

## **Betriebswirtschaftliche Aspekte und offene Fragen im Zusammenhang mit dem Begriff „Überschuldung“ gem. § 19 InsO**

### **Sowie Hinweise zum kürzlich verabschiedeten IDW-Standard S 11**

(zugleich: Vorschlag zu einer Neuformulierung des § 19 Abs. 2 InsO)

1. Problemstellung
2. Entwicklung des Überschuldungsbegriffes
  - 2.1 Überschuldung bis zum Inkrafttreten der InsO 01.01.1999
  - 2.2 Überschuldung bis zum FMStG (17.10.2008)
  - 2.3 „Neuer“ Überschuldungsbegriff ab dem 18.10.2008
  - 2.4 Entfristung
3. Die verschiedenen Arten der Überschuldung
  - 3.1 Bilanzielle Überschuldung
  - 3.2 (Betriebs-) Wirtschaftliche oder rechnerische Überschuldung
  - 3.3 Materiell-rechtliche Überschuldung i.S.d. § 19 Abs. 2 InsO (aktuelle Rechtslage)
  - 3.4 Überschuldungsbegriff im IDW S 11
4. Betriebswirtschaftliche Aspekte des aktuellen Überschuldungsbegriffes
  - 4.1 Überblick und Problematik
  - 4.2 Einzelne Aspekte
    - a) Zeitlicher Aspekt (statisch vs. dynamisch)
    - b) Ausgangspunkt (Eröffnungsbilanz/-Status, letzter Jahresabschluss, Zwischenabschluss, Status inkl. Inventur)
    - c) Mengengerüst
    - d) Bewertungsalternativen
    - e) Ermittlung des Schuldendeckungspotentials (statisch vs. dynamisch)
  - 4.3 Derzeitige Rechtslage und Vorgabe des IDW S 11
    - a) Fortbestehensprognose und deren Elemente
    - b) Überschuldungsstatus bei negativer Fortbestehensprognose
    - c) Sogenannte „einfache“ Fälle nach IDW S 11 Tz. 55
  - 4.4 Bedeutung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit (§ 17, 18 InsO) im Verhältnis zur Überschuldung
  - 4.5 Kritik an der derzeitigen Rechtslage und der überwiegenden Literaturmeinung
    - a) Reihenfolge der Prüfung
    - b) Ist eine Reduzierung auf eine „reine“ Zahlungsunfähigkeitsprognose ausreichend (?)
    - c) Was will der Gesetzgeber: eine kurzfristige Beseitigung eines Insolvenzeröffnungsgrundes oder eine nachhaltige Sanierung?
    - d) Hinweise zum Überschuldungsstatus
5. Lösungsansatz
  - 5.1 Betriebswirtschaftliche Elemente einer gesunden Unternehmung
  - 5.2 Statische Betrachtung als Ausgangspunkt. Ableitung eines (betriebswirtschaftlich) begründeten Status
  - 5.3 Insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose, ganzheitlicher Ansatz zur Beurteilung der VFE-Lage vs. der „Zahlungsfähigkeitsprognose“ und Überschuldungsstatus bei positiver Fortbestehensprognose
  - 5.4 Überschuldungsstatus bei negativer Fortbestehensprognose

- 5.5 Exkurs: Auswirkung auf die Going-Concern-Prämisse gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB
- 5.6 Lösungsvorschlag für eine gesetzliche Umsetzung im § 19 InsO
- 5.7 Sollte der Begriff „drohende Überschuldung“ im Gesetz aufgenommen werden als weiteres Antragsrecht?

## 6. Zusammenfassung / Ausblick

### 1. Problemstellung

Die Überschuldung ist neben der Zahlungsunfähigkeit der zweite obligatorische Insolvenzeröffnungsgrund, der – sofern er vorliegt – entsprechende Insolvenzantragspflichten nach § 15a InsO auslöst und bei Nichtbeachtung z.T. erhebliche haftungs- und strafrechtliche Konsequenzen für die Organvertreter der betroffenen Rechtsträger, aber auch der involvierten Beraterschaft nach sich ziehen können. Auch nach Inkrafttreten der Neuregelung des § 19 InsO durch das FMStG in 2008 infolge der Finanzkrise, hat die Bedeutung des Überschuldungsbegriffes keineswegs abgenommen. Im Gegenteil: Er impliziert die Selbstprüfungspflicht der Organvertreter in der (heraufziehenden) Krise der von ihnen vertretenen Kapitalgesellschaft. Vor diesem Hintergrund soll der Überschuldungsbegriff unter betriebswirtschaftlichen Aspekten betrachtet werden, um zu überlegen, ob sich ggf. auch Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung ergeben können<sup>1</sup>.

### 2. Entwicklung des Überschuldungsbegriffes

#### 2.1 Überschuldung bis zum Inkrafttreten der InsO 01.01.1999

In dem bis zum Inkrafttreten der InsO geltenden Recht der Konkursordnung war der Überschuldungsbegriff nicht näher definiert. Auch die Vergleichsordnung und die Gesamtvollstreckungsordnung, die nach der Wiedervereinigung für die fünf hinzugetretenen Bundesländer gegolten hat, haben hierzu keine explizite Auskunft gegeben. Durch Literatur und Richterrecht wurde in den 90'er Jahren der Überschuldungsbegriff dahingehend konkretisiert, dass Überschuldung nur dann vorliegt, wenn zwei Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

- Wenn das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz zu Liquidationswerten die bestehende Verbindlichkeit nicht mehr deckt (sogenannte rechnerische Überschuldung)
- und
- die Finanzkraft der Gesellschaft mittelfristig zur Fortführung nicht ausreicht (sogenannte Überlebens- oder Fortbestehensprognose).

Diese sogenannte „modifizierte zweistufige Überschuldungsprüfung“ ist auf die Lehre von Karsten Schmidt zurückzuführen, die erstmalig in der BGH-Rechtsprechung vom 13.07.1992, II ZR 269/91 (BGH Z 119 ff.)<sup>2</sup> im sogenannten Dornier-Urteil ihren höchstrichterlichen Niederschlag gefunden hat. Der betriebswirtschaftliche Hintergrund bedeutete im Ergebnis, dass eine rechnerische Überschuldung (ermittelt aus einem Status, in dem Aktiva und Passiva zu Liquidationswerten angesetzt wurden) dann keine Rolle spielt, wenn die Finanzkraft des Unternehmens (gemeint: des Rechtsträgers) mittelfristig zur Fortführung ausreicht; dies bedeutete im Sinne des Gläubigerschutzgedanken, dass sämtliche innerhalb des Prognosezeitraumes fälligen Verbindlichkeiten durch das krisenbetroffene Unternehmen bedient werden. Dass diese auf Richterrecht zurückgehende Rechtsmeinung keineswegs unumstritten war, zeigte sich spätestens mit Einführung der Insolvenzordnung zum 01.01.1999 und der Definition des neuen § 19 InsO.

<sup>1</sup> Karsten Schmidt, „Die GmbH in Krise und Insolvenz, 5. Auflage, Rz. 5.82

<sup>2</sup> BGH-Urteil vom 13.07.1992, II ZR 269/91 (BGH Z 119 ff.)

## 2.2 Überschuldungsbegriff bis zum FMStG (17.10.2008)

Mit der InsO 1999 und dem dort definierten und neu formulierten § 19 InsO wurde die modifizierte zweistufige Überschuldungsprüfung durch den Gesetzgeber bewusst aufgegeben. Danach sollte ausschließlich das Schuldendeckungspotential der insolvenzbedrohten Gesellschaft durch Gegenüberstellung von Vermögen und Schulden ermittelt werden. Lediglich für die Art der Bewertung der Vermögens- und Schuldposten im Überschuldungsstatus wurde auf eine Fortbestehensprognose abgestellt. War diese positiv, durfte der Ansatz der Aktiva und Passiva im Überschuldungsstatus zu Fortführungswerten, andernfalls nur zu Liquidationswerten erfolgen. Hintergrund: In der Vergangenheit hat sich herausgestellt, dass häufig die Fortbestehensprognosen, die von der Geschäftsleitung und / oder ihren Beratern erstellt wurden, zu positiv waren und somit der Todeskampf des krisenbetroffenen Unternehmens unnötig verlängert wurde, mit der weiteren Folge, dass bei einem Hinauszögern des obligatorischen Insolvenzantragsgrundes das verbleibende Schuldendeckungspotential nicht mehr ausreichte und somit der Gläubigerschutzgedanke zunehmend ausgehöhlt wurde<sup>3</sup>.

## 2.3 „Neuer“ Überschuldungsbegriff ab dem 18.10.2008

Infolge der Finanzkrise hat sich der Gesetzgeber veranlasst gesehen, zur Vermeidung einer Pleitewelle den neu eingeführten Überschuldungsbegriff der InsO 1999 deutlich zu entschärfen und ist im Ergebnis zu der alten Rechtslage vor dem Inkrafttreten der InsO 1999 zurückgekehrt. Danach liegt die Überschuldung im materiell-rechtlichen Sinne nur noch dann vor, **wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist den Umständen nach überwiegend wahrscheinlich** (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO). Der Gesetzgeber hat sich seinerzeit davon leiten lassen, dass es bei der vorliegenden und jetzt noch anhaltenden Finanzkrise zum Teil zu dramatischen Wertverlusten auf der Aktivseite bei vielen hiervon betroffenen Unternehmen kommen könnte, die dann, wenngleich sie im Übrigen eine gute Ertrags- und Kapitalausstattung haben, ohne große Not in die Insolvenz „getrieben“ werden, obwohl bei einer allgemein erwarteten Verbesserung der volkswirtschaftlichen Situation davon keine Rede mehr sein würde<sup>4</sup>. Ob diese gesetzliche Intention mit diesem Schritt tatsächlich zielführend ist, ist derzeit offen, zumal die Krise wohl noch nicht vollständig überwunden scheint. Tatsache ist jedoch auch, dass die Zahl der Unternehmensinsolvenzen rückläufig und dieser Effekt nicht nur auf die erstaunlich gute Konjunktur der deutschen Volkswirtschaft zurückzuführen ist (trotz kriselnder Weltwirtschaft).

## 2.4 Entfristung

Am 5. Dezember 2012 hat der Gesetzgeber die ursprünglich vorgesehene mildere Form des Überschuldungsbegriffes, die bis zum 31. Dezember 2010 bzw. 31. Dezember 2013 befristet war, nunmehr entfristet, sodass der „weichere“ Überschuldungsbegriff weiterhin rechtsgültig ist. Im Ergebnis ist damit der Gesetzgeber endgültig(?) zu der alten Rechtslage vor dem Inkrafttreten der InsO zurückgekehrt<sup>5</sup>. Welche Probleme damit verbunden sind, werden wir nachfolgend erörtern.

## 3. Die verschiedenen Arten der Überschuldung

Der Überschuldungsbegriff ist in der Betriebswirtschaft wie auch in der juristischen Lehre nicht eindeutig definiert und bereits Gegenstand vieler Erörterungen und Abhandlungen gewesen. Nachfolgend wollen wir zwischen der **bilanziellen**,

<sup>3</sup> Regierungsbegründung zur InsO, BT-Drucksache 12/2443, S. 115 zu § 23 E-InsO und BGH-Urteil vom 05.02.2007, II ZR 234/05 (BGH Z 171/46)

<sup>4</sup> Regierungsbegründung zum FMStG, BT-Drucksache 16/10600, S. 21

<sup>5</sup> Gesetzesänderung vom 05.12.2012, BGBl I, S. 2418

der **betriebswirtschaftlichen** bzw. **wirtschaftlichen** oder auch **rechnerischen**, sowie der **materiell-rechtlichen Überschuldung** im Sinne der aktuellen Rechtslage des § 19 Abs. 2 InsO unterscheiden.

### 3.1 Bilanzielle Überschuldung

Die bilanzielle Überschuldung ergibt sich aus der Bilanz bzw. dem Jahresabschluss, die aufgrund der allgemeinen Rechnungslegungsnormen im dritten Buch HGB der §§ 238 ff. definiert ist. Im Regelfall wird das Bilanzierungsschema für Kapitalgesellschaften gem. § 266 HGB zugrunde gelegt. Unter dem Regime der handelsrechtlichen Rechnungslegung liegt eine bilanzielle Überschuldung dann vor, wenn das Eigenkapital aufgezehrt und auf der Aktivseite der Bilanz ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag gem. der Vorschrift des § 266 Abs. 3 HGB auszuweisen ist (für die GmbH & Co. KG: nicht durch Vermögenseinlagen gedeckter Kapitalbetrag § 264c Abs. 2 Satz 5 HGB).

Die bilanzielle Überschuldung ergibt sich aufgrund der handelsrechtlichen Rechnungslegungsnormen, die nicht zwangsläufig mit der wirtschaftlichen Überschuldung gleichzusetzen sind; dies ist unter anderem dadurch zu begründen, dass es unterschiedliche Bewertungsansätze gibt, die auf der Aktiv- und Passivseite der Bilanz aufgrund der speziellen handelsrechtlichen Ansatz- und Bewertungsvorschriften zum Tragen kommen. Typische Bewertungsvorschriften sind z.B. das Prinzip der Einzelbewertung, das Imparitätsprinzip, das Vorsichtsprinzip etc. Diesen Ansatz- und Bewertungsvorschriften zu eigen ist, dass sie nicht zwingend den tatsächlichen Wert eines Vermögenspostens auf die Aktivseite bzw. eines Schuldpostens auf der Passivseite abbilden. Während es auf der Aktivseite aufgrund des gemilderten Niederstwertprinzips (für das Anlagevermögen) und des sogenannten strengen Niederstwertprinzips (für das Umlaufvermögen) ggf. zur Bildung stiller Reserven kommen kann, gilt auf der Passivseite das sogenannte Höchstwertprinzip, das unter Umständen bei konsequenter Anwendung ebenfalls die Vermögenslage der Gesellschaft schlechter darstellt, als sie tatsächlich ist. Umgekehrt können auch im Einzelfall stille Lasten vorhanden sein, indem Aktivwerte zu hoch und Passivwerte zu niedrig bewertet wurden und deshalb die Bilanz nur eine begrenzte Aussagefähigkeit hinsichtlich der tatsächlichen Vermögenswerte haben kann.

Dies ändert nichts daran, dass eine bilanzielle Überschuldung durchaus ein Indiz dafür sein kann, dass auch ein materiell-rechtlicher Überschuldungstatbestand im Sinne des § 19 Abs. 2 InsO vorliegt; insoweit sind die Organe einer Kapitalgesellschaft gehalten, sich bei Vorliegen eines bilanziellen Überschuldungstatbestandes davon zu überzeugen, ob auch eine materiell-rechtliche Überschuldung vorliegt oder nicht. Aber bereits im Vorfeld, wenn noch keine bilanzielle Überschuldung vorliegt, kann es durchaus angezeigt sein, dass eine dezidierte Überschuldungsprüfung durch die Organe vorgenommen wird, wenn beispielsweise die Hälfte des Stamm- und Grundkapitals (vgl. § 49 Abs. 3 GmbHG, § 92 Abs. 1 AktG) verbraucht wurde und somit eine Gesellschafterversammlung bzw. Hauptversammlung einzuberufen ist, um evtl. Sanierungsmaßnahmen zu beraten.

Für die Praxis nach wie vor nicht überzeugend gelöst ist die Frage, ob bei Vorliegen einer bilanziellen Überschuldung die Organe bzw. der den Jahresabschluss erstellende Steuerberater / Wirtschaftsprüfer noch von der Fortführungsprämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ausgehen darf bzw. er entsprechende Überlegungen anstellen muss, ob ggf. abweichend von der Going-Concern-Prämisse zu bilanzieren ist. Hinzuweisen wäre hier auf den IDW-Standard S 7, Tz. 29 – 31, sowie Verlautbarungen der Bundessteuerberaterkammer zu den Grundsätzen für die Erstellung von Jahresabschlüssen Tz. 29 – 31, die fast gleichlautend formuliert sind (letztere wurden erst kürzlich ergänzt durch **„Hinweise zur Verlautbarung der Bundessteuerberaterkammer zu den Grundsätzen für die Erstellung von Jahresabschlüssen in Bezug auf Gegebenheiten, die der Annahme der Unternehmensfortführung entgegenstehen“** vom 22. April 2015). Für prüfungspflichtige Unternehmen wird die Überprüfung der Going-Concern-Prämisse durch den / die WP/WPG wohl unumgänglich sein, nicht zuletzt in Hinblick auf die Berichtspflicht nach § 321 Abs. 1 Satz 3 HGB (vgl. auch 5.5).

### 3.2 (Betriebs-) Wirtschaftliche Überschuldung (oder auch rechnerische Überschuldung)

Aufgrund der unter Ziffer 3.1 vorgenommenen Einschränkungen hinsichtlich der Ansatz- und Bewertungsvorschriften nach handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften ist der betriebswirtschaftliche Überschuldungsbegriff um

Bewertungsdiskrepanzen sowie abweichende Ansatzvorschriften, die sich nach den handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften zwangsläufig ergeben, zu bereinigen. Dies bedeutet, dass im Ergebnis stille Lasten aufzudecken und auch stille Reserven zu zeigen sind, wobei gleichwohl schon aufgrund haftungsrechtlicher Gefahren für den Vorstand / Geschäftsleitung auch in diesem Fall dem Vorsichtsgedanken entsprechend Rechnung getragen werden sollte. Das hierfür erforderliche Instrument ist der „Überschuldungsstatus“, der auf der handelsrechtlichen Bilanz bzw. einem Zwischenstatus, der sich aus der Buchführung ableiten lässt, entwickelt wird.

Ausgehend von dem Mengengerüst der Handelsbilanz bzw. einem handelsrechtlichen Zwischenstatus sind dann die Ansatz- und Bewertungsmöglichkeiten auf ihren „tatsächlichen“ wirtschaftlichen Gehalt zu überprüfen. Dabei muss sich der Status-Ersteller bzw. die Geschäftsleitung vom Prinzip der Einzelbewertung leiten lassen (analog zu § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB); dies schließt im Regelfall den Ansatz eines originären Firmenwertes aus (Ausnahme: die Veräußerung der gesamten Unternehmenseinheit zu einem Preis der über der Summe der bewerteten Einzelwirtschaftsgüter liegt, ist mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, z.B. wenn eine Kaufofferte vorliegt<sup>6</sup>). So werden beispielsweise typische Bilanzierungshilfen (z.B. das Disagio oder aktiv latente Steuern), die lediglich einer periodengerechten Gewinnermittlung dienen, im Rahmen der Überschuldungsprüfung wegzulassen sein. Dies gilt nicht nur für die Aktivseite, sondern auch für die Passivseite der Bilanz, wo beispielsweise Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften, die handelsrechtlich geboten sind, im Regelfall im Überschuldungsstatus nicht zum Ansatz kommen, da sie lediglich künftige Verluste antizipieren und keine tatsächliche Verbindlichkeiten darstellen.

**Das Problem der Bemessung der wirtschaftlichen Überschuldung besteht in dem Zeitfaktor<sup>7</sup>.** Sofern eine rein statische Betrachtung vorgenommen wird, sind die Aktiva und Passiva mit ihrem tatsächlichen Wert, der zu einem bestimmten Stichtag festzustellen ist, in den Überschuldungsstatus einzustellen. Sind die so ermittelten Vermögenswerte höher als die ermittelten Verbindlichkeiten, liegt keine wirtschaftliche bzw. rechnerische Überschuldung vor.

Die Ermittlung auf rein statischer Basis führt jedoch häufig nicht zu einem befriedigenden Ergebnis, da eine abschließende Beurteilung, ob eine wirtschaftliche Überschuldung vorliegt oder nicht, auch daran zu messen sein wird, ob die angesetzten und bewerteten Aktiva und Passiva zu den vorgesehenen Werten tatsächlich auch in dieser Form realisiert werden können oder nicht. Idealtypisch müsste es so sein, dass in einem Zeitpunkt  $t_0$ , zu dem die Aktiva und Passiva mit den tatsächlichen wirtschaftlichen Werten angesetzt wurden, auch zum gleichen Zeitpunkt vollständig veräußert bzw. entsprechend realisiert werden können (quasi binnen 24 Stunden). Diese Überlegung mag theoretisch richtig sein, wird jedoch in der Praxis kaum funktionieren, da der Verwertungs- und Abwicklungsprozess eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt und sich somit zwangsläufig die statisch ermittelten Werte der Aktiva und Passiva im Zeitablauf des Abwicklungsprozesses verändern können bzw. neue Vermögenswerte oder Schulden hinzukommen, die bei einer rein statischen Betrachtung nicht zu berücksichtigen sind<sup>8</sup>.

Wie später noch darzulegen sein wird, soll der Status, der zu Liquidationswerten zu erstellen ist (bei Vorliegen einer negativen Fortbestehensprognose), dazu dienen, festzustellen, ob im Falle der Abwicklung / Liquidation mit einer vollständigen Befriedigung der bestehenden Verbindlichkeiten gerechnet werden kann oder nicht. Ist eine vollständige Befriedigung sämtlicher Verbindlichkeiten auch im Falle der Liquidation gegeben (was in der Praxis selten genug der Fall sein dürfte), liegt auch bei negativer Fortbestehensprognose keine wirtschaftliche bzw. rechnerische Überschuldung - und damit konsequenterweise erst recht keine materiell-rechtliche Überschuldung - vor.

Im umgekehrten Fall kann bei Vorliegen einer wirtschaftlichen / rechnerischen Überschuldung - d.h. die angesetzten und bewerteten Aktiva im Liquidationsstatus reichen nicht aus die bestehenden Verbindlichkeiten zu decken - diese jedoch rechtlich unbedeutend sein, sofern von einer positiven Fortbestehensprognose ausgegangen werden kann (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 2, 2. Halbsatz).

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass sich die wirtschaftliche bzw. rechnerische Überschuldung somit an den tatsächlichen Werten, losgelöst von den handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften, zu orientieren hat. Ob jedoch zwingend dieser Status zu Liquidations- oder Fortführungswerten erstellt werden sollte, ist im Gesetz und der Gesetzesbegründung bisher nicht zu entnehmen. Lediglich aus Gründen der Praxisvereinfachung wird heute im Regelfall so vorgegangen, dass erst die Fortführungsfähigkeit der krisenbetroffenen Unternehmung geprüft wird, um

<sup>6</sup> Uhlenbrock, Kommentar zur InsO, 14. Auflage, Tz. 83 zu § 19 InsO

<sup>7</sup> IDW S 11, Tz. 74, Karsten Schmidt, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Auflage, Tz. 5.117

<sup>8</sup> Deubert, Sonderbilanzen, 5. Auflage, Kap. T, Tz. 17 sowie Tz. 20 und Lutter / Hommelhoff, GmbH-Gesetz: Kommentar, Tz. 6 zu § 71 GmbHG

dann, wenn diese zu einem negativen Ergebnis führt, die rechnerische Überschuldung anhand eines Status zu Liquidationswerten zu ermitteln, was im Falle einer negativen Fortbestehensprognose auch nur konsequent ist (vgl. auch IDW S 11, Tz. 53 ff.).

Die damit verbundenen Probleme werden weiter unten zu erörtern sein.

### 3.3 Materiell-rechtliche Überschuldung i.S.d. § 19 Abs. 2 InsO (aktuelle Rechtslage)

Wie bereits unter 2.3. ausgeführt, knüpft der materiell-rechtliche Überschuldungstatbestand des § 19 Abs. 2 InsO an den „alten“ Überschuldungsbegriff an. Danach liegt eine materiell-rechtliche Überschuldung nur dann vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz zu Liquidationswerten die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (rechnerische Überschuldung) **und** die Finanzkraft der Gesellschaft mittelfristig zur Fortführung nicht ausreicht (Überlebens- oder Fortbestehensprognose).

In der Praxis erfolgt die Ermittlung durch die sogenannte **modifizierte zweistufige Überschuldungsprüfung**. Danach wird zuerst eine Fortbestehensprognose erstellt, sollte diese positiv sein, ist eine rechnerische Überschuldungsprüfung aufgrund eines Status zu Liquidationswerten nicht mehr erforderlich<sup>9</sup>. Dass es gleichwohl gute Gründe dafür geben kann, eine derartige Überprüfung dennoch vorzunehmen, wird später zu erörtern sein. Sollte die Fortbestehensprognose jedoch zu einem negativen Ergebnis führen, ist sodann die rechnerische Überschuldung anhand eines Status zu Liquidationswerten zu überprüfen. Reichen die auf diese Art und Weise bewerteten Aktiva nicht aus, die bestehenden Verbindlichkeiten zu decken, ist auch von einer rechnerischen Überschuldung auszugehen, die kumuliert mit einer negativen Fortbestehensprognose entsprechende Insolvenzantragspflichten gem. § 15a InsO auslöst. Dabei ist nicht geklärt, auf Basis welcher Wertansätze (Fortführungs- oder Liquidationswerte) die Fortbestehensprognose zu erstellen ist (vgl. Ausführungen zu 4.2 b)).

Durch die Entfristung des „weichgespülten“ Überschuldungsbegriffes als Folge des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes aus dem Jahre 2008, werden sich die Organe der Rechtsträger, die Beraterschaft wie auch die Judikatur auf diese Rechts- und Sachlage bis auf Weiteres einstellen müssen.

### 3.4 Überschuldungsbegriff im IDW S 11

Auch das IDW hat sich in seiner im letzten Jahr verabschiedeten Stellungnahme S 11 (Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen IDW S 11) vom 29.01.2015 der modifizierten zweistufigen Überschuldungsprüfung angeschlossen<sup>10</sup> (vgl. insoweit die Ausführungen dort zu Tz. 53). Nur in sogenannten „einfachen“ Fällen (vgl. Tz. 55) kann von diesem Verfahren abgewichen werden. Der guten Ordnung halber sei darauf hingewiesen, dass die Meinung des IDW keine unmittelbaren Rechtsnormen darstellt und lediglich für WP/WPG (berufs-)rechtlichen Bindungscharakter hat, wenngleich eine Vielzahl von Rechtsprechungsgrundsätzen im S 11 verarbeitet wurden und sich somit auch die nachfolgende Rechtsprechung durchaus auf die Grundaussagen des IDW-Standards berufen könnte, wie dies zumindest teilweise auch beim IDW S 6 im Bezug auf Sanierungskonzepte schon stattgefunden hat.

## 4. Betriebswirtschaftliche Aspekte des aktuellen Überschuldungsbegriffes

### 4.1 Überblick und Problematik

In diesem Zusammenhang sei der § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO wie folgt zitiert:

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

<sup>9</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 20.03.2003, 10 U 37/02

<sup>10</sup> Steffan, Solmecke, WPG 2015, 429

Dieser Satz lässt sich in zwei Satzaussagen bzw. Alternativen „zerlegen“. Nach § 19 Abs. 2 Satz 1, 1. Alternative wird vom Vorliegen einer Überschuldung dann ausgegangen, wenn das Vermögen des Schuldners die aktuellen Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Mit anderen Worten: *Das Vermögen (V) des Schuldners ist kleiner als die zurzeit bestehenden Schulden (S) (oder einfach  $V < S$ )*. Hierzu bleibt festzuhalten, dass dies vordergründig eine rein statische Überlegung ist, wobei allerdings im Gesetz hierzu keine Aussage getroffen wurde (andernfalls hätte der Gesetzgeber definiert: zu einem Zeitpunkt XYZ). Ebenfalls im Gesetz nicht definiert wurde, wie eine Bewertung der Vermögens- und Schuldspositionen zu erfolgen hat. Die 2. Alternative in § 19 Abs. 2 Satz 1 schränkt den Überschuldungsbegriff dahingehend ein, dass bei einer unterstellten Fortführungsfähigkeit des Unternehmens, die nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich sein muss, keine materiell-rechtliche Überschuldung im Sinne des Gesetzes vorliegt; gemeint ist dies damit auch und gerade für den Fall, dass eine rechnerische Überschuldung im Sinne der 1. Alternative gegeben sein sollte. Dies war gerade Sinn und Zweck der „Weichspülung“ des Überschuldungsbegriffes durch den Gesetzgeber im Oktober 2008 nach Ausbruch der Finanzkrise. Die mit diesen beiden Alternativen zusammenhängenden betriebswirtschaftlichen Aspekte werden wir nachstehend in Kapitel 4.2 erörtern.

Für die hier anstehende Betrachtung dieses scheinbar einfachen Satzes ergibt sich jedoch die Frage, ob hinsichtlich der Prüfung, ob eine Überschuldung im Rechtssinne des § 19 Abs. 2 überhaupt vorliegt, eine bestimmte Reihenfolge der Prüfung einzuhalten ist. Aufgrund rein semantischer Überlegungen könnte man zu der Auffassung gelangen, dass die 1. Alternative (Überschuldung liegt vor, wenn  $V < S$ ) sozusagen den Grundfall darstellt und die 2. Alternative diesen Grundfall als Ausnahmetatbestand einschränkt. Dies bietet sich jedenfalls dem unbefangenen und juristisch nicht vorgebildeten Leser ohne weiteres an (vgl. Hinweise zur strukturellen Semantik in Brockhaus Enzyklopädie, Band 25, 21. Auflage 2006, S. 16 ff.). Diese Auffassung ist jedoch in der Literatur keineswegs unumstritten, vielmehr geht die Praxis und auch die Judikatur davon aus, dass genau umgekehrt zu prüfen sein soll, nämlich dergestalt, dass die Organe der krisenbetroffenen Unternehmung sich zuerst ein Bild von der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens machen (sogenannte Fortbestehensprognose) und im positiven Fall die weitere Prüfung nicht erforderlich sei, da der Grundtatbestand wie in der 1. Alternative definiert wurde, in diesem Fall überhaupt keine Rolle mehr spielt<sup>11</sup>.

Diese Ansicht ist durchaus vertretbar, da es ähnliche Gesetzeskonstruktionen auch in anderen Fällen gibt, in denen durch den Gesetzgeber ein Grundtatbestand definiert wird und darüber hinaus eine oder auch mehrere Ausnahmetatbestände ergänzt sind, die den Grundtatbestand „aushebeln“ (ob dies sinnvoll ist, kann im Moment dahingestellt bleiben, wir kommen später darauf zurück). Insofern kann es bereits aus Vereinfachungsgründen durchaus geboten sein gar nicht mehr den Grundtatbestand zu prüfen, sondern sich auf den Ausnahmetatbestand zu beschränken. Sollte dieser positiv bestätigt werden (hier: positive Fortbestehensprognose), erübrigt sich die statische Überschuldungsprüfung (zu welchen Bewertungs- und Ansatzvorschriften auch immer).

Tatsächlich festgehalten werden kann jedoch, dass die Reihenfolge der Prüfung letztlich belanglos ist, wenn sie nur zu einem richtigen Ergebnis führt. Aus dem Gesetz und der Gesetzesbegründung lässt sich jedoch eine bestimmte Reihenfolge nicht ableiten. Somit sind andere Überlegungen zulässig, welche Reihenfolge bzw. welche Verfahrensart aus Sicht der betroffenen Organe und der Beraterschaft am sinnvollsten ist. Dazu mehr unter 4.3.

Die Frage ist außerdem, was der Gesetzgeber mit dem Begriff „Überschuldung“ gemeint hat. Semantisch lässt sich der Wort in die zwei Teilbegriffe „Über“ und „Schulden“ zerlegen; mit anderen Worten: Die Schulden sind „über“ irgendetwas. Als gesichert angesehen werden darf, dass die Schulden „über“ also höher sind, als die gegenüberzustellenden Vermögenswerte (vgl. § 242 HGB). Das Vermögen stellt dabei nicht das „Gegenteil“ von Schulden dar, sondern zeigt nur, in welche Vermögenswerte / Gegenwerte die Schulden quasi geflossen sind. Das Gegenteil von Schulden ist das Eigenkapital als weitere Finanzierungsquelle. Denkbar wäre somit auch, dass „Überschuldung“ bedeutet: Die Schulden sind höher als das Eigenkapital (Folge: Verschuldungsquote von über 50 %); dies ist aber betriebswirtschaftlich nicht gemeint. Wenn die Schulden höher („über“) als die Vermögenswerte sind, muss das Eigenkapital negativ sein, da das Eigenkapital stets den bilanztechnischen Saldo zwischen V und S abbildet. Wirtschaftliche Folge: Bei einer Abwicklung können (V < S) nicht mehr alle Gläubiger befriedigt werden; die Gläubiger übernehmen faktische Haftungspositionen mit ihren hingeegebenen Geldbeträgen und werden in eine „Eigentümer-

---

<sup>11</sup> IDW S 11, Tz. 53

bzw. Unternehmerposition“ gedrängt, die im Regelfall nicht gewollt war. Somit ist die Insolvenzantragsverpflichtung bei Überschuldung letztendlich Ausdruck des Gläubigerschutzgedankens.

## 4.2 Einzelne Aspekte

### a) Zeitlicher Aspekt (statisch vs. dynamisch)

Zur Ermittlung der rechnerischen Überschuldung im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1, 1. Alternative erhebt sich die Frage, ob bei der Gegenüberstellung von Vermögen und Schulden ausschließlich auf einen bestimmten Zeitpunkt und damit auf eine rein statische Betrachtung abzustellen ist, oder ob auch dynamische Elemente ganz (dynamisch) oder teilweise (semidynamisch) zu berücksichtigen sind. Der Gesetzgeber schweigt hierzu. Auch die Literatur ist sich hier ziemlich uneins. Einigkeit besteht lediglich darin, dass als Ausgangspunkt das Mengen- und Wertegerüst des letzten Jahresabschlusses, einer zu erstellenden Zwischenbilanz oder einem sonst „irgendwie“ ermittelten Status, oftmals abgeleitet aus der laufenden Buchhaltung, ggf. ergänzt um Inventurmaßnahmen, herangezogen wird. Dieser Ausgangsstatus, der im Regelfall noch auf den handelsrechtlichen Ansatz- und Bewertungsvorschriften basiert, muss nun Position für Position daraufhin überprüft werden, wie hoch der „tatsächliche“ Wert der jeweils betroffenen Vermögens- und Schuldsposition ist.

Dabei gibt es Positionen, die als unkritisch zu betrachten sind (z.B. Cash-Bestände) und es gibt Positionen, die sich relativ leicht bewerten lassen (z.B. Forderungen aus LuL, bei denen ein angemessenes Delkreder-Risiko zu berücksichtigen sein wird). Aber es gibt auch eine Fülle von Positionen, deren Wertermittlungen unmittelbar von dem zukünftigen Schicksal des Unternehmens erheblich geprägt werden. Dies gilt insbesondere für fast alle Positionen des Anlagevermögens (inkl. auch und gerade der immateriellen Vermögenswerte), aber auch der Vorräte sowie bestimmter Rückstellungspositionen, die in ihrer Höhe bzw. Entstehung unklar sind. Ebenfalls einfach zu ermitteln sein dürften die meisten Werte der Verbindlichkeiten (z.B. Darlehensvaluta, Kontokorrentkredite, Verbindlichkeiten aus LuL etc.), da hier oftmals das strikte Nominalprinzip gilt, problematischer sind Eventualverbindlichkeiten (z.B. aus übernommenen Patronatserklärungen, Bürgschaften etc.). Somit wird sich der gewissenhafte Stusersteller schon aus haftungsrechtlichen Überlegungen auch vom sogenannten Vorsichtigkeitsgedanken leiten lassen, wenngleich Einigkeit darüber besteht, dass die stringenten handelsrechtlichen Rechnungslegungsnormen nicht zur Anwendung kommen<sup>12</sup>.

Entscheidend für den Bewertungsmaßstab ist in diesem Fall der **Zeitfaktor**. Es dürfte als gesichert angesehen werden, dass eine ruhige und nicht unter Zeitdruck stehende Verwertung / Abwicklung eines krisenbetroffenen Unternehmens im Regelfall zu besseren Verwertungsergebnissen führt, als wenn eine Liquidation – aus welchen Gründen auch immer – so schnell wie möglich durchgeführt werden muss (um z.B. weitere laufende Kosten zum Unterhalt des Geschäftsbetriebs zu reduzieren). Dieser Gedanken, dass die Wertmaßstäbe für die anzusetzenden Vermögens- und Schuldspositionen vom Zeitfaktor abhängen, gilt im Übrigen nicht nur für krisenbetroffene Unternehmen, sondern ist eine generelle Erkenntnis, denn letztendlich wird jedes Unternehmen über kurz oder lang in einen Abwicklungsprozess enden (sogenannte Totalbetrachtung des Lebenszyklus einer Unternehmung) und sich somit die Frage der Bewertung der Vermögensgegenstände und Schulden auch und stets bei der „gesunden“ Unternehmung stellen. Da sich jedoch bei der gesunden Unternehmung Fragen zur Liquidation aufgrund der jährlichen Jahresabschlusserstellung nach § 242 HGB in Kombination mit den handelsrechtlichen Rechnungslegungsnormen im Regelfall gar nicht stellen, werden sich die Organe bzw. die Jahresabschlussersteller /-prüfer mit dieser Fragestellung bei einer gesunden Unternehmung kaum auseinanderzusetzen haben.

Das Problem wird dadurch noch schwieriger, dass es nicht nur um die Bewertung der zum Betrachtungsstichtag anzustellenden Verwertung der vorhandenen Vermögens- und Schuldspositionen geht (und deren Schicksal in den folgenden Wochen und Monaten im Zuge der Abwicklung). Im Zuge eines Abwicklungsszenarios müssen darüber hinaus oftmals auch noch weitere Vermögensgegenstände hinzuerworben wer-

<sup>12</sup> Mock in Uhlenbrock, Kommentar zur InsO, 14. Auflage, Tz. 61 zu § 19 InsO



den (z.B. bei sogenannten Ausproduktionen) und auch noch weitere Verbindlichkeiten eingegangen werden, weil noch bestimmte Kostenpositionen zwangsläufig anfallen (z.B. Löhne und Gehälter), um überhaupt den Abwicklungsprozess ordnungsgemäß zu beenden. Aus diesem Gedanken kann bereits abgeleitet werden, dass eine statische Gegenüberstellung, der wie auch immer bewerteten Vermögens- und Schuldpositionen zu einem Zeitpunkt  $t_0$  nur dann als ausreichend angesehen werden kann, wenn die Verwertung der angegebenen Vermögens- und Schuldpositionen innerhalb kürzester Zeit und ohne weiteren Aufwand erledigt werden könnte. In der Praxis wird sich dies wohl nur in den seltensten Fällen realisieren lassen. Somit kann festgehalten werden, dass eine rein statische Ermittlung der rechnerischen Überschuldung, nach Sinn und Zweck dessen, was der Gesetzgeber in der 1. Alternative des § 19 Abs. 2 InsO verfolgt hat, kaum umzusetzen sein dürfte. In letzter Konsequenz bedeutet dies, dass ausgehend von einem Zeitpunkt  $t_0$  die Vermögens- und Schuldpositionen in vollem Umfange dynamisch fortzuentwickeln sind, bis zu einem realistischen Zeitpunkt, zu dem die Abwicklung des krisenbetroffenen Unternehmens endgültig vollzogen sein wird. Dies bedeutet im Ergebnis, dass sämtliche Veränderungen der Vermögens- und Schuldpositionen zum Zeitpunkt  $t_0$  und der noch in dem fraglichen Zeitraum neu hinzukommenden Vermögenswerte und Schulden vollumfänglich zu berücksichtigen sind. Das hierzu gebotene Instrument kann nur eine vollintegrierte Planungsrechnung sein, die ausgehend von einer Eröffnungsbilanz zum Zeitpunkt  $t_0$  die künftigen Aufwendungen und Erträge, Einzahlungen und Auszahlungen sowie auch eine Schlussbilanz abbildet, in der sich sämtliche Abwicklungsmaßnahmen niedergeschlagen haben. Insofern ist der Liquidationsstatus unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten eben nicht identisch mit der Liquidationsbilanz nach § 71 GmbHG<sup>13</sup>.

Sollte der Gesetzgeber der Meinung gewesen sein, dass diese dynamische Betrachtung einer Vollabwicklung eines krisenbetroffenen Unternehmens in dieser Konsequenz nicht gewollt war, dann sollte der § 19 Abs. 2 Satz 1, 1. Alternative konkret auf eine Zeitpunktbetrachtung begrenzt werden. Die Bewertungsproblematik (Bewertung der Aktiva und Passive entweder zu Fortführungs- oder zu Liquidationswerten) stellt sich – wie bereits oben erwähnt – auch für das „gesunde“ Unternehmen, kommt aber in diesem Fall so gut wie nie zur Anwendung, da eine mögliche Überschuldungssituation (in diesem Fall) nicht im Fokus der Organe bzw. Jahresabschlusssteller / -prüfer liegt und die Going-Concern-Prämisse im Regelfall auch als richtungsweisend unterstellt werden kann – so auch die klare Formulierung in § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB.

Letztendlich muss zu einer abschließenden Beurteilung, ob eine Überschuldung vorliegt oder nicht, auf eine zeitliche Totalbetrachtung i.S. der Investitionstheorie zurückgegriffen werden. Danach liegt keine Überschuldung vor, wenn das Ausgangskapital am Ende der Periode (nach vollständiger Abwicklung!) nicht negativ ist.

$$K_0 = \sum_{t=0}^n (E_t - A_t) \cdot \frac{1}{(1+i)^t}$$

$\Rightarrow K_0 \geq 0$   
Keine Überschuldung

K = Kapital (Startkapital)  
n = Anzahl der Jahre  
t = Zeiteinheit  
E = Einzahlungen  
A = Auszahlungen  
i = Kalkulationszinsfuß (p / 100)

<sup>13</sup> Vgl. dazu Deubert, in: Sonderbilanzen, 5. Auflage, Tz. 15, 20 ff., wo eine Liquidationsrechnungslegung gefordert wird, die für das formelle Liquidationsverfahren auch unerlässlich ist, aber für Zwecke der Überschuldungsprüfung seit Einführung des BiRiliG nicht mehr als geeignet angesehen werden kann.

b) *Ausgangspunkt (Eröffnungsbilanz/-Status, letzter Jahresabschluss, Zwischenabschluss, Status inkl. Inventur)*

Sowohl der statische wie auch der dynamische Überschuldungsbegriff bedeuten letztendlich aufgrund der zuvor gemachten Ausführungen, dass die Schulden zu einem gewissen Stichtag oder dynamisiert in einem bestimmten Betrachtungszeitraum die zeitadäquaten Vermögensgegenstände wertmäßig übersteigen. Egal zu welchem Verfahren man sich bei der Überschuldungsprüfung entschließt (statisch, semidynamisch oder dynamisch), es muss letztendlich immer ein bestimmter Ausgangspunkt gewählt werden. Dies ist häufig der letzte Jahresabschluss (wenn er denn tatsächlich vorliegt, ggf. auch in vorläufiger Form) oder ein Zwischenabschluss, der aus der laufenden Finanzbuchhaltung abgeleitet wird. Ggf. muss für den Betrachtungsstichtag, der möglichst aktuell sein sollte, um eine zeitnahe Beurteilung der Überschuldungssituation überhaupt zu gewährleisten, aus dem Rechnungswesen „hochgerechnet“ werden. Die Zuverlässigkeit des Ausgangspunktes nimmt aufgrund praktischer Erfahrungen mit einer möglichst zeitnahen Aktualität ab. Dies bedeutet im Ergebnis, dass auf einen geprüften Jahresabschluss im Regelfall mehr Verlass ist, als auf einen nur durch interne Stellen des Rechnungswesens ermittelten Zwischenabschluss und dieser wiederum oftmals verlässlicher ist als ein „hochgerechneter“ Zwischenabschluss. Da aber der Ausgangspunkt möglichst zeitnah gewählt werden sollte, sollte zumindest eine kursorische Überprüfung durch den Ersteller des Zwischenabschlusses bzw. durch die verantwortlichen Organe der krisenbetroffenen Unternehmung erfolgen.

Die Verfasser stellen immer wieder fest, dass bei einer Ableitung eines Überschuldungsstatus aus der laufenden Finanzbuchhaltung (ggf. hochgerechnet um die noch fehlenden Wochen / Monate), insbesondere bei kleineren und mittelständischen Betrieben (und auch gerade bei solchen, die durch einen Steuerberater / Wirtschaftsprüfer in der laufenden Buchführung betreut werden), keine Abschlussbereitschaft vorliegt, da ausreichende unterjährige Abgrenzungsbuchungen entweder gar nicht oder nicht im ausreichenden Umfang vorgenommen werden. Typischerweise zählen hierzu laufende planmäßige Abschreibungen, erforderliche Wertberichtigungen auf das Umlaufvermögen sowie eine hinreichende Dotierung von Rückstellungen. Ebenfalls kritisch zu beurteilen sind in solchen Fällen die Berücksichtigung fehlender Bestandsveränderungen der halbfertigen und fertigen Erzeugnisse bei Produktionsbetrieben bzw. Warenbestände bei Handelsbetrieben. In diesen Fällen muss zur zwingend erforderlichen Absicherung der Ausgangsposition ggf. durch ergänzende Inventurmaßnahmen eine Adjustierung der Buchhaltungswerte erfolgen.

Selbst eine mit größter Sorgfalt durchgeführte Planungsrechnung, die die Umsätze bzw. Erträge und die erforderlichen Aufwendungen versucht, korrekt zu ermitteln, kann dann nicht zu aussagefähigen Ergebnissen führen, wenn in den Ausgangswerten noch unentdeckte Risiken schlummern. Insofern kommt der Ausgangsbilanz, sowohl für die statische wie auch für die (semi-)dynamische Überschuldungsermittlung, eine entscheidende Bedeutung zu (Kenntnis der „Abflughöhe“).

c) *Mengengerüst*

Der Überschuldungsstatus leitet sich hinsichtlich seines Ausgangspunktes – wie bereits zuvor erwähnt – aus einem zeitnahen Zwischenabschluss bzw. einem hochgerechneten Status ab. In diesem Zusammenhang muss überlegt werden, ob das aus der Finanzbuchhaltung abgeleitete Zahlenwerk hinsichtlich des Mengengerüsts vollständig ist. Demzufolge kann es durchaus vorkommen, dass auf der Aktivseite der Bilanz Vermögenspositionen fehlen (insbesondere bei den immateriellen Vermögensgegenständen) bzw. reine Bilanzierungshilfen, wie z.B. das Disagio oder aktiv latente Steuern, keine echten Vermögenspositionen darstellen und letztendlich zu eliminieren sind. Auf der Passivseite des Ausgangsstatus werden hingegen nicht selten Verbindlichkeiten „vergessen“, weil sie im buchhalterischen Zahlenwerk (noch) nicht erfasst wurden. Bei krisenbetroffenen Unternehmen kommt es durchaus vor, dass die Buchhaltung nicht zeitnah erstellt wird und sich somit noch eine Fülle von Eingangsrechnungen im Umlauf des Unternehmens befinden, ohne buchhalterisch erfasst worden zu sein (Problem der Vollständigkeit!). Selbst wenn das Vollständigkeitsprinzip gewährleistet ist, kann es sein, dass Verbindlichkeiten bzw. Rückstellungspositionen fehlen, die sich in der Buchhaltung mangels eines Buchungsbeleges noch nicht niedergeschlagen haben. Dazu zählen beispielsweise Rückstellungen für Leasingrückläufer im Automobilhandel, Rückstellungen für

Gewährleistungen, Verbindlichkeiten aufgrund der zu erwartenden Rückzahlung von gewährten Beihilfen der öffentlichen Hand etc.

Vor diesem Hintergrund muss bei jedem Zwischenstatus somit auch das Mengengerüst der Aktiv- und Passivseite der Bilanz kritisch hinterfragt und ggf. durch ergänzende Inventurmaßnahmen vervollständigt werden.

d) *Bewertungsalternativen*

Hinsichtlich der Bewertung der in einer Zwischenbilanz bzw. in einem Status abgeleiteten Vermögens- und Schuldpositionen der Aktiv- und Passivseite gelten die zuvor zitierten handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften für den Überschuldungsstatus als Ausgangspunkt gerade nicht. Evtl. stille Reserven, wie aber auch evtl. stille Lasten sind aufzudecken (es versteht sich, dass dies außerhalb der regulären Buchhaltung erfolgt!), um diese bei den Vermögenspositionen und Schuldposten zu berücksichtigen. Gleichwohl ist in diesem Zusammenhang sowohl dem Ersteller des Status als auch den Organen der krisenbetroffenen Unternehmen dringend zu raten, sich vom Vorsichtigkeitsgedanken leiten zu lassen, da bei einer zu optimistischen Einschätzung der Ausgangslage und einer späteren Insolvenz Haftungsgefahren wegen Insolvenzverschleppung drohen.

Die zentrale Frage in diesem Zusammenhang ist, ob in dem Ausgangsstatus, der zur Überschuldungsermittlung dient, die Bewertung unter **Fortführungsgesichtspunkten** oder unter **Abwicklungsgesichtspunkten** erfolgen soll. Sofern zum Zeitpunkt der Statusermittlung bereits eindeutig feststehen sollte, dass es zwingend zu einer Liquidation / Zerschlagung der krisenbetroffenen Unternehmung kommen wird, können im Ausgangsstatus selbstverständlich nur Zerschlagungs- bzw. Liquidationswerte bei den einzelnen Vermögensposten und Schulden angesetzt werden. Sofern jedoch von einer Fortführung auszugehen ist bzw. mehr dafür spricht, dass das Unternehmen fortgeführt als liquidiert und abgewickelt wird, ist der (vorläufige) Ansatz von Fortführungswerten nicht nur zulässig, sondern auch geboten.

Um in diesem Zusammenhang die unterschiedlichen Auswirkungen auf die Gesamtbeurteilung der krisenbetroffenen Unternehmung zu erleichtern, empfiehlt es sich, ausgehend von den handelsrechtlichen Bewertungsansätzen die „tatsächlichen“ Werte der Vermögens- und Schuldpositionen alternativ sowohl unter Fortführungs- als auch unter Zerschlagungsgesichtspunkten zu ermitteln. Dies kann in einem einfach gehaltenen Spaltenverfahren wie folgt vorgenommen werden (Aktiva und Passiva sind nur beispielhaft aufgeführt):

Aktiva				Passiva			
Vermögen	HB	FF	LQ	Schulden	HB	FF	LQ
Immat. Vermögensg.				Rückstellungen, die Verb. darstellen			
Grundstücke				Langfr. Darlehen			
B&G-Ausstattung				kurzf. Bankverbindlichk.			
Finanzanlagen				Verbindlichkeiten LuL			
Vorräte				sonstige Verbindlichkeiten			
Forderungen				Nachrangige Verbindlk.			
Flüssige Mittel				(§ 39 (1) Abs. 3)			
Σ							

The diagram shows three blue arrows pointing from the bottom of the table to the FF and LQ columns of the Passiva section. The top arrow is labeled  $\Delta \text{EK zu HB-Werten}$ , the middle arrow is labeled  $\Delta \text{EK zu FF-Werten}$ , and the bottom arrow is labeled  $\Delta \text{EK zu LQ-Werten}$ . The arrows originate from the bottom of the Aktiva columns and point to the corresponding FF and LQ columns in the Passiva section.

HB = Handelsbilanz

FF = Ansätze zu Fortführungswerten

LQ = Ansätze zu Liquidationswerten (wobei eine Zeitdeterminante zu benennen ist)

$\Delta$  = Differenz: Aktiva- Passiva bzw. Vermögen-Schulden

$V > S \Rightarrow$  positives EK

$V < S \Rightarrow$  negatives EK

In der später ggf. auf den Ausgangsstatus noch abzuleitende integrierte Planungsrechnung, die wiederum Grundlage für eine Fortbestehensprognose bzw. der Ermittlung eines dynamisierten Überschuldungsstatus sein kann, können im Zuge einer Sensitivitätsanalyse die Entwicklung der künftigen Aufwendungen und Erträge / Einzahlungen und Auszahlungen sowie die Veränderungen der Bilanzpositionen (Vermögen und Schulden) alternativ sowohl unter Fortführungs- als auch unter Zerschlagungsgesichtspunkten durch Szenario-Technik abgebildet werden. Darauf aufbauend können dann die Organe der krisenbetroffenen Unternehmung eine sorgfältig abgewogene Entscheidung treffen, welches der beiden Szenarien eher wahrscheinlich sein wird, die Gründe für die eine oder andere Entscheidungsrichtung sind sorgfältig zu dokumentieren.

e) *Ermittlung des Schuldendeckungspotentials (statisch vs. dynamisch)*

Aufgrund der zuvor gemachten Ausgangsarbeiten kann nunmehr die betroffene Unternehmung sowohl unter statischen wie auch unter dynamischen Gesichtspunkten eine Aussage darüber treffen, ob ein ausreichendes Schuldendeckungspotential ( $V > S$ ) vorliegt oder nicht. Sofern die Organe der krisenbetroffenen Unternehmung nach sorgfältiger Einschätzung und Abwägung sämtlicher Vor- und Nachteile davon ausgehen können, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Fortführung des Unternehmens gegeben ist, reicht eine rein statische Betrachtung des Überschuldungsstatus, der nach dem oben angeführten Grundsätzen abgeleitet wurde, völlig aus, sofern die auf diese Art und Weise ermittelten Vermögenspositionen größer sind als die ermittelten Verbindlichkeiten / Schulden.

In diese Betrachtung sollten selbstverständlich überschuldungsvermeidende Instrumente einbezogen werden, wie z.B. eine werthaltige Patronatserklärung einer Muttergesellschaft (bzw. außenstehende Anteilseigner), Rangrücktrittserklärungen i.S.d. § 39 Abs. 2 InsO auf hingegebene Gesellschafterdarlehen bzw. auf mittelbare Absicherung der Anteilseigner oder beispielsweise durch Übernahme von Verbindlichkeiten der krisenbetroffenen Unternehmung durch die Anteilseigner infolge der Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses gegenüber einzelnen Gläubigern nach § 421 BGB und Zuordnung der ursprünglich betrieblich veranlassten Verbindlichkeiten in den Privatbereich der Anteilseigner. Dies setzt voraus, dass in dieser außerbetrieblichen Sphäre auch eine entsprechende Werthaltigkeit zur Abdeckung der auf diese Art und Weise im Innenverhältnis übernommenen Verbindlichkeiten gegeben ist, gekoppelt mit einer entsprechenden Rangrücktrittserklärung, da eine Substitution dieser Verbindlichkeiten gegenüber dem externen Gläubiger zu Lasten des Anteilseigners stattgefunden hat (es versteht sich von selbst, dass eine schuldbefreiende Übernahme der Verbindlichkeit in der Praxis häufig nicht erreichbar sein wird, da der/die Gläubiger im Regelfall nicht bereit sein wird, seine/ihre Rechtsposition(en) gegenüber der krisenbetroffenen Unternehmung aufzugeben).

#### 4.3 Derzeitige Rechtslage und Vorgabe des IDW S 11

Wie bereits unter 4.1 erwähnt, kann man über die Reihenfolge der Prüfung, ob eine Überschuldung vorliegt, gem. § 19 Abs. 2 Satz 1, 1. und 2. Alternative, durchaus unterschiedlicher Meinung sein. Gemäß dem Mainstream in der Literatur gehen wir nachfolgend auf die einzelnen Elemente der Fortbestehensprognose und dann auf den Überschuldungsstatus bei negativer Fortbestehensprognose ein:

a) *Fortbestehensprognose und deren Elemente*

Ausgehend von einem Unternehmenskonzept (im weitesten Sinne: Sanierungskonzept) muss eine rechnerische Überprüfung / Plausibilisierung dergestalt stattfinden, dass für einen überschaubaren Zeitraum (im Regelfall das laufende und das kommende Geschäftsjahr) rechnerisch dargelegt wird, dass das krisenbetroffene Unternehmen ggf. unter Berücksichtigung bereits eingeleiteter bzw. noch zu veranlassender Sanierungsmaßnahmen in der Lage ist, die zurzeit bestehenden und künftig noch anfallenden Verbindlichkeiten auch abzudecken. Dieses Unternehmenskonzept, in dem die Ausgangslage des Unternehmens zu beschreiben sein wird, wozu insbesondere die Ursachen / Analyse der eingetretenen Krise zählen, muss in überzeugender Weise darlegen, mit welchem Geschäftsmodell künftig die Krise überwunden werden kann, um das Unternehmen wieder in eine wettbewerbsfähige Position zu bringen. Hierzu bedarf es als Instrument in jedem Fall einer integrierten Planungsrechnung bestehend aus einer GuV-Planung, einer

darauf basierenden Liquiditätsplanung sowie einer Anfangs- und Schlussbilanz, um sämtliche Auswirkungen der eingeleiteten Sanierungs- und Stabilisierungsmaßnahmen in nachvollziehbarer Form abzubilden und plausibel darzulegen.

Bestandteile einer Fortbestehensprognose:

1. Ausgangsstatus / Zwischenbilanz
2. Ableitung GuV Planung für Prognosezeitraum (1,5 – 3 Jahre)
3. Ableitung einer Liquiditätsplanung
4. Ableitung der Bilanzplanung (inkl. Schlussbilanz)
5. Restabstimmung
6. Dokumentation der Prämissen
7. Szenariotechnik / Sensitivitätsanalyse
8. Interpretation und Zusammenfassung

Aufgrund der überwiegenden Literaturmeinung soll diese Fortbestehensprognose „nur“ eine sogenannte **Zahlungsfähigkeitsprognose**<sup>14</sup> sein. Dies bedeutet, dass das krisenbetroffene Unternehmen dann den Überschuldungstatbestand, der möglicherweise im Sinne der 1. Alternative des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO vorliegen könnte, allein dadurch abwendet, dass es in der Lage ist sämtlichen Zahlungsverpflichtungen im fraglichen Prognosezeitraum nachzukommen. Ob diese Vorgehensweise tatsächlich zielführend ist, wird nachstehend noch zu erörtern sein (4.5).

Ferner muss aufbauend auf dem neuen Unternehmenskonzept und der durch eine integrierte Planungsrechnung abgeleiteten Fortbestehensprognose (im Sinne einer Zahlungsfähigkeitsprognose) darüber hinaus gewährleistet sein, dass die so ermittelte Fortbestehensprognose mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit (und damit ist gemeint mit mehr als 50 %) eintritt. In der Praxis wird es ohnehin schwierig sein, diesen Prozentsatz mit hinreichender Genauigkeit zu quantifizieren; manchmal gelingt dies ausschließlich qualitativ (mehr oder weniger als 50%) und muss im Zuge der Fortbestehensprognose mit guten Gründen entsprechend dokumentiert werden.

b) *Überschuldungsstatus bei negativer Fortbestehensprognose*

Der Überschuldungsstatus und somit die 1. Alternative in § 19 Abs. 1 Satz 2 InsO wird sich bei den Ansatz- und Bewertungsvorschriften an der zu erwartenden Liquidation des Unternehmens auszurichten haben, wenn – wie bereits zuvor erwähnt – die Fortbestehensprognose negativ ausgefallen ist und damit das Unternehmen letztendlich keine reelle Überlebenschance am Markt hat. Der Überschuldungsstatus wird sich in seinem formellen Aufbau häufig am Bilanzgliederungsschema des § 266 HGB orientieren. Auf die Bewertungsproblematik wurde bereits hinreichend eingegangen (siehe Ausführungen zu 4.2), da die Bewertung von der Zeitdauer des Liquidationsverfahrens abhängt und in diesem Fall auch künftig anfallende Erträge und Aufwendungen zu berücksichtigen sein werden; eine rein statische oder auch nur semidynamische Betrachtung wird – von Ausnahmefällen abgesehen – nicht zum gewünschten Ergebnis führen (siehe Ausführungen weiter oben).

Sollte sich bei Ermittlung der Vermögens- und Schuldsituationen nunmehr ergeben, dass das Vermögen im Überschuldungsstatus geringer ist, als die zu bedienenden Verbindlichkeiten, liegt zudem (d.h. neben der negativen Fortbestehensprognose) eine sogenannte rechnerische Überschuldung vor, die somit die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO auslöst. In den sehr seltenen Fällen, dass das Vermögen doch noch höher sein sollte, als die zu bedienenden Verbindlichkeiten, ist im insolvenzrechtlichen Sinne kein Überschuldungstatbestand gegeben und es liegt somit auch keine Insolvenzantragspflicht vor. Da jedoch eine negative Fortbestehensprognose vorliegt kann unterstellt werden, dass zumindest von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 18 InsO auszugehen sein wird, die somit zwar keine Verpflichtung aber ein Antragsrecht zur Insolvenzeröffnung darstellt.

---

<sup>14</sup> IDW S 11, Tz. 53

c) Sogenannte „einfache“ Fälle nach IDW S 11 Tz. 55

Die Erstellung einer Fortbestehensprognose und des ggf. darüber hinaus zu erstellenden Status zu Liquidationswerten soll nach IDW S 11 dann nicht erforderlich sein, wenn sogenannte „einfache“ Fälle vorliegen, die einen möglicherweise bestehenden materiell-rechtlichen Überschuldungstatbestand beseitigen können. Dazu können beispielsweise Patronatserklärungen, nachweisbar vorhandene stille Reserven, aber auch Rangrücktrittserklärungen i.S. des § 39 Abs. 2 InsO i.V.m. § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO zählen. Wann diese einfachen Fälle vorliegen und somit eine Fortbestehensprognose nicht erforderlich sein soll, ist jedoch weitestgehend unklar und – wie so viele andere Punkte – weder aus dem Gesetz, noch aus dem IDW S 11 zu entnehmen.

In der Praxis der Jahresabschlusserstellung ergeben sich hieraus eine Vielzahl von Problemen, die gerade für den Berufsstand der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, aber auch für Leiter im Rechnungswesen und letztendlich auch für die Organe der betroffenen Kapitalgesellschaften nicht zuletzt aus haftungsrechtlichen Gründen äußerst problematisch sein können (vgl. hierzu aktuelle Rechtsprechung des BGH<sup>15</sup>).

Ergibt sich beispielsweise im Zuge der Jahresabschlusserstellung durch den beauftragten Steuerberater / Wirtschaftsprüfer (wohl gemerkt keine handelsrechtliche Prüfung i.S.d. § 316 HGB), dass ein nicht durch Eigenkapital ausgewiesener Fehlbetrag gem. § 268 Abs. 3 HGB in der Bilanz auszuweisen ist und somit eine bilanzielle Überschuldung vorliegt, so erhebt sich bereits in diesem Zusammenhang die Frage (gerichtet an den Steuerberater / Wirtschaftsprüfer, aber auch an die Organe der Gesellschaft), wie damit umzugehen ist. Wenn es sich um einen sogenannten „einfachen“ Fall handelt, könnte der Jahresabschlussersteller im Einvernehmen mit den Organen der Kapitalgesellschaft diese bilanzielle Überschuldung ignorieren, wenn z.B. ausreichend stille Reserven vorliegen oder durch eine Rangrücktrittserklärung i.S.d. § 39 Abs. 2 InsO evtl. vorhandene Gesellschafterdarlehen (oder auch Verbindlichkeiten von Drittgläubigern) subordiniert werden. Dies wird sich z.B. dann anbieten, wenn der ausgewiesene Fehlbetrag lediglich auf eine kurzfristige „Ertragsdelle“ zurückzuführen ist und die Gesellschaft im Übrigen über eine nach wie vor stabile Umsatz- und Ertragssituation verfügt und beispielsweise nur den Verlust eines wichtigen Kunden bzw. einen nicht vorhersehbaren Forderungsausfall verkraften muss.

Ist jedoch der nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbetrag auf eine länger anhaltende Verlustsituation zurückzuführen (zwei bis drei Jahre) **und** diese Verlustsituation setzt sich auch im laufenden Geschäftsjahr fort und bleibt somit bei einer sorgfältigen Betrachtung dem Jahresabschlussersteller nicht verborgen, so erhebt sich schon die Frage, ob der zum Bilanzstichtag vorgelegte Fehlbetrag mit „Bordmitteln“ noch beseitigt werden kann. Dies ist für die Praxis vieler Berufskollegen ein durchaus ernstzunehmendes und schwieriges Problem, da die Einordnung und möglicherweise auch Beseitigung eines bilanziellen Überschuldungstatbestandes im Regelfall nicht zum Auftrag des Jahresabschlusserstellers zählt, aber gleichwohl seitens der Organe der betroffenen Kapitalgesellschaft zumindest eine implizite Erwartungshaltung gegeben ist, dass der Steuerberater / Wirtschaftsprüfer schon dafür „sorgen“ wird, dass eine ordnungsgemäße Bilanzierung vorgenommen wird. Weder der Gesetzgeber noch die Berufsverbände der steuerberatenden und wirtschaftsprüfenden Berufe haben hierzu eindeutige und abgrenzbare klare Empfehlungen gegeben, wie in solchen Situationen zu verfahren ist. Dass in Extremfällen eine Niederlegung des Mandats angezeigt sein könnte (vgl. beispielhaft IDW S 7, Tz. 29-31) mag dem Exkulpierungsgedanken, der unserem Berufsstand nun mal zu eigen ist, hinreichend Rechnung tragen, ist aber in der Praxis oftmals nur schwer umzusetzen und würde bedeuten, dass man im Ergebnis den Mandanten mit seinem Problem „alleine lässt“. Konsequenterweise müsste bei Mandatsniederlegung auch ein neu beauftragter Steuerberater / Wirtschaftsprüfer zu derselben Erkenntnis kommen. Mit dieser „Verweigerungshaltung“ ist niemandem geholfen. Dies führte zu einer Stigmatisierung der hiervon betroffenen Kapitalgesellschaft und ihrer Organe. Bei extensiver Auslegung könnte damit jegliches weitere Zutun des Steuerberaters / Wirtschaftsprüfers als quasi „psychische Beihilfe“ zu einer Straftat (hier Insolvenzverschleppung) gewertet werden, mit z.T. unabsehbaren Folgen (z.B. ob die Berufshaftpflichtversicherung im Schadenfall überhaupt zum

<sup>15</sup> BGH-Urteil vom 06.06.2013, IX ZR 204/12; BGH-Urteil vom 07.03.2013, IX ZR 64/12; BGH-Urteil vom 06.02.2014, IX ZR 53/13

Tragen kommt, wenn wegen Verstoßes gegen § 15a InsO evtl. Schadenersatzpflichten nach § 823 Abs. 2 BGB ausgelöst werden)<sup>16</sup>. Dies kann in dieser Stringenz nicht richtig sein!

Andererseits ist es weder dem Mandanten noch dem Steuerberater / Wirtschaftsprüfer zuzumuten in allen Fällen, die nicht als „einfach“ einzustufen sein könnten, die Jahresabschlussarbeiten quasi zu unterbrechen und erst eine Fortbestehensprognose zu erstellen bzw. erstellen zu lassen, die dann wiederum Ausgangspunkt dafür ist, dass eine bilanzielle Überschuldung keine materiell-rechtliche Bedeutung i.S.d. § 19 Abs. 2 InsO hat. Verschärft wird die gesamte Problematik noch dadurch, dass – wenn definitiv eine bilanzielle Überschuldung durch Ausweis eines Fehlbetrages nach § 268 Abs. 3 HGB vorliegt – die Going-Concern-Prämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB zumindest fraglich ist. Sofern eine Fortbestehensprognose, die im Zuge der Jahresabschlusserstellung parallel angefertigt wird, um den Organen der Kapitalgesellschaft und dem Jahresabschlussersteller Klarheit zu verschaffen, zu einem negativen Ergebnis führt, dürfte unstreitig die Going-Concern-Prämisse nicht mehr gegeben sein und damit die Bewertung der Aktiva und Passiva nur noch zu Liquidationsgesichtspunkten erfolgen. Jeder der berufsangehörigen Steuerberater und Wirtschaftsprüfer möge sich bitte selbst fragen, wie oft es diesen Fall in der Praxis gegeben hat, da eine derartige Vorgehensweise der angeschlagenen bzw. krisenbetroffenen Unternehmung im Regelfall den endgültigen Todesstoß versetzt und damit der Jahresabschlussersteller zum „Totengräber“ der ihn mandatierten Gesellschaft wird. Welche Gewissenskonflikte sich hieraus ergeben können, dürfte jedem, der sich in der Praxis hiermit schon mal beschäftigt hat, sofort klar sein.

Hinzu kommt ein weiteres gravierendes Argument, dass bei der praktischen Handhabung einer sach- und zeitgerechten Lösung im Wege steht: die Kostenfrage!

Eine qualifizierte Fortbestehensprognose wird im Regelfall ein Vielfaches dessen kosten, was bei Jahresabschlusserstellung, insbesondere von klein und mittelständischen Unternehmen üblicherweise heutzutage am Markt überhaupt durchsetzbar ist. Das Verständnis auf Seiten der Organe der Kapitalgesellschaft für ein derartiges Ansinnen ist mehr als überschaubar und wird oftmals auf Seiten des Mandanten nur zu Unmutsreaktionen führen. Die weitere Folge: Der Steuerberater / Wirtschaftsprüfer „laboriert“ mit meist ungeeigneten Instrumenten an dem Symptom der bilanziellen Überschuldung herum, um doch noch eine irgendwie halbwegs vertretbare Bescheinigung zu erstellen, die nicht unmittelbar zu einer Insolvenzantragsverpflichtung auf Seiten der Organe der betroffenen Kapitalgesellschaft führt. Wie schnell dies zu unangenehmen Folgen in der Praxis führen kann, zeigt die bereits zitierte aktuelle BGH-Rechtsprechung.

Erkenntnis: Die wirklich einfachen Fälle lassen sich nach Tz. 55 des IDW S 11 sicherlich lösen. Die offensichtlich schwierigen Fälle mit einer fortgeschrittenen Krisensituation der betroffenen Unternehmung bedürfen zweifelsohne einer Fortbestehensprognose (dann muss die Jahresabschlusserstellung eben warten!). Was ist aber mit der Vielzahl der dazwischen liegenden „grauen“ Fälle?

#### 4.4 Bedeutung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit (§ 17, 18 InsO) im Verhältnis zur Überschuldung

Neben der Überschuldung ist die Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO ebenfalls zwingender Insolvenzantragsgrund und zwar bei allen Unternehmensformen. Die drohende Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO ist hingegen nur ein fakultativer Insolvenzantragsgrund, der den Organen der krisenbetroffenen Unternehmung die Möglichkeit einräumt, bereits im Vorfeld der immanenten Krise rechtzeitig das Insolvenzverfahren einzuleiten, um dem Insolvenzverwalter noch genügend Masse zur Verfügung zu stellen, damit eine ordnungsgemäße Abwicklung bzw. Sanierung ermöglicht wird.

Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sind somit voneinander losgelöste Insolvenzantragsgründe und müssen eben gerade nicht kumulativ vorliegen. Im Regelfall ist in der Praxis zu beobachten, dass sich die Überschuldung als „schleichender“ Prozess oftmals bereits vor der akuten Zahlungsunfähigkeit entwickelt und in nicht seltenen Fällen von den Jahresabschlusserstellern, Prüfern wie aber auch von den Organen der betroffenen Unternehmung nicht

<sup>16</sup> Vgl. Lange, DStR 2007, 954; Kudlich, JA 2011, 472 je m.w.N.

oder nicht rechtzeitig erkannt wird. Die Zahlungsunfähigkeit hingegen, die nicht selten infolge der Überschuldungssituation entsteht (z.B. durch Verlustfinanzierung), stellt sich häufig kurzfristig ein und führt im Regelfall – sofern keine Beseitigung erfolgt – oftmals zum schnellen Zusammenbruch der krisenbetroffenen Unternehmung. Demzufolge ist die Zahlungsunfähigkeit der weitaus häufigere Insolvenzantragsgrund.

Durch die Entschärfung des Überschuldungsbegriffes aufgrund des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes in § 19 Abs. 2 InsO wird jedoch fälschlicherweise von der Praxis oftmals angenommen, dass die Überschuldung so gut wie keine Rolle mehr spielt und für die Insolvenzantragstellung vor allem auf die Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO und der hierzu in den letzten Jahren ergangenen Rechtsprechungen, insbesondere des BGH vom 24.05.2005, IX ZR 123/04 Z 163<sup>17</sup>, abgestellt wird. Vor dieser etwas saloppen Betrachtungsweise kann nur eindringlich gewarnt werden, da der Gesetzgeber – was er durchaus hätte machen können – den Insolvenzgrund Überschuldung zwar entschärft, aber eben nicht abgeschafft hat. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass sich in fast allen Fällen, in denen Zahlungsunfähigkeit vorliegt, im Vorfeld bereits die Überschuldung manifestiert hat.

In Hinblick auf den regelmäßig im Vorfeld der Zahlungsunfähigkeit erfüllten Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO muss jedoch keineswegs zwingend auch eine Überschuldungssituation gegeben sein; dies wird im Wesentlichen wieder vom Zeitfaktor abhängen. Sofern der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit noch in „weiter“ Ferne liegt (drei, sechs oder neun Monate), ist keineswegs zwingend von einer Überschuldung auszugehen, gleichwohl sollte diese entweder nach einem statischen oder dynamischen Verfahren – wie zuvor erwähnt – ermittelt werden. Sofern jedoch drohende Zahlungsunfähigkeit gegeben sein sollte (in drei, sechs oder neun Monaten etc.), kann nicht mehr von einer positiven Fortbestehensprognose der krisenbetroffenen Unternehmung ausgegangen werden. Dies bedeutet für die statische Ermittlung der Überschuldung, dass zwingend Liquidations- bzw. Zerschlagungswerte bei den Vermögens- und Schuldspositionen im Überschuldungsstatus anzusetzen sind.

Hieraus erhebt sich die betriebswirtschaftlich-theoretisch interessante Frage, ob es zwischen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit einen Zusammenhang gibt. Bei einer „gesunden“ Unternehmung, die über ausreichend Eigenkapital verfügt und ertragreiche Geschäfte macht, wird im Regelfall auch die Zahlungsfähigkeit gegeben sein. Sofern sich jedoch die Geschäftslage verschlechtert und Verluste entstehen, wird zwangsläufig das Eigenkapital nach und nach aufgebraucht. Setzt sich die Krise fort und es entstehen weitere Verluste, die über das Eigenkapital hinausgehen, kommt es zwangsläufig zu einer gläubigergestützten Verlustfinanzierung – ein Schrecken-Szenario nicht nur für Kreditinstitute.

Um das dabei auftretende Problem der dann über kurz oder lang auftretenden Zahlungsunfähigkeit und deren Verknüpfung mit dem Überschuldungsbegriff besser zu verstehen, soll es anhand von zwei vereinfachten Bilanzmodellen erläutert werden:

**Fall 1: Normalfall**  $V > S$   
 $V = S + EK$

Aktiva	Passiva
Vermögen	Schulden
	Eigenkapital

Daraus folgt die Bilanzgleichung

$$\begin{array}{l} \text{Fall 1} \quad V - S - (+EK) = 0 \\ \text{Fall 2} \quad V - S - (-EK) = 0 \\ \quad \quad \quad V - S + EK = 0 \end{array}$$

**Fall 2: Überschuldung**  $V < S$   
 $V + EK = S$

Aktiva	Passiva
Vermögen	Schulden
Eigenkapital	

**Überschuldung bedeutet wirtschaftlich: die Gläubiger können nicht voll befriedigt werden.**

$$V > S \triangleq \text{keine Überschuldung}$$

$$V < S \triangleq \text{Überschuldung}$$

<sup>17</sup> BGH-Urteil vom 24.05.2005, IX ZR 123/04 Z 163



Überschuldung bedeutet (betriebs-) wirtschaftlich nichts anderes als der Umstand, dass die Gläubiger des Schuldners bei einer statischen (zeitpunktbezogenen) Betrachtung nicht (mehr) vollständig befriedigt werden können; anders als im Normalfall, in dem die Gläubiger im Regelfall sicher sein können, dass sie ihr Geld zurück zu erhalten.

Eventuelle Bewertungsprobleme und Wertverschiebungen durch den Zeitfaktor, wollen wir bewusst außen vor lassen; es geht jetzt nur um eine (theoretische) Grundaussage.

Danach kann folgende These aufgestellt werden:

Solange die (krisenbetroffene) Gesellschaft in der Lage ist bei einer zeitlichen Totalbetrachtung alle Schulden zu bezahlen (also alle Gläubiger zu befriedigen), kann sie nicht überschuldet sein. Nur eine überschuldete Gesellschaft wird bei einer Totalbetrachtung (also auf Dauer) nicht in der Lage sein, alle Gläubiger zu befriedigen – nichts anderes ist aus diesem simplen Fall-Vergleich abzuleiten.

Daraus lässt sich die zweite These ableiten:

Wenn alle Gläubiger bei einer Totalbetrachtung befriedigt werden können, muss die Gesellschaft zahlungsfähig sein. Mit anderen Worten: **eine langfristig zahlungsfähige Gesellschaft kann bei einer Totalbetrachtung ihres Lebenszyklus somit niemals überschuldet sein**, denn sämtliche Schulden sind (irgendwann) bezahlbar; spätestens, wenn sämtliche Aktiva liquidiert sind. Die Ableitung dieser These unterstellt, dass die Bereitstellung der liquiden Mittel aus dem Innenfinanzierungsprozess der Gesellschaft kommt (z.B. aus Gewinnen, Abschreibungsgegenwerten, Bestandsabbau der Vorräte etc.). Aber auch Außenfinanzierungsbeiträge können zur Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit beitragen. Sofern dies durch Gläubiger geschieht (z.B. bei Wareneinkauf auf Ziel, Aufnahme von Bankkrediten etc.), wird das Eigenkapital nicht berührt. Kommen jedoch die Außenfinanzierungsbeiträge durch die Kapitaleigner, wird dies oftmals auch das Eigenkapital berühren, z.B. bei Kapitalerhöhung oder freigebigen Zuschüssen i.S.d. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB. Auch „Zwitter“-Positionen sind denkbar, bei denen die Liquiditätszufuhr sich auf die Zahlungsfähigkeit auswirkt, aber die Zuordnung zum Eigenkapital auslegungsbedürftig ist (Gesellschafterdarlehen, Mezzaninekapital, Wandelschuldverschreibungen etc.).

So wichtig diese Thesen für unsere weiteren Betrachtungen sind, umso schwieriger ist die richtige Anwendung, wenn man keine gesicherte Erkenntnis über den Lebenszyklus der zu beurteilenden Gesellschaft hat (von Ausnahmen abgesehen). Diese Erkenntnis entspricht im Übrigen auch dem investitions-theoretischen Ansatz (vgl. Ziffer 4.2 a)), wonach eine Investition immer dann betriebswirtschaftlich sinnvoll ist, wenn das eingesetzte Kapital (zzgl. Zinsen) durch die künftigen Einzahlungsüberschüsse wieder „eingespielt“ werden kann, wobei unter investitionstheoretischen Überlegungen das „eingespielte“ Kapital (=> return on invest) natürlich größer als Null sein sollte, nämlich das Ausgangskapital plus angemessene Verzinsung zu umfassen hat. Im Ergebnis kann also festgehalten werden, dass Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit bei einer zeitlichen Totalbetrachtung „Hand in Hand“ gehen.

#### 4.5 Kritik an der derzeitigen Rechtslage und der überwiegenden Literaturmeinung

##### a) Reihenfolge der Prüfung

Wie bereits in Kapitel 3 erwähnt, geht die derzeitige Rechtsprechung wie auch die Literaturmeinung davon aus, dass nach der Neuformulierung des § 19 Abs. 2 InsO durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz die Überschuldungsprüfung damit beginnt, dass eine Fortbestehensprognose zu erstellen ist, die im positiven Fall einen materiell-rechtlichen Überschuldungstatbestand negiert und nur im negativen Fall eine Staturstellung von Vermögen und Schulden zu Liquidationswerten erfordert, der dann eine Insolvenzantragsverpflichtung i.S.d. § 15a InsO auslöst, wenn das zu Liquidationswerten bewertete Vermögen kleiner sein sollte als die Verbindlichkeiten, wovon im Regelfall auszugehen sein wird. Nur in sehr seltenen Fällen, in denen die zu Liquidationswerten bewerteten Aktiva höher sind als die Passiva, liegt kein materiell-rechtlicher Überschuldungstatbestand i.S.d. § 19 Abs. 2 InsO vor. Dass in diesem Fall gleichwohl eine Insolvenzantragsberechtigung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit besteht, wurde bereits weiter oben erwähnt.

Hierzu sind folgende kritische Schlussfolgerungen vorzubringen:

- Wie bereits weiter oben dargelegt, bildet die 1. Alternative in § 19 Abs. 2 Satz 1 den Grundfall und die 2. Alternative den Ausnahmetatbestand bei der Überschuldungsprüfung. Deshalb kann man aus semantischen Gründen davon ausgehen, dass auch die Prüfung durchaus im umgekehrten Sinne erfolgen kann (eine bestimmte Prüfungsreihenfolge hat der Gesetzgeber damit nicht vorgegeben<sup>18</sup>). In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage, wenn als erster Schritt eine Gegenüberstellung von Vermögen und Schulden vorgenommen wird (also bevor eine Fortbestehensprognose erstellt wird), ob die Bewertung der Aktiva und Passiva zu Fortführungs- oder zu Liquidationswerten zu erfolgen hat. Wenn also Anzeichen vorliegen, die auf eine krisenbetroffene Situation des zu beurteilenden Rechtsträgers / Unternehmung hindeuten, müssen sich die verantwortlichen Organe der Kapitalgesellschaft und im Zweifel auch die hinzugezogenen Berater somit zuerst die Frage stellen, ob überhaupt noch von einer Fortführungsfähigkeit ausgegangen werden kann oder nicht. Dies kann im ersten Schritt auch (nur) cursorisch erfolgen<sup>19</sup>.
- Gleichwohl mag es eine Reihe von Fällen geben (sogenannte einfache Fälle i.S.d. IDW S 11, Tz. 55) – wie bereits oben erwähnt – in denen ohne weiteres Zutun von einer Fortführungsfähigkeit des krisenbetroffenen Unternehmens auszugehen ist und somit die bilanzielle Überschuldung (oder andere Krisensymptome) durch andere einfache Maßnahmen bzw. Umstände beseitigt werden kann. Dazu zählt beispielsweise die Dokumentation stiller Reserven, ebenso wie die Erstellung einer Rangrücktrittserklärung i.S.d. § 39 Abs. 2 InsO, insbesondere für Gesellschafterdarlehen, aber auch in Absprache mit Drittgläubigern (z.B. Kreditinstituten), die damit zum Ausdruck bringen wollen, dass die ausgewiesene bilanzielle Überschuldung keine materiell-rechtliche Bedeutung hat. Insofern kann in diesen sogenannten einfachen Fällen das Problem, eine Überschuldung im materiell-rechtlichen Sinne zu vermeiden, durchaus gelöst werden, wenn dies in sachgerechter Form vorgenommen wird. Deshalb könnte es bei einer krisenbetroffenen Situation eines Unternehmens für die Praxis durchaus zweckmäßig sein, festzustellen, ob die Beseitigung einer bilanziellen Überschuldung durch hierfür geeignete Maßnahmen ausreichend ist, um einen möglicherweise vorliegenden materiell-rechtlichen Überschuldungstatbestand zu beseitigen.
- In den komplexeren bzw. schwierigeren Fällen oder in Fällen, in denen sich die Krisensituation bereits in einem weit fortgeschrittenen Stadium befindet, wird dies allerdings nicht ausreichen; in diesem Fall wird man um eine Fortbestehensprognose nicht umhin kommen, wobei – sollte diese positiv sein – gleichwohl darauf geachtet werden sollte, **die in diesem Fall häufig vorliegende bilanzielle Überschuldung zusätzlich zu beseitigen**, um ein verantwortungsvolles Vorgehen der Organe der Kapitalgesellschaft quasi doppelt abzusichern. Vor allen Dingen in den Fällen, wenn zu einem späteren Zeitpunkt die krisenbetroffene Unternehmung doch in die Insolvenz fällt und sich die ursprünglich positive Fortbestehensprognose als nicht haltbar herausstellt (und ggf. durch den Insolvenzverwalter bestritten und infrage gestellt wird), kann die rein statische Beseitigung der bilanziellen Überschuldung quasi als zweite Auffanglinie sowohl für die Berater als auch für die Organe der Kapitalgesellschaft von hohem Nutzen sein.

b) *Ist eine Reduzierung auf eine „reine“ Zahlungsunfähigkeitsprognose ausreichend (?)*

Sofern für die krisenbetroffene Unternehmung eine Fortbestehensprognose erstellt werden soll, um einen Überschuldungstatbestand im Sinne des § 19 Abs. 2 InsO auszuschließen, geht die Rechtsprechung und die Literatur von wenigen Ausnahmen abgesehen davon aus, dass die Fortbestehensprognose eine reine Zahlungsfähigkeitsprognose ist (vgl. IDW S 11 Tz. 59). Hintergrund: Für das Überleben der Unternehmung sei es ausreichend, wenn in dem Prognosezeitraum (im Regelfall das laufende und das kommende Geschäftsjahr) sämtliche anfallenden Verbindlichkeiten bedient werden können und somit dem Gläubigerschutzgedanken hinreichend Rechnung getragen wird. Diese recht einfache Schlussfolgerung besticht auf

<sup>18</sup> Mock in Uhlenbrock, Kommentar zur InsO, 14. Auflage, RZ 40 ff. zu § 19 InsO

<sup>19</sup> Drukarczyk / Schüler, Münchener Kommentar zur InsO, Rz. 45 zu § 19 InsO

den ersten Blick (vgl. hierzu auch die Ausführungen zu 4.4, wo auf den Zusammenhang zwischen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit eingegangen wird). Tatsächlich hat es jedoch hieran auch bereits in der Literatur durchaus Zweifel gegeben<sup>20</sup>, die davon ausgehen, dass auch eine entsprechende Ertragsfähigkeit für die Zukunft durch eine Fortbestehensprognose belegt werden muss, um überhaupt von einer nachhaltigen Sanierung auszugehen (wobei durchaus zweifelhaft ist, ob der Gesetzgeber bei der Beseitigung des Überschuldungstatbestandes von einer Nachhaltigkeit der Sanierung ausgeht).

Diese betriebswirtschaftliche Überlegung, das Fortbestehen einer Unternehmung anhand einer abschließlichen Zahlungsunfähigkeitsprognose zu begründen, die in der Judikatur und in der Literaturmeinung Eingang gefunden hat und wie bereits eingangs erwähnt auf die Zeit vor der Insolvenzordnung unter dem Regime der Konkursordnung entstanden ist, kann aus vielerlei Gründen nicht unwidersprochen bleiben.

Es kann heutzutage als betriebswirtschaftlich gesichert angesehen werden, dass ein gesundes Unternehmen, das eine konkrete Überlebenschance am Markt erhalten soll, nicht nur in der Lage sein muss seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen, sondern bei einer längerfristigen Betrachtung auch in die Lage versetzt sein muss, ausreichend Erträge zu generieren und über ein ausreichendes Eigenkapital zu verfügen. Diese Postulat ergibt sich indirekt aus § 264 Abs. 1 HGB, in dem von der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Unternehmung die Rede ist, und setzt sich fort bei der Ausgestaltung von Sanierungskonzepten<sup>21</sup>. Mit anderen Worten: *Nur wenn auf Dauer und somit nachhaltig neben der Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit auch ausreichend Erträge erwirtschaftet werden und eine ausreichende Eigenkapitalsituation vorliegt, wird sich eine Insolvenz vermeiden lassen bzw. ein krisenbetroffenes Unternehmen gesunden.* Dass es hierzu in der Praxis auch Ausnahmefälle gibt, ist unbestritten, ändert aber nichts an der Grundaussage (derartige Ausnahmefälle ergeben sich z.B. bei öffentlichen Unternehmen, die auf einen Dauerzuschuss angewiesen sind, z.B. im ÖPNV oder bei Forschungsgesellschaften, die über einen EAV mit einer Muttergesellschaft verbunden sind und ständig subventioniert werden müssen, Liebhaberei „Betriebe“ etc.).

Von den betriebswirtschaftlichen Argumenten abgesehen ergibt sich aber auch hier eine rein semantische Überlegung, die es als nicht ausreichend erscheinen lässt, den Überschuldungstatbestand durch eine Fortbestehensprognose, die nur auf die Zahlungsfähigkeit abstellt, zu beseitigen. Das Gesetz besagt in § 19 Abs. 2 Satz 1, 2. Alternative, dass der Überschuldungstatbestand (damit ist gemeint  $V < S$ ) dann nicht gegeben ist, wenn die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist. Mit anderen Worten: *Die Fortführung, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben sein muss, muss letztendlich dazu führen, dass die Überschuldung, so wie sie in § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO, 1. Alternative durch den Gesetzgeber definiert wurde ( $V < S$ ) beseitigt wurde; also das Vermögen letztendlich (wieder) größer ist als die zu bedienenden Schulden.* Wenn aber die Rechtsprechung und die Literaturmeinung davon ausgehen, dass eine reine Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit ausreichend sei, die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens zu bestätigen, so entspricht dies schon allein aus semantischen Überlegungen, was der Gesetzgeber mit seiner Definition in der 1. Alternative des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO gemeint haben könnte, nicht der gegenwärtigen Rechtslage. Sollte die derzeitige Literaturmeinung und Judikatur richtig sein, so könnte man verkürzt sagen, die Überschuldung wird durch Vorliegen des Umstandes der Zahlungsfähigkeit beseitigt. Wenn dies so ist, dann kann verkürzt gesagt werden: Zahlungsfähigkeit der Unternehmung bedingt immer, dass keine Überschuldung vorliegt. Wenn der Gesetzgeber dies tatsächlich gemeint bzw. gewollt haben sollte, sollte er konsequenterweise den § 19 InsO schlicht abschaffen, da die Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzantragsgrund bzw. die Zahlungsfähigkeit als Verneinung des Insolvenzantragsgrundes bereits hinreichend in § 17 und der hierzu zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung definiert wurde bzw. die drohende Zahlungsunfähigkeit und deren Ausstattung mit einer Insolvenzantragspflicht (innerhalb eines zu definierenden Prognosezeitraums) eine etwaige Schutzlücke zu Gunsten der Gläubiger schließen könnte. Dies wird im Übrigen auch von einigen anderen Autoren bereits

<sup>20</sup> OLG Naumburg Urteil vom 20.08.2013 – 5U 67/03, ZInsO 2014, 513, 514, OLG Hamburg Urteil vom 08.11.2013 – 11 U 192/11, ZInsO 2013, 2447, 2449

<sup>21</sup> IDW S 6 Tz. 11, 14 ff.

so gesehen, ohne dass auf die semantische Bedeutung einer nicht zulässigen Gleichsetzung des Begriffes „Überschuldung“ mit dem Begriff „Zahlungsunfähigkeit“ abzustellen ist<sup>22</sup>.

Auf den Zusammenhang zwischen Zahlungs(un)fähigkeit und Überschuldung sind wir in Kapitel 4.4 bereits eingegangen. Es bleibt festzuhalten, dass wenn bei einer Totalbetrachtung des Lebenszyklus einer Unternehmung der Umstand der Zahlungsfähigkeit vorliegt, zwangsläufig keine Überschuldung auftreten kann, sofern sämtliche Aktiva über kurz oder lang in liquide Mittel transformiert werden und zur Schuldenregulierung zur Verfügung stehen; mathematisch ausgedrückt:

$$\text{Aktiva} \stackrel{\wedge}{=} \text{Liquide Mittel} \geq \text{Schulden} \rightarrow \text{EK} \geq 0$$

Mit anderen Worten:

*Bei einer Totalbetrachtung schließt Zahlungsfähigkeit (gegenüber den Gläubigern) zwangsläufig den Tatbestand der Überschuldung aus!*

Diese an sich einfache Schlussfolgerung aber nun als „Beweis“ heranzuziehen, dass die Überschuldungsprüfung durch eine Fortbestehensprognose als Zahlungsfähigkeitsprognose ausreichend sei, ist jedoch nicht ohne weiteres richtig, da auch hier der Zeitfaktor und die „Abschnittsbetrachtung“ (und damit der Planungs- bzw. Prognosehorizont) eine entscheidende Rolle spielen und eine langfristige Zukunftsbetrachtung bei steigendem Betrachtungshorizont zunehmend unsicherer wird. Nicht zuletzt aus dieser Unsicherheit ergibt sich das Postulat einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung, um gegenüber künftigen Ertragsschwächen, aber auch Zahlungsengpässen, besser gewappnet zu sein.

- c) *Was will der Gesetzgeber: eine kurzfristige Beseitigung eines Insolvenzeröffnungsgrundes oder eine nachhaltige Sanierung?*

Das Problem hinsichtlich der Beseitigung möglicher Insolvenzantragsgründe (oder auch deren Bestätigung) hängt oftmals vom Zeitfaktor ab. Wie bereits weiter oben erwähnt, muss letztendlich für jedes Unternehmen, egal ob krisenbetroffen oder nicht, in der betriebswirtschaftlichen Theorie auf eine Totalbetrachtung im Sinne der Investitionslehre abgestellt werden. Nur das Unternehmen, das auf Dauer und somit nachhaltig in der Lage ist, positive Ergebnisse zu erwirtschaften, die es am Ende seines Lebenszyklus ermöglichen, zumindest das eingesetzte Kapital zzgl. einer angemessenen Verzinsung wiederzuerlangen, sind am Markt überlebensfähig. Die Problematik in der Praxis besteht darin, dass eine derartige Totalbetrachtung nur in den wenigsten Fällen durchgeführt werden kann, da im Regelfall die Unternehmen zumindest von der Intention der Eigentümer auf unbestimmte Zeit angelegt sind. Somit erhebt sich eben die Frage, innerhalb welcher Zeitzyklen gleichwohl von einer positiven Betrachtung der Überlebensfähigkeit ausgegangen werden kann, um z.B. im Zuge einer positiven Fortbestehensprognose eine Insolvenzantragsverpflichtung zu verneinen, obwohl in bilanzieller Hinsicht bereits ein Überschuldungstatbestand gegeben ist. Was nützt es den Stakeholdern und Marktteilnehmern einer krisenbetroffenen Unternehmung, wenn sie durch eine positive Fortbestehensprognose das laufende und das kommende Geschäftsjahr „überlebt“, um dann im Folgezeitraum endgültig Pleite zu gehen? Oder anders ausgedrückt: Hätte man den Prognosezeitraum um ein, zwei oder auch drei Jahre erweitert, wäre offenkundig geworden, dass das krisenbetroffene Unternehmen letztendlich doch keine Überlebenschance hat.

Die Schwierigkeit in diesem Fall besteht auch darin, dass mit Erweiterung des Prognosezeitraumes ein höheres Maß an Unsicherheit verbunden ist und es somit durchaus gute Argumente dafür gibt, eine eher kurz- bis mittelfristige Betrachtung vorzuziehen, die in ihren Auswirkungen leichter einschätzbar ist. Doch was könnte hier überhaupt ein vernünftiger Maßstab sein? Erste Ansätze hierzu gibt es durchaus auch im

<sup>22</sup> Vgl. Bitter/Hommerich/Reiß, ZIP 2012, 1201; Frystatzki, NZI 2011, 521; Hölzle, ZIP 2008, 2003; Penzlin, NZG 2000, 464

IDW S 11<sup>23</sup>, wo es sicherlich auf die Branche und damit auch auf den Durchlaufzyklus des Working-Capital der krisenbetroffenen Unternehmung ankommt. Ob ein krisenbetroffener Textil-Einzelhändler, der z.B. 10 bis 12 mal im Jahr neue Kollektionen erhält, hinsichtlich des Prognosezeitraumes grundlegend anders zu beurteilen sein dürfte, als eine Unternehmung, die im Hoch- oder Tiefbau tätig ist und Großprojekte abwickelt, deren Abwicklungszeitraum allein zwei bis drei Jahre umfassen könnte, liegt auf der Hand. Somit sollte die starre Vorgabe bzw. Grundsatzempfehlung des IDW, dass der Prognosezeitraum das laufende und das kommende Geschäftsjahr umfasst, allenfalls als eine erste Empfehlung angesehen werden, um den Prognosezeitraum dann auf den Zeitraum zu bemessen, der zumindest einen vollständigen Durchgang des Working-Capital in seiner Gesamtbetrachtung erlaubt, um überhaupt festzustellen, ob das krisenbetroffene Unternehmen in der Lage ist innerhalb diesen Zeitraumes ein auskömmliches Ergebnis zu erwirtschaften.

Denkbar wäre auch in einer abgestuften Form vorzugehen, indem mit Hilfe einer Fortbestehensprognose, die nur eine Zahlungsfähigkeitsprognose sein könnte, für einen begrenzten Zeitraum die Überlebensfähigkeit des Unternehmens sicherzustellen, es dann aber nicht sich selbst zu überlassen, sondern diesen ersten Schritt sinnvollerweise um einen Zweiten zu ergänzen, der aufbauend auf einem nachhaltigen Sanierungskonzept dezidiert darlegt, dass eine nachhaltige Sanierung möglich ist und es damit auch zu einer Stabilisierung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage kommt. Um ein derartiges Sanierungskonzept vorlegen zu können (das im Zweifel auch zu einem negativen Ergebnis führen kann), wird es oftmals eines Zeitraumes von mehreren Wochen, wenn nicht sogar Monaten, bedürfen, innerhalb dessen die Zahlungsfähigkeit gesichert sein sollte<sup>24</sup>.

#### d) Hinweise zum Überschuldungsstatus

Es kann derzeit als gesichert angesehen werden, dass bei einer negativen Fortbestehensprognose i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 1 2. Alternative InsO ergänzend geprüft werden muss, ob auch eine rechnerische Überschuldung vorliegt. Erst wenn diese bejaht wird, besteht eine Insolvenzantragsverpflichtung gem. § 15 a InsO. Sofern die Fortbestehensprognose zu einem negativen Ergebnis führt (mit anderen Worten: wenn die Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum nicht gesichert ist), ist damit auch ein Indiz für den Bewertungsmaßstab im Überschuldungsstatus definiert. Da nicht mehr von einem positiven Fortbestehen der Unternehmenseinheit ausgegangen werden kann, müssen somit im Überschuldungsstatus zwingend Liquidationswerte angesetzt werden. Hierbei ist zu differenzieren zwischen dem grundsätzlichen Ansatz von Aktiv- und Passivwerten und deren Bewertung. Hinsichtlich der Gliederung, wie ein Überschuldungsstatus auszusehen hat, wird man sich häufig an die generellen Gliederungsvorschriften von Bilanzen gem. § 266 HGB anlehnen, obwohl dies nicht zwingend ist. Es versteht sich von selbst, dass im Überschuldungsstatus die Eigenkapitalpositionen wegzulassen sind und der Überschuldungsstatus somit nicht – wie bei Handelsbilanzen sonst üblich – auf einen Ausgleich von Aktiva und Passiva gerichtet ist. Vielmehr soll gerade die Differenz zwischen den zu Liquidationswerten bewerteten Aktiva und Passiva ermittelt werden; sind die Passiva (Schulden) höher als die bewerteten Aktiva (Vermögen), liegt im rechtstechnischen Sinne eine sogenannte „rechnerische“ Überschuldung vor, die eine Insolvenzantragspflicht auslöst.

Sollten ausnahmsweise die bewerteten Aktiva höher sein als die Schulden, ist eine Insolvenzantragspflicht nicht gegeben, da mit einer vollständigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger gerechnet werden kann.

Auch hier erhebt sich wieder das Problem, ob der Status, der zu Liquidationswerten zu erstellen ist, um das Schuldendeckungspotenzial zu ermitteln, tatsächlich rein statisch ist oder dynamische bzw. semidynamische Elemente enthalten darf bzw. muss. Nur in Ausnahmefällen, wie bereits an anderer Stelle weiter oben erwähnt, kann davon ausgegangen werden, dass eine Liquidation binnen kürzester Zeit (beispielsweise binnen 24 Stunden) durchgeführt werden kann und keine weiteren Ausgaben produziert. Dies wäre beispielsweise dann denkbar, wenn auf der Aktivseite bereits sämtliche Vermögenswerte in liquide Mittel überführt wurden und somit eine unmittelbare Befriedigung der noch ausstehenden Schulden (in welcher

<sup>23</sup> vgl. Tz. 58-60

<sup>24</sup> so auch IDW S 6, Tz. 11, 17, 107

Höhe auch immer) vorgenommen werden kann. Vorstellbar wäre dies beispielsweise bei Rechtsträgern nach einer übertragenden Sanierung, wenn der Gegenwert der veräußerten Assets in Form von liquiden Mitteln uneingeschränkt zur Verfügung steht. In der Praxis dürfte jedoch eher der Fall gegeben sein, dass die Aktivseite im Überschuldungsstatus noch mit einer Fülle ganz unterschiedlicher Vermögenswerte ausgestattet ist, deren Versilberung eben nicht von heute auf heute auf morgen, sondern in einem mehr oder weniger geordneten Abwicklungsprozess erfolgen muss.

In diesem Zusammenhang wird es nicht ausbleiben, dass noch weitere Ausgaben anfallen, um den Abwicklungsprozess überhaupt durchzuführen. Von daher ist eine rein statische Betrachtung abzulehnen. Letztendlich wird man auch in diesem Fall, insbesondere wenn es sich um größere und komplexere Unternehmenseinheiten handelt, nicht umhin kommen – ähnlich wie in einem üblichen Liquidationsverfahren – eine Liquidationseröffnungsbilanz zu erstellen, diese um die zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben fortzuschreiben, die im Abwicklungsprozess zwangsläufig noch anfallen werden (z.B. bei einer Ausproduktion halbfertiger Erzeugnisse), um dann die Ergebnisse in einer Liquidationsschlussbilanz letztendlich auszuweisen. Dabei ist es durchaus vorstellbar, dass eine Liquidationseröffnungsbilanz negative Werte ausweist ( $V < S$ ) und durch die Ausproduktion noch Gewinnbestandteile realisiert werden können, die die Überschuldungsdifferenz geringer werden lassen oder ggf. sogar noch zu einem positiven Ergebnis führen, sodass letztendlich sämtliche Verbindlichkeiten aus dem Ausgangsstatus und auch die neu eingegangenen Verbindlichkeiten im Zuge des Abwicklungsprozesses befriedigt werden können. Zugegebenermaßen wird dies sicherlich eher selten der Fall sein, kann aber nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

Auf die Ansatz- und Bewertungsvorschriften der einzelnen Aktiva und Passiva soll in diesem Zusammenhang nicht weiter eingegangen werden, vgl. insoweit z.B. die Ausführungen bei Mock, Uhlenbrock<sup>25</sup>.

Unklar ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob bereits eventuelle Aufwendungen und Erträge bzw. Vermögens- und Schuldposten im Überschuldungsstatus anzusetzen sind, die sich erst im Zuge einer Insolvenzeröffnung realisieren. Dies wird in der Literatur überwiegend abgelehnt<sup>26</sup>. Somit ist ausschließlich auf die gesellschaftsrechtliche Art der Liquidation abzustellen, die sich beispielsweise aus den Verfahrensvorschriften der §§ 71 ff GmbHG ergeben. Dass im negativen Fall ( $V < S$ ) eine ordnungsgemäße Liquidation nicht mehr möglich ist sondern die zu liquidierende Gesellschaft zwangsläufig in das Insolvenzverfahren rutschen könnte, kann in diesem Zusammenhang unbeachtet bleiben, da die im Zuge des Insolvenzverfahrens weiterhin noch zu berücksichtigenden Aufwendungen und Erträge im Regelfall nicht dazu geeignet sein dürften, den Überschuldungstatbestand abzuwenden. Sollte der Überschuldungsstatus zu einem positiven Ergebnis führen ( $V > S$ ), verbietet sich der Ansatz von weiterhin zu erwartenden Aufwendungen und Erträgen im Zuge eines möglicherweise anstehenden Insolvenzverfahrens bereits aufgrund der Tatsache, dass kein obligatorischer Insolvenzantragsgrund vorliegt.

Somit kann für die Praxis daraus nur geschlussfolgert werden, dass auch in diesem Fall dynamische Elemente, die in einem Liquidationsverfahren zwangsläufig anfallen, bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung zu antizipieren sind.

Sofern die Fortbestehensprognose jedoch zu einem positiven Ergebnis führt, ist aus gesetzgeberischer Sicht die Erstellung eines Überschuldungsstatus nicht erforderlich, da bereits die positive Fortbestehensprognose den materiell-rechtlichen Überschuldungstatbestand ausschließt. Gleichwohl kann es durchaus empfehlenswert sein, auch bei einer positiven Fortbestehensprognose dennoch einen Überschuldungsstatus anzufertigen, um sich über die Höhe einer möglicherweise vorliegenden rechnerischen Überschuldung im Klaren zu sein. Dies ist insbesondere den Organvertretern der krisenbetroffenen Unternehmung wie auch deren Beratern zu empfehlen. Es ist deshalb in einem solchen Fall durchaus erwägenswert, einen möglicherweise vorliegenden rechnerischen Überschuldungstatbestand, der aufgrund der positiven Fortbestehensprognose insolvenzrechtlich eigentlich unbeachtlich ist, dennoch durch entsprechende Sanierungsmaßnahmen, wie zum Beispiel Rangrücktrittserklärungen, zu beseitigen, um die Negierung der Insolvenzantragsverpflichtung quasi doppelt abzusichern. In diesem Zusammenhang erhebt sich die Frage,

<sup>25</sup> Mock, Uhlenbrock, Kommentar zur Insolvenzordnung, 14. Auflage, RZ 57 ff. zu § 19 InsO

<sup>26</sup> Karsten Schmidt, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Auflage, RZ 5.121

wie bei einer positiven Fortbestehensprognose eine Bewertung der Aktiva und Passiva im Überschuldungsstatus zu erfolgen hat. Konsequenterweise kann dies nur zu Fortführungswerten erfolgen, andernfalls hätte die positive Fortbestehensprognose keinen Sinn bzw. würde im Widerspruch zum Überschuldungsstatus stehen.

## 5. Lösungsansatz

### 5.1 Betriebswirtschaftliche Elemente einer gesunden Unternehmung

Aufgrund der zuvor getroffenen Aussagen und der daraus resultierenden Erkenntnisse kann davon ausgegangen werden, dass die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit für eine gesunde Unternehmung zwar eine **notwendige**, jedoch keine **hinreichende** Bedingung ist. Vielmehr muss auch – auf Dauer – eine ausreichende Ertragsfähigkeit und schlussendlich auch ein positives Eigenkapital vorliegen, um von einer nachhaltig sanierten bzw. gesunden Unternehmung zu sprechen. Nichts anderes ergibt sich im Übrigen auch aus dem IDW S 6 über die Erstellung bzw. Prüfung von Sanierungskonzepten und dort Tz. 11 und 14, in denen von einer nachhaltigen Fortführungsfähigkeit in Form einer Wettbewerbsfähigkeit und Renditefähigkeit gesprochen wird. Das Zusammenspiel zwischen Zahlungsfähigkeit, ausreichendem Eigenkapital und einer auskömmlichen Ertragsfähigkeit ist Merkmal jeder gesunden marktwirtschaftlich orientierten Unternehmung. Hiervon mag es im Einzelfall temporäre oder auch sachliche Ausnahmen geben; am Ende des Tages wird kein marktwirtschaftlich orientierter Marktteilnehmer an diesen Kriterien vorbeikommen. In welcher Höhe das Eigenkapital bzw. die Renditefähigkeit (gemessen an der Umsatzrendite) sein sollte, ist sicherlich abhängig von der jeweiligen Branche, der Größenordnung und dem Reifegrad der Unternehmung. Dies muss letztendlich durch die Stakeholder bzw. durch die Geschäftsleitung der betroffenen Unternehmung im Rahmen ihrer unternehmerischen Verantwortung und damit der Zielsetzung definiert und immer wieder auch einer Überprüfung unterzogen werden. Beispielhaft für derartige Eckdaten sei auf die Anforderungen an ein saniertes Unternehmen im Automobilhandel hingewiesen<sup>27</sup>.

### 5.2 Statische Betrachtung als Ausgangspunkt. Ableitung eines (betriebswirtschaftlich) begründeten Status

Ausgangspunkt für die Überschuldungsprüfung kann aufgrund der zuvor gewonnenen Erkenntnisse immer nur ein aus der Handelsbilanz oder einem handelsrechtlich orientierten Status abgeleiteter betriebswirtschaftlicher Status mit den „wahren“ Wertansätzen der Aktiva und Passiva sein. In diesem Zusammenhang muss die Geschäftsleitung ggf. unter Hinzuziehung ihrer Berater sachgerecht einschätzen können, ob von einer grundsätzlichen Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft ausgegangen werden kann oder nicht. Sofern die Annahme der Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft grundsätzlich nicht in Frage steht (z.B. weil nur eine Ertragsdelle vorliegt oder ein einmaliger Forderungsausfall stattgefunden hat), wird man sich im Regelfall mit den einfachen „Bordmitteln“, wie sie in Tz. 55 des IDW S 11 aufgeführt sind, zu behelfen wissen. In der Praxis dürften dies die weitaus überwiegenden Fälle, gerade bei kleineren und mittleren Kapitalgesellschaften und Kapitalgesellschaften & Co. sein. Der erstellende Steuerberater bzw. prüfende WP/WPG sollte diese Instrumente kennen und diese ggf. unter Hinzuziehung eines in insolvenzrechtlichen Fragen erfahrenen Rechtsanwaltes im Zuge der Jahresabschlusserstellung bzw. Jahresabschlussprüfung der Geschäftsleitung empfehlen, sodass bei Anwendung dieser Maßnahmen auch der möglicherweise vorliegende materiell-rechtliche Überschuldungstatbestand beseitigt wird und der Jahresabschluss unter der Prämisse der Fortführungsfähigkeit gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB erstellt werden kann. In diesen sogenannten einfachen Fällen, die in der Praxis sicherlich überwiegen werden, ist die Erstellung bzw. Ableitung einer Fortbestehensprognose, wie sie in Tz. 53 des IDW S 11 gefordert wird, im Regelfall nicht erforderlich.

<sup>27</sup> Plagens / Oldemanns, „Standardisierung von Sanierungskonzepten (IDW S 6) durch Ableitung einer Management-Summary am Beispiel für den Automobilhandel“. ZInsO 12/2014, S. 521 ff.

### 5.3 Insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose, ganzheitlicher Ansatz zur Beurteilung der VFE-Lage vs. der „Zahlungsfähigkeitsprognose“ und Überschuldungsstatus bei positiver Fortbestehensprognose

Sofern sich die Unternehmung bereits in einem fortgeschrittenen Krisenstadium befindet bzw. die wirtschaftliche Situation komplexer und damit schwerer zu durchschauen ist (z.B. das Vorliegen von Holdingstrukturen, komplexeren Fertigungsprozessen, Abhängigkeiten von Auslandsmärkten etc.), wird die Geschäftsleitung bzw. ihrer Berater um eine Fortbestehensprognose im insolvenzrechtlichen Sinne nicht umhin kommen; diese sollte jedoch nicht nur als eine reine „Zahlungsfähigkeitsprognose“ ausgelegt werden. Vielmehr muss ausgehend von einem Ausgangsstatus (Eröffnungsbilanz) im Zuge einer integrierten Planungsrechnung zuerst eine GuV-Planung für den fraglichen Prognosezeitraum (der im Einzelfall durchaus auch länger sein als das laufende und das kommende Geschäftsjahr) erstellt und daraus eine Liquiditätsplanung und letztendlich eine Schlussbilanz abgeleitet werden. Diese Fortbestehensprognose kann dann als Ausgangspunkt weitergehender Sanierungsüberlegungen dienen (vgl. insoweit Ausführungen im IDW S 6, Tz. 14). In jedem Fall führt der Ansatz der Fortbestehensprognose über eine integrierte Planungsrechnung stets zwingend dazu, **dass neben der Zahlungsfähigkeit auch eine Aussage über die Ertragsfähigkeit und die Eigenkapitalausstattung und damit letztendlich zum statischen Überschuldungstatbestand getroffen werden kann**. Deshalb ist es empfehlenswert, den Prognosezeitraum soweit zu erweitern, bis der Turnaround deutlich erkennbar wird, z.B. wenn wieder positive Cashflows erwirtschaftet werden.

Sofern die Fortbestehensprognose positiv ist (Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit), jedoch zum Ende des Prognosezeitraumes das Eigenkapital immer noch negativ sein sollte, muss dies als Indiz gewertet werden, dass der Geschäftsleitung und ihren Beratern dringend zu empfehlen ist, ein weitergehendes umfassendes Sanierungskonzept zu erstellen, um letztendlich auch die bilanzielle Überschuldung zu beseitigen, die sich aus der Schlussbilanz der Planungsrechnung, die der Fortbestehensprognose zugrunde gelegt wird, ergibt. Wie bereits in Kapitel 4.4 und 4.5 c) dargelegt, kann eine überschuldete Unternehmung bei einer zeitlichen Totalbetrachtung grundsätzlich nicht zahlungsfähig bleiben; von den zitierten Ausnahmefällen abgesehen.

Sofern die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose zu einem positiven Ergebnis kommt (und zwar egal, ob in der Schlussbilanz noch eine bilanzielle Überschuldung ausgewiesen wird oder nicht), sollte für den Fall, dass in der Eröffnungsbilanz, mit der die Fortbestehensprognose zwingend beginnen muss, ein dort noch vorhandener rechnerischer Überschuldungstatbestand durch weitergehende Maßnahmen (z.B. Patronatserklärungen, Rangrücktrittserklärungen, Schuldbeitritt der Gesellschafter, Zurverfügungstellung außenstehender Sicherheiten) unbedingt beseitigt werden, damit für den Fall, dass die Unternehmung doch noch in die Insolvenz fällt und sich die Fortbestehensprognose als nicht mehr haltbar herausstellen sollte, von vornherein gegenüber der Geschäftsleitung und ihren Beratern keine substantiellen Angriffspunkte ergeben (Prinzip der doppelten Absicherung). Die Negierung des Überschuldungstatbestandes ausschließlich auf eine positive Fortbestehensprognose im Sinne der 2. Alternative des § 19 Abs. 2 Satz 1 zu stützen, ist zwar rechtlich möglich, aber mit einem hohen Risiko behaftet, dass letztendlich die Organvertreter und ggf. auch die Berater zu tragen haben.

In diesem Zusammenhang erhebt sich aber die Frage, wie die Aktiva und Passiva des Ausgangsstatus (Eröffnungsbilanz) der Fortbestehensprognose anzusetzen sind, wenn die Fortbestehensprognose im Sinne einer Zahlungsfähigkeitsprognose zu einem positiven Urteil kommt. In diesem Fall ist der Ansatz in diesem Status zu Liquidationswerten nicht sachgerecht, da die Fortbestehensprognose zu einem positiven Ergebnis gekommen ist. Sofern sich die Geschäftsleitung und ihre Berater mit der positiven Fortbestehensprognose allein nicht zufrieden geben, sondern entsprechend der zuvor gemachten Empfehlung auch die statische Überschuldung in der Ausgangsbilanz / Status beseitigen wollen, können die Wertansätze der Aktiva und Passiva sinnvollerweise nur zu Fortführungswerten angesetzt werden. Der Ansatz zu Zerschlagungswerten würde hier zu einem Widerspruch zu dem positiven Votum der Fortbestehensprognose führen. Sofern dieser Ausgangsstatus unter Fortführungsgesichtspunkten bewertet wird, wird im Regelfall die sich hieraus ergebende rechnerische Überschuldung geringer sein, als wenn ein Ansatz zu Liquidationswerten erfolgt. Die statische Beseitigung dieses Überschuldungstatbestandes im Ausgangsstatus durch die dafür geeigneten Instrumente dient der doppelten Absicherung des anschließenden Sanierungsprozesses (wobei es ratsam sein kann evtl. zum Erstellungszeitpunkt bereits zukünftig noch auftretende Verluste zu antizipieren und die Maßnahmen zur Überschuldungsbeseitigung bereits „einzubauen“). Dass die Fortbestehensprognose Einfluss auf die Wertansätze im Überschuldungsstatus hat, ist auch nichts Neues (vgl. insoweit die alte Rechtslage zu § 19 InsO).



#### 5.4 Überschuldungsstatus bei negativer Fortbestehensprognose

Hierzu ist in der Literatur bereits alles gesagt worden, sodass sich keine Veränderung zu den zuvor gemachten Aussagen ergibt. Sofern eine negative Fortbestehensprognose vorliegt, d.h. die Zahlungsfähigkeit nicht gesichert ist, dürften die Überlebenschancen der Unternehmung als gering einzustufen sein und somit muss der jetzt zu erstellende Status unter Liquidationsgesichtspunkten aufgestellt werden.

#### 5.5 Exkurs: Auswirkung auf die Going-Concern-Prämisse gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB

Aufgrund der handelsrechtlichen Vorschriften zur Bilanzierung ist gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB im Regelfall davon auszugehen, dass die Bilanzierung unter Anwendung der Going-Concern-Prämisse zu erfolgen hat, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Sollte es im handelsrechtlichen Sinne, z.B. bei der Jahresabschlussstellung bzw. -prüfung, Zweifel an der Going-Concern-Prämisse geben, muss unter handelsrechtlichen Gesichtspunkten die Fortführungsannahme durch den Jahresabschlusssteller bzw. -prüfer beachtet werden. In der Praxis besteht das Problem darin, dass die handelsrechtliche Fortführungsannahme / Fortführungsprognose und die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose nicht immer deckungsgleich sind<sup>28</sup>, auf die Einzelheiten soll im Zusammenhang dieser Abhandlung nicht weiter eingegangen werden. Für die Praxis erhebt sich jedoch die wichtige Frage, ob und falls ja wann bei einem drohenden Insolvenzscenario i.S.d. §§ 17-19 InsO sich möglicherweise Auswirkungen auf die handelsrechtliche Bilanzierung ergeben könnten, wenn in einem solchen Fall die Aufrechterhaltung der Going-Concern-Prämisse nicht mehr als Regelvermutung unterstellt werden kann. Unstreitig dürfte dies der Fall sein, wenn der Insolvenzantrag bereits gestellt wurde bzw. die Insolvenzantragstellung unmittelbar bevorsteht und dies dem Jahresabschlusssteller / -prüfer bekannt wird.

Es stellt sich jedoch die Frage, ab welchem Zeitpunkt vom Wegfall der Going-Concern-Prämisse auszugehen ist, wenn erste Indizien für eine krisenbehaftete Situation der betroffenen Unternehmung auftauchen. Ist dies beispielsweise bereits der Fall, wenn aufgrund des hälftigen Verlustes des Stammkapitals gem. § 49 Abs. 3 GmbHG durch die Geschäftsleitung eine außerordentliche Gesellschafterversammlung einzuberufen ist, um über Sanierungsmaßnahmen zu beraten? Oder ist der Ausweis einer bilanziellen Überschuldung i.S.d. § 268 Abs. 3 HGB bereits eine (eindeutige) Indikation für einen möglichen Wegfall der Going-Concern-Prämisse? Diese Fragen sind im Einzelfall nur unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse und der jeweiligen Zukunftserwartungen für die betroffene Unternehmen (genauer: Rechtsträger) durch den hiervon betroffenen Personenkreis zu beantworten. Für den Fall, dass die Organvertreter bzw. der Jahresabschlusssteller / -prüfer mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Wegfall der Going-Concern-Prämisse ausgehen müssen, darf auch eine handelsrechtliche Bilanzierung nur noch unter Liquidationsgesichtspunkten erfolgen, mit den in diesem Zusammenhang bereits an anderer Stelle erörterten Problemen und Fragestellungen. Neben den Organvertretern sind hiervon auch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer betroffen, die Jahresabschlüsse erstellen bzw. prüfen und sich mit dieser Frage konfrontiert sehen<sup>29</sup>.

Somit kann zumindest festgehalten werden, dass bei einer krisenbehafteten Unternehmung die Going-Concern-Prämisse i.S.d. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB nicht mehr als gegeben angesehen werden kann, wenn obligatorische Insolvenzeröffnungsgründe (§§ 17, 19 InsO) entweder bereits realisiert sind oder mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein dürften. Ob bei dem fakultativen Insolvenzeröffnungsgrund „Drohende Zahlungsunfähigkeit“ i.S.d. § 18 InsO ebenfalls von einem Wegfall der Going-Concern-Prämisse ausgegangen werden muss, ist nicht ohne Weiteres zu beantworten, da dies vom Zeitfaktor abhängen wird. Für die Going-Concern-Prämisse wird im Regelfall ein Betrachtungszeitraum von ca. 12 Monaten ab dem Zeitpunkt der Jahresabschlussstellung unterstellt, den die Organvertreter bzw. der Jahresabschlusssteller / -prüfer zu beachten haben. Sollte sich der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit innerhalb dieses Zeitraumes bewegen, so dürfte auch in diesem Fall eine Bilanzierung unter der Annahme der Fortführungsfähigkeit sicherlich nicht mehr sachgerecht sein.

<sup>28</sup> Positionspapier des IDW vom 13.08.2012 zum Zusammenwirken von handelsrechtlicher Fortführungsannahme und insolvenzrechtlicher Fortbestehensprognose, IDW-FN 2012, S. 463

<sup>29</sup> Vgl. IDW PS 270, Tz. 13, 14

## 5.6 Lösungsvorschlag für eine gesetzliche Umsetzung im § 19 InsO

Um die zuvor dargelegten Probleme zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber überlegen, den § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO exakter auszugestalten, um den vielen Interpretationsproblemen in der Praxis und den daraus resultierenden Unsicherheiten und Haftungsgefahren für Geschäftsführer / Vorstände und ihren Beratern entgegenzuwirken.

### **§ 19 InsO Überschuldung (NEU)**

- (1) Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.
- (2) <sup>1</sup>Eine Überschuldung i.S.d. Absatzes 1 liegt dann vor, wenn sich aus einem (aktuellen) Überschuldungsstatus ergibt, dass das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (= wirtschaftliche - oder rechnerische - Überschuldung). <sup>2</sup>Der Bewertung der Aktiva und Passiva im Überschuldungsstatus ist der Umstand zugrunde zu legen, ob das schuldnerische Unternehmen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fortgeführt werden kann oder nicht. <sup>3</sup>Bestehen trotz überwiegender Wahrscheinlichkeit der Fortführung Zweifel an der Fortführungsfähigkeit des schuldnerischen Unternehmens, so haben sich die gesetzlichen Vertreter mit Hilfe einer Fortbestehensprognose darüber zeitnah Gewissheit zu verschaffen. <sup>4</sup>Ist das Ergebnis der Fortbestehensprognose positiv, so liegt eine Überschuldung im rechtlichen Sinne auch dann nicht vor, wenn sich aus dem Überschuldungsstatus nach Satz 2 kein ausreichendes Schuldendeckungspotential ergibt. <sup>5</sup>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.
- (3) <sup>1</sup>Ist bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend. <sup>2</sup>Dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

Ausgangspunkte des neu zu definierenden § 19 Abs. 2 wären in Satz 1 die Klarstellung, dass der Überschuldungsbegriff sich nur aus einer rechnerischen Überschuldung ableitet, vorbehaltlich der Ausführungen in § 19 Abs. 2 Satz 4, und der diesen Überlegungen zugrunde gelegte Überschuldungsstatus hinsichtlich der Bewertungsprämissen für die Aktiva und Passiva davon abhängig gemacht wird, ob das schuldnerische Unternehmen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fortgeführt werden kann oder nicht. Damit wäre sichergestellt, dass in den einfachen Fällen, also dort, wo keine Zweifel an der Fortführungsfähigkeit gegeben sind, ein Überschuldungsstatus im Regelfall zu Fortführungswerten erstellt werden kann und die Organvertreter bzw. ihre Berater die Möglichkeit haben, in diesen sogenannten einfachen Fällen (i.S. Tz. 55 des IDW S 11) eventuell vorliegende bilanzielle Überschuldungstatbestände mit den hierfür gebotenen Mitteln (z.B. Rangrücktrittserklärungen) so zu beseitigen, dass eine rechnerische Überschuldung und damit ein Insolvenzeröffnungsgrund i.S.d. § 15 a InsO eben nicht vorliegt. Damit wäre der Grundtatbestand der rechnerischen Überschuldung zum einen definiert und es würde den Organvertretern und Beratern eine Möglichkeit an die Hand gegeben werden, eine möglicherweise vorliegende rechnerische Überschuldung mit einfachen Mitteln zu beseitigen und nicht in den komplizierten Prozess einer Überprüfung der Fortführungsfähigkeit der Unternehmung „einzusteigen“, wenn dies offensichtlich nicht geboten ist. Natürlich würde in diesem Fall die letzte Verantwortung hierfür, wie in der Vergangenheit auch, bei den Organvertretern der betroffenen Gesellschaft liegen, die sich ggf. hierzu qualifizierten wirtschaftlichen und rechtlichen Rat einholen sollten.

Sollten jedoch trotz überwiegender Wahrscheinlichkeit der Fortführung (> 50%) Zweifel bestehen, ob die Fortführungsfähigkeit der Unternehmenseinheit letztendlich noch möglich ist, wird man um die Erstellung einer Fortbestehensprognose nicht umhin kommen. Das werden Fälle sein, in denen die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Fortführung nicht mit hinreichender Bestimmtheit und Sicherheit festgestellt werden kann, gleichwohl in der Gesamt-

bewertung eher von einer Fortführung auszugehen ist. Hierzu sollte jedoch der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung eindeutig darauf hinweisen, dass diese Fortbestehensprognose eben nicht nur eine Zahlungsfähigkeitsprognose ist, sondern eine vollintegrierte Planungsrechnung, bestehend aus einer Eröffnungsbilanz, Abbildung der Aufwendungen und Erträge durch eine GuV-Planung, Ableitung der entsprechenden Einzahlungen und Auszahlungen durch einen Liquiditätsplan und/oder eine Kapitalflussrechnung sowie schlussendlich Ableitung einer entsprechenden Schlussbilanz, aus der auch die Eigenkapitalentwicklung hervorgeht. Diese vollintegrierte Planungsrechnung **umfasst somit automatisch auch die Überprüfung der Zahlungsfähigkeit**. Das Instrument der integrierten Planungsrechnung hat der Gesetzgeber zumindest implizit bereits an anderer Stelle definiert (vgl. § 229 InsO); darauf kann zurückgegriffen werden.

Darüber hinaus erhalten aber die Organvertreter und die Berater auch entsprechende Hinweise auf die Ertragsfähigkeit und die Eigenkapitalausstattung während des Prognosezeitraums. Sollte sich zum Ende des Prognosezeitraums herausstellen, dass die Ertragsfähigkeit wieder hergestellt und das Eigenkapital positiv ist (neben der Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit!), so wird diese Art der Fortbestehensprognose für die Beurteilung der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens selbstverständlich eine ganz andere Qualität haben, als wenn zum Ende des Prognosezeitraums zwar die Zahlungsfähigkeit gesichert ist, aber die Ertragsfähigkeit des Unternehmens nach wie vor nicht hergestellt werden konnte und möglicherweise auch das Eigenkapital noch negativ auszuweisen sein wird. Im letzteren Fall könnten die Organvertreter und Berater nach der jetzigen Gesetzeslage gleichwohl davon ausgehen, dass eine Fortführungsfähigkeit gegeben ist (im Sinne einer positiven Zahlungsfähigkeitsprognose), jedoch bei einer betriebswirtschaftlich sinnvollen Gesamtbetrachtung der finale Erfolg einer gesicherten Fortführungsfähigkeit mit weitaus höheren Risiken behaftet ist, als in dem Fall, wenn die Fortbestehensprognose nicht nur die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit, sondern auch die Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit und die Überwindung der rechnerischen Überschuldung in der integrierten Planungsrechnung abbildet. Durch die Formulierung des § 19 Abs. 2 Satz 4 InsO in dem hier beschriebenen Vorschlag würde quasi auf die jetzige Formulierung in § 19 Abs. 2 Satz 1, 2. HS aufgesetzt werden, sodass sich an den materiell-rechtlichen Aussagen zu der gegenwärtigen Gesetzeslage nichts ändern würde.

Somit würde sich für die Organvertreter und Berater folgender Spannungsbogen ergeben, in dem sie zu einer eigenen Risikobeurteilung weitaus besser gewappnet wären, als dies nach der jetzigen Rechtslage der Fall wäre.

Der Spannungsbogen für die Feststellung, dass kein materiell-rechtlicher Überschuldungstatbestand i.S.d. § 19 Abs. 2 InsO vorliegt, umfasst zwei Extrempositionen (mit einer theoretisch denkbaren Fülle verschiedener Abstufungen), die wie folgt aussehen könnten:

- Der Ausgangsstatus wäre negativ ( $V < S$ ), die Zahlungsfähigkeitsprognose ist jedoch im Prognosezeitraum positiv, obwohl die Ertragsfähigkeit nicht wiederhergestellt wurde und auch das Eigenkapital zum Schluss des Prognosezeitraumes nach wie vor negativ bleibt. Außerdem werden die bilanziellen bzw. rechnerischen Überschuldungstatbestände im Ausgangsstatus nicht beseitigt. Es versteht sich von selbst, dass diese Situation, die nach der jetzigen Gesetzeslage keinen materiell-rechtlichen Insolvenzeröffnungsgrund darstellt, für die Organvertreter und ihre Berater ein sehr hohes Risiko bedeutet.
- Die im Ausgangsstatus vorhandene bilanzielle bzw. rechnerische Überschuldung wird durch einfache Mittel in jedem Fall beseitigt (z.B. Rangrücktrittserklärungen), darüber hinaus wird eine Fortbestehensprognose erstellt, die nicht nur darlegt, dass eine Zahlungsfähigkeit über den Prognosezeitraum gegeben ist, sondern auch die Ertragsfähigkeit wiederhergestellt und ein positives Eigenkapital zum Ende des Prognosezeitraums ausgewiesen werden kann. Es versteht sich von selbst, dass in diesem Fall die Risikolage der Organvertreter und der Berater für eine mögliche Fehleinschätzung bei sonst gleichen Ausgangsbedingungen gegenüber dem zuvor genannten Fall deutlich geringer ist.

Vor diesem Hintergrund kann allen Organvertretern, aber auch den betriebswirtschaftlichen und juristischen Beratern nur dringend empfohlen werden, den für die letztendliche Entscheidung, ob ein Insolvenzantrag gestellt wird oder nicht, verantwortlichen Organvertretern diese unterschiedlichen Entscheidungsszenarien aufzuzeigen, damit sie im vollen Bewusstsein, auf was sie sich letztendlich einlassen, auch eine diesbezügliche Entscheidung treffen können. Mit anderen Worten: jeder verantwortungsbewusste Organvertreter wird sich im Zweifel für das geringere Risiko entscheiden, wenn es darum geht, mögliche Insolvenzeröffnungsgründe zu vermeiden. Demzufolge liegt es auf der Hand, in einer krisenbehafteten Situation alles zu unternehmen, um den zuerst geschilderten Fall entweder in Gänze

zu vermeiden oder sich so weit wie möglich mit den gebotenen Instrumenten dem zweiten geschilderten Fall zu nähern, um damit eine deutliche Risikoreduzierung vorzunehmen.

#### 5.7 Sollte der Begriff „drohende Überschuldung“ im Gesetz aufgenommen werden als weiteres Antragsrecht?

Man könnte ferner überlegen, den Tatbestand der drohenden Überschuldung auch in das Gesetz als Antragsrecht aufzunehmen, ähnlich wie die drohende Zahlungsunfähigkeit in § 18 InsO. Aus den zuvor gemachten Ausführungen ist jedoch erkennbar, dass bei einer zeitlichen Totalbetrachtung eines Unternehmens keine Überschuldung vorliegen kann, wenn Zahlungsfähigkeit auf Dauer gegeben ist. Daraus folgert der Umkehrschluss: *Sofern auf Dauer keine Zahlungsfähigkeit vorliegt, bedeutet dies, dass letztendlich nicht alle Gläubiger mit den vorhandenen Aktiva befriedigt werden können und somit zwangsläufig das Schuldendeckungspotential nicht ausreicht alle Verbindlichkeiten zu bedienen.* Dies ist zwangsläufig ein Indiz dafür, dass die Schulden höher sind als das verwertbare Vermögen. Somit ist als weitere Schlussfolgerung gerechtfertigt zu sagen: *Die drohende Zahlungsunfähigkeit führt zwangsläufig auch zur Überschuldung.* Somit impliziert die drohende Zahlungsunfähigkeit auch langfristig den Überschuldungstatbestand. Wenn diese Schlussfolgerung richtig ist, führt die drohende Zahlungsunfähigkeit stets auch zu einer drohenden Überschuldung. Ergo: Ist ein Antragsrecht zur Insolvenzeröffnung mit dem Tatbestand „drohende Überschuldung“ überflüssig, da dieser Tatbestand durch den bereits in der Gesetzesnorm enthaltenen Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit abgedeckt wird.

## 6. Zusammenfassung / Ausblick

Fasst man die zuvor gewonnenen Erkenntnisse und Ausführungen zusammen, so ergeben sich einige Ansätze, die sowohl für die Praxis wie auch für die Theorie der Handhabung des Überschuldungsbegriffes von Bedeutung sein können. Insbesondere der Personenkreis, der mit dem Überschuldungsbegriff in der Praxis zu tun hat und hier insbesondere die Organvertreter, die sich einer ständigen Selbstprüfungspflicht in der herausziehenden Krise des Unternehmens zu unterziehen haben, wie auch deren Berater sollten im Zweifel versuchen, die Risikolage bei einer möglichen Überschuldungsprüfung zu reduzieren.

- Der Überschuldungsbegriff hat unterschiedliche Ausgestaltungsformen, je nachdem, ob eine Definition unter bilanziellen, rechnerisch-wirtschaftlichen oder juristischen Gesichtspunkten erfolgt. Während die bilanzielle Überschuldung lediglich eine Indikation darstellt, ist durch die Neuregelung des § 19 Abs. 2 InsO im Zuge des FMStG ausschließlich auf rechnerische Überschuldung bei negativer Fortbestehensprognose abzustellen.
- Langfristig maßgeblich kann bei einem üblichen marktwirtschaftlichen Ansatz nur der rechnerisch-wirtschaftliche Überschuldungsbegriff sein, dessen Verwirklichung es aus Sicht der Organvertreter zu vermeiden gilt, indem stets ein ausreichendes Eigenkapital gegeben ist. Im Regelfall wird ergänzend hinzukommen (müssen), dass das Unternehmen eine ausreichende Ertragsfähigkeit aufweist und ausreichend Liquidität generieren kann, um die Zahlungsfähigkeit zu gewährleisten. Folge: ein auf Dauer angelegtes Unternehmen kann bei Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit im Regelfall nicht im betriebswirtschaftlichen Sinne überschuldet sein.
- Eine Fortbestehensprognose muss zwingend mit einem Ausgangsstatus (Eröffnungsbilanz) beginnen, um die „Abflughöhe“ zu kennen. Die Eröffnungsbilanz ist notwendiger Bestandteil jeder integrierten Planungsrechnung. Darauf aufbauend ist dann im Regelfall die GuV-Planung, daraus abgeleitet die Finanzplanung und schlussendlich die Schlussbilanz in einem geschlossenen System abzuleiten, das dem Doppik-Prinzip der doppelten kaufmännischen Buchführung entspricht.
- Selbst bei einer positiven Fortbestehensprognose kann den Organvertretern und ihren Beratern nur dringend empfohlen werden, auch eine eventuelle statische Überschuldung im Ausgangsstatus zu beseitigen, dabei sind die Aktiva und Passiva mit Fortführungswerten (und gerade nicht mit Liquidationswerten) anzusetzen.
- Es wäre wünschenswert, die Fortbestehensprognose und die Fortführungsprognose zu vereinheitlichen, um gerade den Organvertretern und Beratern die Erstellung / Prüfung von Jahresabschlüssen unter Beachtung dieser

Prämissen zu erleichtern. Die derzeitige Differenzierung, die vom IDW vorgenommen wird, ist für die Praxis der Jahresabschlussersteller bzw. -prüfer nur schwer verständlich und kaum praktikabel.

Der Gesetzgeber ist aufgerufen, die Systematik des Überschuldungsbegriffes nochmal grundlegend zu überdenken. Entweder wird der § 19 InsO in Gänze schlicht abgeschafft oder – wenn er denn beibehalten werden soll, wofür es durchaus beachtliche Gründe geben mag – muss die Gesetzesnorm klarer definiert und um eine aussagefähige Gesetzesbegründung ergänzt werden (wie dies zur Einführung der InsO 1999 zum „alten“ Begriff des § 19 auch geschehen war).