und im Finanzplan (in der Grafik als Liquiditätsbilanz bezeichnet) zu berücksichtigenden Aktiva und Passiva.

<sup>33</sup> Vgl. dazu etwa BGH Urteil v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04; BGH Urteil v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03; BGH Urteil v. 07.05.2013 – IX ZR 113/10.

<sup>34</sup> Vgl. dazu etwa o.A. (2013): a.a.O. (Fn. 28), S. 2107; Schmidt, K. (2013): a.a.O. (Fn. 21), S. 204; Institut der Wirtschaftsprüfer (2014): a.a.O. (Fn. 1), S. 1847ff.

<sup>35</sup> Vgl. dazu etwa Schmerbach, U. (2013): a.a.O. (Fn. 3), S. 320; Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 10), S. 198ff.; Eilenberger, G. (2013): a.a.O. (Fn. 10), S. 491f..



Die im Status anzusetzenden Positionen sind jeweils dem Punkt I zu entnehmen, die im Finanzplan zu berücksichtigenden Aktiva und Passiva umfassen die Punkte I und II.

Aktiva	Passiva
Liquiditätsbilanz (€)	
<b>I. Unmittelbar verfügbare Aktiva (= Zahlungsmittel) zum Prüfungsstichtag</b>	<b>I. Unmittelbar fällige Passiva zum Prüfungsstichtag</b>
1. Bankguthaben	1. Fällige Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen
2. Kassenbestände	2. Verbindlichkeiten des Finanzbereichs (nicht genehmigte Überziehungen von Kreditlinien)
3. Schecks	3. Sonstige fällige Verbindlichkeiten (z.B. Steuern, Sozialabgaben)
4. Fällige Forderungen des Finanzbereichs (freie Kreditlinien)	
<b>II. Innerhalb der folgenden 20 Tage verfügbare Aktiva</b>	<b>II. Innerhalb der folgenden 20 Tage fällige Verbindlichkeiten</b>
1. Fällige Wechsel	1. Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen
2. Fällige Forderungen aus Lieferungen und Leistungen	2. Verbindlichkeiten des Finanzbereichs
3. Fällige Forderungen des Finanzbereichs	3. Sonstige Verbindlichkeiten
<b>= Summe liquiditätsrelevanter Aktiva nach Insolvenzrecht</b>	<b>= Summe liquiditätsrelevanter Passiva nach Insolvenzrecht</b>

Tab. 2: Exemplarische Liquiditätsbilanz<sup>36</sup>

### 2.3.1.2 Bugwelleneffekt

Die in der vorstehenden Grafik gewählte Untergliederung macht ein regelmäßig in der Literatur diskutiertes Thema offensichtlich. Hierbei geht es um den sogenannten Bugwelleneffekt. Hintergrund dieser Thematik ist die Frage, ob die sogenannten Passiva II bei der Feststellung, ob ein Schuldner seinen Zahlungsverpflichtungen innerhalb der kommenden drei Wochen nachkommen kann, zu berücksichtigen sind oder nicht. Unstreitig ist, dass die Aktiva II (Einzahlungen, bei denen es sich im Wesentlichen um Einzahlungen aus dem operativen Geschäft handelt) zu berücksichtigen sind.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Quelle: in Anlehnung an Eilenberger, G. (2013): a.a.O. (Fn. 10), S. 494.

<sup>37</sup> Vgl. Frystatzki, C. (2015): a.a.O. (Fn. 2), S. 840-846; Schmidt, K. (2013): a.a.O. (Fn. 21), S. 204.



Auslöser der Diskussion um den Bugwelleneffekt ist die Begründung des BGH zum Urteil vom 24.05.2005:

*„Um dies festzustellen, werden im Rahmen einer Liquiditätsbilanz die aktuell verfügbaren und kurzfristig verfügbar werdenden Mittel in Beziehung gesetzt zu den an demselben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten.“<sup>38</sup>*

Aus dieser Formulierung wird verschiedentlich geschlossen, dass die innerhalb von drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten nicht bei der Prüfung zu berücksichtigen seien, ob eine im Status festgestellte nicht geringfügige Liquiditätslücke innerhalb des Betrachtungszeitraums beseitigt werden kann.<sup>39</sup>

Auf dieser Sichtweise, die fällig werdenden Verbindlichkeiten (Passiva II) nicht zu berücksichtigen, basiert der sogenannte Bugwelleneffekt.

Nach *Frystatzki* könnte ein Schuldnerunternehmen bei einer solchen Mischung aus zeitpunkt- und zeitraumbezogener Betrachtung dauerhaft einen zur Überschreitung der 10 % - Grenze führenden Betrag von Verbindlichkeiten vor sich herschieben, ohne dass eine Zahlungsunfähigkeit vorläge.<sup>40</sup>

Aus dieser Auffassung lässt sich die grundlegende Problematik ableiten, denn den fällig werden Forderungen bzw. zu erwartenden Einzahlungen stehen im gleichen Zeitraum fällig werdende Verbindlichkeiten bzw. fällige Auszahlungen gegenüber, die aber faktisch nicht als fällig angesehen werden. Daraus resultiert die „Bugwelle“, da tatsächlich fällige Verbindlichkeiten nicht in die Betrachtung mit einbezogen werden.

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht kann auf die Berücksichtigung der fällig werdenden Verbindlichkeiten jedoch nicht verzichtet werden. Würden im Finanzplan nur die im Planungszeitraum zu erwartenden Einnahmen berücksichtigt, nicht aber die im gleichen Zeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten, bestünde eine erhebliche Inkongruenz zwischen Aktiv- und Passivseite. Dadurch würde der ermittelte Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit weiter in die Zukunft verschoben werden, obwohl bereits zu einem früheren Zeitpunkt nicht mehr genügend liquide Mittel vorhanden sind, um alle bzw. den überwiegenden Teil der Gläubiger befriedigen zu können.

Die Nichtberücksichtigung der fällig werdenden Verbindlichkeiten kann zu einem ständigen Anstieg der Bugwelle führen, d.h. die fällig werdenden Verbindlichkeiten steigen im Zeitverlauf immer mehr an, ohne dass dies Auswirkungen auf das

<sup>38</sup> BGH Urteil v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04.

<sup>39</sup> Vgl. Frystatzki, C. (2015): a.a.O. (Fn. 2), S. 204.

<sup>40</sup> Vgl. Frystatzki, C. (2015): a.a.O. (Fn. 2), S. 841.



Ergebnis der Liquiditätsprüfung hat. Eine solche Form der Finanzplanung ist in der Praxis als Steuerungsinstrument der Liquidität nicht anwendbar und nicht brauchbar.

Auf das o.a. BGH Urteil vom 24.05.2005 wurde in späteren BGH-Entscheidungen des Zivilsenats mehrfach verwiesen.<sup>41</sup> Der Strafsenat des BGH hat hierzu in seinem Beschluss vom 21.08.2013 hingegen wie folgt ausgeführt:

*„Zur Abgrenzung von der bloßen Zahlungsstockung ist diese Methode um eine Prognose darüber zu ergänzen, ob innerhalb der Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist, etwa durch Kredite, Zuführung von Eigenkapital, Einnahmen aus dem normalen Geschäftsbetrieb oder der Veräußerung von Vermögensgegenständen. Das geschieht durch eine Finanzplanrechnung, aus der sich die hinreichend konkret zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben der nächsten 21 Tage ergeben.“<sup>42</sup>*

Die Ausgaben der nächsten 21 Tage entsprechen hierbei den zum Betrachtungstichtag fälligen und fällig werdenden Verbindlichkeiten.

An folgendem vereinfachten Beispiel kann der Bugwelleneffekt exemplarisch dargestellt werden.

Betrachtet wird zum Stichtag 31.12. die voraussichtliche Entwicklung der Liquidität in den kommenden drei Wochen bei folgenden Werten:

Übersicht über die Entwicklung der Liquidität	
	Betrag in €
Bankguthaben, Kasse, freie Kreditlinie zum 31.12.	100.000,00
zu erwartende Einzahlungen auf Forderungen L + L	250.000,00
sonstige zu erwartende Einzahlungen	100.000,00
<b>Summe verfügbare Mittel</b>	<b>450.000,00</b>
zum Stichtag fällige Verbindlichkeiten L + L	330.000,00
sonstige zum Stichtag fällige Verbindlichkeiten	120.000,00
<b>Zwischensumme „Alt“-Verbindlichkeiten:</b>	<b>450.000,00</b>
innerhalb von drei Wochen fällig werdende Verb. L + L	250.000,00 <sup>x1</sup>
innerhalb von drei Wochen fällig werdende sonst. Verb.	50.000,00 <sup>x2</sup>
<b>Summe fällige Verbindlichkeiten</b>	<b>750.000,00</b>

Tab. 3: Beispielrechnung Bugwelle<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Vgl. dazu stellvertretend BGH Urteil v. 18.07.2013 – IX ZR 143/12.

<sup>42</sup> BGH Beschluss v. 21.08.2013 – 1 StR 665/12.

<sup>43</sup> Quelle: Eigene Darstellung.



Die „Bugwelle“ beträgt in diesem Beispiel 300.000,00 € (250.000,00<sup>x1</sup> € + 50.000,00<sup>x2</sup> €), die nicht durch zeitlich äquivalente kurzfristige Aktiva gedeckt sind. Ein stetiges Ansteigen dieser Bugwelle kann zu einer weiteren Verschlechterung der Liquiditätslage führen, ohne dass dieser Effekt durch eine Finanzplanung, welche die fällig werdenden Verbindlichkeiten nicht berücksichtigt, widergegeben wird.

### 2.3.1.3 Prüfungszeitraum

In seiner mittlerweile mehrfach bestätigten Rechtsprechung sieht der BGH einen Zeitraum von drei Wochen als erforderlich, aber auch als ausreichend an, um den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu prüfen.<sup>44</sup>

In der Praxis wird insbesondere bei retrograden Prüfungen ein Zeitraum von einem Monat in Betracht kommen, da die Buchhaltung in der Regel monatlich erstellt wird und auf einen vollen Monat gerichtete Prüfungen deshalb praktikabler und weniger zeitaufwendig sind. Vielfach kann aus den Monatsergebnissen auf den Drei-Wochen-Zeitraum geschlossen werden.

Für die Betrachtung eines Monatszeitraums spricht insbesondere auch das praxisrelevante Argument, dass auch Verbindlichkeiten berücksichtigt werden, die i.d.R. monatlich den gleichen Fälligkeitstermin aufweisen.

Hierbei sind insbesondere Lohn- und Gehaltsverbindlichkeiten zu nennen, die i.d.R. am Monatsende bezahlt werden und die Liquidität erheblich belasten können.

Würde beispielsweise ein Drei-Wochen-Zeitraum vom 06. bis zum 27. eines Monats betrachtet werden, würden die zum Monatsende fälligen Lohn- und Gehaltsverbindlichkeiten nicht in die Betrachtung einfließen. Dieser Mangel kann behoben werden, wenn die Betrachtung auf einen Zeitraum vom 06. des laufenden bis zum 05. des Folgemonats ausgedehnt wird.

In Anlehnung an das BGH Urteil vom 24.05.2005 ist bei einer Liquiditätslücke, die weniger als 10 % beträgt, im Regelfall nicht von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, auch wenn diese nicht innerhalb von drei Wochen oder eines Monats beseitigt werden kann.<sup>45</sup>

Da Zahlungsunfähigkeit bei einer Lücke von weniger als 10 % aber dann zu bejahen ist, wenn die Lücke aller Voraussicht nach demnächst auf 10 % oder mehr

<sup>44</sup> Vgl. BGH Urteil v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04; BGH Urteil v. 18.07.2013 – IX ZR 143/12.

<sup>45</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen unter Kapitel 2.2.



steigt, sollte sich die Finanzplanung nach unserer Auffassung bei Lücken von weniger als 10 % auf längere Zeiträume erstrecken.<sup>46</sup>

Beträgt die Lücke 10 % oder mehr, so ist nach dem BGH Urteil vom 24.05.2005 regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Eine Ausnahme wird dann gesehen, wenn diese Lücke mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden kann. Nach unserer Auffassung sollte die Finanzplanung auch deshalb auf längere Zeiträume ausgedehnt werden, um sicherzustellen, dass alle Umstände, die zu einer erheblichen Verbesserung der Liquidität führen können, ausreichend berücksichtigt sind.<sup>47</sup>

Der BGH hat durch die Formulierung „demnächst“ zum Ausdruck gebracht, dass auch der Entwicklung nach dem Drei-Wochen-Zeitraum eine entscheidende Bedeutung zukommen kann. Es reicht demnach nicht aus, nur einen Zeitraum von drei Wochen zu prüfen, da sich an diesen Zeitraum anschließende Entwicklungen, die möglicherweise innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums bereits angestoßen oder absehbar, aber in ihrer Wirkung noch nicht messbar sind, ansonsten keine entsprechende Würdigung mehr erfahren würden. Beispiele für eine positive Entwicklung nach dem Drei-Wochen-Zeitraum können die zugesagte, aber noch nicht umgesetzte Ausweitung der Kontokorrentlinie durch die Bank oder Auswirkungen eines kurzfristig, aber erst nach dem Drei-Wochen-Zeitraum zu Einzahlungen führenden Großauftrags sein.

Negativ auswirken können sich beispielsweise absehbare, bedeutende Forderungsausfälle nach dem Drei-Wochen-Zeitraum. Insofern ist aufgrund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen, wie lange über den Drei-Wochen-Zeitraum hinaus geprüft wird. In Ausnahmefällen halten wir eine Ausdehnung auf drei Monate für angemessen.

#### **2.3.1.4 Ausgewählte Problemdarstellungen**

In der Praxis der Liquiditätsprüfung ergeben sich bei der Ermittlung der im Status und Finanzplan in Ansatz zu bringenden Positionen abhängig vom jeweiligen Einzelfall regelmäßig Probleme bei der Beurteilung bzw. Auslegung von Verfügbarkeiten und Fälligkeiten. Im Folgenden wird auf verschiedene Aspekte eingegangen, die diesbezüglich in der wirtschaftsforensischen Praxis eine wesentliche Rolle spielen:

---

<sup>46</sup> Vgl. ebd..

<sup>47</sup> Vgl. ebd..





## Cash-Pooling-Systeme

Cash-Pooling-Systeme dienen im Wesentlichen der Minimierung des externen Kreditbedarfs und des Zinsaufwands. Um diese Ziele zu erreichen kommt es planmäßig und regelmäßig zur Übertragung von Bankkonten mit Guthabensalden auf Bankkonten mit Schuldsalden.<sup>48</sup> In der Praxis wird unterschieden zwischen der Cash-Pool führenden Gesellschaft (i.d.R. Muttergesellschaft) und den an den Cash-Pool angeschlossenen Gesellschaften (i.d.R. Tochtergesellschaften).<sup>49</sup> Beim Cash-Pooling werden die einzelnen Gesellschaftskonten i.d.R. am Tagesschluss miteinander verrechnet und auf das Cash-Pool-Konto der Cash-Pool-Führerin übertragen. Dies bedeutet, dass allenfalls ein Kredit für das Konto der Cash-Pool-Führerin benötigt wird.<sup>50</sup>

Alle Liquiditätszuflüsse bzw. Verbindlichkeiten, die im Zusammenhang mit dem Cash-Pooling-System stehen, wirken sich nicht auf den Liquiditätsstatus aus, jedoch auf den Finanzplan. Im Finanzplan sind Zahlungsansprüche der dem Cash-Pool angeschlossenen Gesellschaften gegenüber der Cash-Pool-Führerin sowie Kredite, die im Rahmen des Cash-Pools in Anspruch genommen werden können, zu berücksichtigen.<sup>51</sup>

In der wirtschaftsforensischen Praxis stellen sich für den sachverständigen Dritten im Rahmen von Cash-Pooling-Systemen i.d.R. zwei Probleme:

Zum einen müssen die Kontostände aller am Cash-Pool beteiligten Unternehmen bekannt sein bzw. ermittelt werden. Zum anderen tritt regelmäßig die Frage auf, in welchem Umfang das zu betrachtende Unternehmen Mittel aus dem Cash-Pool in Anspruch nehmen kann. Dies lässt sich häufig nicht aus den vertraglichen Ausgestaltungen oder aus entsprechenden Geschäftsunterlagen eines einzelnen am Cash-Pool beteiligten Unternehmens ableiten. Eine genaue Feststellung der aus dem Cash-Pooling-System abzuleitenden freien Mittel (bzw. fälligen Verbindlichkeiten) ist aber grundsätzlich notwendig, da sich ein Cash-Pooling-System maßgeblich auf die Liquiditätssituation auswirken kann.

## Fälligkeit von Verbindlichkeiten

Der Gesetzgeber hat in der Insolvenzordnung darauf verzichtet, die Fälligkeit von Verbindlichkeiten davon abhängig zu machen, dass der Gläubiger diese ernsthaft eingefordert hat. Der Gesetzgeber brachte zum Ausdruck, dass es nicht mehr erforderlich sei, Ansprüche durch Mahnungen, Klagen, Mahnbescheide u.ä. geltend zu machen. Entscheidend sei, dass der Gläubiger den Zahlungsausgleich verlan-

<sup>48</sup> Vgl. Rittscher, H. (2007): Cash-Management-Systeme in der Insolvenz, S. 24ff..

<sup>49</sup> Vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer (2014): a.a.O. (Fn. 1), S. 1851.

<sup>50</sup> Vgl. Morsch, S. (2003): Probleme der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung im Cash-Pool, in: NZG Nr. 3/36, S. 97ff.

<sup>51</sup> Vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer (2014): a.a.O. (Fn. 1), S. 1851.

gen kann. Nach § 271 Abs. 1 BGB ist eine Verbindlichkeit sofort fällig, wenn deren Fälligkeit aus den Umständen nicht zu entnehmen ist und für die Zahlung keine Zeit bestimmt wurde.

Der BGH vertritt in seinem Urteil vom 19.07.2007 zum Merkmal des ernsthaften Einforderns folgende Auffassung:

*„Sinn und Zweck des § 17 InsO verlangen vielmehr, an dem Erfordernis des „ernsthaften Einforderns“ als Voraussetzung einer die Zahlungsunfähigkeit begründenden oder zu dieser beitragenden Forderung festzuhalten. Nach wie vor ist nicht zu verlangen, dass ein Gläubiger ein Zahlungsverlangen regelmäßig oder auch nur ein einziges Mal wiederholt, um sicherzustellen, dass seine Forderung bei der Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen Berücksichtigung findet. Regelmäßig ist eine Forderung also dann im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt. Dies ist grundsätzlich schon bei Übersendung einer Rechnung zu bejahen“.*<sup>52</sup>

Der BGH rückt somit nicht vom Merkmal des ernsthaften Einforderns ab, stellt aber klar, dass bereits die Rechnungsübersendung in aller Regel ausreichend ist, um eindeutig gegenüber dem Schuldner den Willen, Erfüllung zu verlangen, zum Ausdruck zu bringen. Insofern ergeben sich aus dem Festhalten des BGH am Merkmal des ernsthaften Einforderns für die Praxis keine Auslegungsprobleme.

Hinsichtlich der Fälligkeit einzelner Verbindlichkeiten sind folgende Anmerkungen zu machen:

- Bei kurzfristigen Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen kann i.d.R. davon ausgegangen werden, dass sie nach Ablauf des Zahlungsziels uneingeschränkt fällig sind.<sup>53</sup> Sind keine besonderen Zahlungsvereinbarungen getroffen, so gelten Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen spätestens nach Ablauf von 30 Tagen als fällig.<sup>54</sup>

Die Fälligkeit der Verbindlichkeiten kann aber durch Stundungsvereinbarungen, die auch neben der ausdrücklichen Vereinbarung durch Branchenübung, Handelsbrauch oder konkludentes Handeln zustande kommen können, hinausgeschoben werden.<sup>55</sup> Diese Auffassung wird auch durch die Rechtsprechung des BGH bestätigt.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> BGH Urteil v. 19.07.2007 – IX ZB 36/07.

<sup>53</sup> Vgl. Schmidt, K., Uhlenbruck, W. (2003): Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, S. 385.

<sup>54</sup> Vgl. ebd., S. 392.

<sup>55</sup> Vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer (1999): IDW Prüfungsstandard: Empfehlungen zur Prüfung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit von Unternehmen (IDW PS 800), in: IDW-Fachnachrichten, Nr. 3, S. 88.

<sup>56</sup> Vgl. BGH Urteil v. 21.06.2007 – IX ZR 231/04; BGH Urteil v. 19.07.2007 – IX ZB 36/07.



In diesem Zusammenhang hat der BGH mit Urteil vom 20.12.2007 entschieden, dass bei der Prüfung, ob der Schuldner zahlungsunfähig ist, „eine Forderung, die früher ernsthaft eingefordert war, nicht mehr berücksichtigt werden“ darf, „wenn inzwischen ein Stillhalteabkommen – das keine Stundung im Rechtssinne enthalten muss – mit dem Gläubiger geschlossen wurde“.<sup>57</sup> Streitbefangene Verbindlichkeiten, also solche Verbindlichkeiten, die mit Mahn- oder Pfändungsbescheid verfolgt werden, sind solange als fällig anzusehen, bis Widerspruch durch den Schuldner eingelegt wird.<sup>58</sup>

- Bei stillschweigend geduldeten Überziehungen von Kontokorrentlinien liegt i.d.R. sofortige Fälligkeit vor. Nach unserer Auffassung sind solche Überziehungen jedoch dann nicht als kurzfristig fällig zu berücksichtigen, wenn sie regelmäßig erfolgt sind und seitens der Bank keine Maßnahmen ergriffen wurden, die darauf schließen lassen, dass aktuelle Überziehungen zurückgeführt werden müssen oder künftige Überziehungen nicht geduldet werden (konkludentes Handeln der Bank). Zweifellos sind Überziehungen dann als fällig zu betrachten, wenn die Bank ausdrücklich auf der Rückführung der Überziehung besteht oder gegenüber dem Schuldner bereits im Vorfeld entsprechender Kontobelastungen ausdrücklich zum Ausdruck gebracht hat, dass etwaige Überziehungen umgehend zurückzuführen sind. In einem solchen Fall ist für den Schuldner auch eindeutig erkennbar, dass Kontobeanspruchungen nur im Rahmen der eingeräumten Kontokorrentlinie oder genehmigter Überziehungen erfolgen dürfen.

### **2.3.2 Die wirtschaftskriminalistische Methode**

#### Auswertung äußerer, wirtschaftskriminalistischer Anzeichen

Auch anhand wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen kann der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit relativ sicher bestimmt werden. Entsprechende Vorgehensweisen wurden vom BGH gebilligt.<sup>59</sup>

In seinem Beschluss vom 21.08.2013 – 1 StR 665/12, hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs bestätigt, dass die Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO auch durch die wirtschaftskriminalistische Methode belegt werden kann, wenn ausreichende wirtschaftskriminalistische Warnzeichen vorhanden sind.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> Vgl. BGH Urteil v. 20.12.2007 – IX ZR 93/06.

<sup>58</sup> Vgl. Reck, R. (2003): Die betriebswirtschaftliche Analyse der Zahlungsunfähigkeit in der Diskussion, in: ZInsO Nr. 20/2003, S. 931.

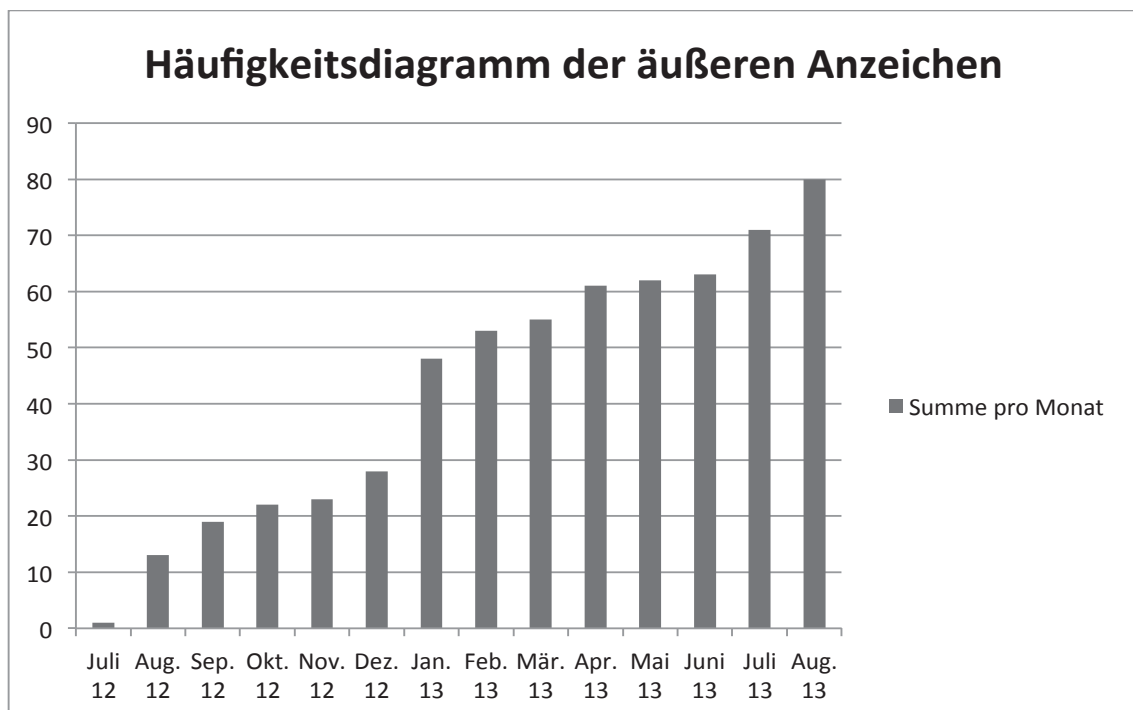
<sup>59</sup> Vgl. BGH Urteil v. 20.07.1999, in: NJW 2000, S. 154ff..

<sup>60</sup> Vgl. BGH Beschluss v. 21.08.2013 – 1 StR 665/12.

Äußere Anzeichen, die bei Anwendung der wirtschaftskriminalistischen Methode in ihrer zeitlichen Reihenfolge darzustellen sind, sind bspw. die folgenden:<sup>61</sup>

- das Vorliegen von Wechselprotesten und Scheckrückgaben
- die Nichtzahlung von Löhnen, Gehältern und Sozialversicherungsbeiträgen
- die Nichtabführung von Krankenkassenbeiträgen an mehreren aufeinanderfolgenden Zahlterminen
- Pfändungen durch den Gerichtsvollzieher, insbesondere wenn sie fruchtlos blieben; entscheidend sind hierbei der Umfang und die Dauer, eine einmalige Vollstreckung ist kein Indiz für Zahlungseinstellung
- die Nichtzahlung von Energielieferungen, Arbeitnehmeransprüchen oder Telefonkosten
- Insolvenzanträge von Gläubigern
- die ausdrückliche Erklärung des Schuldners, nicht zahlen zu können

In der Praxis kann durch die Sammlung äußerer Anzeichen und deren Abbildung in Häufigkeitsdiagrammen der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nach der wirtschaftskriminalistischen Methode bestimmt werden:



<sup>61</sup> Vgl. ebd. sowie die in Fn. 26 aufgelisteten Urteile bzw. aufgelistete Literatur.

### Anwendung der retrograden Prüfungsmethode

Im **Anfechtungsprozess** besteht die Möglichkeit den Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit zu bestimmen, indem nachgewiesen wird, dass zum betreffenden Zeitpunkt bereits fällige Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind. Diese bis zur Verfahrenseröffnung nicht bezahlten Verbindlichkeiten müssen jedoch einen wesentlichen Teil der insgesamt fälligen Verbindlichkeiten ausmachen.<sup>62</sup>

In seinem Beschluss vom 21.08.2013 – 1 StR 665/12, hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs die Anwendbarkeit dieser Methode im Strafrecht abgelehnt. Er spricht in diesem Zusammenhang von einem „unzutreffenden Maßstab“ und führt zur Begründung aus:

*„Denn es handelt sich insoweit um die Grundsätze zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durch den Tatrichter bei Insolvenzanfechtung. Denn dies stellt ein Verfahren dar, welches auf eine rückblickende Betrachtung unter Berücksichtigung der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung - etwa im Hinblick auf die Verbindlichkeiten - zurückgreifen kann, mithin auf eine prognostische Beurteilung gerade nicht angewiesen ist. Anders verhält es sich bei der Frage, ob eine Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO besteht, da [...] insoweit eine prognostische Beurteilung erforderlich ist.“<sup>63</sup>*

### **2.3.3 Subjektive Erkennbarkeit**

Zu unterscheiden vom objektiven Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ist die subjektive Erkennbarkeit für den Geschäftsführer. Der objektive Eintritt der Zahlungsunfähigkeit reicht zum Nachweis der subjektiven Tatseite, so z.B. im Rahmen von Ermittlungsverfahren wegen Insolvenzverschleppung, in der Regel nicht aus.<sup>64</sup> Die Erkennbarkeit, also die subjektive Seite, kann z.B. nachgewiesen werden durch das gehäufte Auftreten äußerer Anzeichen (wirtschaftskriminalistische Anzeichen) und/oder durch die Ermittlung von nicht unerheblichen und offensichtlich aus der Buchführung abzuleitender Unterdeckungen der fälligen Verbindlichkeiten. Bittmann stellt zur subjektiven Tatseite folgendes fest:

*„Erreicht oder überschreitet die Unterdeckung die Grenze von 25%, so entgeht dies dem Verantwortlichen in aller Regel jedenfalls dann nicht, wenn diese wirtschaftliche Lage nicht nur punktuell und damit vorübergehend eintrat. Da*

<sup>62</sup> Vgl. BGH Urteil v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03.

<sup>63</sup> BGH Beschluss v. 21.08.2013 – 1 StR 665/12; Flöth, M. (2014): Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen der Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung, in: EWIR Nr. 4/2014, S. 121f..

<sup>64</sup> Vgl. Bittmann, F. (Hrsg.) (2004): Insolvenzstrafrecht. Handbuch für die Praxis, § 11.

*der Geschäftsführer von seinen insolvenzrechtlichen Pflichten durchweg weiß, spricht bei einer ununterbrochenen mindestens 25%igen Unterdeckung über mehr als einen Monat hinweg eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen auch des subjektiven Tatbestands. Gleiches gilt, wenn die objektiv feststellbare Unterdeckung im Anschluss an die Frist von einem Monat, d. h. nach deren Ablauf, zwar die 25%-Grenze nicht mehr erreicht, sie aber in der Zeit bis 3 Monate nach Eintritt der 25%igen Unterdeckung nicht auf maximal 10% fällt.“<sup>65</sup>*

### 3 Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit

Der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit bietet nur dem Schuldner die Möglichkeit, die Verfahrenseröffnung zu beantragen. Nach § 18 Abs. 2 InsO droht der Schuldner zahlungsunfähig zu werden, „wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen“.<sup>66</sup>

Anhand der Daten des Statistischen Bundesamtes lässt sich feststellen, dass im Zeitraum 2000 bis 2006 nur rund 2 % und im Zeitraum 2007 bis 2013 sogar nur rund 0,6 % der Anträge auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf dem Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit beruhen.

Übersicht über den Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit im Zeitraum 2000 bis 2013																
Jahr:	2000		2001		2002		2003		2004		2005		2006	Ø		
Gesamtanzahl Insolvenzen:	25.254	100%	28.483	100%	37.579	100%	39.320	100%	39.213	100%	36.843	100%	34.137	100%	34.404	
Eröffnungsgrund:																
Drohende Zahlungsunfähigkeit	2.593	10,27%	266	0,93%	323	0,86%	300	0,76%	216	0,55%	223	0,61%	181	0,53%	586	2,07%
Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung	43	0,17%	69	0,24%	43	0,11%	41	0,10%	120	0,31%	109	0,30%	64	0,19%	70	0,20%
Jahr:	2007		2008		2009		2010		2011		2012		2013	Ø		
Gesamtanzahl Insolvenzen:	29.160	100%	29.291	100%	32.687	100%	31.998	100%	30.099	100%	28.297	100%	25.995	100%	29.647	
Eröffnungsgrund:																
Drohende Zahlungsunfähigkeit	209	0,72%	131	0,45%	166	0,51%	202	0,63%	215	0,71%	190	0,67%	191	0,73%	186	0,63%
Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung	25	0,09%	29	0,10%	47	0,14%	46	0,14%	52	0,17%	58	0,20%	164	0,63%	60	0,21%

Tab. 4: Statistische Daten der drohenden Zahlungsunfähigkeit<sup>67</sup>

Die Bedeutung des Eröffnungsgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit wird allerdings – so ist es aus derzeitiger Sicht anzunehmen – künftig steigen.

Wesentlicher Grund hierfür ist das am 01.03.2012 in Kraft getretene ESUG (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen). Dieses Gesetz ist die erste Stufe einer umfassenden Reform des deutschen Insolvenzrechts.

<sup>65</sup> Bittmann, F. (Hrsg.) (2004): a.a.O. (Fn. 64), § 11.

<sup>66</sup> § 18 Abs. 2 InsO.

<sup>67</sup> Quelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.) (2003-2013): a.a.O. (Fn. 4); Statistisches Bundesamt (Hrsg.) (2003): a.a.O. (Fn. 4).



U.a. werden dem Schuldner im Rahmen der Eigenverwaltung und eines Schutzschirmverfahrens gemäß § 270b InsO weitreichende Möglichkeiten der Sanierung des Unternehmens eingeräumt. Voraussetzung ist allerdings, dass der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt hat. Liegt bereits Zahlungsunfähigkeit vor, ist ein Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO ausgeschlossen.

Die Prüfung der Liquiditätslage zur Feststellung einer möglicherweise vorliegenden drohenden Zahlungsunfähigkeit wird durch die Erstellung eines Finanzplans abgebildet.

Aus der Begründung zum Regierungsentwurf der Insolvenzordnung ist zu entnehmen, dass im Gegensatz zum Wortlaut des § 18 Abs. 2 InsO nicht nur die bereits bestehenden Zahlungsverpflichtungen in den Finanzplan einzubeziehen sind, sondern auch die „zukünftigen, noch nicht begründeten“.<sup>68</sup>

Der Prognosezeitraum wird vom Gesetzgeber nicht genau bestimmt. Allerdings heißt es in der Begründung zum Regierungsentwurf, dass die Entwicklung der Finanzlage des Schuldners „bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten“ zu berücksichtigen ist.<sup>69</sup>

Da der Finanzplan nach diesem Wortlaut unter Umständen sehr lange Zeiträume umfassen müsste (Stichwort „langfristige Bankverbindlichkeiten“) und die Planzahlen somit mit hoher Wahrscheinlichkeit immer ungenauer würden, sollte sich die Prognose nach herrschender Meinung auf das laufende und nach Möglichkeit auf das folgende Geschäftsjahr beziehen.<sup>70</sup>

Diesbezüglich hat der BGH entschieden, dass bestehende Zahlungspflichten zu berücksichtigen sind, sofern deren Fälligkeit im Prognosezeitraum überwiegend wahrscheinlich ist.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> Vgl. BT-Drucksache 12/2443 vom 15.04.1992, S. 114f.; Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 10), S. 202.

<sup>69</sup> Vgl. BT-Drucksache 12/2443 vom 15.04.1992, S. 114f.

<sup>70</sup> Vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer (2014): a.a.O. (Fn. 1), S. 1851.

<sup>71</sup> Vgl. dazu etwa Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 10), S. 202.

## 4 Prüfung der Überschuldung

### 4.1 Der Begriff der Überschuldung

Der Tatbestand der Überschuldung stellt bei juristischen Personen (§ 19 Abs. 1 InsO) sowie Personenhandelsgesellschaften, bei denen es keinen persönlich haftenden Gesellschafter gibt (§ 19 Abs. 3 InsO), einen Insolvenzgrund dar.

Den Daten des Statistischen Bundesamtes kann diesbezüglich entnommen werden, dass im Zeitraum 2000 bis 2013 rund 2,3 % der Anträge auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Eröffnungsgrund der Überschuldung zurückgegangen sind.

Der Eröffnungsgrund der Überschuldung wird in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zusammen mit dem Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit genannt; im Zeitraum 2000 bis 2006 wurden 24,4 % der Insolvenzanträge wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung gestellt; im Zeitraum 2007 bis 2013 waren dies 17,25 %.

Übersicht über den Eröffnungsgrund der Überschuldung im Zeitraum 2000 bis 2013																
Jahr:	2000		2001		2002		2003		2004		2005		2006	Ø		
Gesamtanzahl Insolvenzen:	25.254	100%	28.483	100%	37.579	100%	39.320	100%	39.213	100%	36.843	100%	34.137	100%	34.404	
Eröffnungsgrund:																
Überschuldung	1.053	4,17%	1.432	5,03%	920	2,45%	491	1,25%	414	1,06%	399	1,08%	667	1,95%	768	2,43%
Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung	5.136	20,34%	9.865	34,63%	12.484	33,22%	12.801	32,56%	11.441	29,18%	9.795	26,59%	6.390	18,72%	9.702	24,40%
Jahr:	2007		2008		2009		2010		2011		2012		2013	Ø		
Gesamtanzahl Insolvenzen:	29.160	100%	29.291	100%	32.687	100%	31.998	100%	30.099	100%	28.297	100%	25.995	100%	29.647	
Eröffnungsgrund:																
Überschuldung	630	2,16%	786	2,68%	927	2,84%	825	2,58%	646	2,15%	612	2,16%	411	1,58%	691	2,31%
Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung	4.382	15,03%	4.683	15,99%	5.788	17,71%	5.681	17,75%	5.454	18,12%	5.330	18,84%	8.987	34,57%	5.758	17,25%

Tab. 5: Statistische Daten der Überschuldung<sup>72</sup>

Zum Eröffnungsgrund der Überschuldung gelten analog die Ausführungen zur drohenden Zahlungsunfähigkeit in Zusammenhang mit dem am 01.03.2012 in Kraft getretenen ESUG.

Bei vorliegender Überschuldung und/oder drohender Zahlungsunfähigkeit hat der Schuldner die Möglichkeit, das Schutzschirmverfahren im Rahmen des § 270b InsO in Anspruch zu nehmen.

Mit Inkrafttreten des FMStG (Finanzmarktstabilisierungsgesetz) am 18.10.2008 wurde die modifizierte zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung gesetzlich verankert.

<sup>72</sup> Quelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.) (2000-2013): a.a.O. (Fn. 4); Statistisches Bundesamt (Hrsg.) (2003): a.a.O. (Fn. 4).





Der neue § 19 Abs. 2 S. 1 InsO, der die Definition der Überschuldung beinhaltet, lautet seitdem wie folgt:

*„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“<sup>73</sup>*

Diese zunächst bis zum 31.12.2010 bzw. bis 31.12.2013 befristete Änderung wurde am 09.11.2012 durch den Deutschen Bundestag entfristet (am 05.12.2012 gesetzlich verankert).

Damit wurde die bis dahin angewandte zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung abgelöst.

Die Überschuldungsprüfung umfasst auch nach der Neuregelung des § 19 Abs. 2 S. 1 InsO die Fortführungsprognose und die Erstellung eines Überschuldungsstatus. Der entscheidende Unterschied der modifizierten zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung zu der zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung liegt darin, dass dann keine Insolvenzantragspflicht ausgelöst werden kann, wenn eine positive Fortführungsprognose festgestellt wird. Bei positiver Fortführungsprognose ist die Erstellung eines Überschuldungsstatus damit nicht erforderlich.

## **4.2 Methoden der Überschuldungsprüfung**

Die Fortführungsprognose ist sowohl bei der modifizierten zweistufigen Methode, als auch bei der zweistufigen Methode der erste Schritt der Überschuldungsprüfung (zweiter Schritt: Erstellung Überschuldungsstatus). Die Fortführungsprognose ist bei beiden Methoden identisch, wobei der Fortführungsprognose im Rahmen der modifizierten zweistufigen Methode jedoch ein größerer Stellenwert zukommt.

### **4.2.1 Fortführungsprognose**

Begrifflich wird die insolvenzrechtliche Fortführungsprognose zur Abgrenzung von der handelsrechtlichen Fortführungsannahme bzw. -prognose häufig auch als Fortbestehensprognose bezeichnet. Im Rahmen des vorliegenden Beitrags wird der Begriff „Fortführungsprognose“ für die insolvenzrechtliche Fortführungs- bzw. Fortbestehensprognose verwendet. Sofern die handelsrechtliche Fortführungsannahme bzw. -prognose angesprochen wird, wird diese als „Fortführungsannahme“ bezeichnet.

---

<sup>73</sup> § 19 Abs. 2 InsO n.F..



Nach der zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung hatte die Fortführungsprognose im Wesentlichen nur die Funktion, die Grundlagen für die Bewertung im Überschuldungsstatus festzulegen. Bei positiver Fortführungsprognose erfolgte die Bewertung nach Fortführungswerten, bei negativer Fortführungsprognose war eine Bewertung nach Liquidations- oder nach Zerschlagungswerten vorzunehmen.

Durch die Entfristung Ende 2012 und die daraus folgende dauerhafte Anwendung der modifizierten zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung hat der Gesetzgeber den Stellenwert der Fortführungsprognose wesentlich erhöht. Insbesondere bei positiver Fortführungsprognose kommt diese gestiegene Bedeutung zum Tragen. Dies ergibt sich alleine schon aus der Tatsache, dass bei positiver Fortführungsprognose keine Insolvenzantragspflicht mehr wegen Überschuldung besteht.

Dies bedeutet, dass mit der Erstellung einer insolvenzrechtlichen Fortführungsprognose gestiegene Anforderungen an die gesetzlichen Vertreter und an den Kreis derer, auf den die gesetzlichen Vertreter zur Erstellung einer Fortführungsprognose zurückgreifen können (z. B. Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, betriebswirtschaftliche Sachverständige, Unternehmensberater), einhergehen.

Vor allem in Zeiten, in denen sich eine Gesellschaft in der Krise befindet, ist eine ständige Überprüfung der Prognose seitens der gesetzlichen Vertreter oder der von ihnen beauftragten Dritten (z. B. Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, betriebswirtschaftliche Sachverständige, Unternehmensberater) dahingehend erforderlich, ob die Prämissen, die ursprünglich die Abgabe einer positiven Fortführungsprognose zur Folge hatten, immer noch gegeben sind oder ob die tatsächliche Geschäftsentwicklung eine Korrektur der Prognose notwendig macht.

Im Rahmen der Prognoseerstellung kommt den Begriffen „Zahlungsfähigkeit“ und „Ertragsfähigkeit/Ertragskraft“ wesentliche Bedeutung zu. Während es im Zusammenhang mit der Erstellung der handelsrechtlichen Fortführungsannahme bzw. -prognose gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB außer Frage steht, dass die Ausführungen zur Ertragsfähigkeit ebenfalls einen wesentlichen Bestandteil darstellen, ist die Frage, ob die insolvenzrechtliche Fortführungsprognose grundsätzlich eine Zahlungsfähigkeitsprognose darstellt oder in diese Prognose auch die Ertragsfähigkeit/Ertragskraft mit einfließen sollen, in der Literatur zumindest umstritten.

Der Bundestagsdrucksache 16/10600 vom 14.10.2008 (Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes [Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG]) ist diesbezüglich folgendes zu entnehmen.



*„Künftig wird es deshalb wieder so sein, dass eine Überschuldung nicht gegeben ist, wenn nach überwiegender Wahrscheinlichkeit die Finanzkraft des Unternehmens mittelfristig zur Fortführung ausreicht.“<sup>74</sup>*

Bei dem Begriff „Finanzkraft“ handelt es sich um keinen feststehenden betriebswirtschaftlichen Begriff. Allerdings dürfte unter „Finanzkraft“ nicht nur die Fähigkeit zu verstehen sein, aus dem operativen Geschäft bzw. dem laufenden Geschäftsbetrieb ausreichende Liquidität zu dessen dauerhaften Aufrechterhaltung zu generieren, sondern hiermit sind auch alle weiteren finanziellen Mittel gemeint, die dem Unternehmen kurzfristig zur Verfügung stehen bzw. zur Verfügung gestellt werden können, um die Zahlungsfähigkeit dauerhaft zu sichern. Dazu gehören z.B.:

- Ausweitung der Kreditlinie durch die Hausbank
- Gewährung langfristiger Darlehen durch die Hausbank
- Gewährung von Gesellschafterdarlehen
- Kapitaleinlagen
- Erlöse aus dem Verkauf von nicht betriebsnotwendigem Anlagevermögen

Vor dem Hintergrund einer rein insolvenzrechtlichen Betrachtung muss die Frage ausreichender Liquidität zunächst zwingend im Vordergrund stehen. Ist die Fortführung des Unternehmens liquiditätsseitig nicht gesichert, so kann aus hiesiger Sicht auch eine positive Einschätzung der künftigen Ertragslage nicht zu einer positiven Fortführungsprognose führen. Dies gilt im Übrigen auch für die handelsrechtliche Fortführungsannahme gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB.

Die in der BT-Drucksache genannte Notwendigkeit der zumindest mittelfristigen Sicherung der Finanzkraft zeigt, dass eine beispielsweise nur durch ein kurzfristiges Darlehen eines Gesellschafters für einen wenige Wochen dauernden Zeitraum gesicherte Liquidität nicht ausreichen dürfte, um von einer positiven Fortführungsprognose ausgehen zu können.

Mit der geforderten Mittelfristigkeit der Liquiditätssicherung ist aus hiesiger Sicht die Überlegung verbunden, dass eine solche Sicherung in der Regel nur dann erreicht werden wird, wenn durch das operative Geschäft auf Dauer (mittelfristig) ausreichende Erträge erzielt werden können. Eine ständig notwendige Fremdfinanzierung zur Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit stößt in der Regel früher oder später an entsprechende Grenzen, z.B. in der Form, dass die geldgebenden Kreditinstitute ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr bereit sind, weitere Liquiditätsengpässe zu finanzieren, wenn keine positiven (Liquiditäts-) Aspekte

<sup>74</sup> BT-Drucksache 16/10600 vom 14.10.2008, S. 13.



aus dem operativen Geschäft (und damit keine positiven Ertragsentwicklungen) zu erwarten sind. Die Möglichkeit der Fremdfinanzierung ist deshalb im Rahmen der Erstellung der Fortführungsprognose grundsätzlich als Ausnahme, nicht aber als Regel zu verstehen.

Grundsätzlich ist damit aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu konstatieren, dass eine fundierte mittelfristige Finanzplanung (die nach der Entfristung des Überschuldungsbegriffs Ende 2012 zwingend für die Erstellung künftiger Fortführungsprognosen erforderlich ist) in der Regel nur auf einer fundierten Ertragsplanung basieren kann. Insofern kann die Prüfung der mittelfristigen Finanzkraft bzw. der mittelfristigen Zahlungsfähigkeit immer nur im Verbund mit der Aufstellung einer Ertragsplanung und somit der Prüfung der Ertragsfähigkeit gesehen werden, die wiederum auf einem entsprechenden Unternehmenskonzept basiert.

Ausnahmen können hier z.B. die sogenannten Start-up-Unternehmen sein, die häufig in der Anfangsphase ihrer operativen Tätigkeit über längere Zeiträume noch Verluste erwirtschaften. Dies ist aber typisch für solche Unternehmen. Soweit deren Finanzierung über diese (in der Regel bereits erwarteten) Verlustzeiträume gesichert ist, kann diesen Unternehmen durchaus eine positive Fortführungsprognose attestiert werden, selbst wenn die Ertragsfähigkeit zunächst nicht gegeben ist und die Generierung ausreichender Liquidität aus dem operativen Geschäft (zunächst) nicht möglich ist.

Insbesondere bei einer vergangenheitsbezogenen, nachträglichen Betrachtung können zur Aufstellung der Fortführungsprognose auch die Ergebnisse einer zuvor durchgeführten Zahlungsunfähigkeitsprüfung herangezogen werden. Sofern eine entsprechende Prüfung ergeben hat, dass das Unternehmen im Zeitpunkt der Prognose bereits zahlungsunfähig war/ist oder der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit unmittelbar bevorsteht, so ist die Erstellung eines lange Zeiträume umfassenden Finanzplans nicht mehr erforderlich. Maßgeblich für die Fortführungsprognose ist dann das Ergebnis der Zahlungsunfähigkeitsprüfung.

#### **4.2.2 Modifizierte zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung**

Die ursprüngliche Begründung für den Wechsel zur modifizierten zweistufigen Prüfungsmethode ist der Bundestagsdrucksache 16/10600 vom 14.10.2008 zu entnehmen.

*„Die gegenwärtige Finanzkrise hat zu erheblichen Wertverlusten bei Aktien und Immobilien geführt. Dies kann bei Unternehmen, die von diesen Verlusten besonders massiv betroffen sind, zu einer bilanziellen Überschuldung führen. [...] Nach dem Überschuldungsbegriff des geltenden Rechts bewirkt eine positive Fortführungsprognose lediglich, dass die Aktiva des Unter-*



*nehmens nicht nach Liquidations-, sondern nach den regelmäßig höheren Fortführungswerten zu bestimmen sind. Gelingt es jedoch dem Unternehmen nicht, auch unter Einbeziehung der stillen Reserven, des Firmenwerts und des „good will“ eine ausgeglichene Bilanz darzustellen, so ist zwingend Insolvenzantrag zu stellen (vgl. § 64 Abs. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG). Der Gesetzentwurf will das ökonomisch völlig unbefriedigende Ergebnis vermeiden, dass auch Unternehmen, bei denen die überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie weiter erfolgreich am Markt operieren können, zwingend ein Insolvenzverfahren zu durchlaufen haben.“<sup>75</sup>*

Unabhängig von der ursprünglichen Intention der Anwendung der modifizierten zweistufigen Prüfungsmethode sind Experten zwischenzeitlich zu dem Ergebnis gekommen, dass eine dauerhafte Anwendung der modifizierten zweistufigen Methode der Anwendung der zweistufigen Methode vorzuziehen ist.<sup>76</sup>

Die Änderungen hatten sich in der Praxis bewährt, so dass die Mehrheit der Experten, die in der Studie der Professoren *Bitter* und *Hommerich* gehört wurden, eine permanente Beibehaltung des nunmehr dauerhaft geltenden (modifizierten) Überschuldungsbegriffs befürwortet haben.<sup>77</sup>

Entsprechend § 19 Abs. 2 S. 1 InsO ist bei der modifizierten zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung zunächst die Fortführungsprognose durchzuführen. Bei positiver Prognose entfällt die Notwendigkeit der Erstellung eines Überschuldungsstatus.

Bei negativer Prognose muss in einem zweiten Schritt ein Überschuldungsstatus erstellt werden. In einem solchen sind bezogen auf den betrachteten Stichtag sämtliche Vermögenswerte und Schulden entweder unter Liquidationsgesichtspunkten oder unter Zerschlagungsgesichtspunkten gegenüberzustellen.<sup>78</sup>

Ein solcher Überschuldungsstatus basiert auf der stichtagsbezogenen Buchhaltung des Unternehmens (Jahresabschlüsse und Buchhaltungsunterlagen), wobei handelsrechtliche Bewertungsvorschriften grundsätzlich keine Rolle spielen (Ausnahme Einzelbewertung der Vermögensgegenstände gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB). Maßgeblich ist hier allein der Zweck der Überschuldungsprüfung.

Zur Bewertung der einzelnen Positionen des Überschuldungsstatus verweisen wir auf Kapitel 4.3 dieses Aufsatzes.

Sofern das Vermögen die Verbindlichkeiten übersteigt, liegt trotz der festgestellten negativen Fortführungsprognose keine insolvenzrechtliche Überschuldung vor.

<sup>75</sup> BT-Drucksache 16/10600 vom 14.10.2008, S. 21.

<sup>76</sup> Vgl. Bitter, G., Hommerich, C. (2012): Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, S. 125.

<sup>77</sup> Vgl. ebd..

<sup>78</sup> Vgl. hierzu auch Institut der Wirtschaftsprüfer (2014): a.a.O. (Fn. 1), S. 1853.

### 4.2.3 Zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung

Obwohl die modifizierte zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung bereits seit Herbst 2008 die zweistufige Methode abgelöst hat, hat die zweistufige Methode für den betriebswirtschaftlichen Sachverständigen immer noch Bedeutung. Denn vielfach kommt es auch heute noch insbesondere in Rechtsstreiten, aber auch noch in Strafverfahren zu der Notwendigkeit diese „alte“ Methode anzuwenden, da die zu betrachtenden Zeiträume vor Oktober 2008 liegen. Insofern ist die zweistufige Methode für den in Straf-, Zivil- und Insolvenzverfahren tätigen betriebswirtschaftlichen Sachverständigen auch heute noch von Relevanz.

Der Gesetzgeber hatte in § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO a.F. ausdrücklich die Notwendigkeit von **zwei Prüfungsschritten** zur Feststellung einer Überschuldung vorgeschrieben. In § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO heißt es hierzu:

*„Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“<sup>79</sup>*

Nach der zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung kann auch bei positiver Fortführungsprognose eine Überschuldung nicht ausgeschlossen werden. Bei positiver Prognose hat der Geschäftsführer nur die Berechtigung, die Aktiva mit Fortführungswerten in Ansatz zu bringen.<sup>80</sup>

Wenn auch bei Ansatz von Fortführungswerten das Vermögen die Schulden nicht mehr deckt, liegt Überschuldung vor.

### 4.3 Ansatz und Bewertung einzelner Positionen im Überschuldungsstatus

Nach § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB gilt im Überschuldungsstatus der Grundsatz der Einzelbewertung. Demnach sind im Überschuldungsstatus anzusetzen:<sup>81</sup>

#### Aktivseite:

- Sämtliche Vermögensgegenstände, die bei einer Insolvenz als Massebestandteile verwertbar sind

<sup>79</sup> § 19 Abs. 2 S. 2 InsO, a.F.

<sup>80</sup> Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf und Ausschussbericht sowie Balz, M./ Landfermann, H. (1999): Die neuen Insolvenzgesetze, S. 225f.

<sup>81</sup> Vgl. Steffan, B., Knaupp, J. (2014): a.a.O. (Fn. 10), S. 1451.



**Passivseite:**

- Alle Schulden, die aus der Masse bedient werden müssen

Die folgenden Ausführungen zu Ansatz und Bewertung im Überschuldungsstatus betreffen, sofern sie sich auf eine positive Fortführungsprognose beziehen, nur die zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung. Bei Anwendung der modifizierten zweistufigen Prüfungsmethode muss bei positiver Fortführungsprognose kein Überschuldungsstatus erstellt werden.

Bei Feststellung einer negativen Prognose gelten die folgenden Ausführungen für beide Methoden der Überschuldungsprüfung.

Posten der Aktivseite

Zu den Vermögensgegenständen des Sachanlagevermögens, hier insbesondere technische Anlagen, Maschinen, Fuhrpark, Betriebs- und Geschäftsausstattung, sind folgende Feststellungen zu treffen:

Bei negativer Fortführungsprognose werden die Vermögensgegenstände mit ihrem Liquidations- oder Zerschlagungswert in Ansatz gebracht. Als Wertobergrenze unter Liquidationsgesichtspunkten ist eine marktgerechte Einzelveräußerung anzusehen, die Wertuntergrenze stellt der sogenannte Zerschlagungswert dar.

Wie der Wert der Vermögensgegenstände bei positiver Fortführungsprognose zu ermitteln ist, lässt der Gesetzgeber offen. Am sinnvollsten erscheint hier jedoch die Bewertung des Vermögens zu Wiederbeschaffungskosten.

Im Folgenden sind die Aktivpositionen des Überschuldungsstatus erläutert, deren Ansatz bzw. Bewertung mit Problemen behaftet sein kann.

- **Ausstehende Einlagen der Gesellschafter und beschlossene Nachschüsse**

Die ausstehenden Einlagen und die Nachschüsse stellen sowohl bei positiver als auch bei negativer Prognose einen Anspruch der Gesellschaft dar und sind deshalb bei entsprechender Werthaltigkeit, die von der finanziellen und wirtschaftlichen Situation des Gesellschafters abhängt, im Überschuldungsstatus als Vermögensgegenstände anzusetzen.<sup>82</sup>

<sup>82</sup> Vgl. Schröder, J. (2015): § 19, in: Schmidt, A. (Hrsg.): Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, S. 213.

- **Immaterielle Vermögensgegenstände wie z.B. Markenrechte, Patente, Lizenzen, Konzessionen**

Immaterielle Vermögensgegenstände sind unabhängig von der Prognose in Ansatz zu bringen, soweit konkrete Verwertungschancen bestehen.<sup>83</sup>

- **Geschäfts- oder Firmenwert**

Ein derivativer (erworbener) oder originärer (selbst geschaffener) Firmenwert ist nur dann in Ansatz zu bringen, wenn ganze Betriebe oder Teilbetriebe veräußerbar sind und der Kaufpreis betragsmäßig über der Gesamtsumme der Werte der einzelnen Gegenstände liegt. Dies ist bei negativer Prognose dann der Fall, wenn ein konkretes Erwerbsangebot vorliegt oder Verhandlungen mit verschiedenen potentiellen Erwerbern geführt werden, die unmittelbar vor einem positiven Abschluss stehen.<sup>84</sup>

Dementsprechend kann ein Firmenwert nur dann im Rahmen der Überschuldungsprüfung Berücksichtigung finden, wenn er „ein in künftigen Erträgen immanentes Schuldendeckungspotential“ enthält und somit im Rahmen des Unternehmenserwerbs mitabgegolten wird.<sup>85</sup>

- **Grundstücke und Gebäude**

Für die Bewertung des betriebsnotwendigen Sachanlagevermögens ist grundsätzlich der fortgeführte Wiederbeschaffungswert ausschlaggebend. Hinsichtlich der Grundstücke kann dabei auf Richtwerte zurückgegriffen werden, die von Städten und Gemeinden aufgestellt werden.

Für die Bewertung von Gebäuden ist der Wiederbeschaffungszeitwert ausschlaggebend, der aus dem Wiederbeschaffungsneuwert unter Berücksichtigung diverser Abschläge, wie z.B. für die bisherige Nutzung oder für einen schlechten Erhaltungszustand, berechnet wird.<sup>86</sup>

- **Finanzanlagen**

Beteiligungen und Wertpapiere des Anlagevermögens sind mit ihrem Kurs- oder sonstigem Veräußerungswert anzusetzen.

Eigene Anteile sind aktivierbar, wenn ihnen ein realistischer Veräußerungswert zukommt. Dies wird jedoch i.d.R. nur dann der Fall sein, wenn ein kalkulierbarer Liquidationserlös auf diese Anteile zu erwarten ist.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Vgl. Drukarczyk, J., Schüler, A. (2013): § 19, in: Kirchhof, H. et. al. (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, S. 554.

<sup>84</sup> Vgl. Steffan, B., Knaupp, J. (2014): a.a.O. (Fn. 10), S. 1454.

<sup>85</sup> Vgl. Breuer, W. (2003): Insolvenzrecht. Eine Einführung, S. 55.

<sup>86</sup> Vgl. Wolf, T. (1998): Überschuldung, S. 81.

<sup>87</sup> Vgl. Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 82), S. 214.



- **Vorräte**

Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe sowie Fertigerzeugnisse

**Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe** sind unabhängig von dem Ergebnis der Prognose grundsätzlich mit dem erzielbaren Marktpreis in Ansatz zu bringen. Bei negativer Prognose entspricht der erzielbare Marktpreis dem Liquidationserlös, wobei bei Notverkäufen im schlimmsten Fall nur noch Verschleuderungspreise zu erzielen sind.

Die Bewertung der **Fertigerzeugnisse** im Überschuldungsstatus erfolgt anhand des voraussichtlichen Verkaufspreises abzüglich aller noch anfallenden Kosten (z.B. Lager-, Transport-, Verpackungskosten sowie Vertriebskosten). Darüber hinaus sind sowohl für **Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe als auch für Fertigerzeugnisse** Abschläge bei der Bewertung für Überbestände und schwer absetzbare Bestände vorzunehmen. *Reck* hält bei negativer Prognose Abschläge zwischen 20 und 50 % auf den Buchwert der Fertigerzeugnisse für angemessen, wobei allerdings zu unterscheiden sei, ob es sich um einen Ladenhüter handelt (dann ca. 50 % Abschlag) oder um veräußerbare Gegenstände (dann ca. 20 % Abschlag).<sup>88</sup>

Unfertige Erzeugnisse

Der Wertansatz wird bei positiver Prognose ermittelt auf Grundlage des geschätzten Verkaufspreises abzüglich aller noch anfallenden Kosten bis zur Fertigstellung. Neben den noch anfallenden Kosten, die auch bei der Bewertung der Fertigerzeugnisse in Abzug zu bringen sind, sind bei den unfertigen Erzeugnissen auch die noch anfallenden Herstellungskosten zu berücksichtigen. Bei negativer Prognose sind Abschläge vorzunehmen.

Halbfertigerzeugnisse sind im Fall der Liquidation i.d.R. zum Schrottwert<sup>89</sup> anzusetzen, da sie zunächst im Betrieb fertiggestellt werden müssen und außerhalb des Unternehmens nur selten einen erheblichen Veräußerungswert besitzen. *Reck* hält aus diesen Gründen Abschläge von ca. 50 % auf den Buchwert für gerechtfertigt.<sup>90</sup>

- **Forderungen aus Lieferungen und Leistungen**

Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sind grundsätzlich mit den Buchwerten anzusetzen. Eine Wertberichtigung ist jedoch in den Fällen vorzu-

<sup>88</sup> Vgl. *Reck, R.* (2004): Die Analyse der Überschuldung in der strafrechtlichen Praxis (Teil II), in: *ZinsO*, Nr. 13/2004, S. 733f.

<sup>89</sup> Vgl. *Steffan, B., Knaupp, J.* (2014): a.a.O. (Fn. 10), S. 1456.

<sup>90</sup> Vgl. *Reck, R.* (2004): a.a.O. (Fn. 88), S. 733.

nehmen, in denen Zweifel an der Realisierbarkeit der Forderung bestehen.<sup>91</sup> Dies wird häufig dann der Fall sein, wenn eine negative Fortführungsprognose gestellt wird oder es sich um den Ansatz streitiger Forderungen handelt.<sup>92</sup>

- **Forderungen gegenüber verbundenen Unternehmen**

Forderungen gegenüber verbundenen Unternehmen sind ebenfalls mit ihren Buch- bzw. Bilanzwerten in Ansatz zu bringen. Sofern Zweifel an der teilweisen oder vollständigen Werthaltigkeit bzw. Durchsetzbarkeit der Forderungen bestehen, sind geeignete Unterlagen wie Jahresabschlüsse der verbundenen Unternehmen hinzuzuziehen, um deren wirtschaftliche Lage entsprechend einschätzen zu können.

- **Aktive Rechnungsabgrenzungsposten**

Ansprüche aus aktiven Rechnungsabgrenzungsposten sind aktivierbar, wenn sie unter Liquidationsgesichtspunkten einen realisierbaren Vermögenswert darstellen. Hierbei kann es sich z.B. um im Voraus gezahlte Mieten oder Versicherungsprämien handeln.<sup>93</sup>

Ein Disagio oder ein Damnum bleibt dann außer Ansatz, wenn es sich um ein einmaliges Entgelt handelt.

- **Harte Patronatserklärungen**

Die Aktivierung harter Patronatserklärungen kann unter bestimmten Voraussetzungen zur Beseitigung einer Überschuldung beitragen. Soweit im Rahmen einer harten Patronatserklärung die Tochtergesellschaft durch die Muttergesellschaft mit Liquidität ausgestattet wird, sind die in diesem Zusammenhang entstehenden Darlehensforderungen der Muttergesellschaft allerdings nur dann bei der Tochtergesellschaft nicht zu passivieren, wenn seitens der Patronin, i.d.R. der Muttergesellschaft, ein Rangrücktritt erklärt wird. *Otte* führt dazu wie folgt aus:

*„Die zu den Gesellschafterdarlehen entwickelten Grundsätze zum die Überschuldung beseitigenden Rangrücktritt [...] sind auch auf gesellschaftsfremde Darlehensgeber anzuwenden [...]. Sie gelten insbesondere auch für [...] Konzerngesellschaften, die die Überschuldung einer [...] Tochtergesellschaft (z. B. einer GmbH) durch Abgabe einer sogenannten Patronatserklärung beseitigen wollen. Sofern sich diese Erklärungen - wie meist - auf Darlehens-*

<sup>91</sup> Vgl. Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 82), S. 215.

<sup>92</sup> Vgl. Drukarczyk, J., Schüler, A. (2013): a.a.O. (Fn. 83), S. 555.

<sup>93</sup> Vgl. Steffan, B., Knaupp, J. (2014): a.a.O. (Fn. 10), S. 1459; Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 82), S. 215; Drukarczyk, J., Schüler A. (2013): a.a.O. (Fn. 83), S. 555.



*forderungen der Muttergesellschaft gegen die Tochter beziehen, müssen sie, um die Überschuldung zu beseitigen, den Anforderungen an die Rangrücktrittserklärung eines Gesellschaftergläubigers entsprechen.“<sup>94</sup>*

*Wolf/Schlagheck differenzieren in diesem Zusammenhang zwischen einer Patronatserklärung als Liquiditäts- und Kapitalausstattungsgarantie. Sofern es sich bei der Patronatserklärung um eine reine Liquiditätszusage oder Liquiditätsausstattungsgarantie handele, könne daraus „noch keine Zusage im Hinblick auf die Abwendung der Überschuldung abgeleitet werden“.<sup>95</sup> Zur Beseitigung der Überschuldung bei solchen reinen Liquiditätszusagen sei zusätzlich ein Rangrücktritt erforderlich.<sup>96</sup>*

### Posten der Passivseite

Der Überschuldungsstatus enthält sämtliche Verbindlichkeiten, die gegenüber Insolvenzgläubigern zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestehen und aus der Masse bedient werden müssen.<sup>97</sup> Auf die Fälligkeit kommt es nicht an. Als Wertansatz ist dabei der Geldbetrag maßgebend, der zur Tilgung der Schulden am Stichtag erforderlich ist. Zu diesen Verbindlichkeiten zählen Verbindlichkeiten aus Warenlieferungen und Leistungen, Bankverbindlichkeiten, Wechselverbindlichkeiten, erhaltene Anzahlungen und sonstige Verbindlichkeiten (betriebliche Steuerschulden, Verbindlichkeiten aus einbehaltenen Sozialabgaben und Steuern). Sofern Ansprüche aus bereits anerkannten Garantie-, Bürgschafts- und Gewährleistungsverpflichtungen bestehen, sind diese mit dem Betrag der wahrscheinlichen Inanspruchnahme im Überschuldungsstatus zu passivieren.<sup>98</sup>

Im Folgenden werden weitere Passivpositionen des Überschuldungsstatus näher erläutert:

- **Eigenkapital**

Das Eigenkapital bzw. Stammkapital einschließlich der Rücklagen bleibt im Rahmen einer Überschuldungsprüfung außer Ansatz. Als Eigenkapital ist auch das Nachschusskapital anzusehen. Anstelle der Positionen des Eigenkapitals

<sup>94</sup> Otte, L. (2011) in Graf, P., Jäger, M., Wittig, P. (Hrsg.): Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (2011), S. 1726; ähnlich auch Klerx, O. auf [http://klerx-legal.com/recht\\_blog\\_0026.html](http://klerx-legal.com/recht_blog_0026.html), aufgerufen am 31.05.2012.

<sup>95</sup> Wolf, T., Schlagheck, M. (2007): Überschuldung, S. 178.

<sup>96</sup> Vgl. ebd..

<sup>97</sup> Vgl. Kübler, M., Prütting, H. (Hrsg): Kommentar zur Insolvenzordnung (2000), § 19; Steffan, B., Knaupp, J. (2014): a.a.O. (Fn. 10), S. 1451.

<sup>98</sup> Vgl. Schmidt, K., Uhlenbruck, W. (2009): Die GmbH in Krise und Insolvenz, S. 516.



ergibt sich das positive oder negative Reinvermögen als Differenz zwischen Vermögen und Schulden.<sup>99</sup>

- **Einlagen von stillen Gesellschaftern**

Einlagen des typisch stillen Gesellschafters sind Fremdkapital und demgemäß zu passivieren. Besteht eine Verlustbeteiligung des stillen Gesellschafters, so kann von einer Passivierung im Überschuldungsstatus abgesehen werden, soweit die Verlustbeteiligung bereits durch tatsächlich realisierte Verluste aufgezehrt ist. Soweit eine Verlustbeteiligung besteht, diese aber noch nicht durch Verluste aufgezehrt ist, kann von der Passivierung im Überschuldungsstatus nur abgesehen werden, wenn ein Rangrücktritt seitens des stillen Gesellschafters erklärt wurde. Gleiches gilt für die Beteiligung des atypisch stillen Gesellschafters, auch wenn seine Forderung den Charakter von Eigenkapital hat.<sup>100</sup>

- **Rückstellungen**

Rückstellungen, die bilanziell ausgewiesen werden müssen, sind im Überschuldungsstatus zu passivieren, wenn ernsthaft mit einer Inanspruchnahme der Gesellschaft zu rechnen ist. Im Einzelnen:

Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten i.S.v. § 249 Abs. 1 S. 1 HGB sind zu passivieren, wenn von einer ernsthaften Inanspruchnahme auch ohne Insolvenzeröffnung auszugehen ist.

Rückstellungen für drohende Verluste sind in Ansatz zu bringen, künftig erst eintretende drohende Verluste sind aber nur dann zu passivieren, wenn sie auch ohne Insolvenzeröffnung anfallen.<sup>101</sup>

Rückstellungen für unterlassene Aufwendungen, für Instandhaltungen und Abraumbeseitigung nach § 249 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 HGB sind hingegen nicht im Überschuldungsstatus zu passivieren. Da sie für sogenannte Innenverpflichtungen stehen, droht aus ihnen keine Auszahlungsverpflichtung gegenüber Dritten.<sup>102</sup>

Unterlassene Rückstellungen sind nachzuholen.<sup>103</sup>

Sozialplanansprüche sind in einem Überschuldungsstatus zu passivieren, wenn entsprechende Vereinbarungen bereits in der Krise getroffen und zustande gekommen sind oder wenn bereits entschieden wurde, das Unternehmen planmäßig zu liquidieren. Damit ist sichergestellt, dass die Folgen eines möglichen Insolvenzverfahrens nicht vorweggenommen werden.<sup>104</sup>

<sup>99</sup> Vgl. Steffan, B., Knaupp, J. (2014): a.a.O. (Fn. 10), S. 1459.

<sup>100</sup> Vgl. Schmidt, K., Uhlenbruck, W. (2009): a.a.O. (Fn. 98), S. 530f.; Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 82), S. 217.

<sup>101</sup> Vgl. Kirchhof, H. (2014): § 19, in: Kreft, G. (Hrsg.): Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, S. 203.

<sup>102</sup> Vgl. Drukarczyk, J., Schüler, A. (2013): a.a.O. (Fn. 83), S. 556.

<sup>103</sup> Vgl. Kirchhof, H. (2014): a.a.O. (Fn. 101), S. 203.

<sup>104</sup> Vgl. Drukarczyk, J., Schüler, A. (2013): a.a.O. (Fn. 83), S. 557.

- **Passive Rechnungsabgrenzungsposten**

Es handelt sich hierbei um Einnahmen, die Erträge für eine bestimmte Zeit nach dem Stichtag darstellen. Soweit passive Rechnungsabgrenzungsposten einen Vorleistungscharakter aufweisen (z.B. im Voraus vereinnahmte Mietzahlung), sind sie als Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus zu berücksichtigen.<sup>105</sup> Die Passivierung kann aufgrund einer Erfüllungs- oder Ersatzverpflichtung erfolgen.<sup>106</sup>

- **Ansprüche aus Genussrechten**

Die Passivierungspflicht von Genussrechten im Überschuldungsstatus und der Wertansatz des möglicherweise zurückzuzahlenden Genussrechtskapitals richten sich i.d.R. nach den getroffenen Vereinbarungen. Eine grundsätzliche Passivierungspflicht der Ansprüche aus Genussrechten besteht dann, wenn seitens des Genussrechtsinhabers kein Rangrücktritt erklärt wurde.<sup>107</sup>

- **Behandlung von Gesellschafterdarlehen**

Vor Inkrafttreten des MoMiG (Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) am 01.11.2008 war es erforderlich, dass Gesellschafter für Darlehen, die sie der Gesellschaft gewährt hatten, einen qualifizierten Rangrücktritt erklären mussten, damit von deren Passivierung im Rahmen der Überschuldungsprüfung abgesehen werden konnte. Das Erfordernis eines qualifizierten Rangrücktritts ging insbesondere auf das BGH Urteil vom 08.01.2001 – II ZR 88/99 zurück. Im BGH Urteil heißt es wie folgt:

*„In Übereinstimmung mit der Senatsrechtsprechung zur Vorbelastungs- und Jahresbilanz (BGHZ 124, 282) wird allerdings allgemein angenommen, dass sich die Frage der Passivierung von Gesellschafterforderungen mit eigenkapitalersetzendem Charakter auch beim Überschuldungsstatus dann nicht stellt, wenn der betreffende Gesellschafter seinen Rangrücktritt, also sinngemäß erklärt hat, er wolle wegen der genannten Forderungen erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und - bis zur Abwendung der Krise - auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen seiner Mitgesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handele es sich bei seiner Gesellschafterleistung um statutarisches Kapital. Stellt sich der Gesellschafter in dieser Weise wegen seiner Ansprüche aus einer in funktionales Eigenkapital umqualifizierten Drittleistung auf dieselbe Stufe, auf der er selbst und seine Mitgesellschaf-*

<sup>105</sup> Vgl. Wolf, T. (1998): a.a.O. (Fn. 86), S. 122.

<sup>106</sup> Vgl. Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 82), S. 218.

<sup>107</sup> Vgl. Schröder, J. (2015): a.a.O. (Fn. 82), S. 217; Schmidt, K., Uhlenbruck W. (2009): a.a.O. (Fn. 98), S. 532.

*ter hinsichtlich ihrer Einlagen stehen, besteht keine Notwendigkeit, diese Forderungen in den Schuldenstatus der Gesellschaft aufzunehmen.“<sup>108</sup>*

Demnach war es erforderlich, dass der Gesellschafter mit seinen Darlehensforderungen in den Rang statutarischen Kapitals zurücktrat, um diese Verbindlichkeiten in der Überschuldungsbilanz nicht passivieren zu müssen.

Nach der Neufassung des § 19 Abs. 2 InsO besteht das Erfordernis eines qualifizierten Rangrücktritts, also dem Rücktritt in den Rang statutarischen Kapitals, nicht mehr. Ein sogenannter einfacher Rangrücktritt ist ausreichend, um von der Passivierung von Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus absehen zu können. In § 19 Abs. 2 S. 2 InsO heißt es dazu wie folgt:

*„Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.“<sup>109</sup>*

Für die gutachterliche Praxis im Rahmen der Gutachtenerstellung zur Frage des Eintritts der Überschuldung hat diese Gesetzesänderung eine wesentliche Erleichterung gebracht. Vielfach war eine genaue Einordnung von Rangrücktrittserklärungen bei nicht eindeutiger Formulierung für den betriebswirtschaftlichen Sachverständigen nicht abschließend möglich, da es bei einer entsprechenden Zuordnung in Zweifelsfällen grundsätzlich einer juristischen Einschätzung bedurfte. Eine dahingehende Prüfung, ob eine solche Erklärung den Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt genügt, kann nunmehr im Wesentlichen entfallen.

- **Streitige Verbindlichkeiten**

Werden Verbindlichkeiten bestritten oder sind prozessbefangen, so ist deren Behandlung im Überschuldungsstatus problematisch, insbesondere dann, wenn deren Passivierung zur Überschuldung führt. Grundsätzlich gilt, dass alle unstrittigen und strittigen Verbindlichkeiten zu passivieren sind. Ausnahmen können bei bestrittenen Verbindlichkeiten bestehen, über die im gerichtlichen Prozess noch entschieden werden muss. Unter Abwägung des Prozessrisikos muss gegebenenfalls eine entsprechende Rückstellung gebildet

---

<sup>108</sup> BGH Urteil v. 08.01.2001 - II ZR 88/99.

<sup>109</sup> § 19 Abs. 2 S. 2 InsO n.F..



werden, wenn die strittige Verbindlichkeit nicht passiviert wird. Bei überwiegend erfolgversprechendem Prozessausgang kann in Ausnahmefällen von der Bildung bzw. Passivierung einer Rückstellung abgesehen werden.<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Vgl. Uhlenbruck, W. (2010): § 19, in: Uhlenbruck, W. (Hrsg.): Insolvenzordnung Kommentar, S. 382; Weyand, R. (2003): Insolvenzdelikte, Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht, S. 59.