

Die Insolvenzdelikte
in der gutachterlichen Praxis
Teil 2

Dr. rer. pol. Michael Harz
Dipl.-Bw. Sandra Angel
Dipl.-Bw. Günther Conrad
Ass. jur. Jérôme G. Masek, D.J.C.E.

Saarbrücken • Frankfurt am Main

Inhalt

Einleitung	3
1. Zahlungsunfähigkeit.....	3
2. Überschuldung.....	8
3. Praxisbeispiele aus der Gutachtertätigkeit.....	11
<i>Fallbeispiel 1: Überschuldungsprüfung bei positiver Fortführungsprognose</i>	<i>12</i>
<i>Fallbeispiel 2: Überschuldungsprüfung bei negativer Fortführungsprognose.....</i>	<i>14</i>
<i>Fallbeispiel 3: Zahlungsunfähigkeitsprüfung</i>	<i>16</i>

Einleitung

Die Bedingungen der Insolvenzreife, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, haben im Rahmen von Strafsachen, die Insolvenzstraftaten zum Gegenstand haben, eine Schlüsselrolle inne, wobei zu deren Feststellung oftmals die Heranziehung externen betriebswirtschaftlichen Sachverständigen notwendig ist.

Während die Autoren im Rahmen des ersten Teils unserer Aufsatzreihe zu den Insolvenzstraftaten schwerpunktmäßig auf einzelne praxisrelevante Tatbestände der Bankrottstraftaten nach dem StGB eingegangen sind, wurden im vorliegenden zweiten Teil die **Zahlungsunfähigkeit** und **Überschuldung** als die strafrechtlich relevanten Voraussetzungen der Insolvenzreife aufgegriffen und im Zusammenhang mit ausgewählten Beispielen aus der Gutachterpraxis dargestellt.

Sowohl im theoretischen Teil als auch bei der Beispieldarstellung wird insbesondere auf Methodik und Vorgehensweise zur Ermittlung der Insolvenzgründe sowie auf die aktuelle Rechtslage Bezug genommen.

1. Zahlungsunfähigkeit

Betriebswirtschaftliche Methode zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit

Der Gesetzgeber hat mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 01.01.1999 in § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO eine Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit eingeführt. Demnach liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner **„nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen“**.

Mit der Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit hat der Gesetzgeber auf verschiedene nach früherem Recht anerkannte Merkmale der Zahlungsunfähigkeit verzichtet (Merkmale der Dauer und der Wesentlichkeit, ernsthaftes Einfordern durch die Gläubiger, Mangel an Zahlungsmitteln).

Für die praktische Tätigkeit des betriebswirtschaftlichen Sachverständigen ist in Ermittlungs- und Strafverfahren weiterhin die betriebswirtschaftliche Methode von wesentlicher Bedeutung. Wesen der betriebswirtschaftlichen Methode ist die Aufstellung einer Liquiditätsbilanz / von Finanzplänen durch Gegenüberstellung von

verfügbaren Mitteln und fälligen Verbindlichkeiten um feststellen zu können, in welchem Umfang eine Deckung der fälligen Verbindlichkeiten zu einem bestimmten Stichtag bzw. in einem bestimmten Zeitraum besteht.

Im Hinblick auf die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach der betriebswirtschaftlichen Methode kommt dem BGH-Urteil vom 24.05.2005, IX ZR 123/04¹, wesentliche Bedeutung zu. Demnach ist bei einer Liquiditätslücke, die weniger als 10 % beträgt, nicht von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, auch wenn diese nicht innerhalb von drei Wochen beseitigt werden kann.

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.

Diese Rechtsprechung wurde vom BGH zwischenzeitlich mehrfach bestätigt, so auch mit Urteil vom 09.10.2012, II ZR 298/11², wo es wie folgt heißt:

„Von Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist regelmäßig auszugehen, wenn eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke von 10 % oder mehr besteht und nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.“

Zur Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von einer Zahlungsstockung ist es notwendig, dass die Liquiditätslücke nicht nur vorübergehend besteht.

Der BGH sieht einen Zeitraum von drei Wochen als erforderlich, aber auch als ausreichend an.

In der Praxis kommt die Zugrundelegung eines Zeitraums von einem Monat insbesondere bei retrograden Prüfungen in Betracht, 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.

¹ BGH, Urteil v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04

² BGH; Urteil v. 09.10.2012 – II ZR 298/11

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 kann im jeweiligen Einzelfall unter Umständen demnach gegebenenfalls nicht ausreichen, 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 waren, 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. Insofern ist aufgrund der Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen, wie lange über den Drei-Wochen-Zeitraum hinaus geprüft wird.

Keine Anwendbarkeit des BGH Urteils vom 12.10.2006, IX ZR 228/03³, Rn. 28, im Strafverfahren

In seinem Beschluss vom 21.08.2013, 1 StR 665 /12⁴, hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ausgeführt, dass die Frage, ob der Schuldner zahlungsunfähig ist, *„in der Regel durch die sogenannte betriebswirtschaftliche Methode“* festzustellen ist. Die betriebswirtschaftliche Methode beinhaltet demnach die Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten und *„der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel“*, wobei zur Abgrenzung *„von der bloßen Zahlungsstockung ... diese Methode um eine Prognose darüber zu ergänzen“* ist, *„ob innerhalb der Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist, ...“*.

Gemäß BGH vom 21.08.2013, 1 StR 665/12, kann die Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO aber auch durch die wirtschaftskriminalistische Methode belegt werden, wenn ausreichende wirtschaftskriminalistische Warnzeichen vorhanden sind (z.B. Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche, Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern etc.).

³ BGH, Urteil v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03

⁴ BGH, Beschluss v. 21.08.2013 – 1 StR 665/12

Im hier durch den BGH zu beurteilenden Sachverhalt hatte die Strafkammer des Landgerichts „als ausschlaggebendes wirtschaftskriminalistisches Anzeichen für eine Zahlungsunfähigkeit“ gewertet, „dass im fraglichen Zeitraum Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind.“ Hierbei liege gemäß BGH ein „unzutreffender Maßstab“ zugrunde. Zur Begründung wird durch den BGH ausgeführt:

„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.“

Wesentlicher Bestandteil der betriebswirtschaftlichen Methode zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit ist das prognostische Element, d.h. die auf einen Stichtag bezogene dahingehende Prüfung, wie sich die Liquidität innerhalb eines in der Zukunft liegenden Betrachtungszeitraums ausgehend von dem Betrachtungsstichtag voraussichtlich entwickeln wird.

Demnach müssen auch die wirtschaftskriminalistischen Warnzeichen, die zur Beurteilung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit herangezogen werden, im Strafverfahren bereits im Zeitpunkt der Beurteilung vorliegen bzw. offensichtlich sein. Zum Betrachtungsstichtag kann aber noch nicht bekannt sein, welche der zum Betrachtungsstichtag bereits bestehenden bzw. fälligen Verbindlichkeiten bei Insolvenzverfahrenseröffnung noch nicht beglichen sein werden.

Harte Patronatserklärung oder Zahlungszusage der Gesellschafter ohne tatsächliche Liquiditätsausstattung beseitigt nicht die Zahlungsunfähigkeit

Mit einer harten Patronatserklärung wird durch die Muttergesellschaft versichert, ihre Tochtergesellschaft mit genügenden finanziellen Mitteln auszustatten und diese Ausstattung auch aufrecht zu erhalten, damit die Tochtergesellschaft ihren finanziellen Verpflichtungen nachkommen kann.

Mit Urteil vom 19.05.2011, IX ZR 9/10⁵, hat der BGH klargestellt, dass *„eine an den Gläubiger gerichtete harte Patronatserklärung der Muttergesellschaft weder die objektive Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft noch die darauf bezogene Kenntnis des Gläubigers“* beseitigt.

Im hier zugrunde liegenden Streitfall hatte die Muttergesellschaft gegenüber der Gläubigerin eine harte Patronatserklärung für ihre Tochtergesellschaft erteilt. Allerdings kam es seitens der Muttergesellschaft nicht zu einer tatsächlichen Liquiditätsausstattung der Tochtergesellschaft. Da es nicht zu einer erkennbaren Liquiditätszufuhr gekommen ist, wurden die Umstände, die auf Zahlungsunfähigkeit hindeuteten, nicht beseitigt.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt der BGH in seinem Beschluss vom 19.09.2013, II ZR 232/12⁶. Demnach kann die Zahlungsunfähigkeit einer GmbH mit Hilfe einer Zahlungszusage der Gesellschafter vermieden werden, *„durch die sich die Gesellschafter gegenüber ihrer GmbH verpflichten, dieser die zur Erfüllung ihrer jeweils fälligen Forderungen benötigten Mittel zur Verfügung zu stellen, ...“*. Unter Bezugnahme auf das oben erwähnte Urteil des BGH vom 19.05.2011, IX ZR 9/10, kann die Zahlungsunfähigkeit gemäß Beschluss des BGH vom 19.09.2013 aber nur dann vermieden werden, wenn, *„- falls nicht der GmbH ein ungehinderter Zugriff auf die Mittel eröffnet wird -, ... die Gesellschafter ihrer Ausstattungsverpflichtung tatsächlich nachkommen.“*

Für die Praxis der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nach der betriebswirtschaftlichen Methode bedeutet dies, dass ausgehend von einem Betrachtungstichtag eine harte Patronatserklärung oder eine Zahlungszusage der Gesellschafter nur dann als zur Schuldentilgung geeignet innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums berücksichtigt werden können, wenn der Tochtergesellschaft seitens der die Patronatserklärung erteilenden Muttergesellschaft bzw. der GmbH seitens ihrer Gesellschafter tatsächlich liquide Mittel zur Verfügung gestellt werden und davon zum Betrachtungstichtag mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann.

⁵ BGH, Urteil v. 19.05.2011, - IX ZR 9/10

⁶ BGH, Beschluss v. 19.09.2013, II ZR 232/12

2. Überschuldung

Methode zur Prüfung des Vorliegens der Überschuldung

Die Überschuldungsprüfung wurde in der jüngeren Vergangenheit im Wesentlichen durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) und das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) beeinflusst.

Mit Inkrafttreten des FMStG am 18.10.2008 erfolgte eine Abkehr von der zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung, die mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 01.01.1999 gesetzlich fixiert worden war. Der Gesetzgeber hat mit dem FMStG die Anwendung der modifizierten zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung angeordnet. Diese Methode der Überschuldungsprüfung war im Gesetzgebungsverfahren zur Insolvenzordnung noch ausdrücklich abgelehnt worden. Zunächst war die Anwendung der modifizierten zweistufigen Methode bis zum 31.12.2010 befristet. Diese Befristung war in der Folge dann bis zum 31.12.2013 verlängert worden. Am 09.11.2012 wurde durch den Deutschen Bundestag die Entfristung des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs beschlossen, was am 05.12.2012 gesetzlich verankert wurde. Damit ist die modifizierte zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung, die zunächst nur bis zur Überwindung der Finanzmarktkrise zur Anwendung kommen sollte, auf Dauer anzuwenden.

Der wesentliche Unterschied zu der zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung liegt darin, dass dann keine Insolvenzantragspflicht ausgelöst werden kann, wenn eine positive Fortführungsprognose festgestellt wird. Dies bedeutet für die Praxis, dass ebenso wie bei der zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung zunächst eine Fortführungsprognose durchzuführen ist. Fällt diese negativ aus, ist eine Überschuldungsprüfung unter Ansatz von Zerschlagungswerten (bei vorliegendem geordneten Liquidationskonzept unter Ansatz von Liquidationswerten) vorzunehmen. Ist die Prognose positiv, ist eine Überschuldung im Sinne von § 19 InsO, durch die die Insolvenzantragspflicht ausgelöst wird, ausgeschlossen. Damit braucht bei positiver Fortführungsprognose kein Überschuldungsstatus erstellt zu werden.

Notwendige Voraussetzung für eine positive Fortführungsprognose ist zunächst der Fortführungswille der Organe der Gesellschaft⁷.

Wesentlicher Bestandteil der Fortführungsprognose ist aufbauend auf einem plausiblen Unternehmenskonzept eine Prognose über die zukünftige Entwicklung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft. Auf die gutachterliche Praxis hat die Anwendung der modifizierten zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung im Hinblick auf die Prüfung der künftigen Zahlungsfähigkeit im Rahmen der Fortführungsprognose keine bedeutenden Auswirkungen. Der Sachverständige verschafft sich unter Zugrundelegung aller notwendigen Geschäfts- und Buchhaltungsunterlagen zu einem bestimmten Betrachtungsstichtag einen Überblick über die finanzielle Lage des Unternehmens. Da häufig im Rahmen der Auftragserteilung an den Sachverständigen bereits eine Prüfung der Frage nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit der Prüfung der Überschuldung vorausgeht, können entsprechende Feststellungen, die im Rahmen der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit getroffen wurden, bei entsprechender Eignung für die Fortführungsprognose übernommen werden.

Beinhaltet der an den Sachverständigen erteilte Prüfungsauftrag nur die Frage nach dem Eintritt der Überschuldung, so ist die Frage der künftigen Zahlungsfähigkeit im Rahmen der Fortführungsprognose eingehend zu prüfen.

Keine Notwendigkeit der Erklärung eines qualifizierten Rangrücktritts

Vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) 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. 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.

⁷ vgl. Otte in: Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Hrsg. Graf, Jäger, Wittig, München 2011, S. 1723, Rn. 79

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“.*⁸

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.

Harte Patronatserklärung bedarf zusätzlich eines Rangrücktritts zur Beseitigung der Überschuldung

Otte führt dazu wie folgt aus⁹:

„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 Darlehensforderungen der Muttergesellschaft gegen die Tochter

⁸ § 19 Abs. 2 S. 2 InsO n.F.

⁹ Otte in: Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Hrsg. Graf, Jäger, Wittig, München 2011, S. 1726, Rn. 103

beziehen, müssen sie, um die Überschuldung zu beseitigen, den Anforderungen an die Rangrücktrittserklärung eines Gesellschaftergläubigers entsprechen.“

Die aus der Liquiditätsausstattung der Tochtergesellschaft resultierenden Darlehensforderungen der Muttergesellschaft müssen demnach erst dann nicht bei der Tochtergesellschaft passiviert werden, wenn seitens der Muttergesellschaft ein entsprechender Rangrücktritt erklärt wird. Gleicher Ansicht ist Klerx, der hierzu wie folgt ausführt¹⁰:

„Eine andere Frage ist, ob durch die harte Patronatserklärung die bilanzielle Überschuldung der Gesellschaft beseitigt werden kann. Auch insoweit ist davon auszugehen, dass eine harte Patronatserklärung grundsätzlich nicht ausreicht, da diese nicht zur Beseitigung der entsprechenden Verbindlichkeiten führt. Eine Beseitigung der bilanziellen Überschuldung kann aber etwa durch ein Darlehen mit Rangrücktritt durch die Muttergesellschaft herbeigeführt werden oder durch die echte Übernahme von Verbindlichkeiten, die mit einer schuldbefreienden Wirkung für die Tochtergesellschaft verbunden ist.“

Wolf / Schlagheck differenzieren in diesem Zusammenhang zwischen einer Patronatserklärung als Liquiditäts- und Kapitalausstattungsgarantie. Sofern es sich bei der Patronatserklärung um eine reine Liquiditätszusage oder Liquiditätsausstattungs-garantie handele, könne daraus „noch keine Zusage im Hinblick auf die Abwendung der Überschuldung abgeleitet werden“. Zur Beseitigung der Überschuldung bei solchen reinen Liquiditätszusagen sei zusätzlich ein Rangrücktritt erforderlich¹¹.

3. Praxisbeispiele aus der Gutachtertätigkeit

Im Folgenden werden drei Fallbeispiele aus der forensischen Gutachterpraxis zum Vorliegen der Insolvenzreife dargestellt. Hierbei werden insbesondere die Auswirkungen der Neufassung des § 19 InsO nach Inkrafttreten der FMStG am 18.10.2008 sowie des MoMiG am 01.11.2008 auf den Eintritt der Überschuldung dargestellt. Außerdem wird ein Beispiel zur neuen Rechtsprechung bezüglich der Prüfung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit anhand der wirtschaftskriminalistischen Methode aufgeführt.

¹⁰ http://klerx-legal.com/recht_blog_0026.html

¹¹ vgl. Wolf, Schlagheck, Überschuldung, Renningen / Berlin 2007, S. 178

Fallbeispiel 1: Überschuldungsprüfung bei positiver Fortführungsprognose

Am 21.03.2012 hatte die Geschäftsführung der Moritz GmbH Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung gestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts vom 10.06.2012 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet.

Im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens gegen den Geschäftsführer der Moritz GmbH wegen Insolvenzverschleppung und weiteren Bankrottstraftaten wurde die Michael Harz ProJure GmbH mit der Erstellung eines Sachverständigengutachtens zur Frage des Eintritts der Überschuldung sowie zu etwaigen Vermögensverschiebungen beauftragt.

Um Feststellungen zur Überschuldung der Moritz GmbH treffen zu können, wurde im ersten Schritt anhand der Entwicklung der Liquiditätslage sowie anhand der Ertragskraft des Unternehmens die Fortführungsprognose der Moritz GmbH zu den Stichtagen 31.12.2010 und 31.12.2011 ermittelt.

Die gutachterliche Prüfung der Entwicklung der Liquiditätslage der Moritz GmbH hat ergeben, dass die Gesellschaft zu beiden Stichtagen in der Lage war, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen. Der Cash-flow war zu beiden Stichtagen positiv. Da außerdem keine Hinweise auf zukünftige Liquiditätsprobleme der Gesellschaft vorlagen und demnach davon auszugehen war, dass die Gesellschaft auf Dauer in der Lage war, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen, war zu beiden Stichtagen von einer positiven Fortführungsprognose auszugehen.

Gemäß der nach der Neufassung des § 19 InsO anzuwenden modifizierten zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung ist bei positiver Prognose eine Überschuldung, durch die die Insolvenzantragspflicht ausgelöst wird, ausgeschlossen. Demnach war die Moritz GmbH zu den Stichtagen 31.12.2010 und 31.12.2011 nicht überschuldet.

Ergebnis der Überschuldungsprüfung vor Inkrafttreten des FMStG sowie des MoMiG:

Nachfolgend wird das Ergebnis der Überschuldungsprüfung der Moritz GmbH dargestellt, wenn diese zu den Stichtagen 31.12.2006 und 31.12.2007 (d.h. vor Inkrafttreten des FMStG sowie des MoMiG) erfolgt wäre und auch zu den Stichtagen 31.12.2006 und 31.12.2007 von einer positiven Fortführungsprognose auszugehen gewesen wäre.

Vor Inkrafttreten des FMStG wäre nach der zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung auch bei positiver Prognose im zweiten Schritt ein Überschuldungsstatus aufzustellen gewesen, wobei die Aktiva unter Fortführungsgesichtspunkten zu bewerten gewesen wären.

Der Gesellschafter der Moritz GmbH hatte bezüglich seiner Forderungen gegen die Moritz GmbH, die sich zum 31.12.2006 auf € 153.000,00 bzw. zum 31.12.2007 auf € 164.000,00 beliefen, den Rangrücktritt erklärt. Hierbei handelte es sich nicht um einen qualifizierten Rangrücktritt, da die Rangrücktrittserklärung nicht die Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt lt. BGH-Urteil vom 08.01.2001 erfüllte.

Unter Fortführungsgesichtspunkten hätten sich für die Moritz GmbH zu den Stichtagen 31.12.2006 und 31.12.2007 die folgenden Überschuldungsstati ergeben:

Überschuldungsstati der Moritz GmbH		
	Fortführungs- werte 31.12.2006	Fortführungs- werte 31.12.2007
	€	€
1. Technische Anlagen und Maschinen	33.400,00	41.500,00
2. Andere Anlagen, Betriebs- und Geschäftsausstattung	53.000,00	49.000,00
3. Vorräte	63.000,00	68.000,00
4. Forderungen aus L + L	66.000,00	75.000,00
5. Sonstige Vermögensgegenstände	6.500,00	7.200,00
6. Schecks, Kasse, Bankguthaben	3.500,00	3.700,00
Summe Aktiva	225.400,00	244.400,00
7. Rückstellungen	32.000,00	36.000,00
8. Bankverbindlichkeiten	98.000,00	100.000,00
9. Verbindlichkeiten aus L + L	51.000,00	53.000,00
10. Verbindlichkeiten gg. Gesellschafter	153.000,00	164.000,00
11. Sonstige Verbindlichkeiten	23.200,00	19.300,00
Summe Passiva	357.200,00	372.300,00
Unterdeckung	-131.800,00	-127.900,00

Vor Inkrafttreten des MoMiG hätten die Gesellschafterverbindlichkeiten passiviert werden müssen, da der Gesellschafter keinen qualifizierten Rangrücktritt abgegeben hatte. Bei Unterdeckungen in Höhe von € 131.800,00 zum 31.12.2006 sowie € 127.900,00 zum 31.12.2007 **wäre somit die Überschuldung der Moritz GmbH zum 31.12.2006 trotz positiver Prognose eingetreten gewesen.**

Fallbeispiel 2: Überschuldungsprüfung bei negativer Fortführungsprognose

Wie im Fallbeispiel 1 wurde im ersten Schritt anhand der Entwicklung der Liquiditätslage sowie anhand der Ertragskraft der Moritz GmbH die Fortführungsprognose der Gesellschaft zu den Stichtagen 31.12.2010 und 31.12.2011 ermittelt. Anders als im Fallbeispiel 1 hat die gutachterliche Prüfung der Entwicklung der Liquiditätslage der Moritz GmbH ergeben, dass die Gesellschaft zu beiden Stichtagen nicht in der Lage war, ihre fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen und die Zahlungsunfähigkeit zum 31.12.2010 eingetreten war. Da auch der Cash-flow zu beiden Stichtagen negativ war, war zu beiden Stichtagen von einer negativen Fortführungsprognose auszugehen.

Nach der Neufassung des § 19 InsO ist bei negativer Prognose eine Überschuldungsprüfung unter Ansatz von Zerschlagungswerten vorzunehmen.

Unter Zerschlagungsgesichtspunkten stellten sich die Überschuldungsstati der Moritz GmbH zu den Stichtagen 31.12.2010 und 31.12.2011 wie folgt dar:

Überschuldungsstati der Moritz GmbH		
	Zerschlagungs- werte 31.12.2010	Zerschlagungs- werte 31.12.2011
	€	€
1. Technische Anlagen und Maschinen	26.700,00	33.200,00
2. Andere Anlagen, Betriebs- und Geschäftsausstattung	42.400,00	39.200,00
3. Vorräte	63.000,00	68.000,00
4. Forderungen aus L + L	66.000,00	75.000,00
5. Sonstige Vermögensgegenstände	6.500,00	7.200,00
6. Schecks, Kasse, Bankguthaben	3.500,00	3.700,00
Summe Aktiva	208.100,00	226.300,00
7. Rückstellungen	32.000,00	36.000,00
8. Bankverbindlichkeiten	98.000,00	100.000,00
9. Verbindlichkeiten aus L + L	51.000,00	53.000,00
10. Verbindlichkeiten gg. Gesellschafter	0,00	0,00
11. Sonstige Verbindlichkeiten	23.200,00	19.300,00
Summe Passiva	204.200,00	208.300,00
Überdeckung	3.900,00	18.000,00

Nach Inkrafttreten des MoMiG kann die Passivierung der Gesellschafterverbindlichkeiten unterbleiben, wenn der Gesellschafter den Rangrücktritt erklärt hat. Eine qualifizierte Rangrücktrittserklärung ist nicht mehr erforderlich. Es reicht ein einfacher Rangrücktritt, der vorlag, aus. **Durch die Nichtpassivierung der Gesellschafterverbindlichkeiten lag zu den Stichtagen 31.12.2010 und 31.12.2011 trotz negativer Prognose keine Überschuldung der Moritz GmbH vor.**

Ergebnis der Überschuldungsprüfung vor Inkrafttreten des FMStG sowie des MoMiG:

Auch vor Inkrafttreten des FMStG wäre nach der zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung bei negativer Prognose im zweiten Schritt ein Überschuldungsstatus unter Ansatz von Zerschlagungswerten aufzustellen gewesen.

Da der Rangrücktritt des Gesellschafters nicht die Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt gemäß BGH-Urteil vom 08.01.2001 erfüllte, wären die Gesellschafterverbindlichkeiten vor Inkrafttreten des MoMiG in den Überschuldungsstati zu passivieren gewesen.

Unter Zerschlagungsgesichtspunkten stellten sich die Überschuldungsstati der Moritz GmbH zu den Stichtagen 31.12.2006 und 31.12.2007 wie folgt dar:

Überschuldungsstati der Moritz GmbH		
	Zerschlagungs- werte €	Zerschlagungs- werte €
1. Technische Anlagen und Maschinen	26.700,00	33.200,00
2. Andere Anlagen, Betriebs- und Geschäftsausstattung	42.400,00	39.200,00
3. Vorräte	63.000,00	68.000,00
4. Forderungen aus L + L	66.000,00	75.000,00
5. Sonstige Vermögensgegenstände	6.500,00	7.200,00
6. Schecks, Kasse, Bankguthaben	3.500,00	3.700,00
Summe Aktiva	208.100,00	226.300,00
7. Rückstellungen	32.000,00	36.000,00
8. Bankverbindlichkeiten	98.000,00	100.000,00
9. Verbindlichkeiten aus L + L	51.000,00	53.000,00
10. Verbindlichkeiten gg. Gesellschafter	153.000,00	164.000,00
11. Sonstige Verbindlichkeiten	23.200,00	19.300,00
Summe Passiva	357.200,00	372.300,00
Überdeckung	-149.100,00	-146.000,00

Vor Inkrafttreten des MoMiG hätten die Gesellschafterverbindlichkeiten passiviert werden müssen, da der Gesellschafter keinen qualifizierten Rangrücktritt abgegeben hatte. Bei Unterdeckungen in Höhe von € 149.100,00 zum 31.12.2006 sowie € 146.000,00 zum 31.12.2007 **wäre die Überschuldung der Moritz GmbH zum 31.12.2006 eingetreten.**

Fallbeispiel 3: Zahlungsunfähigkeitsprüfung

Am 14.08.2013 hatte ein Gläubiger der MAX GmbH Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wegen Zahlungsunfähigkeit gestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts vom 25.10.2013 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet.

Im Rahmen eines Strafverfahrens gegen den Geschäftsführer der MAX GmbH wegen Insolvenzverschleppung und weiteren Bankrottstraftaten wurde die Michael Harz ProJure GmbH mit der Erstellung eines Sachverständigengutachtens zur Frage des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit beauftragt.

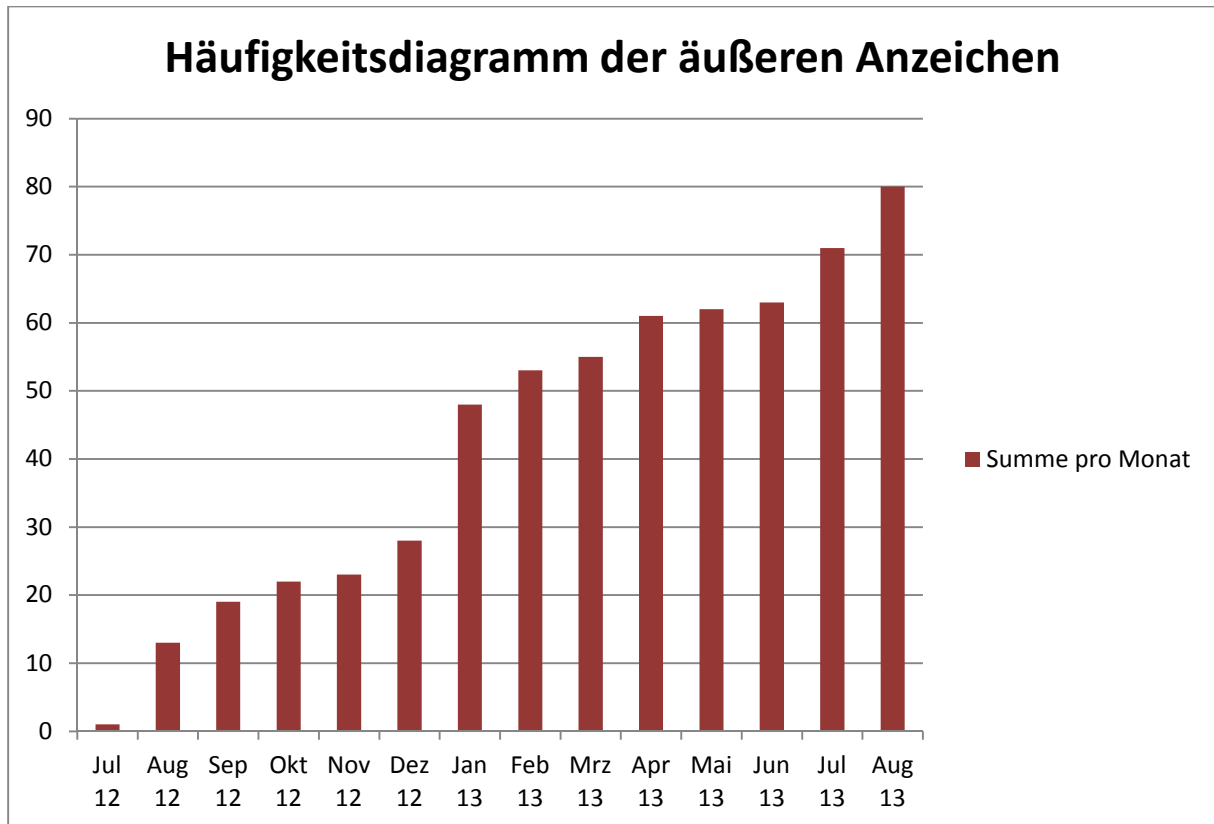
Um Feststellungen zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der MAX GmbH treffen zu können, wurde ein Finanzplan für den Monat April 2013 erstellt, der eine erhebliche Unterdeckung von 60 % auswies. Weitere Finanzpläne konnten anhand der vorliegenden Unterlagen nicht erstellt werden.

Die Verbindlichkeiten gegenüber dem Hauptlieferanten, die den Großteil der fälligen Verbindlichkeiten ausmachten und die angemahnt und gerichtlich geltend gemacht wurden, wurden bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen.

Außerdem lagen in den Jahren 2012 und 2013 eine Reihe äußerer Anzeichen (wie Mahnungen, Lastschriftrückgaben, Pfändungen etc.) vor. Da anhand der vorliegenden Unterlagen nur ein Finanzplan für den Monat April 2013 erstellt werden konnte, wurde der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der MAX GmbH gemäß dem BGH-Beschluss vom 21.08.2013, 1 StR 665/12, auch mit Hilfe der wirtschaftskriminalistischen Methode überprüft.

Hierbei wurden in einem ersten Schritt im Zeitraum Juli 2012 bis August 2013 alle anhand der vorliegenden Unterlagen feststellbaren äußeren Anzeichen in einer Tabelle erfasst und in einem zweiten Schritt anhand der aufgelisteten äußeren Anzeichen ein Häufigkeitsdiagramm erstellt.

Äußere Anzeichen	Geschäftsjahr 2012						Geschäftsjahr 2013							
	Jul 12	Aug 12	Sep 12	Okt 12	Nov 12	Dez 12	Jan 13	Feb 13	Mrz 13	Apr 13	Mai 13	Jun 13	Jul 13	Aug 13
Scheck- und Lastschriftrückgaben				1	1	8	19	12	24	10	6	2	1	1
Wechselproteste							1	1	2		1	1		1
Pfändungen				1			1	5	3	2	3	4	3	5
Nichtzahlung sonstiger Betriebskosten		1	3	1			2	1	2	4	2	1	2	
Nichtzahlung von Versicherungsbeiträgen				1	1	1	2			1			3	1
Steuerrückstände		1	1	1	5	1	1	7			2	1	3	2
Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen										6	6	6	6	6
Nichtzahlung von Löhnen										8	9	9	10	10
Zahlungserinnerung	4	3	5	6	4	3	8	9	9	11	12	15	19	18
1. Mahnung	6	3	2	2	2	2	2	4	2	2	2	3	2	2
2. Mahnung	1	3	3	3	3	3	4	4	4	5	4	4	5	8
3. Mahnung	1	1	4	4	5	1	2	1	1	2	1	1	3	3
letzte Mahnung						1		1			5	4	3	8
Zahlungsaufforderung durch Rechtsanwalt	1	1	1	2	2	2	2	2	2	1	1	2	1	3
Mahnbescheid						6	4	2	3	4	4	4	4	4
Vollstreckungsbescheid								4	3	2	2	2	2	2
gescheiterte Vollstreckungsversuche										3	1	2	1	3
Aufforderung zur Abgabe der Eidesstattlichen Versicherung											1	1	2	2
Insolvenzanträge von Gläubigern														1
Strafanzeige, Strafantrag												1	1	
Summe pro Monat	1	13	19	22	23	28	48	53	55	61	62	63	71	80



Wie dem Häufigkeitsdiagramm zu entnehmen ist, lagen bereits ab August 2012 äußere Anzeichen vor. Die Zahl der äußeren Anzeichen nahm von August 2012 bis August 2013 stark zu.

Vor allem ab Januar 2013 war eine Vielzahl an äußeren Anzeichen festzustellen. Die MAX GmbH befand sich spätestens ab Anfang des Jahres 2013 in erheblichen Zahlungsschwierigkeiten.

Da ab April 2013 die Sozialversicherungsbeiträge sowie die Löhne nicht mehr pünktlich bezahlt werden konnten und in der Folgezeit eine weitere Häufung der äußeren Anzeichen festzustellen war, war davon auszugehen, dass **spätestens Ende April 2013 die Zahlungsunfähigkeit der MAX GmbH eingetreten war.**

Durch die wirtschaftskriminalistische Methode wurde das Ergebnis des Finanzplans April 2013 bestätigt. Wegen der Vielzahl der äußeren Anzeichen, wobei ab April 2013 unter anderem die Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern, die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen sowie gescheiterte Vollstreckungsversuche festzu-

stellen waren, war auch durch die wirtschaftskriminalistische Methode der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit spätestens im April 2013 nachweisbar.

Für weiterführende Literatur der Michael Harz ProJure GmbH zu den Insolvenzgründen sowie zu anderen Themen der betriebswirtschaftlichen Sachverständigentätigkeit verweisen wir auf www.harz-projure.de/publikationen.