

Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Kriterien und Prüfungsmethodik aus Sicht eines
betriebswirtschaftlichen Sachverständigen unter
Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung
und Gesetzgebung

*Dr. rer. pol. Michael Harz,
Dipl.-Betw. Uwe Baumgartner,
Dipl.-Betw. Günther Conrad
MHP Michael Harz ProJure GmbH
Saarbrücken · Frankfurt am Main*

Die Autoren:

Dr.rer.pol. Michael Harz, Dipl.-Betw. Günther Conrad und Dipl.-Betw. Uwe Baumgartner (MHP Michael Harz ProJure GmbH) sind als forensische Wirtschaftsgutachter bundesweit für Gerichte, Staatsanwaltschaften, Insolvenzverwalter und Wirtschaftskanzleien tätig. Seit 1981 wurden ca. 2200 Gutachten verfasst und vor Gericht vertreten, insbesondere zu den Themen Insolvenzverschleppung, Vermögensverschiebung, Buchführungs- und Bilanzmanipulationen, Kreditbetrug, Kapitalanlagebetrug, dubiose Finanzinstrumente sowie Bewertung von Unternehmen und immateriellen Wirtschaftsgütern (Patente, Lizenzen, Markenrechte).

Allgemeine Kriterien der Zahlungsunfähigkeit

Der BGH hat in seiner jüngeren Rechtsprechung mehrfach zu der Thematik der Zahlungsunfähigkeit und deren Ermittlung Stellung genommen. Die wesentlichen Urteile ab dem Jahr 2005 sind in die folgenden Ausführungen eingearbeitet und werden aus der Sicht eines forensischen Wirtschaftsgutachters kommentiert.

a) Definition

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). **Ziel des Gesetzgebers war, die Auslegungsspielräume bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit zu verkleinern und damit eine Vorverlagerung der Insolvenzauslöser zu erreichen.**¹

¹ vgl. Drukarzcyk, Jochen; Schüler, Andreas: Die Eröffnungsgründe der InsO: Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Das

b) Das Merkmal der Dauer

Mit der Streichung des Merkmals der Dauer wollte der Gesetzgeber vermeiden, dass der Begriff der Zahlungsunfähigkeit zu sehr eingeeengt und eine über Wochen oder Monate andauernde Illiquidität zur rechtlich unerheblichen Zahlungsstockung erklärt wird. Eine vorübergehende Zahlungsstockung, die beispielsweise durch den unerwarteten Ausfall einer größeren Forderung oder durch deren verzögerten Eingang verursacht wurde, stellt keine Zahlungsunfähigkeit dar. Selbst die Nichterfüllung aller Verbindlichkeiten kann noch eine Zahlungsstockung darstellen, wenn die Schuldentilgung kurzfristig möglich ist.²

Es ist erforderlich einen Zeitraum zu bestimmen, der ausreichend lang ist, um eine Zahlungsstockung definitiv ausschließen zu können. Insofern ist eine Zeitraumbetrachtung der Liquidität erforderlich.

Im Urteil vom 24.05.2005 führt der BGH³ aus, eine bloße Zahlungsstockung sei dann anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die notwendigen Mittel zu leihen. Der BGH geht von einem erforderlichen, aber auch ausreichenden Zeitraum **von drei Wochen** aus.

Diese Auffassung wird von der herrschenden Meinung geteilt. So sprechen sich aufgrund der Rechtsprechung des BGH u.a. Kirchhof⁴, Eilenberger⁵, Hölzle⁶ und Bork⁷ dafür aus, dass eine Frist von zwei bis drei Wochen erforderlich aber auch ausreichend sei. Auch das IDW legt nunmehr einen Zeitraum von drei Wochen zugrunde.⁸

neue Insolvenzrecht in der Praxis, hrsg. v. Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2., erweiterte und aktualisierte Auflage, Herne/Berlin 2000, S. 107

² vgl. Obermüller / Hess, InsO, 4. Auflage, Heidelberg 2003, S. 44, Rn. 90

³ BGH, Urteil v. 24.05.2005, IX ZR 123/04

⁴ vgl. Kirchhof, Hans-Peter, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg Dezember 2005, § 17, Rn. 17

⁵ Dr. Eilenberger, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, München 2007, § 17, Rn 18

⁶ Dr. Gerrit Hölzle, Nochmals: Zahlungsunfähigkeit – Nachweis und Kenntnis im Anfechtungsprozess, ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 13 - 2007, Seite 613 ff.

⁷ Bork, Reinhard, Zahlungsunfähigkeit, Zahlungsstockung und Passiva II, ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 38 – 2008, Seite 1749 ff.

⁸ vgl. Hauptfachausschuss des IDW, IDW Prüfungsstandard: Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen (IDW PS 800), in: IDW-Fachnachrichten, Nr. 4 (2009), S. 161 - 169



Auch vor dem Urteil des BGH vom 24.05.2005 sprach sich bereits eine Mehrheit der Kommentatoren für einen Zeitraum von maximal vier Wochen aus, um die Zahlungsunfähigkeit von einer bloßen Zahlungsstockung abzugrenzen.

c) Das Merkmal der Wesentlichkeit

Mit Einführung der Insolvenzordnung entfiel auch das Merkmal der Wesentlichkeit der Schuldendeckung als notwendige Voraussetzung für das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit.

Der BGH⁹ führt in seinem Urteil vom 24.05.2005 zum Merkmal der Wesentlichkeit zwischenzeitlich allerdings aus, bei einer innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigenden Liquiditätslücke des Schuldners von weniger als 10 % sei regelmäßig von der Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird.

Sofern die Lücke 10 % oder mehr beträgt, sei regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise 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.

Die herrschende Meinung hat sich dieser Auffassung angeschlossen¹⁰ und auch durch die weitere Rechtsprechung des BGH wurde diese Auffassung in mehreren nachfolgenden Urteilen bestätigt¹¹.

d) Das Merkmal des ernstlichen Einforderns

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 Zahlungsaus-

⁹ BGH, Urteil v. 24.05.2005, IX ZR 123/04

¹⁰ vgl. dazu u.a. Kirchhof, a.a.O (Fn. 4), § 17, Rn. 19; Eilenberger, a.a.O. (Fn. 5), § 17, Rn. 18.

¹¹ vgl. dazu u.a. BGH, Urteil vom 27.07.2006, IX ZB 204/04; BGH, Urteil vom 12.10.2006, IX ZR 228/03; BGH, Urteil vom 21.06.2007, IX ZR 231/04; BGH, Urteil vom 19.07.2007, IX ZB 26/07



gleich verlangen kann. Fehlt eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Bestimmung der Fälligkeit und ergibt sich diese auch nicht aus den Umständen, so liegt gemäß Fachausschuss Recht des IDW nach der zivilrechtlichen Regelung sofortige Fälligkeit vor.¹²

Der BGH vertritt in seinem Urteil vom 19.07.2007 zum Merkmal des ernsthaften Einforderns folgende Auffassung¹³:

„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“.

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.¹⁴ Sind keine besonderen Zahlungsvereinbarun-

¹² vgl. Fachausschuss Recht des IDW, hrsg. v. Institut der Wirtschaftsprüfer, IDW Prüfungsstandard: Empfehlungen zur Prüfung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit von Unternehmen (IDW PS 800), in: IDW-Fachnachrichten, Nr. 3 (1999), S. 85 - 90, S. 88

¹³ BGH, Urteil vom 19.07.2007, IX ZB 36/07

¹⁴ vgl. Karsten Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Auflage, Köln 2003, S. 385, Rn. 832

gen getroffen, so gelten Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen nach Ablauf von 30 Tagen als fällig.¹⁵

Der Auffassung des Fachausschusses Recht des IDW folgend ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Fälligkeit der Verbindlichkeiten durch Stundungsvereinbarungen, die auch neben der ausdrücklichen Vereinbarung durch Branchenübung, Handelsbrauch oder konkludentes Handeln zustande kommen können, hinausgeschoben werden kann.¹⁶ Diese Auffassung wird auch durch die Rechtsprechung des BGH bestätigt.¹⁷

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“.¹⁸

Übereinstimmend mit *Reck*¹⁹ sind wir der Auffassung, dass streitbefangene Verbindlichkeiten, also solche Verbindlichkeiten, die mit Mahn- oder Pfändungsbescheid verfolgt werden, solange als fällig anzusehen sind, bis Widerspruch durch den Schuldner eingelegt wird.

- Problematisch ist die Behandlung von stillschweigend geduldeten Überziehungen von Kontokorrentlinien. Hier ist zu unterscheiden zwischen dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und deren Erkennbarkeit für den Geschäftsführer. Stillschweigend geduldete Überziehungen können von der Bank jederzeit ohne Einhaltung irgendwelcher Fristen fällig gestellt werden. Geschieht dies aber nicht, so wird der Schuldner in der Regel davon ausgehen, dass die Bank bis zu einem bestimmten Betrag Überziehungen duldet.

*Uhlenbruck*²⁰ vertritt die Ansicht, dass die Frage der Bewertung von stillschweigend geduldeten Überziehungen nur für die Beurteilung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers oder seiner Strafbarkeit, also im Zusammenhang mit der Erkennbarkeit der Zahlungsunfähigkeit, eine Rolle spielen kann. Er geht offensichtlich davon aus, dass solche Überziehungen im Rahmen der

¹⁵ vgl. Karsten Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O. (oben Fn. 14), S. 392, Rn. 843

¹⁶ vgl. Fachausschuss Recht des IDW, a.a.O. (oben Fn. 12), S. 88

¹⁷ vgl. BGH, Urteil vom 21.06.2007, IX ZR 231/04; BGH, Urteil vom 19.07.2007, IX ZB 36/07

¹⁸ vgl. BHG, Urteil vom 20.12.2007, IX ZR 93/06

¹⁹ Reck, Reinhard, Die betriebswirtschaftliche Analyse der Zahlungsunfähigkeit in der Diskussion, in: ZInsO, Ausgabe 20/2003), S. 931

²⁰ vgl. Karsten Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O. (oben Fn. 14), S. 386, Rn. 834

Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit immer fällig gestellt werden müssen. Nach dem Hauptfachausschuss des IDW gelten nicht ausdrücklich genehmigte Überziehungen als fällig, auch wenn das Kreditinstitut diese Inanspruchnahme stillschweigend duldet.²¹

Wir sind der Auffassung, dass stillschweigend geduldete Überziehungen im Rahmen der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit dann nicht als kurzfristig fällig zu berücksichtigen sind, wenn diese Überziehungen 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.

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.

- **Fällige Gesellschafterdarlehen sind nur dann nicht zu berücksichtigen, wenn eine Vereinbarung des Erlasses oder des Rangrücktritts hinsichtlich der Verbindlichkeiten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.**²²

e) Mangel an Zahlungsmitteln

Die Definition der Zahlungsunfähigkeit gemäß Insolvenzordnung verzichtet auf den Zusatz, dass Zahlungsunfähigkeit auf dem Mangel an Zahlungsmitteln beruht. Es wird lediglich verlangt, dass der Schuldner nicht mehr „in der Lage ist“, seine Zahlungspflichten zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO).

Da jedoch laut Begründung zum Regierungsentwurf die bisher in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannte Definition zugrunde gelegt werden soll und aus der Begründung keine Absicht zur Änderung der bisherigen Rechtslage hervorgeht, ist davon auszugehen, dass die Ursache für die Zahlungsunfähigkeit auch weiterhin im Mangel an Zahlungsmitteln liegt.

²¹ vgl. Hauptfachausschuss des IDW, a.a.O. (oben Fn. 8), S. 165

²² vgl. Fachausschuss Recht des IDW, a.a.O. (oben Fn. 12), S. 89

f) Zahlungsunwilligkeit

§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO fordert, dass der Schuldner „nicht in der Lage ist“, seine Zahlungspflichten zu erfüllen. Wer also über Zahlungsmittel im insolvenzrechtlichen Sinn verfügt, aber nicht zahlen will, ist im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO in der Lage zu zahlen und damit nicht zahlungsunfähig.²³ Es ist aber zu beachten, dass viele Schuldner dazu neigen Zahlungsunwilligkeit vorzuschieben, obwohl die Zahlungsunfähigkeit für den Schuldner erkennbar bereits eingetreten ist.²⁴

g) Zahlungseinstellung

Von Zahlungsunfähigkeit ist regelmäßig dann auszugehen, „wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat“ (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO), wobei die Begleichung geringer fälliger Schulden die Zahlungseinstellung nicht ausschließt. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf stellt die Zahlungseinstellung allerdings nur eine „widerlegliche Vermutung für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit“ dar.²⁵ Der Fachausschuss Recht des IDW weist aber zutreffend darauf hin, dass Zahlungsunfähigkeit i.d.R. bereits vor der Zahlungseinstellung eintritt²⁶. Wegen der Problematik der Abgrenzung zwischen Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit hat der Gesetzgeber als Regelvermutung für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit die Zahlungseinstellung eingeführt²⁷.

Äußere Anzeichen für die Zahlungseinstellung sind die folgenden²⁸:

- das Vorliegen mehrerer Wechselproteste und Scheckrückgaben, ein Wechselprotest bzw. eine Scheckrückgabe reicht nicht aus.
- die Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern

²³ vgl. Temme, Eröffnungsgründe der Insolvenzordnung, Münster 1997, S. 7

²⁴ vgl. Bittmann, Folker (Hrsg.), Insolvenzstrafrecht, Handbuch für die Praxis, 2004, § 7, Rn. 17

²⁵ vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, zitiert bei: Balz / Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, 2. aktualisierte Auflage, Düsseldorf 1999, S. 223

²⁶ vgl. Fachausschuss Recht des IDW, a.a.O. (oben Fn. 12), S. 87

²⁷ vgl. Häsemeyer, Ludwig, Insolvenzrecht, 2. Aufl., Köln-Bonn-München, 1998, S. 119

²⁸ vgl. Obermüller / Hess, InsO, Heidelberg 1998, S. 29

- die Nichtabführung von Krankenkassenbeiträgen; sie ist jedoch ebenso wie die Nichtzahlung von Steuern allein nicht ausreichend, wenn alle anderen Verbindlichkeiten (wenn auch schleppend) bezahlt werden.
- 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.

Weitere Nachweise einer Zahlungseinstellung können sein²⁹:

- 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 wäre³⁰)
- 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
- Haftbefehle zur Erzwingung der eidesstattlichen Versicherung, Verhaftung des Schuldners wegen Vermögensdelikten

Nach einem Urteil des BGH vom 10.07.2003 reicht zur Glaubhaftmachung der Zahlungseinstellung des Schuldners der Nachweis eines Sozialversicherungsträgers aus, dass der Schuldner seit mindestens sechs Monaten keine Sozialversicherungsbeiträge mehr abgeführt hat.³¹

h) Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach der betriebswirtschaftlichen Methode

1. Schritt: Erstellung eines stichtagsbezogenen Liquiditätsstatus

²⁹ vgl. Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Auflage, München 2004, 6. Kapitel, Rn. 75

³⁰ vgl. Obermüller / Hess, a.a.O. (oben Fn. 2), S. 43, Rn. 87

³¹ BGH, Urteil v. 10.07.2003, IX ZR 89/02, in: ZInsO 2003, S. 755



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

Den verfügbaren Zahlungsmitteln sind zuzuordnen:

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

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

Anhand des Liquiditätsstatus ist zu beurteilen, ob eine Liquiditätslücke vorliegt. Bei Vorliegen einer Liquiditätslücke hat nach den Vorgaben des Gesetzgebers eine Beurteilung dahingehend zu erfolgen, ob es sich um eine ganz geringfügige Liquiditätslücke handelt, da diese eine Zahlungsunfähigkeit nicht begründet. Der BGH geht in seiner mittlerweile mehrfach bestätigten Rechtsprechung von einer Lücke von 10 % aus, bei deren Überschreiten regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen sei.³²

Da die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung abzugrenzen ist, ist die zukünftige finanzielle Entwicklung des Schuldners zu berücksichtigen. Hierzu ist ein Finanz- oder Liquiditätsplan aufzustellen.

³² BGH, Urteil v. 24.05.2005, IX ZR 123/04



2. Schritt: Aufstellung eines Finanz- oder Liquiditätsplans

Durch die Aufstellung eines Finanz- oder Liquiditätsplans 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:

Ein- und Auszahlungen

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.

*Uhlenbruck*³³ führt in diesem Zusammenhang aus, die Beleihung und Verwertung von Vermögensgegenständen führe sukzessive zu einem Abfluss des Betriebsvermögens zu Lasten der Gläubiger. Die Veräußerung von Betriebsvermögen habe des Weiteren die Hinauszögerung des notwendigen Insolvenzantrags zur Folge, was letztlich zur Abweisung des Insolvenzantrags wegen Masselosigkeit nach § 26 InsO führe.

Die Beschaffung von zusätzlicher Liquidität durch Veräußerung von Betriebsvermögen kann sich ausschließlich auf das nicht betriebsnotwendige Vermögen beziehen³⁴. Die Veräußerung dieser Teile des Vermögens führt zu keinerlei Beeinträchtigung des laufenden Geschäftsbetriebs. Vielmehr kann ein ansonsten zahlungsunfähiger und insolvenzantragspflichtiger Schuldner dadurch in die Lage versetzt werden, eine bestehende Liquiditätskrise zu überwinden. Die durch den Liquiditätszufluss gegebene Möglichkeit der weiteren Teilnahme am Geschäftsleben kann bei entsprechend positivem Geschäftsverlauf letztlich den Gläubigern nur zugute kommen.

³³ vgl. Uhlenbruck, Insolvenzordnung Kommentar, 12. Auflage 2003, § 17, S. 378, Rn. 6, S. 378, Rn. 6

³⁴ so auch Bittmann, Folker (Hrsg.), a.a.O. (oben Fn. 24), § 7, Rn. 41



In seinem Urteil vom 24.05.2005³⁵ hat sich der BGH im Hinblick auf die in Ansatz zu bringenden Aktiva und Passiva wie folgt geäußert und dies im Urteil vom 12.10.2006³⁶ bestätigt:

„...Demgemäß wird verbreitet davon ausgegangen, zahlungsunfähig sei ein Schuldner, wenn ihm die Erfüllung der fälligen Zahlungspflichten wegen eines objektiven, kurzfristig nicht zu behebenden Mangels an Zahlungsmitteln nicht möglich sei. 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 ...“

Auf der Aktivseite werden sämtliche aktuell verfügbaren Mittel und auch die verfügbar werdenden Mittel, also Einzahlungen zum Ausgleich von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, Erstattungen des Finanzamts etc. berücksichtigt. Demgegenüber lässt die Formulierung bezüglich der Passivseite Interpretationsspielraum dahingehend offen, ob die im Betrachtungszeitraum (gemäß BGH drei Wochen) fällig werdenden Verbindlichkeiten in den Finanzplan eingestellt werden dürfen oder nicht.

(Anmerkung: In der Literatur werden verschiedentlich die Bezeichnungen „Passiva I“ für die fälligen Verbindlichkeiten und „Passiva II“ für die fällig werdenden Verbindlichkeiten gebraucht.³⁷)

Bork weist darauf hin, dass aus der Formulierung des BGH vereinzelt geschlossen werde, die fällig werdenden Verbindlichkeiten seien im Rahmen der Liquiditätsprüfung nicht zu berücksichtigen.³⁸

Verschiedene Kommentatoren äußern sich dahingehend, dass die wörtliche Formulierung zwar darauf schließen lassen könne, dass die fällig werdenden Verbindlichkeiten nicht mit in die Betrachtung der folgenden drei Wochen einzube-

³⁵ BGH, Urteil v. 24.05.2005, IX ZR 123/04

³⁶ BGH, Urteil vom 12.10.2006, IX ZR 228/03

³⁷ vgl. Bork, a.a.O. (oben Fn. 7), Seite 1751

³⁸ vgl. Bork, a.a.O. (oben Fn. 7), Seite 1751

ziehen seien, gehen aber davon aus, dass dies vom BGH tatsächlich aber nicht so gemeint sein könne bzw. beabsichtigt sei.³⁹

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist die Berücksichtigung der fällig werdenden Verbindlichkeiten im Finanzplan unabdingbar.⁴⁰

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 Inkongruenz soll an einem vereinfachten Beispiel deutlich gemacht werden. Betrachtet wird zum Stichtag 31.12. die voraussichtliche Entwicklung der Liquidität in den kommenden drei Wochen bei folgenden Werten:

Bankguthaben, Kasse, freie Kreditlinie zum 31.12.:	€ 100.000,-
zu erwartende Einzahlungen auf Forderungen L + L:	€ 250.000,-
sonstige zu erwartende Einzahlungen:	€ 100.000,-
<u>Summe verfügbare Mittel</u>	<u>€ 450.000,-</u>

zum Stichtag fällige Verbindlichkeiten L + L:	€ 330.000,-
sonstige zum Stichtag fällige Verbindlichkeiten:	€ 120.000,-
<u>Zwischensumme „Alt“-Verbindlichkeiten</u>	<u>€ 450.000,-</u>
innerhalb von drei Wochen fällig werdende Verb. L + L	€ 250.000,-
innerhalb von drei Wochen fällig werdende sonst. Verb.	€ 50.000,-
<u>Summe fällige Verbindlichkeiten</u>	<u>€ 750.000,-</u>

Es ist eindeutig erkennbar, dass die aktuell verfügbaren Mittel und die zu erwartenden Einzahlungen der kommenden drei Wochen nur ausreichen, um die „Alt“-Verbindlichkeiten“ in Höhe von € 450.000,- zu begleichen. Zum Stichtag bereits durch Lieferung oder Arbeitsleistung begründete und durch Rechnungs-

³⁹ ebenso Hölzle, a.a.O. (oben Fn. 6), Seite 615; Dr. Peter Staufenberg / Volker Hoffmann, Die Ermittlung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit – Teil 3, ZinsO 2008, Seite 892

⁴⁰ ebenso Hauptfachausschuss des IDW, a.a.O. (oben Fn. 8), S. 166; Eilenberger, a.a.O. (Fn. 5), § 17, Rn. 20; Hölzle, a.a.O. (oben Fn. 6), Seite 615, Bork, a.a.O. (oben Fn. 7), Seite 1753; Staufenberg / Hoffmann, a.a.O. (oben Fn. 39), Seite 893



tellung seitens der Gläubiger bereits geltend gemachte „Neu“-Forderungen (bzw. „Neu“-Verbindlichkeiten aus Sicht des Schuldners), die sich in obigem Beispiel auf zusammen € 300.000,- (€ 250.000,- + € 50.000,-) belaufen, können nicht beglichen werden. Letztlich kann man das Beispiel auch so interpretieren, dass der Schuldner bei diesen Zahlen nicht in der Lage ist, mit seinen Einnahmen aus dem operativen Geschäft die zur Erzielung dieser Einnahmen bereits begründeten Verbindlichkeiten zu begleichen. Gerade dies ist aber erforderlich, damit ein Unternehmen oder eine Privatperson dauerhaft am Marktgeschehen teilnehmen kann. Insofern muss zwingend Kongruenz zwischen Einzahlungen und Auszahlungen bestehen.

Aus unserer Tätigkeit als forensische Wirtschaftsgutachter kann darüber hinaus eindeutig gesagt werden, dass bei einer dahingehenden Auslegung des BGH-Urteils vom 24.05.2005, fällig werdende Verbindlichkeiten nicht zu berücksichtigen, eine sehr große Anzahl von Unternehmen, deren Insolvenzreife wegen Zahlungsunfähigkeit auch nach außen anhand umfangreicher wirtschaftskriminalistischer Anzeichen deutlich wird, nicht als zahlungsunfähig einzustufen wären. Dies entspräche aber gerade nicht dem Ziel der Insolvenzordnung den Insolvenzantragszeitpunkt vorzuverlagern und würde es faktisch zahlungsunfähigen Unternehmen und Privatpersonen ermöglichen, weiterhin am Marktgeschehen teilzunehmen.

Prüfungszeitraum

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

In seiner neueren Rechtsprechung sieht der BGH einen Zeitraum von drei Wochen als erforderlich, aber auch als ausreichend an⁴¹.

Grundsätzlich ist ein Drei-Wochen-Zeitraum als ausreichend anzusehen. Die Zugrundelegung eines Zeitraums von einem Monat wird insbesondere bei retrograden Prüfungen 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.

In Anlehnung an das BGH-Urteil vom 24.05.2005 ist bei einer Liquiditätslücke, die weniger als 10 % beträgt, nicht von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, auch

⁴¹ BGH, Urteil v. 24.05.2005, IX ZR 123/04



wenn diese nicht innerhalb von drei Wochen oder eines Monats beseitigt werden kann. 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 steigt, sollte sich die Finanzplanung nach unserer Auffassung bei Lücken von weniger als 10 % auf längere Zeiträume erstrecken.

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 deshalb auf längere Zeiträume ausgedehnt werden, um sicherzustellen, dass alle Umstände, die zu einer erheblichen Verbesserung der Liquidität führen können, ausreichend berücksichtigt sind.

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.

Vergangenheitsbezogene Prüfung

Ist eine vergangenheitsbezogene Prüfung und nachträgliche Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit notwendig, so z. B. im Rahmen eines Strafverfahrens zur Prüfung des Verdachts der Insolvenzverschleppung, so sollte der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit anhand der tatsächlichen Werte, die den entsprechenden Unterlagen zu entnehmen sind (Bilanzen, Buchhaltung, Bankauszüge und –belege, Kasse usw.), ermittelt werden.

Subjektive Erkennbarkeit für die Verantwortlichen

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 aus⁴². 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*⁴³ 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 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.“

BGH-Urteil vom 12.10.2006

Mit Urteil vom 12.10.2006 verweist der BGH darauf, dass zum Nachweis des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit nicht zwingend eine Liquiditätsbilanz erstellt werden muss.⁴⁴ Im **Anfechtungsprozess** bestehe die Möglichkeit den Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit zu bestimmen, indem nachgewiesen werde, 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.

Bestanden jedoch konkrete Umstände, die sich nachträglich geändert haben, die annehmen lassen, dass der Schuldner rechtzeitig in der Lage sein würde, die Verbindlichkeiten zu begleichen, ist diese Vorgehensweise gemäß der Recht-

⁴² vgl. Bittmann, Folker (Hrsg.), a.a.O. (oben Fn. 24), § 11, Rn. 69

⁴³ vgl. Bittmann, Folker (Hrsg.), a.a.O. (oben Fn. 24), § 11, Rn. 62

⁴⁴ BGH, Urteil vom 12.10.2006, IX ZR 228/03



sprechung des BGH vom 12.10.2006 nicht anwendbar. Ein solcher konkreter Umstand kann nach unserer Auffassung beispielsweise der Ausfall bedeutender Forderungen sein, der im Zeitpunkt der Fälligkeit der entsprechenden Verbindlichkeiten noch nicht absehbar war. Hierin liegt aus unserer Sicht aber gerade die Problematik der dargestellten Methode. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Erstellung einer Liquiditätsbilanz / eines Finanzplans im Zeitpunkt der Fälligkeit der fraglichen Verbindlichkeiten eine positive Liquiditätslage zum Ergebnis hat, wenn - um bei diesem Beispiel zu bleiben - auf der Aktivseite alle Forderungen ausgewiesen werden, mit deren Eingang nach den jeweiligen Umständen eindeutig gerechnet werden konnte. In einem solchen Fall kann nach unserer Auffassung die Zahlungsunfähigkeit nicht im Zeitpunkt der Fälligkeit der ältesten bei Verfahrenseröffnung noch offenen Verbindlichkeiten eingetreten sein. Nur durch die Erstellung einer Liquiditätsbilanz lässt sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die tatsächliche Liquiditätslage und damit auch der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit abbilden. Aus unserer Praxis als forensische Wirtschaftsgutachter sind uns eine Reihe von Fällen bekannt, bei denen bei Anwendung der betriebswirtschaftlichen Methode (Erstellung Liquiditätsbilanzen / Finanzpläne) keine Zahlungsunfähigkeit vorlag, während zum jeweiligen Stichtag der Liquiditätsbilanz / der Finanzpläne bereits fällige Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht beglichen wurden. Insofern ist die im Vorgehensweise gemäß BGH vom 12.10.2006 aus betriebswirtschaftlicher Sicht kritisch zu bewerten und deren Anwendung kann, wenn das Ergebnis nicht durch alternative Methoden (Erstellung Liquiditätsbilanz, Anwendung der wirtschaftskriminalistischen Methode) verifiziert wird, nach unserer Auffassung zu falschen Feststellungen zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit führen.

Gemäß BGH vom 12.10.2006 ist die Erstellung einer Liquiditätsbilanz / eines Finanzplans für die Frage, ob Insolvenzantrag zu stellen oder ein Insolvenzverfahren zu eröffnen ist, weiterhin erforderlich.



i) Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach der wirtschaftskriminalistischen Methode

Auch anhand wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen kann der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit relativ sicher bestimmt werden. Entsprechende Vorgehensweisen wurden vom BGH gebilligt⁴⁵.

Äußere Anzeichen, die bei Anwendung der wirtschaftskriminalistischen Methode in ihrer zeitlichen Reihenfolge darzustellen sind, sind z.B.:⁴⁶

- Steuer- und Sozialversicherungsrückstände
- die Häufung von gerichtlichen Mahnbescheiden, fruchtlose Pfändungsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers
- Abgabe der eidesstattlichen Versicherung durch den Schuldner
- Wechsel- und Scheckproteste, Lastschriftrückgaben
- Nichtbezahlung wiederkehrender Verbindlichkeiten für betriebsnotwendige Leistungen
- Kündigung oder Androhung der Kündigung von Bankkrediten

j) Drohende Zahlungsunfähigkeit

Im Hinblick auf das Ziel der InsO, die Verfahrenseröffnung vorzuverlegen, hat der Gesetzgeber als neuen Insolvenzauslöser die in § 18 InsO geregelte drohende Zahlungsunfähigkeit eingeführt. Dieser Eröffnungsgrund 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“. Der durch einen Finanzplan abzudeckende Zeitraum sollte nach herrschender Meinung das laufende und nach Möglichkeit das folgende Geschäftsjahr umfassen.⁴⁷

⁴⁵ BGH, Urteil vom 20.07.1999, in: NJW 2000, S. 154,156

⁴⁶ vgl. Wabnitz/Janovsky, a.a.O. (oben Fn. 29), 6. Kapitel, Rn. 81

⁴⁷ vgl. Kübler/Prütting (Hrsg.), InsO, Kommentar zur Insolvenzordnung, Köln 2000, § 19, Rn. 16; Uhlenbruck, wistra 1996, 1, 6 und Wolf, in: DStR 1998, S. 126, 127, zitiert bei: Weyand, Raimund, Insolvenzdelikte, Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht, 6. Auflage, Bielefeld 2003, S. 54, Rn. 34

Allgemeine Kriterien der Überschuldung

Mit dem Inkrafttreten des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (FMStG) am 18.10.2008 und des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 01.11.2008 kam es zum Teil zu erheblichen Änderungen im Hinblick auf die Überschuldungsprüfung. Insbesondere das FMStG beinhaltet eine bedeutende Änderung der Methode der Überschuldungsprüfung. Diese Änderung war zunächst bis zum 31.12.2010 befristet, wurde aber zwischenzeitlich durch das Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, das von Bundestag und Bundesrat am 08.09.2009 bzw. 18.09.2009 verabschiedet wurde, bis zum 31.12.2013 verlängert. Die Änderungen nach FMStG und MoMiG führen dabei zu gegenläufigen Auswirkungen insbesondere im Hinblick auf die Insolvenzantragspflicht und den Gläubigerschutz. Während das FMStG zu einer - zeitlich beschränkten - Lockerung der Insolvenzantragspflicht und damit einer Erhöhung des Insolvenzausfallrisikos der Gläubiger führen kann, unterstützt das MoMiG mit dem neuen § 19 Abs. 2 S. 2 InsO das ursprüngliche Ziel der Insolvenzordnung, die Antragstellung insbesondere auch aus Gläubigerschutzerwägungen vorzuverlagern.

§ 19 Abs. 2 InsO in der alten Fassung lautet wie folgt:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“⁴⁸

§ 19 Abs. 2 InsO in der neuen Fassung lautet folgendermaßen:

„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. 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

⁴⁸ § 19 Abs. 2 InsO a.F.



*in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen“.*⁴⁹

Die Änderung des § 19 Abs. 2 S. 1 und S. 2 InsO a.F., der durch § 19 Abs. 2 S. 1 n.F. ersetzt wurde, erfolgte durch die Vorgaben des FMStG und ist auf den Zeitraum bis 31.12.2013 beschränkt. Danach tritt wieder die alte Fassung in Kraft.

§ 19 Abs. 2 S. 2 InsO n.F. wurde aufgrund der Vorgaben des MoMiG hinzugefügt und ist nicht zeitlich beschränkt.

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.

a) Definition

Die einheitliche Definition des § 19 Abs. 2 InsO a.F., nach der Überschuldung dann vorliegt, „*wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt*“, wurde mit Inkrafttreten des FMStG am 18.10.2008 bis nunmehr einschließlich 31.12.2013 geändert.

Gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 InsO n.F. liegt Überschuldung demnach dann 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*“.

⁴⁹ § 19 Abs. 2 InsO n.F.

b) Anwendung der zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung

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 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.“

Demnach waren in Übereinstimmung mit dem IDW im ersten Schritt der Überschuldungsprüfung durch die Fortbestehensprognose die Überlebenschancen des Unternehmens zu prüfen.⁵⁰

Im zweiten Schritt ist nach der zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung das Vermögen den Schulden gegenüberzustellen, wobei die Positionen des Überschuldungsstatus im Falle einer positiven Fortbestehensprognose mit Fortführungswerten anzusetzen sind. Bei negativer Prognose erfolgt die Bewertung der einzelnen Positionen unter Liquidations- oder Zerschlagungsgesichtspunkten. Liquidationswerte können dann angesetzt werden, wenn ein geordnetes Liquidationskonzept vorliegt. Andernfalls sind Zerschlagungswerte in Ansatz zu bringen. Liquidationswerte sind Veräußerungswerte, die im Rahmen der Liquidation unter normalen Umständen zu erzielen sind. Zerschlagungswerte sind Veräußerungswerte, welche unter erhöhtem Zeitdruck bei der Zerschlagung eines Unternehmens erzielbar sind.

Nach der zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung kann auch bei positiver Fortführungsprognose eine Überschuldung nicht immer ausgeschlossen werden. Bei positiver Prognose hat der Geschäftsführer nur die Berechtigung, die Aktiva mit Fortführungswerten in Ansatz zu bringen.⁵¹

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

⁵⁰ vgl. Fachausschuss Recht des IDW, FAR 1/1996, Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen, in: Die Wirtschaftsprüfung 1997, S. 2223 f.
ebenso: Bittmann, Folker, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung nach der Insolvenzordnung, Teil II, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht, wistra 1999, S. 10 - 18; Bittmann, Folker (Hrsg.), a.a.O. (oben Fn. 24), § 11, Rn. 90

⁵¹ vgl. Begründung zum Regierungsentwurf sowie Ausschussbericht, zitiert bei: Balz / Landfermann, a.a.O. (oben Fn. 25), 225/226



Aufgrund des am 18.10.2008 in Kraft getretenen FMStG wird bis zum 31.12.2013 die im folgenden erläuterte modifizierte zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung angewandt. Ab dem 01.01.2014 kommt wieder die zuvor dargestellte zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung zur Anwendung.

c) Anwendung der modifizierten zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung

Die modifizierte zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung war im Gesetzgebungsverfahren zur Insolvenzordnung ausdrücklich abgelehnt worden. Mit Inkrafttreten des FMStG am 18.10.2008 ist ohne Übergangsfrist auch die Neufassung des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO in Kraft getreten. Nunmehr heißt es hier:

„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.“

Mit der Neufassung des § 19 Abs. Satz 1 InsO hat der Gesetzgeber ausdrücklich die Anwendung der modifizierten zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung für den Übergangszeitraum vom 18.10.2008 bis nunmehr einschließlich 31.12.2013 angeordnet. Der entscheidende 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.

Die Begründung für den - zeitlich beschränkten - Wechsel zur modifizierten zweistufige Prüfungsmethode ist der Bundestagsdrucksache 16 / 10600 vom 14.10.2008 zu entnehmen.⁵²

„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 Unternehmens 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.“

Deshalb knüpfe man mit dem neuen § 19 Abs. 2 InsO wieder an den „sog. zweistufigen modifizierten Überschuldungsbegriff“ an, „wie er vom Bundesgerichtshof bis zum Inkrafttreten der Insolvenzordnung vertreten wurde (vgl. BGHZ 119, 201, 214)“, bei dessen Anwendung eine insolvenzantragspflichtige Überschuldung bereits durch eine positive Prognose ausgeschlossen wird.

Zur Fortführungsfähigkeit heißt es wie folgt:

„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.“

Demnach ist die Prüfung der künftigen Liquiditätslage Hauptbestandteil der Fortführungsprognose.

⁵² BT-Drucksache 16 / 10600, S. 21

Die Anwendung des FMStG und damit auch des modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriffs ist nicht auf Unternehmen beschränkt, die durch die Finanzkrise in Schwierigkeiten gekommen sind. Es betrifft alle Schuldner, die unter den Insolvenzgrund des § 19 InsO fallen.⁵³

d) Die Fortführungsprognose

Die Fortführungsprognose ist bei beiden Methoden der Überschuldungsprüfung (zweistufige und modifizierte zweistufige) identisch. Jedoch spricht für eine detaillierte und umfassendere Prognose im Rahmen der modifizierten zweistufigen Überschuldungsprüfung die Tatsache, dass bei dieser Methode *„zugunsten des Erhalts von Unternehmen das Insolvenzausfallrisiko der Gläubiger dieser Unternehmen erheblich vergrößert wird“*⁵⁴. Aus Gründen des Gläubigerschutzes ist deshalb ein sorgfältiges Vorgehen bei der Erstellung der Prognose geboten und auf die Einhaltung der wesentlichen Elemente zu achten⁵⁵.

Für das Ergebnis der Fortführungsprognose ist insbesondere die zukünftige Entwicklung der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens maßgeblich⁵⁶. Darüber hinaus sollte eine Analyse der Ertragskraft vorgenommen werden.

Zukünftige Entwicklung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners

Gemäß Fachausschuss Recht des IDW soll die Finanzplanung die Grundlage der Fortbestehensprognose darstellen.⁵⁷ Nach Braun/ Uhlenbruck ist die Fortführungsprognose weitgehend identisch mit der Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit.⁵⁸ Der Schuldner droht gemäß § 18 Abs. 2 InsO zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Aus der Begründung zum Regierungsentwurf der Insolvenzordnung ist zu entnehmen, dass im Gegensatz zum Wortlaut des § 18 Abs. 2 InsO nicht nur die

⁵³ vgl. Pape, Gerhard, Der neue insolvenzrechtliche Überschuldungsbegriff, in: NWB, Ausgabe 1-2/2009, S. 58

⁵⁴ vgl. Pape, Gerhard, a.a.O. (oben Fn. 53), S. 59

⁵⁵ vgl. Pape, Gerhard, a.a.O. (oben Fn. 53), S. 62

⁵⁶ vgl. Karsten Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O. (oben Fn. 14), S. 419, Rn. 878; BT-Drucksache 16 / 10600, S. 21

⁵⁷ vgl. Fachausschuss Recht des IDW, a.a.O. (oben Fn. 50), S. 2223 f.

⁵⁸ vgl. Braun / Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, Düsseldorf 1997, S. 292



bereits bestehenden Zahlungsverpflichtungen einzubeziehen sind, sondern auch die „zukünftigen, noch nicht begründeten“⁵⁹.

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.⁶⁰ 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.⁶¹

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.

Ertragskraft des Schuldners

Die Ertragskraft eines Unternehmens kann insbesondere durch eine Analyse des Cash-flow, der den sogenannten Innenfinanzierungsspielraum eines Unternehmens widerspiegelt, ermittelt werden.

Der Cash-flow wird wie folgt ermittelt:

- Jahresüberschuss bzw. unterjährige (monatliche) Ergebnisse
- + Aufwendungen, die nicht zu Auszahlungen führen / geführt haben
- Erträge, die nicht zu Einzahlungen führen / geführt haben

⁵⁹ vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, zitiert bei: Balz / Landfermann, a.a.O. (oben Fn. 25), S. 224

⁶⁰ vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, zitiert bei: Balz / Landfermann, ebenda

⁶¹ vgl. Kübler/Prütting (Hrsg.), a.a.O. (oben Fn. 47), § 19, Rn. 16; Uhlenbruck, wistra 1996, 1, 6 und Wolf, in: DStR 1998, S. 126, 127, zitiert bei: Weyand, Raimund, a.a.O. (oben Fn. 47), S. 54, Rn. 34



Bei einer nachträglichen, vergangenheitsbezogenen Betrachtung kann die tatsächliche Entwicklung der Ertragslage und des Cash-flow des Unternehmens anhand von Jahresabschlüssen, Buchführungsunterlagen (insbesondere monatliche betriebswirtschaftliche Auswertungen) und sonstiger relevanter Daten überprüft werden.

e) Ansatz und Bewertung im Überschuldungsstatus

Die folgenden Ausführungen zu Ansatz und Bewertung im Überschuldungsstatus betreffen, sofern sie sich auf eine positive Fortführungsprognose beziehen, nur die zweistufige Methode der Überschuldungsprüfung, die ab dem 01.01.2014 wieder zur Anwendung kommt. 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.

AKTIVPOSTEN

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 ist oder für die sich durch die Insolvenzordnung Änderungen hinsichtlich Ansatz bzw. Bewertung ergeben haben.



- **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 im Überschuldungsstatus als Vermögensgegenstände anzusetzen.

- **Geschäfts- oder Firmenwert**

Begrifflich wird unterschieden zwischen einem derivativen (erworbenen) und einem originären (selbst geschaffenen) Firmenwert. Im Rahmen der Überschuldungsprüfung ist es unerheblich, ob es sich um einen originären oder einen derivativen Firmenwert handelt. Entscheidend für den Ansatz im Überschuldungsstatus ist das Kriterium der selbständigen Verwertbarkeit.⁶²

Wenn dem Firmenwert die Einzelverkehrsfähigkeit fehlt, ist nach Wagner ein Ansatz im Überschuldungsstatus nur dann zu rechtfertigen, wenn eine gewisse Sicherheit dafür besteht, dass bei der Veräußerung des Unternehmens als Ganzes oder in einzelnen Teilen mit einem Zusatzertrag in Höhe des Firmenwerts zu rechnen ist und diese Veräußerung durch einen Kaufvertrag belegt werden kann.⁶³ Gleicher Ansicht ist Breuer⁶⁴, der feststellt, dass der Firmenwert nur dann im Rahmen der Überschuldungsprüfung Berücksichtigung finden kann, wenn er „ein in künftigen Erträgen immanentes Schuldendeckungspotential“ enthält und somit im Rahmen des Unternehmenserwerbs mitabgegolten wird.

- **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 Berücksich-

⁶² vgl. Karsten Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O. (oben Fn. 14), S. 427, Rn. 889

⁶³ vgl. Wagner, Wolfgang, Die Messung der Überschuldung, zitiert bei: Müller/Haas, Bilanzierungsprobleme bei der Erstellung des Überschuldungsstatus nach § 19 Abs. 2 InsO, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, a.a.O. (oben Fn. 1), S. 1809

⁶⁴ vgl. Breuer, Wolfgang, Insolvenzrecht, Eine Einführung, 2. Auflage, 2003, S. 55, Rn. 159

tigung diverser Abschläge, wie z. B. für die bisherige Nutzung oder für einen schlechten Erhaltungszustand, berechnet wird.⁶⁵

- **Finanzanlagen**

Beteiligungen und Wertpapiere des Anlagevermögens sind in der Regel mit ihrem Kurswert anzusetzen.

- **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*⁶⁶ 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).

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 anzusetzen, da sie zunächst im Betrieb fertiggestellt werden müssen und au-

⁶⁵ vgl. Wolf, Thomas, Überschuldung, Herne / Berlin 1998, S. 81

⁶⁶ vgl. Reck, Reinhard, Die Analyse der Überschuldung in der strafrechtlichen Praxis (Teil II), in: ZinsO, Ausgabe 13/2004, S. 733/734

Berhalb des Unternehmens nur selten einen erheblichen Veräußerungswert besitzen. *Reck*⁶⁷ hält aus diesen Gründen Abschläge von ca. 50 % auf den Buchwert für gerechtfertigt.

- **Forderungen aus Lieferungen und Leistungen**

Forderungen aus Lieferungen und Leistungen sind grundsätzlich mit den Buchwerten anzusetzen. Eine Wertberichtigung ist jedoch in den Fällen vorzunehmen, in denen Zweifel an der Realisierbarkeit der Forderung bestehen.⁶⁸ Da die Zahlungsmoral von Kunden stark fällt, wenn diese Kenntnis von der Insolvenzreife oder –gefährdung des Schuldners erlangen, sind nach *Reck*⁶⁹ bei negativer Prognose Abschläge zwischen 20 und 50 % vorzunehmen, wobei 50 % dann angemessen seien, wenn es sich um Forderungen handelt, die schon sechs Monate und länger fällig sind.

- **Aktive Rechnungsabgrenzungsposten**

In der Literatur wird überwiegend die Meinung vertreten, dass aktive Rechnungsabgrenzungsposten einen Geldabfluss dokumentieren, der einen Anspruch auf eine nicht in Zahlung bestehende Gegenleistung bzw. bei Vertragsstörung einen Anspruch auf Rückzahlung der eigenen Leistung beinhaltet.⁷⁰ Vor diesem Hintergrund ist der Ansatz im Überschuldungsstatus unter Fortführungsgesichtspunkten gerechtfertigt. Ein Disagio oder ein Damnum bleibt außer Ansatz, wenn es sich um ein einmaliges Entgelt handelt.

- **Patronatserklärungen**

Sogenannte harte Patronatserklärungen sind im Rahmen der Überschuldungsprüfung zu aktivieren. Die Aktivierbarkeit harter Patronatserklärungen ist allerdings nur dann gegeben, wenn sie zugunsten aller Gläubiger abgegeben wurden. Die Abgabe der Erklärung z.B. nur zugunsten der kreditgebenden Bank reicht also nicht aus.⁷¹

⁶⁷ vgl. Reck, Reinhard, a.a.O. (oben Fn. 66), S. 733

⁶⁸ vgl. Karsten Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O. (oben Fn. 14), S. 439, Rn. 903

⁶⁹ vgl. Reck, Reinhard, a.a.O. (oben Fn. 66), S. 734

⁷⁰ vgl. Vonnemann, Wolfgang, Die Feststellung der Überschuldung, Bd. 4, Köln-Berlin-Bonn-München 1989, S. 38

⁷¹ vgl. Uhlenbruck, a.a.O. (oben Fn. 33), § 19, S. 429, Rn. 46

PASSIVPOSTEN

Der Überschuldungsstatus enthält sämtliche Verbindlichkeiten, die gegenüber Insolvenzgläubigern zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestanden.⁷² 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.⁷³

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.

- **Einlagen von stillen Gesellschaftern**

Die stille Einlage mit Verlustbeteiligung wird im Überschuldungsstatus in Höhe der Verlustbeteiligung nicht in Ansatz gebracht, wobei es nicht von Bedeutung ist, ob eine typische oder eine atypische stille Beteiligung vorliegt.

Sofern die Verlustbeteiligung ausgeschlossen ist, ist die Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber dem stillen Gesellschafter in Höhe des bestehenden Rückzahlungsanspruchs zu passivieren.

- **Rückstellungen**

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

⁷² vgl. Kübler/Prütting (Hrsg.), a.a.O. (oben Fn. 47), § 19, Rn. 13

⁷³ vgl. Uhlenbruck, Wilhelm, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl., Köln 1988, S. 310

- **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.⁷⁴

- **Behandlung von Gesellschafterdarlehen**

Mit dem Inkrafttreten des MoMiG am 01.11.2008 entfällt die Unterscheidung zwischen „kapitalersetzenden“ und „normalen“ Gesellschafterdarlehen. Da nach der Rechtsprechung des BGH vom 08.01.2001⁷⁵ im Überschuldungsstatus Passivierungspflicht für ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen bestand, gilt dies erst recht für ein „normales“ Gesellschafterdarlehen.

Nach herrschender Meinung entfällt die Passivierungspflicht im Überschuldungsstatus dann, wenn ein Rangrücktritt erklärt wurde. Eine entsprechende Vereinbarung sei ausreichend, aber auch unbedingt erforderlich.⁷⁶

Im BGH-Urteil vom 08.01.2001 heißt es hierzu wie folgt⁷⁷: *„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*

⁷⁴ vgl. Wolf, a.a.O. (oben Fn. 65), S. 122

⁷⁵ BGH, Urteil v. 08.01.2001 - II ZR 88/99

⁷⁶ vgl. Fischer, Roland, Die Bedeutung eines Rangrücktritts für den Überschuldungsstatus einer GmbH, in: GmbH-Rundschau, 91. Jg., Köln 2000, Nr. 2, S. 66-70; Breuer, Wolfgang, a.a.O. (oben Fn. 64), S. 58, Rn. 168; Häsemeyer, Ludwig, Insolvenzrecht, 3. Auflage, 2003, S. 142 / 143, Rn. 7.24 b

⁷⁷ BGH, Urteil v. 08.01.2001 - II ZR 88/99

er selbst und seine Mitgesellschafter hinsichtlich ihrer Einlagen stehen, besteht keine Notwendigkeit, diese Forderungen in den Schuldenstatus der Gesellschaft aufzunehmen.“ Auch in der Rechtsprechung des BGH, die einen Forderungsverzicht seitens des Gesellschafters nicht für erforderlich hält, wird eine Rangrücktrittserklärung somit als ausreichend angesehen, um von der Passivierung von (eigenkapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen in der Überschuldungsbilanz absehen zu können. Durch seine Entscheidung vom 08.01.2001 hat der BGH den Rangrücktritt als wichtiges Sanierungsinstrument herausgestellt.⁷⁸

Ein einfacher Rangrücktritt erreicht die vom BGH geforderte Qualifizierung nicht. Ein solcher liegt vor bei Formulierungen wie „tritt mit seiner Forderung im Rang hinter alle übrigen Gläubiger zurück“ oder „die Erfüllung der Verbindlichkeit kann nur aus künftigen Gewinnen oder aus einem etwaigen Liquidationsüberschuss verlangt werden“. Die Gesellschafterleistung ist bei einem einfachen Rangrücktritt dem statutarischen Kapital nicht gleichgestellt⁷⁹.

Nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO n.F. sind „*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*“, nicht bei den Verbindlichkeiten nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO n.F. (Verbindlichkeiten, die in einem Überschuldungsstatus zu passivieren sind) zu berücksichtigen.

- **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 gebil-

⁷⁸ vgl. Karsten Schmidt / Uhlenbruck, a.a.O. (oben Fn. 14), S. 455, Rn. 918

⁷⁹ vgl. Dr. Gerrit Hölzle, Der qualifizierte Rangrücktritt als Sanierungsmittel - und Steuerfalle?, in: GmbHRundschau, Heft Nr. 13/2005, S. 853

det werden, wenn die strittige Verbindlichkeit nicht passiviert wird. Bei überwiegend erfolgversprechendem Prozessausgang kann in Ausnahmefällen von der Bildung bzw. Passivierung einer Rückstellung abgesehen werden.⁸⁰

⁸⁰ vgl. Uhlenbruck, Insolvenzordnung Kommentar, a.a.O. (oben Fn. 33), § 19, S. 432, Rn. 53; Weyand, Raimund, a.a.O. (oben Fn. 47), S. 59, Rn. 37