

ESV

# Praxisleitfaden Insolvenzreife

Insolvenzantragsgründe prüfen,  
feststellen, beseitigen

Von

**Dr. Jochen Blöse und Dr. Heike Wieland-Blöse**

---

ERICH SCHMIDT VERLAG

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation  
in der Deutschen Nationalbibliografie;  
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über  
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

**Weitere Informationen zu diesem Titel finden Sie im Internet unter**

[ESV.info/978 3 503 13066 5](http://www.esv.info/9783503130665)

Gedrucktes Werk: ISBN 978 3 503 13066 5

eBook: ISBN 978 3 503 13067 2

Alle Rechte vorbehalten

©Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2011

[www.esv.info](http://www.esv.info)

Dieses Papier erfüllt die Frankfurter Forderungen  
der Deutschen Nationalbibliothek und der Gesellschaft  
für das Buch bezüglich der Alterungsbeständigkeit und  
entspricht sowohl den strengen Bestimmungen der US Norm  
Ansi/Niso Z 39.48-1992 als auch der ISO Norm 9706.

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Für Jan-Philipp und Carolin

# Vorwort

Die Insolvenz von Unternehmen ist Bestandteil des Wirtschaftslebens. Sie ist letztlich Teil des Selektionsprozesses, in dessen Ergebnis Unternehmen, die den Marktanforderungen nicht gerecht werden, aus dem Wirtschaftsleben ausscheiden. Die Gründe, aus denen die Marktanforderungen verfehlt werden, können vielgestaltig sein. Sie können auf der Produktseite, z. B. wegen eines veralteten Produktportfolios, ebenso liegen, wie auf der Verwaltungsseite, z. B. der mangelnden Vorkehr im Hinblick auf Forderungsausfälle.

Die Rechtsordnung verhält sich gegenüber den Krisenursachen neutral. Rechtsfolgen werden einheitlich daran geknüpft, dass sich die Krise hin zur Existenzbedrohung entwickelt und in der Insolvenz manifestiert. Der regulatorische Eingriff der Rechtsordnung liegt darin, den Zustand in der Krisengnese zu definieren, die Anknüpfungstatsache für Rechtsfolgen ist. Diesen Zustand begreift die Insolvenzordnung als den der drohenden Zahlungsunfähigkeit, der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung.

Aufgabe primär der Vertreter der Unternehmen und sekundär der GmbH-Gesellschafter bzw. der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft und einer Genossenschaft ist es, festzustellen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der gesetzlich beschriebenen Insolvenzantragsgründe gegeben sind oder – mit anderen Worten – zu beurteilen, ob sich ihre Gesellschaft in einem Zustand befindet, der es nach dem gesetzgeberischen Willen ausschließt, dass sie in unveränderter Form weiter am Geschäftsverkehr teilnimmt. Liegt diese Situation der Insolvenzreife vor, so führt sie zu einer Handlungsverpflichtung i. S. der Insolvenzantragstellung bzw. beim fakultativen Antragsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit der Handlungsoption der Insolvenzantragstellung. Die Bedeutung der zwingenden Insolvenzgründe geht jedoch über die Begründung dieser Handlungsverpflichtung hinaus. Sie stellen zudem Anknüpfungstatsache für zahlreiche zivilrechtliche Ansprüche gegen Vertretungsorgane und Gesellschafter dar; sie besitzen zudem strafrechtliche Relevanz. Es ist daher für die Antragsverpflichteten und die Adressaten der in Betracht kommenden Haftungsvorschriften von sehr großer Bedeutung, zu ermitteln, ob bei dem jeweils relevanten Rechtsträger die Situation der Insolvenzreife gegeben ist.

Die Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen der vom Gesetz als Insolvenzreife definierten Situationen ist jedoch vielfach mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Im Rahmen der Überschuldung sind dabei in Judikative und Legislative gegenläufige Entwicklungen festzustellen. Die Rechtsprechung

neigt dazu, Gläubigern, die sich auf Haftungsnormen beziehen, bei denen die Überschuldung tatbestandliche Bedeutung hat, Erleichterungen bei der Darlegungs- und Beweislast zu gewähren. So wird es zur Darlegung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung für ausreichend erachtet, dass sich der Gläubiger auf eine handelsrechtliche Bilanz bezieht, die einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag ausweist und ergänzend vorträgt, dass im Vermögen der Gesellschaft keine stillen Reserven und nicht bilanzierte Vermögensgegenstände vorhanden sind. Es ist dann an dem Haftungsadressaten darzutun, dass eben doch stille Reserven und nicht bilanzierte Vermögensgegenstände vorhanden sind. Alternativ kann er und hat insoweit aber auch die Darlegungs- und Beweislast, dartun, dass die Gesellschaft eine positive Fortbestehensprognose hatte. Dieser zweitgenannte Gesichtspunkt stellt die Erleichterung dar, die der Gesetzgeber derzeit, nach aktueller Gesetzeslage befristet bis zum 31.12.2013, gewährt. Nach dem heutigen Überschuldungsverständnis ist die negative Fortbestehensprognose eigenständiges Merkmal einer Überschuldung. Anders formuliert schließt eine positive Fortbestehensprognose das Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldung von vorneherein aus.

Auch im Rahmen der Zahlungsunfähigkeit ergeben sich, so diese nicht bis zur definitiven Zahlungseinstellung gediehen ist, Probleme der Feststellung. Die zur Beurteilung des Vorliegens einer Illiquidität notwendige Aufstellung eines Finanzstatus und eines Finanzplans stellen Anforderungen, die zu erfüllen nicht jeder Antragsverpflichtete bzw. Haftungsadressat in der Lage ist. Beurteilungsunsicherheiten ergeben sich zudem aus der Rechtsprechung; so ist durchaus unklar, welche Bedeutung die so genannte 10 %-Grenze, die nach der Rechtsprechung des BGH Relevanz für das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Zahlungsunfähigkeit hat, im jeweils konkreten Fall besitzt.

Das nachfolgende Werk gibt einen Überblick über die Bedeutung der Insolvenzreife einer Gesellschaft in der Rechtswirklichkeit. Es stellt im Überblick dar, welche Handlungsnotwendigkeiten und Haftungsrisiken bestehen. Sodann bietet es eine ausführliche Anleitung zur Feststellung der tatsächlichen Voraussetzungen des fakultativen und der zwingenden Insolvenzantragsgründe. Für Vertretungsorgane und Gesellschafter von Unternehmen sowie deren Berater bietet das Werk Handreichungen bei der Feststellung, ob die krisenhafte Entwicklung eines Unternehmens so weit gediehen ist, dass sich aus Rechtsgründen Handlungsnotwendigkeiten ergeben und/oder Haftungsrisiken drohen.

Die Autoren danken Herrn Dr. Ingo Thomas und Frau Dipl.-Jur. Marlene von der Heyde für ihre wertvolle Mitarbeit.

Köln/Düsseldorf im Februar 2011

Die Autoren

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort .....</b>	<b>7</b>
<b>Inhaltsverzeichnis.....</b>	<b>9</b>
<b>Erster Teil: Anlässe der Prüfung der Insolvenzreife.....</b>	<b>15</b>
1. Feststellung der Insolvenzantragspflicht.....	15
1.1 Zweck der Norm .....	15
1.2 Adressaten der Antragspflicht.....	16
1.2.1 Organschaftlicher Vertreter und faktischer Geschäftsführer, § 15a Abs. 1 InsO .....	16
1.2.2 Führungslose Gesellschaft, § 15a Abs. 3 InsO.....	17
1.3 Vorsorgende Prüfung.....	18
1.4 Antragsfrist.....	19
1.4.1 Fristbeginn.....	19
1.4.2 Höchstfrist, Fristende .....	20
2. Anknüpfungstatsachen für Anspruchstatbestände.....	21
2.1 Gegen Gesellschafter .....	21
2.1.1 Anfechtung von Zahlungen und Besicherung von Gesellschafterleistungen nach § 135 InsO .....	21
2.1.1.1 Anfechtung nach § 135 Abs. 1 und 2.....	22
2.1.1.1.1 Zweck der Norm.....	22
2.1.1.1.2 Anwendungsbereich und Abgrenzungen .....	23
2.1.1.1.3 Anfechtungsgegner.....	23
2.1.1.1.4 Anfechtungsvoraussetzungen.....	26
2.1.1.1.5 Rechtsfolgen.....	29
2.1.2 Insolvenzverschleppungshaftung, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 3 InsO.....	29
2.2 Gegen Vertretungsorgane .....	30
2.2.1 Insolvenzverschleppungshaftung, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO.....	30
2.2.1.1 Schutzrichtungen und -bereich.....	30
2.2.1.2 Beurteilungsperspektive und Verschulden.....	31
2.2.1.3 Beweislast.....	31
2.2.1.4 Rechtsfolge.....	32
2.2.1.4.1 Altgläubiger.....	33

2.2.1.4.2	Neugläubiger .....	33
2.2.1.4.2.1	Vertrauensschaden.....	34
2.2.1.4.2.2	Geltendmachung.....	34
2.2.2.	Haftung wegen Teilnahme an einer Insolvenzverschleppung, §§ 823 Abs 2, 830 Abs 2 BGB, § 15a Abs 1 InsO .....	35
2.2.3	Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife, § 64 Satz 1 GmbHG .....	36
2.2.3.1	Sinn und Zweck.....	36
2.2.3.2	Abgrenzung zur Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 InsO .....	36
2.2.3.3	Begriff der „Zahlungen“ .....	37
2.2.3.4	Verschulden.....	38
2.2.3.5	Exkulpationsmöglichkeit nach § 64 Satz 2 GmbHG ....	39
2.2.3.6.	Rechtsfolge.....	40
2.2.3.7	Entstehen des Anspruchs.....	41
2.2.4	Haftung für Zahlungsunfähigkeit auslösende Zahlungen an Gesellschafter, § 64 S. 3 GmbHG .....	41
2.2.4.1	Zweck und Abgrenzung zu anderen Tatbeständen .....	42
2.2.4.2	Begriff der „Zahlungen an Gesellschafter“ .....	43
2.2.4.3	Begriff der „Zahlungsunfähigkeit“ in § 64 Satz 3 GmbHG .....	44
2.2.4.4	Kausalität.....	44
2.2.4.5	Exkulpationsmöglichkeit nach § 64 Satz 3 GmbHG .....	45
2.2.4.6	Rechtsfolge.....	46
<b>Zweiter Teil: Probleme der Prüfung der Insolvenzreife .....</b>		<b>47</b>
1.	Probleme der vorsorgenden Prüfung .....	47
1.1	Unzureichende Datenbasis.....	47
1.1.1	Unzureichende Datenbasis bei der Überschuldungsprüfung .....	48
1.1.2	Unzureichende Datenbasis bei Zahlungsunfähigkeitsprüfung.....	50
1.2	Mangelnde Veranlassungssensibilität.....	50
1.3	Widerstreitende Interessen im Hinblick auf eine Insolvenzantrag- stellung .....	51
2.	Probleme der anspruchsbezogenen Prüfung.....	53
2.1	Problem des Vergangenheitsbezugs .....	53
2.1.1	Problem der Informationsbeschaffung .....	53
2.1.2	Rückschaufehler .....	54
2.2	Eigeninteresse .....	54



<b>Dritter Teil: Verfahren zur Prüfung der Insolvenzreife .....</b>	<b>55</b>
1. Zahlungsunfähigkeit .....	55
1.1 Normzweck .....	55
1.2 Begriffsbestimmung.....	56
1.2.1 Fällige Zahlungspflichten.....	57
1.2.2 Objektives Zahlungsunvermögen.....	57
1.2.3 Zahlungsmittel.....	58
1.3 Begriffsabgrenzung.....	60
1.3.1 Zahlungseinstellung.....	60
1.3.2 Zahlungsstockung.....	63
1.3.2.1 Merkmal der Dauer.....	64
1.3.2.2 Merkmal der Wesentlichkeit .....	65
1.3.2.2.1 Absolutes Abgrenzungskriterium als widerlegbare Vermutung.....	66
1.3.2.2.2 Anforderungen zur Widerlegung der Vermutungen .....	67
1.4 Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit.....	70
1.4.1 Ex-Ante-Betrachtung vor Insolvenzeröffnung.....	71
1.4.1.1 Methodische Vorgehensweise zur Überprüfung der Zahlungsunfähigkeit.....	71
1.4.1.2 Begriffsabgrenzungen .....	74
1.4.1.2.1 Finanzstatus versus Liquiditätsbilanz.....	74
1.4.1.2.2 Finanzplan versus Liquiditätsbilanz.....	75
1.4.1.2.3 Liquiditätsbilanz i. S. d. BGH-Rechtsprechung (Bugwellentheorie).....	77
1.4.1.2.4 Insolvenzurechtliche Liquiditätskennzahl.....	79
1.4.1.3 Aufstellung des Finanzstatus.....	81
1.4.1.3.1 Zahlungsmittel.....	81
1.4.1.3.2 Fällige Verbindlichkeiten .....	82
1.4.1.4 Aufstellung des Finanzplans .....	86
1.4.1.4.1 Berücksichtigung der zu beschaffenden Liquidität.....	86
1.4.1.4.2 Berücksichtigung der fälligen Zahlungspflichten .....	87
1.4.1.4.3 Beispielfall zur Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung.....	89
1.4.2 Ex-Post-Betrachtung nach Insolvenzeröffnung (retrograde Zahlungsunfähigkeitsprüfung) .....	92
1.5. Zusammenfassender Überblick.....	95
2. Drohende Zahlungsunfähigkeit.....	97
2.1 Normzweck .....	97
2.2 Begriffsbestimmung.....	98
2.2.1 Finanzplan .....	98
2.2.2 Bestehende Zahlungspflichten .....	99
2.2.3 Voraussichtlichkeit.....	100

	2.2.4	Prognosezeitraum .....	100
2.3		Abgrenzung.....	101
	2.3.1	Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO .....	101
	2.3.2	Abgrenzung zur Überschuldung nach § 19 InsO .....	103
3		Überschuldung .....	105
3.1		Normzweck.....	105
3.2		Begriffsbestimmung.....	107
	3.2.1	Aktueller insolvenzrechtlicher Überschuldungsbegriff .....	107
	3.2.2	Entwicklung des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs.....	110
	3.2.2.1	Einstufige Messvorschriften.....	111
	3.2.2.2	Ältere zweistufige Methode .....	111
	3.2.2.3	Modifizierte zweistufige Methode i. S. v. K. Schmidt.....	112
	3.2.2.4	Neue zweistufige Methode i. S. v. § 19 InsO vor FMStG ..	112
3.3		Abgrenzung handelsbilanzielle und insolvenzrechtliche Überschuldung .....	113
3.4		Einzelschritte der Prüfung.....	115
	3.4.1	Zeitpunkt für die Durchführung einer Überschuldungsprüfung .....	115
	3.4.2	Fortbestehensprognose .....	116
	3.4.2.1	Definition.....	116
	3.4.2.2	Abgrenzung von Fortführungs- und Fortbestehensprognose .....	117
	3.4.2.3	Ableitung einer Fortbestehensprognose .....	118
	3.4.2.3.1	Planungshorizont .....	118
	3.4.2.3.2	Zeitlicher Detaillierungsgrad.....	119
	3.4.2.3.3	Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit .....	119
	3.4.2.3.4	Qualitatives, wertendes Gesamturteil.....	121
	3.4.3	Ermittlung der rechnerischen Überschuldung.....	121
	3.4.3.1	Wesen und Funktion des Überschuldungsstatus .....	121
	3.4.3.2	Allgemeine Ansatz- und Bewertungsgrundsätze im Überschuldungsstatus.....	122
	3.4.3.2.1	Stichtagsprinzip .....	122
	3.4.3.2.2	Grundsatz der Verwertungsfähigkeit .....	123
	3.4.3.2.3	Einzelbewertungsgrundsatz.....	124
	3.4.3.3	Ansatz- und Bewertungsvorschriften bei negativer Fortbestehensprognose .....	125
	3.4.3.4	Ansatz- und Bewertungsvorschriften bei positiver Fortbestehensprognose .....	127
	3.4.3.4.1	Aktuelle praktische Relevanz.....	127
	3.4.3.4.2	Bilanzielles Bewertungskonzept .....	127
	3.4.3.4.3	Investitionstheoretisches Bewertungskonzept.....	129

3.4.3.4.4	Schlussfolgerungen zum Bewertungskonzept für die Praxis .....	131
3.4.3.5	Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden anhand von Beispielen.....	132
3.4.3.5.1	Ausstehende Einlagen .....	132
3.4.3.5.2	Bilanzierungshilfen .....	133
3.4.3.5.3	Geschäfts- oder Firmenwert .....	133
3.4.3.5.4	Sonstige Immaterielle Vermögensgegenstände .....	135
3.4.3.5.5	Sachanlagen und Umlaufvermögen .....	138
3.4.3.5.6	Finanzanlagen.....	139
3.4.3.5.7	Forderungen.....	140
3.4.3.5.8	Forderungen gegen Anteilseigner .....	141
3.4.3.5.9	Aktive Rechnungsabgrenzungsposten.....	143
3.4.3.5.10	Eigenkapital .....	143
3.4.3.5.11	Sonderposten mit Rücklageanteil .....	143
3.4.3.5.12	Rückstellungen .....	144
3.4.3.5.13	Pensionsrückstellungen .....	145
3.4.3.5.14	Verbindlichkeiten .....	145
3.4.3.5.15	Gesellschafterdarlehen .....	146
3.4.3.5.16	Passive Rechnungsabgrenzung .....	147
3.4.3.5.17	Eventualverbindlichkeiten.....	147
3.4.3.6	Gesamtbewertung und Bewertung von Beteiligungen im Überschuldungsstatus.....	147
3.4.3.6.1	Konzeptionelle Grundlagen der Bewertung.....	148
3.4.3.6.2	Bewertungsmethodik.....	149
3.4.3.6.3	Bewertungsperspektive .....	150
3.4.3.6.4	Zukünftig entziehbare Überschüsse .....	151
3.4.3.6.5	Kapitalkosten.....	152
3.4.3.6.6	Fremdkapital.....	153
3.4.3.6.7	Liquidationskosten und Steuern .....	154
3.4.3.6.8	Multiples.....	154
3.4.3.6.9	Überschuldungsstatus einer Beteiligungsholding anhand eines Beispiels .....	156
<b>Vierter Teil: Maßnahmen zur Beseitigung einer Insolvenzreife .....</b>		<b>159</b>
1.	Rangrücktritt .....	159
2.	Forderungsverzicht .....	160
2.1	Zivilrechtliche Grundlage des Forderungsverzichts .....	160
2.2	Besserungsabrede.....	161
2.3	Steuerliche Konsequenzen .....	162

3.	Stundung .....	162
4.	Patronat .....	164
5.	Debt Equity Swap .....	166
5.1	Grundkonzept.....	166
5.2	Umsetzungsvarianten .....	166
5.3	Steuerliche Konsequenzen .....	167
<b>Literaturverzeichnis.....</b>		<b>169</b>
<b>Rechtsprechungsverzeichnis .....</b>		<b>177</b>
<b>Abbildungsverzeichnis .....</b>		<b>181</b>
<b>Anhangverzeichnis .....</b>		<b>182</b>
<b>Anhang .....</b>		<b>183</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>		<b>199</b>
<b>Autorenportraits.....</b>		<b>203</b>