

Entwurf einer Neufassung eines IDW Standards: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW ES 11 n.F.)

Stand: 27.09.2022¹

Der Fachausschuss Sanierung und Insolvenz (FAS) des IDW hat am 27.09.2022 den nachfolgenden Entwurf einer Neufassung des IDW Standards: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW ES 11 n.F.) verabschiedet.

Gegenüber der bisherigen Fassung gibt es neben aktualisierten Verweisen und weiteren Klärstellungen vor allem die folgenden Änderungen:

- *Bisher sah der BGH zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit eine Art dynamische Bilanz vor, in der künftige Vermögenswerte (sog. Aktiva II) und künftige Verpflichtungen (sog. Passiva II) aufgeführt werden. IDW S 11 hat schon bisher die Ermittlung anhand eines Liquiditätsplans präferiert. Die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung stellt nun klar, dass die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit auf Basis eines Finanzplans bzw. mehrerer aufeinanderfolgender Plan-Finanzstatus zulässig ist. In Tz. 24 ff. wird auch die Bedeutung der Finanzstatus für die Berechnung der prozentualen Liquiditätslücke dargestellt.*
- *In Tz. 51 ff. wurden umfängliche Ausführungen zu einer Ermittlung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit in der Vergangenheit aufgenommen.*
- *Bezüglich der Anforderungen an Cash-Pooling-Systeme wurde in Tz. 47 ff. die aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung aufgenommen.*
- *In Tz. 106 werden die Änderung der Insolvenzantragspflichten durch das Sanierungs- und insolvenzrechtliches Krisenfolgenabmilderungsgesetz (SanInsKG) aufgenommen: Die Höchstfrist für die Stellung eines Insolvenzantrags wegen Überschuldung wird bis zum 31. Dezember 2023 von sechs auf acht Wochen hochgesetzt (§ 4a SanInsKG). Für die retrograde Ermittlung des Eintritts der Insolvenzeröffnungsgründe wird diese Regelung auch in Zukunft von Bedeutung sein.*

Änderungs- oder Ergänzungsvorschläge zu dem Entwurf werden schriftlich an die Geschäftsstelle des IDW (Postfach 32 05 80, 40420 Düsseldorf oder stellungnahmen@idw.de) bis zum 15. März 2023 erbeten. Die Änderungs- oder Ergänzungsvorschläge werden im Internet auf der IDW Website veröffentlicht, wenn dies nicht ausdrücklich vom Verfasser abgelehnt wird. Der Entwurf steht bis zu seiner endgültigen Verabschiedung im Internet (www.idw.de) unter der Rubrik Verlautbarungen zur Verfügung.

Copyright © Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., Düsseldorf.

¹ Verabschiedet als Entwurf vom Fachausschuss Sanierung und Insolvenz (FAS) am 27.09.2022. Billigende Kenntnisnahme durch den Hauptfachausschuss (HFA) am 28.11.2022.

1.	Vorbemerkungen.....	2
2.	Verantwortung der gesetzlichen Vertreter zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen	4
3.	Grundlagen für die Beurteilung von Insolvenzeröffnungsgründen.....	5
4.	Beurteilung eingetretener Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)	6
4.1.	Grundlagen zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit	6
4.1.1.	Zahlungsunfähigkeit/Zahlungsstockung	6
4.1.2.	Zahlungseinstellung	7
4.2.	Finanzstatus und Finanzplan als Grundlage zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit (ex-ante-Betrachtung).....	10
4.2.1.	Finanzstatus	11
4.2.1.1.	Fälligkeit der Verbindlichkeiten.....	11
4.2.1.2.	Finanzmittel	12
4.2.2.	Finanzplan	12
4.3.	Besonderheiten bei Cash-Pooling-Systemen	14
4.4.	Ermittlung des Zeitpunkts des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit in der Vergangenheit (ex-post-Betrachtung).....	15
5.	Beurteilung einer Überschuldung (§ 19 InsO).....	16
5.1.	Grundlagen zur Beurteilung einer Überschuldung	16
5.2.	Aufbau und Bestandteile der Überschuldungsprüfung.....	16
5.3.	Fortbestehensprognose	17
5.3.1.	Prognosezeitraum und Detaillierungsgrad	17
5.3.2.	Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit	17
5.3.3.	Fortschreibung der Fortbestehensprognose	18
5.4.	Überschuldungsstatus.....	18
5.4.1.	Ansatz	19
5.4.2.	Bewertung	19
5.4.3.	Besonderheiten bei ausgewählten Vermögenswerten und Verpflichtungen.....	20
5.5.	Beurteilung des Vorliegens der Überschuldung.....	21
6.	Beurteilung drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO).....	21
7.	Änderungen der Insolvenzantragspflichten aufgrund der Corona-Pandemie und des Krieges gegen die Ukraine	23

1. Vorbemerkungen

- 1 Die Insolvenzordnung sieht als Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) und Überschuldung (§ 19 InsO) vor (vgl. Abb. 1). Bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung ist in den Fällen des § 15a InsO von den Verantwortlichen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, zu beantragen. Das Gesetz sieht hierfür eine Frist von drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung vor (§ 15a Abs. 1 InsO).² Diese Frist darf jedoch nur dann ausgeschöpft werden, wenn Maßnahmen zur

² Bis zum 31.12.2020 galt auch für die Überschuldung eine Frist von max. drei Wochen. Mit dem Sanierungs- und insolvenzrechtlichen Krisenfolgenabmilderungsgesetz (SanInsKG) wurde die Höchstfrist für die Stellung

Beseitigung der Insolvenzeröffnungsgründe eingeleitet sind oder werden, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innerhalb der jeweiligen Frist zum Erfolg führen.

	§ 17 InsO Zahlungs- unfähigkeit	§ 19 InsO Überschuldung	§ 18 InsO Drohende Zahlungs- unfähigkeit
	<ul style="list-style-type: none"> - Fällige Zahlungspflichten können nicht erfüllt werden - Keine Zahlungsstockung 	<ul style="list-style-type: none"> - künftige Zahlungspflichten können in den nächsten zwölf Monaten nicht erfüllt werden - und: negatives Reinvermögen zu Liquidationswerten 	<ul style="list-style-type: none"> - keine akute Zahlungsunfähigkeit - aber: künftige Zahlungspflichten können in den nächsten in aller Regel 24 Monaten nicht erfüllt werden
Juristische Personen und Gesellschaften i.S.d. § 15a Abs. 1 und 2 InsO (keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter)	<u>Antragspflicht</u>		<u>Antragsrecht</u>
Natürliche Personen und sonstige Gesellschaften	<u>Antragsrecht</u>	Kein Eröffnungsgrund, aber <u>Antragsrecht</u> wegen drohender Zahlungsunfähigkeit	<u>Antragsrecht</u>

Abb. 1: Überblick über die Insolvenzeröffnungsgründe

- 2 Mit diesem *IDW Standard* werden unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung Anforderungen an die Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (Insolvenzreife) aufgestellt. Im fortgeschrittenen Krisenstadium (insb. Erfolgs- und/oder Liquiditätskrise³) haben die gesetzlichen Vertreter eine Fortbestehensprognose⁴ nach § 19 Abs. 2 InsO zu erstellen, um eine Aussage über das Vorliegen des Insolvenzeröffnungsgrunds der Überschuldung zu treffen. Die Anforderungen sind bei der Beurteilung von Insolvenzeröffnungsgründen zugrunde zu legen. Sie richten sich sowohl an die gesetzlichen Vertreter als auch an die Berufsträger mit (Annex-)Kompetenz zur Rechtsberatung (insb. Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater), die von den gesetzlichen Vertretern zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen hinzugezogen werden bzw. die im Rahmen eines Sanierungskonzepts die Insolvenzreife beurteilen.
- 3 Dieser *IDW Standard* ersetzt den *IDW Prüfungsstandard: Empfehlungen zur Prüfung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen (IDW PS 800)* i.d.F. vom 06.03.2009 und die *IDW Stellungnahme des Fachausschusses Recht 1/1996: Empfehlungen*

eines Insolvenzantrags wegen Überschuldung bis zum 31. Dezember 2023 von sechs auf acht Wochen hochgesetzt (§ 4a SanInsKG), vgl. Abschn. 7.

³ Vgl. *IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6)* (Stand: 16.05.2018), Tz. 62.

⁴ Vgl. Von der Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 InsO (Prognosezeitraum: grundsätzlich 12 Monate, für den Übergangszeitraum bis 31.12.2023 nach § 4 Abs. 2 SanInsKG 4 Monate, vgl. Abschn. 7) bzw. nach § 18 Abs. 2 InsO (Prognosezeitraum: in aller Regel 24 Monate) ist die Fortführungsprognose gemäß § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB zu unterscheiden, die durch *IDW Prüfungsstandard: Die Beurteilung der Fortführung der Unternehmenstätigkeit im Rahmen der Abschlussprüfung (IDW PS 270 n.F.)* (Stand: 02.02.2021) konkretisiert wird.

zur *Überschuldungsprüfung bei Unternehmen (IDW St/FAR 1/1996)*. Handelsrechtliche Grundsätze zur Erstellung oder Beurteilung einer Fortführungsprognose nach § 252 HGB sind nicht Gegenstand dieser Verlautbarung.⁵

2. Verantwortung der gesetzlichen Vertreter zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen

- 4 Bereits nach der bisherigen Rechtsprechung⁶ und nun in § 1 Abs. 1 StaRUG verankert, müssen sich die gesetzlichen Vertreter stets über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft vergewissern, um Hinweise auf eine Insolvenzgefahr erkennen zu können. Dies folgt aus der Sorgfaltspflicht des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, der verpflichtet ist, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten, um frühzeitig bestandsgefährdende Risiken erkennen zu können, sowie aus § 15a InsO, wenn es um den Nachweis geht, dass ohne schuldhaftes Zögern Insolvenzantrag gestellt wurde. Die gesetzlichen Vertreter müssen den Nachweis dafür erbringen können, dass sie die wirtschaftliche Entwicklung ihres Unternehmens jederzeit überblicken, die integrierte Unternehmensplanung⁷ aufgrund plausibler Annahmen erstellt haben, und dass das Unternehmen auch in der Lage ist, die Planannahmen entsprechend umzusetzen.⁸ Andernfalls drohen den Verantwortlichen Haftung und Strafe wegen Insolvenzverschleppung. Diese Pflicht wird unterlegt durch die Hinweispflicht der in § 102 StaRUG genannten Berater bei der Erstellung von Jahresabschlüssen.
- 5 Aus einem ordnungsmäßigen Finanz- und Rechnungswesen lassen sich – auch unterjährig – hinreichend aussagefähige Hinweise auf Ertragseinbrüche, drohende Liquiditätsengpässe und eine Eigenkapitalaufzehrung entnehmen. Zeigen sich entsprechende Krisenwarnsignale, ist diesen mit der gebotenen Sorgfalt nachzugehen. Eine Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung nicht erkannt zu haben, kann belegen, dass die gesetzlichen Vertreter ihrer Pflicht zur Beobachtung der Liquiditäts- und Vermögenslage nicht entsprochen haben. Sie haben daher entsprechende Systeme einzurichten, mit denen sie eine drohende Insolvenzreife erkennen können.⁹
- 6 Die Drei- bzw. Sechswochenfrist für die Stellung des Insolvenzantrags (vgl. Tz. 1) beginnt mit Vorliegen des Insolvenzeröffnungsgrunds. Die Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen erfordert ausreichende Kenntnisse des deutschen Insolvenzrechts.¹⁰ Fehlt den

⁵ Vgl. *IDW PS 270 n.F.*

⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 14.05.2007, II ZR 48/06, Rn. 16.

⁷ Vgl. *IDW S 6*, Tz. 72 ff.

⁸ Hierzu bereits BGH, Urt. v. 07.03.2005, II ZR 138/03, wonach die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter zunächst substantiiert eine Überschuldung zu einem bestimmten Zeitpunkt darzulegen hat und das Geschäftsführungsorgan sodann darzulegen und zu beweisen hat, dass es zum damaligen Beurteilungszeitpunkt pflichtgemäß von einer positiven Fortbestehensprognose ausgehen durfte. So auch OLG Koblenz, Urt. v. 27.02.2003, 5 U 917/02.

⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 06.06.1994, II ZR 292/91, Abschn. II. 2.d.; ebenso BGH, Urt. v. 14.05.2007, II ZR 48/06, Rn. 16 und seit 01.01.2021 § 1 StaRUG.

¹⁰ Unter bestimmten Voraussetzungen können sich zuletzt auch aus dem seit dem 01.01.2021 in Kraft getretenen StaRUG Auswirkungen auf die Insolvenzantragspflicht ergeben.

gesetzlichen Vertretern die hierzu notwendige Sachkunde, haben sie den Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers (vgl. Tz. 2) einzuholen.¹¹ Dabei müssen sie diesem Dritten die Verhältnisse der Gesellschaft umfassend erläutern und ihm alle zur Beurteilung erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen.¹² Ziehen die gesetzlichen Vertreter unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen einen unabhängigen und sachverständigen Berufsträger hinzu, dürfen sie das Ergebnis der Beurteilung abwarten.¹³ Voraussetzung ist dabei, dass sich die gesetzlichen Vertreter nicht mit einer unverzüglichen Auftragserteilung begnügen, sondern auch auf eine unverzügliche Auftragsdurchführung und Vorlage des Ergebnisses der Beurteilung hinwirken.¹⁴

- 7 Berufsträger können in diesem Zusammenhang unterstützend als externe Sachverständige, aber auch in anderen Rollen, etwa als Insolvenzverwalter oder anlässlich anderer Aufgaben (z.B. Erstellung von Sanierungskonzepten oder einer Bescheinigung nach § 270d InsO) mit der Beurteilung der Insolvenzreife eines Unternehmens befasst sein.

3. Grundlagen für die Beurteilung von Insolvenzeröffnungsgründen

- 8 Die für die Beurteilung der Insolvenzreife verwendeten Informationen müssen vollständig, aktuell, verlässlich und schlüssig sein.¹⁵
- 9 Bei vergangenheitsorientierten Informationen ist sicherzustellen, dass die für die Beurteilung der Insolvenzreife erforderlichen Informationen zutreffend aus der Rechnungslegung übernommen wurden. Der Beurteilende muss sich auf Grundlage von Plausibilitätsbeurteilungen entscheiden, ob er die sich aus dem Finanz- und Rechnungswesen ergebenden Daten als Ausgangsinformationen für die Ist-Lage und für die Ableitung von Planzahlen zugrunde legen kann. Dabei wird er berücksichtigen, ob und zu welchen Zeitpunkten relevante vergangenheitsbezogene Informationen geprüft oder prüferisch durchgesehen wurden.¹⁶
- 10 Bei prognostischen Angaben müssen die zugrunde liegenden Annahmen plausibel, d.h. nachvollziehbar, konsistent und frei von Widersprüchen sein; zudem sind die besonderen internen und externen Unternehmensverhältnisse der Krisensituation sowie insb. – falls die Kürze des Prognosezeitraums dem nicht entgegensteht – die erwartete Branchenentwicklung zu berücksichtigen.¹⁷ Sie dürfen insb. nicht im Widerspruch zu sonst gewonnenen Erkenntnissen des Beurteilenden stehen. Zudem ist sicherzustellen, dass die prognostischen Angaben sachlich und rechnerisch richtig aus den Ausgangsdaten und den Annahmen entwickelt worden sind.

¹¹ Vgl. BGH, Urt. v. 14.05.2007, II ZR 48/06, der in Rn. 16 auf Berufsträger abstellt und in Rn. 17 ausführt, dass die notwendige Sachkompetenz und Fachkunde für die Prüfung der Insolvenzreife bei einem Wirtschaftsprüfer außer Frage stehen.

¹² Vgl. BGH, Urt. v. 14.05.2007, II ZR 48/06, Rn. 16; BGH, Urt. v. 27.03.2012, II ZR 171/10, Rn. 18.

¹³ Vgl. BGH, Urt. v. 14.05.2007, II ZR 48/06, Rn. 14; BGH, Urt. v. 27.03.2012, II ZR 171/10, Rn. 18.

¹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 27.03.2012, II ZR 171/10, Rn. 23.

¹⁵ Vgl. ausführlich IDW S 6, Tz. 44 ff.

¹⁶ Vgl. IDW S 6, Tz. 49.

¹⁷ Vgl. IDW S 6, Tz. 12 und 21 f. sowie IDW Praxishinweis 2/2017: *Beurteilung einer Unternehmensplanung bei Bewertung, Restrukturierungen, Due Diligence und Fairness Opinion* (Stand: 02.01.2017).

Durch ein planvolles Vorgehen ist sicherzustellen, dass die erforderliche Vollständigkeit und Verlässlichkeit der wesentlichen Informationen erreicht werden.¹⁸

- 11 Die Beschreibung der tatsächlichen Umstände sowie der maßgeblichen Annahmen und Schlussfolgerungen muss inhaltlich geordnet und in schriftlicher Form vorliegen. Damit wird die Beurteilung der Insolvenzeröffnungsgründe auch für einen sachverständigen Dritten nachvollziehbar. Eine nachvollziehbare Dokumentation trägt auch zur Minderung der Haftungsrisiken des Beurteilenden bei.
- 12 Der Umfang und Detaillierungsgrad der erforderlichen Dokumentation wird durch die Komplexität des Unternehmens und das Ausmaß der Unternehmenskrise bestimmt.

4. Beurteilung eingetretener Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)

4.1. Grundlagen zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit

4.1.1. Zahlungsunfähigkeit/Zahlungsstockung

- 13 Ein Schuldner ist nach § 17 Abs. 2 InsO zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist damit das auf dem Mangel an Zahlungsmitteln beruhende Unvermögen des Schuldners, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu begleichen.
- 14 Die Zahlungsunfähigkeit ist von der Zahlungsstockung abzugrenzen. Zahlungsstockung ist die vorübergehende Unfähigkeit, die fälligen Verbindlichkeiten vollständig zu begleichen. Demgegenüber liegt Zahlungsunfähigkeit und nicht nur Zahlungsstockung i.d.R. dann vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen innerhalb eines absehbaren Zeitraums zu begleichen.¹⁹
- 15 Kann der Schuldner seine Liquiditätslücke innerhalb von drei Wochen vollständig schließen, liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor.²⁰
- 16 Beträgt die Liquiditätslücke am Ende des Dreiwochenzeitraums, den der BGH für die Beseitigung der Liquiditätslücke zubilligt, 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten oder mehr, ist nach der Rechtsprechung des BGH²¹ regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zumutbar ist. Dieser sich an das Ende des Dreiwochenzeitraums anschließende weitere Zeitraum kann in Ausnahmefällen drei bis u.U. auch bis längstens sechs Monate betragen.
- 17 Beträgt die Liquiditätslücke am Ende des Dreiwochenzeitraums dagegen weniger als 10 %, ist regelmäßig zunächst von Zahlungsstockung auszugehen. Dennoch ist in diesen Fällen ein Finanzplan zu erstellen, aus dem sich die Weiterentwicklung der Liquiditätslücke ergibt. Zeigt

¹⁸ Vgl. IDW S 6, Tz. 46 ff.

¹⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 24.05.2005, IX ZR 123/04, Abschn. II. 1.b.

²⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 24.05.2005, IX ZR 123/04, Abschn. II. 2.a.

²¹ Vgl. BGH, Urt. v. 24.05.2005, IX ZR 123/04.

sich daraus, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % betragen wird, liegt Zahlungsunfähigkeit vor.²² Ergibt sich am Ende des Dreiwochenzeitraums aus diesem Finanzplan, dass die Lücke kleiner als 10 % ist, lässt der BGH mehrere Interpretationen hinsichtlich der Frage zu, ob eine Liquiditätslücke von unter 10 % auf Dauer akzeptiert werden kann. Ökonomisch erscheint ein Unternehmen, das dauerhaft eine – auch nur geringfügige – Liquiditätslücke aufweist, weder erhaltungswürdig²³ noch -fähig. Auch im Interesse des Verkehrsschutzes ist eine dauerhafte Unterdeckung bedenklich. Im Übrigen hat der Gesetzgeber vom Merkmal der Dauerhaftigkeit ausdrücklich Abstand genommen und wollte gerade eine über Wochen und Monate andauernde Zahlungsstockung vermeiden. Daher liegt Zahlungsunfähigkeit und keine Zahlungsstockung vor, wenn eine auch nur geringfügige Liquiditätslücke voraussichtlich nicht innerhalb von drei Monaten, in Ausnahmefällen längstens sechs Monaten, vollständig geschlossen werden kann.

- 18 Die 10 %-Grenze erlangt ferner Bedeutung für den Sicherheitsgrad, mit dem die Schließung der Lücke innerhalb des vom BGH zugestandenen Prognosezeitraums zu fordern ist. Je höher die anfängliche Unterdeckung und je länger der Prognosezeitraum ist, umso größere Gewissheit ist für den Eintritt und den zeitlichen Verlauf der Besserung der Liquiditätslage zu fordern.

4.1.2. Zahlungseinstellung

- 19 Nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO ist Zahlungsunfähigkeit i.d.R. anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner wegen eines Mangels an Zahlungsmitteln aufhört, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen, und dies für die beteiligten Verkehrskreise hinreichend erkennbar geworden ist.²⁴ Zahlungseinstellung liegt bereits dann vor, wenn der Schuldner den wesentlichen Teil seiner fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht bedient.²⁵ Eigene Erklärungen des Schuldners, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht begleichen zu können, deuten auf eine Zahlungseinstellung hin, auch wenn sie mit einer Stundungsbitte versehen sind.²⁶ Erklärt der Schuldner, eine fällige und nicht unbeträchtliche Verbindlichkeit binnen drei Wochen nicht – und zwar auch nicht nur ratenweise – begleichen zu können, wird in aller Regel von einer Zahlungseinstellung des Schuldners im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung auszugehen sein.²⁷ Eine Zahlungseinstellung kann aus einem einzelnen, aber auch aus einer Gesamtschau mehrerer darauf hindeutender, in der Rechtsprechung entwickelter Beweisanzeichen gefolgert werden.²⁸ Diese müssen im konkreten Einzelfall zu einer hinreichenden Gewissheit führen, dass die Zahlungsverzögerung auf der fehlenden Liquidität des Schuldners beruht²⁹ und insoweit ein Gewicht erreichen, das der Erklärung des Schuldners entspricht, aus Mangel an liquiden Mitteln nicht zahlen zu können.³⁰

²² Vgl. BGH, Urt. v. 12.10.2006, IX ZR 228/03 Rn. 27 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 24.05.2005, IX ZR 123/04.

²³ Vgl. BGH, Urt. v. 24.05.2005, IX ZR 123/04, Abschn. II. 3.a.

²⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 17.05.2001, IX ZR 188/98, Abschn. II. 2.

²⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 21.06.2007, IX ZR 231/04, Rn. 29.

²⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 22.05.2014, IX ZR 95/13, Rn. 22; BGH, Urt. v. 12.10.2006, IX ZR 228/03, Rn. 13 und 15.

²⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 41.

²⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 10.

²⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 41.

³⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 42.

20 Weitere Beweisanzeichen für das Vorliegen einer Zahlungseinstellung sind insb.:

- Keine bzw. schleppende Zahlungen des Schuldners
 - Nichtzahlung von Stromrechnungen³¹
 - Nichtbegleichung von Sozialversicherungsbeiträgen³²
 - zurückgegebene Lastschriften³³
 - Mahnungen³⁴
 - Pfändungen oder Vollstreckungen durch den Gerichtsvollzieher³⁵
 - eine dauerhaft schleppende Zahlungsweise³⁶
 - Vor-sich-Herschieben einer Bugwelle³⁷
 - ein sich immer wieder erneuernder oder sich ständig oder sprunghaft vergrößernder Zahlungsrückstand ohne nennenswerte Tilgung³⁸
- Keine Reaktion des Schuldners auf Zahlungsaufforderungen
 - monatelanges völliges Schweigen des Schuldners auf die Rechnungen und vielfältigen Mahnungen³⁹
- Nichteinhaltung von Zahlungsvereinbarungen durch den Schuldner
 - nicht eingehaltene Zahlungszusagen⁴⁰
 - verspätete Zahlungen werden nach nicht eingehaltenen Zahlungszusagen nur unter dem Druck einer angedrohten Liefersperre vorgenommen⁴¹
- Offenbarung der Zahlungsunfähigkeit durch den Schuldner
 - eigene Erklärungen des Schuldners, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht begleichen zu können⁴², auch wenn sie mit einer Stundungsbitte versehen sind⁴³
 - Ankündigung des Schuldners seine in den Vormonaten deutlich angewachsenen fälligen Verbindlichkeiten, im Falle des Zuflusses neuer Mittel, nur durch eine Einmalzahlung und zwanzig folgende Monatsraten begleichen zu können⁴⁴
- Bitten des Schuldners um Ratenzahlungen außerhalb der Gepflogenheiten des üblichen Geschäftsverkehrs

³¹ Vgl. BGH v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 18.

³² Vgl. BGH v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 12; BGH v. 30.06.2011, IX ZR 134/10, Rn. 15; BGH v. 12.10.2006, IX ZR 228/03, Rn. 24; BGH v. 10.07.2003, IX ZR 89/02; BGH v. 20.11.2001, IX ZR 48/01, Abschn. II. 2.

³³ Vgl. BGH v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 13 und 18.

³⁴ Vgl. BGH v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 18.

³⁵ Vgl. BGH v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 13.

³⁶ Vgl. BGH v. 09.06.2016, IX ZR 174/15, Rn. 23; BGH v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 12; BGH v. 28.04.2008 II ZR 51/07, Rn. 6; BGH v. 09.01.2003, IX ZR 175/02, Abschn. III. 1.a.

³⁷ Vgl. BGH v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 13.

³⁸ Vgl. BGH v. 16.06.2016, IX ZR 23/15, Rn. 14; BGH v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 18.

³⁹ Vgl. BGH v. 25.02.2016, IX ZR 109/15, Rn. 13.

⁴⁰ Vgl. BGH v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 12.

⁴¹ Vgl. BGH v. 09.06.2016, IX ZR 174/15 (Leitsatz).

⁴² Vgl. BGH v. 16.06.2016, IX ZR 23/15, Rn. 18.

⁴³ Vgl. BGH v. 22.05.2014, IX ZR 95/13, Rn. 22; BGH v. 12.10.2006, IX ZR 228/03, Rn. 13 und 15.

⁴⁴ Vgl. BGH v. 16.06.2016, IX ZR 23/15 (Leitsatz).

- Bitte des Schuldners um Ratenzahlung verbunden mit der Erklärung, seine fälligen Verbindlichkeiten (anders) nicht begleichen zu können⁴⁵
- Ratenzahlungsbitte nach fruchtlosen Mahnungen und nicht eingehaltenen Zahlungszusagen⁴⁶
- Unter-Druck-Setzen des Schuldners durch den Lieferanten
 - Androhung oder Verhängung einer Liefersperre⁴⁷
 - Androhung der fristlosen Kündigung von Mietverträgen und der Kündigung einzelner Verträge⁴⁸
 - Androhung, ein vom Schuldner bestelltes Produkt nur zu liefern, wenn eine nachträgliche Besicherung der Forderungen und eine Abschlagzahlung erfolgt⁴⁹
 - - ernsthaftes Einfordern von Ansprüchen bei Leistungsempfang, wenn diese verhältnismäßig hoch sind und bekannt ist, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, die Forderungen zu erfüllen⁵⁰
 - - Drohung mit der Stellung eines Insolvenzantrags, mit einer Strafanzeige oder mit der Zwangsvollstreckung.⁵¹

Sind derartige Indizien vorhanden, die nicht durch einen Finanzstatus und/oder einen Finanzplan entkräftet werden können, und ergibt sich aus der Gesamtschau, dass die Zahlungszögerung mit hinreichender Gewissheit auf der fehlenden Liquidität des Schuldners beruht und insoweit eine Zahlungseinstellung vorliegt, bedarf es nicht einer darüberhinausgehenden Darlegung und Feststellung der genauen Höhe der gegen den Schuldner bestehenden Verbindlichkeiten oder einer Liquiditätslücke von mindestens 10 %.⁵²

- 21 Die Zahlungseinstellung wird regelmäßig erst dann beseitigt, wenn der Schuldner nicht nur einzelne Zahlungen leistet, sondern seine Zahlungen an die Gesamtheit der Gläubiger wieder aufnimmt,⁵³ und zwar auch an solche Gläubiger, deren Forderungen nach der Zahlungseinstellung fällig geworden sind. Kann eine zu einem bestimmten Zeitpunkt verhältnismäßig geringfügige Verbindlichkeit nicht beglichen werden, kann daraus nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass dieses Unvermögen andauert, wenn auf diese Schuld später Raten entrichtet werden. Eine andere Bewertung ist angezeigt, wenn das Ausmaß der offenbar gewordenen Illiquidität aus objektiver Sicht erfahrungsgemäß ein Insolvenzverfahren erforderlich erscheinen lässt.⁵⁴
- 22 Keine Zahlungseinstellung liegt demgegenüber vor, wenn der Schuldner nicht zahlt, weil er das Bestehen der Verpflichtung dem Grunde oder der Höhe nach mit begründeten Einwen-

⁴⁵ Vgl. BGH v. 16.04.2015, IX ZR 6/14, Rn. 4 m.w.N.

⁴⁶ Vgl. BGH v. 09.06.2016, IX ZR 174/15, Rn. 21 m.w.N.

⁴⁷ Vgl. BGH v. 09.06.2016, IX ZR 174/15, Rn. 26 m.w.N.

⁴⁸ Vgl. BGH v. 16.06.2016, IX ZR 23/15, Rn. 17; BGH, v. 09.06.2016, IX ZR 174/15, Rn. 26 m.w.N.

⁴⁹ Vgl. BGH v. 16.06.2016, IX ZR 23/15, Rn. 20.

⁵⁰ Vgl. BGH v. 25.02.2016, IX ZR 109/15 m.w.N.

⁵¹ Vgl. BGH, Urt. v. 30.04.2015, IX ZR 149/14, Rn. 15 m.w.N.

⁵² Vgl. BGH, Urt. v. 30.06.2011, IX ZR 134/10, Rn. 13 m.w.N.; BGH, Urt. v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 10.

⁵³ Vgl. BGH, Urt. v. 06.12.2012, IX ZR 3/12, Rn. 33; BGH, Urt. v. 25.02.2016, IX ZR 109/15, Rn. 24.

⁵⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 45.

dungen bestreitet. Bei Zahlungsunwilligkeit oder Zahlungsverweigerung liegt eine Zahlungseinstellung jedoch nur dann nicht vor, wenn der Schuldner zur Zahlung objektiv in der Lage wäre.

4.2. Finanzstatus und Finanzplan als Grundlage zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit (ex-ante-Betrachtung)

- 23 Zur Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung ist es erforderlich, dass zunächst ein stichtagsbezogener Finanzstatus⁵⁵ und im Anschluss ein zeitraumbezogener Finanzplan⁵⁶ erstellt werden.
- 24 Weist der zur Ermittlung der Stichtagsliquidität erstellte Finanzstatus (vgl. Abschn. 4.2.1.) aus, dass der Schuldner seine fälligen Zahlungsverpflichtungen erfüllen kann, ist keine Zahlungsunfähigkeit gegeben; die Erstellung eines Finanzplans (vgl. Abschn. 4.2.2.) ist in diesem Fall nicht erforderlich. Dies entbindet den Schuldner – solange die Krise nicht endgültig überwunden ist – jedoch nicht davon, die Liquiditätsentwicklung weiterhin kritisch zu verfolgen, um ggf. erneut mittels eines Finanzstatus und eines ergänzenden Finanzplans eine etwaige Zahlungsunfähigkeit erkennen zu können.
- 25 Ergibt sich aus dem Finanzstatus, dass der Schuldner seine fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllen kann, hat er ausgehend vom Finanzstatus am Stichtag zusätzlich die im Prognosezeitraum erwarteten Ein- und Auszahlungen in einem Finanzplan zu berücksichtigen.⁵⁷ Idealerweise kann durch den Finanzplan dargelegt werden, dass sich die durch den Finanzstatus aufgedeckte Liquiditätslücke im Dreiwochenzeitraum schließt. Soweit dies nicht der Fall ist, ist spätestens zum Ende des Dreiwochenzeitraums aus dem Finanzplan ein Plan-Finanzstatus abzuleiten, aus dem sich die prozentuale Lücke als Verhältnis zwischen absoluter Liquiditätslücke und den fälligen Verbindlichkeiten ergibt. Hierzu ist es erforderlich, für den relevanten Prognosezeitraum auch die Entwicklung der verfügbaren Liquidität und fälligen Verbindlichkeiten fortzuschreiben. Ergibt sich aus dem aufgestellten Plan-Finanzstatus, dass die Lücke vollständig geschlossen wird, ist bis zu diesem Zeitpunkt von einer Zahlungsstockung auszugehen. Besteht während des Dreiwochenzeitraums dauerhaft eine Liquiditätslücke und ergibt sich am Ende des Dreiwochenzeitraums eine Deckungslücke von 10 % oder mehr, so liegt

⁵⁵ Entgegen dem betriebswirtschaftlichen Schrifttum verwendet der BGH den Begriff des „Liquiditätsstatus“ (vgl. BGH v. 28.06.2022, II ZR 112/21, Rn. 14), der aber inhaltsgleich zum Finanzstatus zu verstehen ist.

⁵⁶ Zum Teil wird auch der Begriff Liquiditätsplan verwendet, der in der betriebswirtschaftlichen Literatur inhaltsgleich als Finanzplan oder Cashflow-Plan bezeichnet wird. Im Folgenden wird allein der Begriff Finanzplan verwendet. Der Finanzplan ist typischerweise Teil eines integrierten Vermögens-, Finanz- und Ertragsplans.

⁵⁷ Der BGH spricht in seinem Urteil vom 24.05.2005, IX ZR 123/04 von einer sog. Liquiditätsbilanz: In dieser sind neben den kurzfristig verfügbaren Finanzmitteln (in der Literatur z.T. als Aktiva I bezeichnet) und den fälligen Verpflichtungen (Passiva I) auch die im Prognosezeitraum flüssig zu machenden Finanzmittel (Aktiva II) und – gemäß BGH, Urteil v. 19.12.2017, II ZR 88/16, Rn. 33 – die im Prognosezeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten (Passiva II) zu berücksichtigen. Es handelt sich somit um eine Art „dynamischer Bilanz“, die neben der Stichtagsliquidität auch planerische Elemente einbezieht. Die Liquiditätsbilanz des BGH und der in Finanzplan kommen bzgl. der absoluten Höhe der Liquiditätslücke bzw. des Liquiditätsüberhangs zwar zu demselben absoluten Ergebnis. Allerdings werden die vorhandenen liquiden Mittel und erwarteten Zahlungseingänge kumuliert und ins Verhältnis zur Summe der fälligen und fällig werdenden Verbindlichkeiten gesetzt. Zahlungen auf fällige und fällig werdende Verbindlichkeiten werden hierbei nicht berücksichtigt. Relativ führt die Vorgehensweise des BGH aufgrund des Volumeneffektes jedoch regelmäßig zu teilweise erheblich geringeren prozentualen Unterdeckungen und späteren Insolvenzantragspflichten.

Zahlungsunfähigkeit vor – sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke in dieser Zeit vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern gegen ihren Willen ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.⁵⁸

4.2.1. Finanzstatus

4.2.1.1. Fälligkeit der Verbindlichkeiten

- 26 Im Finanzstatus werden die verfügbaren liquiden Finanzmittel des Unternehmens sowie dessen fällige Verbindlichkeiten erfasst und gegenübergestellt. Dabei sind sämtliche insolvenzrechtlich fälligen Zahlungsverpflichtungen und nicht nur die durch Mahnung eingeforderten oder klageweise geltend gemachten zu berücksichtigen. Erforderlich und ausreichend ist, dass der Gläubiger die Zahlung verlangt.⁵⁹
- 27 Fälligkeit kann aufgrund gesetzlicher Regelungen, aufgrund einer Vereinbarung (bspw. Bedingung, Befristung, Fixgeschäft, Kasse gegen Faktura, Zahlung gegen Dokumente, Verfallklauseln) oder ausnahmsweise aufgrund einseitiger Parteierklärung (z.B. durch ausdrückliche Fälligkeitstellung oder durch Kündigung eines Darlehens mit der Folgewirkung einer sofortigen Fälligkeit) eintreten.
- 28 Fehlt eine rechtsgeschäftliche Bestimmung der Fälligkeit und ergibt sie sich auch nicht aus den Umständen, liegt nach § 271 Abs. 1 BGB sofortige Fälligkeit vor. So gelten nicht ausdrücklich genehmigte Überziehungen bei Kontokorrentkrediten als fällig, auch wenn das Kreditinstitut diese Inanspruchnahmen stillschweigend duldet.⁶⁰ Innerhalb der vereinbarten – ungekündigten – Linien sind Kontokorrentkredite im Finanzstatus zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit nicht anzusetzen. Aus Annuitätendarlehen sind nur die nach dem Kreditvertrag fälligen Raten zu berücksichtigen. Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen sind sofort oder bei Vereinbarung eines Zahlungsziels mit dessen Ablauf fällig.
- 29 Gestundete Verbindlichkeiten sind nicht in den Finanzstatus aufzunehmen. Stundungsvereinbarungen können durch Branchenübung, Handelsbrauch und konkludentes Handeln zustande kommen und die Fälligkeit der Verbindlichkeiten hinausschieben. Die Stundung gilt immer dann als wirksam vereinbart, wenn der Gläubiger in eine spätere Befriedigung seiner Forderung eingewilligt hat bzw. sich die Einwilligung aus den gesamten Umständen ergibt. Eine nachrangige Verbindlichkeit ist nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger die Zahlung nicht verlangen kann. Der Nachweis, dass eine Verbindlichkeit nicht fällig ist, obliegt in jedem Fall dem Schuldner.⁶¹

⁵⁸ Vgl. BGH, Beschluss v. 19.07.2007, IX ZB 36/07, Rn. 31.

⁵⁹ Vgl. BGH, Beschluss v. 19.07.2007, IX ZB 36/07, Tz. 18.

⁶⁰ Vgl. auch BGH, Urt. v. 11.01.2007, IX ZR 31/05, Rn. 14 f., zur freien Kreditlinie bei Insolvenzanfechtung unter Bezugnahme auf BGHZ 93, 315, 325; BGHZ 147, 193, 202; dort (in Tz. 16) wird allerdings ausdrücklich offen gelassen, unter welchen Voraussetzungen bei einer tatsächlichen Duldung von einer konkludenten Vereinbarung über die Erhöhung der Kreditlinie ausgegangen werden kann.

⁶¹ Vgl. BGH, Beschluss v. 19.07.2007, IX ZB 36/07.

- 30 Von einem Gläubiger geltend gemachte Zahlungsansprüche sind in den Finanzstatus aufzunehmen, es sei denn, dass bei vernünftiger Beurteilung aufgrund objektiv nachvollziehbarer Einwendungen eine Inanspruchnahme ganz oder teilweise nicht zu erwarten ist.
- 31 Von der Vollziehung ausgesetzte Steuerschulden o.Ä. sind erst mit Ende der Aussetzung der Vollziehung als fällige Verbindlichkeiten zu erfassen.⁶²
- 32 Verbindlichkeiten, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften nicht erfüllt werden dürfen (z.B. § 30 GmbHG, § 57 AktG), sind im Finanzstatus erst mit Wegfall des Auszahlungsverbots als fällig zu erfassen.

4.2.1.2. Finanzmittel

- 33 Den fälligen Verbindlichkeiten sind im Finanzstatus die gegenwärtig verfügbaren Finanzmittel gegenüberzustellen. Hierzu zählen Barmittel, Bankguthaben, Schecks in der Kasse und nicht ausgeschöpfte und ungekündigte Kreditlinien.⁶³

Kurzfristig verfügbare Finanzmittel (z.B. erwartete Zahlungszuflüsse aus Kundenforderungen oder eine gegenüber dem Unternehmen abgegebene harte Patronatserklärung⁶⁴) sind nicht im Finanzstatus, sondern im Finanzplan zu berücksichtigen. Gleiches gilt für die Möglichkeit zur Kreditaufnahme.

4.2.2. Finanzplan

- 34 Ergibt der Finanzstatus eine Liquiditätslücke, ist dieser durch Darstellung der erwarteten Ein- und Auszahlungen in einem ausreichend detaillierten Finanzplan auf Basis einer nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchzuführenden und ausreichend dokumentierten Unternehmensplanung fortzuentwickeln. Bei kurzfristigen, wenige Wochen umfassenden Finanzplänen reicht eine unmittelbar auf dem Finanzstatus aufbauende Liquiditätsplanung aus, in der die verfügbare Liquidität planerisch um die erwarteten Ein- und Auszahlungen fortgeschrieben wird. Andernfalls ist ein umfassender Finanzplan auf Basis einer integrierten Planung (Erfolgs-, Vermögens- und Liquiditätsplanung) zu erstellen. Auf der Grundlage eines Unternehmenskonzeptes wird in diesem Rahmen dargestellt, wie die Planansätze aus den Teilplanungen des Unternehmens in die Finanzplanung münden.⁶⁵
- 35 Struktur und Gliederung eines solchen Finanzplans richten sich nach betriebswirtschaftlich anerkannten Methoden.
- 36 Auf Grundlage der Annahmen über die weitere Geschäftstätigkeit sind in den Finanzplan alle Posten einzustellen, die unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Fälligkeiten im Prognosezeitraum zu Zahlungsmittelzuflüssen oder Zahlungsmittelabflüssen führen.

⁶² Vgl. BGH, Urt. v. 22.05.2014, IX ZR 95/13, Rn. 30.

⁶³ Vgl. BGH, Beschluss v. 23.10.2008, IX ZB 7/08, Rn. 4; BGH, Urt. v. 12.10.2006, IX ZR 228/03, Rn. 28; BGH, Beschluss v. 19.07.2007, Rn. 30.

⁶⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 13.07.2021, II ZR 84/20, Rn. 74, zur Abgrenzung von den Folgen einer weichen Patronatserklärung Rn. 80 ff.; BGH, Urt. v. 19.05.2011, IX ZR 9/10, Rn. 21; vgl. aber auch BGH, Urt. v. 20.09.2010, II ZR 296/08; BGH, Urt. v. 19.09.2013, IX ZR 232/12, Tz. 7.

⁶⁵ Vgl. auch IDW S 6.

- 37 Bei den Mittelzuflüssen sind die Zuflüsse aus den geplanten Umsatzgeschäften ebenso zu berücksichtigen wie sonstige einzahlungswirksame Vorgänge. Hierzu zählen auch Maßnahmen der Kapitalbeschaffung durch Fremdkapitalaufnahme (Kreditaufnahmen) oder durch Zuführungen der Gesellschafter (Gesellschafterdarlehen, Kapitalerhöhungen, Zuzahlungen in das Eigenkapital oder Ertragszuschüsse). Dies gilt auch für weitere Finanzierungsmaßnahmen, wie Sale-and-Lease-Back-Geschäfte, Factoring oder den Verkauf von Teilen des nicht betriebsnotwendigen Vermögens. Ebenso kommen die zahlungswirksamen Effekte aus leistungswirtschaftlichen Maßnahmen in Betracht. In allen Fällen muss jedoch die erforderliche Sicherheit für die Realisierung solcher Maßnahmen im Prognosezeitraum bestehen.⁶⁶
- 38 Bei den Mittelabflüssen sind die bereits bestehenden und entstehenden Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, soweit sie innerhalb des Prognosezeitraums fällig werden.
- 39 Zur Feststellung, ob eine bloße Zahlungsstockung vorliegt, ist zunächst ein Finanzplan für einen Zeitraum von bis zu drei Wochen aufzustellen. Ergibt dieser Finanzplan, dass die anfängliche Liquiditätslücke geschlossen wird, liegt eine bloße Zahlungsstockung und damit keine Zahlungsunfähigkeit vor. Eine Ausdehnung des Finanzplans ist in diesem Fall nicht erforderlich; künftig zu erwartende Liquiditätslücken wären aus Sicht des Beurteilungszeitpunkts nicht als eingetretene, sondern als drohende Zahlungsunfähigkeit zu qualifizieren.
- 40 Ergibt sich aus dem Finanzplan für den Dreiwochenzeitraum, dass die anfängliche Lücke nicht geschlossen wird oder sich vergrößert, ist eine Fortschreibung des Finanzplans erforderlich, um nach den Grundsätzen der Rechtsprechung zu entscheiden, ob eine Zahlungsunfähigkeit im Rechtssinne oder eine nur vorübergehende Zahlungsstockung vorliegt (vgl. Tz. 14 ff.).
- 41 Nach der Rechtsprechung liegt eine bloße Zahlungsstockung vor, wenn erwartet werden kann, dass eine nach drei Wochen verbleibende Liquiditätslücke von 10 % oder mehr innerhalb „überschaubarer“ Zeit geschlossen werden kann.⁶⁷ Eine Erstreckung auf einen Zeitraum von mehr als drei Wochen kann allerdings nur in Betracht kommen, wenn ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke in dieser Zeit vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern gegen ihren Willen ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.⁶⁸
- 42 Je geringer die Liquiditätslücke ausfällt, umso eher ist den Gläubigern ein Zuwarten zuzumuten, da in diesen Fällen die Erwartung umso begründeter ist, dass es dem Schuldner gelingen wird, die Liquiditätslücke in absehbarer (bzw. „überschaubarer“) Zeit zu beseitigen.⁶⁹ Der Zeitraum, in dem die Liquiditätslücke plangemäß geschlossen sein muss, kann in Ausnahmefällen bis zu drei, längstens sechs Monate betragen.
- 43 Ergibt sich aus dem Finanzplan, dass trotz bestehender Liquiditätslücke keine Zahlungsunfähigkeit im Rechtssinne vorliegt, muss sich der Schuldner weiterhin fortlaufend vergewissern, ob die der Planung zugrunde liegenden Annahmen eingetreten sind oder ob sich wegen Nichterreichens der Planungsziele die Ertrags-, Vermögens- und Finanzlage des Unternehmens

⁶⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 13.07.2021, II ZR 84/20, Rn. 79 ff.

⁶⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 24.05.2005, IX ZR 123/04, Abschn. II. 4.b.

⁶⁸ Vgl. BGH, Beschluss v. 19.07.2007, IX ZB 36/07, Rn. 31.

⁶⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 24.05.2005, IX ZR 123/04, Abschn. II. 3b. bb.

weiter verschlechtert haben und entsprechende Folgerungen für die Insolvenzantragspflicht zu ziehen sind.

- 44 Der erforderliche Detaillierungsgrad des Finanzplans (quartals-, monats- oder wochenweise Zahlungen) wird durch die Größe der bestehenden Liquiditätslücke, die Länge des Prognosezeitraums sowie die Besonderheiten des Einzelfalls (Branche, Geschäftstätigkeit etc.) bestimmt.
- 45 Sollte sich aufgrund der Untersuchungen ergeben, dass die Zahlungsunfähigkeit bereits eingetreten ist, verkürzt sich die Dreiwochenfrist zur Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit entsprechend; daraus kann resultieren, dass der Insolvenzantrag unverzüglich zu stellen ist.

4.3. Besonderheiten bei Cash-Pooling-Systemen

- 46 Nimmt das Unternehmen an einem Cash-Pooling-System oder einer zentralen Liquiditätssteuerung von in einem Finanzierungskreis zusammengeschlossenen Gesellschaften teil, ist maßgebend, ob ein Zugriff auf freie Liquidität innerhalb von drei Wochen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit gesichert erscheint.⁷⁰ Des Weiteren ist danach zu unterscheiden, ob es sich um die den Cash-Pool führende Gesellschaft oder um eine dem Cash-Pool angeschlossene Gesellschaft handelt.
- 47 Zahlungsansprüche einer dem Cash-Pool oder einer zentralen Liquiditätssteuerung von in einem Finanzierungskreis angeschlossener Gesellschaft gegen die den Cash-Pool führende bzw. Liquiditätssteuerung vornehmende Gesellschaft können im Finanzstatus angesetzt werden, soweit ein tagesgleicher Zufluss erfolgt.⁷¹ Entsprechendes gilt für Mittel, die aufgrund des Cash-Pooling-Systems als Kredit in Anspruch genommen werden dürfen.
- 48 Bei der den Cash-Pool führenden Gesellschaft bestimmt sich die Liquiditätslage auch unter Berücksichtigung ihrer fälligen Forderungen und Verbindlichkeiten gegenüber den dem Cash-Pooling-System angeschlossenen Gesellschaften.
- 49 Zur Feststellung verfügbarer Liquiditätsreserven aus dem Cash-Pooling-System kommt dem Finanzplan der Unternehmensgruppe, aus der sich die Liquiditätsströme innerhalb der angeschlossenen Gesellschaften und damit die in der Unternehmensgruppe insgesamt verfügbare Liquidität ableitet, besondere Bedeutung zu. Dabei ist zu beachten, dass die Summe aus der freien Liquidität abzüglich der fälligen Verbindlichkeiten der Cash-Pool führenden Gesellschaft und der dem Cash-Pool angeschlossenen Gesellschaften die Finanzierungsmöglichkeiten der Teilnehmer des Cash-Pools begrenzt und insoweit die Obergrenze dessen bildet, was an Liquidität einer dem Cash-Pool angeschlossenen Gesellschaft zugeführt werden kann. Soweit aus Sicht der einzelnen Gesellschaft die Liquiditätssituation anderer Gesellschaften der Unternehmensgruppe nicht ohne Weiteres eingeschätzt werden kann, sind weitere Untersuchungen erforderlich.

⁷⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.2017, II ZR 88/16, Rn. 70.

⁷¹ BGH v. 28.06.2022, II ZR 112/21, Rn. 17.

4.4. Ermittlung des Zeitpunkts des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit in der Vergangenheit (ex-post-Betrachtung)

- 50 Wenn nach eingetretener Insolvenz im Nachhinein der Zeitpunkt zu ermitteln ist, zu dem Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, ist von dem Zeitpunkt auszugehen, für den erstmals Anhaltspunkte vorliegen, die auf eine mögliche Antragspflicht schließen lassen.
- 51 Das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit kann durch die Aufstellung eines Finanzstatus zum Zeitpunkt des vermuteten Eintritts der Zahlungsunfähigkeit und mehreren Finanzstatus in aus sagekräftiger Anzahl⁷² in dem sich anschließenden Dreiwochenzeitraum ermittelt werden. Die prozentuale Lücke kann jeweils stichtagsbezogen als Verhältnis der absoluten Lücke zu den zu diesem Zeitpunkt fälligen Verbindlichkeiten berechnet werden.⁷³ Ergibt sich aus den jeweiligen Finanzstatus eine Lücke von 10 % oder mehr, so liegt Zahlungsunfähigkeit vor, sie entfällt nur dann wieder, wenn der Schuldner seine Zahlungen zu einem späteren Zeitpunkt allgemein wiederaufgenommen hat.⁷⁴
- 52 Nach Auffassung des BGH ist es auch möglich, den Zeitpunkt mithilfe einer sogenannten Liquiditätsbilanz⁷⁵ zu ermitteln. Aufgrund des Volumeneffektes⁷⁶ kommt diese Methode regelmäßig zu einer geringeren prozentualen Liquiditätslücke und damit zu einem tendenziell späteren Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Hieraus können für den Gutachter mögliche Haftungsgefahren resultieren, weshalb von ihrer Anwendung abzuraten ist.
- 53 Ist es nicht möglich, einen Finanzstatus zu erstellen, kann nach Auffassung des BGH⁷⁷ für die Beurteilung, ob Zahlungsunfähigkeit vorlag, etwa im Anfechtungsprozess, auch retrograd auf den Zeitpunkt abgestellt werden, zu dem die erste, bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht ausgeglichene Verbindlichkeit fällig geworden ist.⁷⁸ Zu diesem Zeitpunkt ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn aufgrund konkreter Umstände, die sich nachträglich geändert haben, damals angenommen werden konnte, der Schuldner werde rechtzeitig in der Lage sein, die Verbindlichkeiten zu erfüllen. Dass nicht lediglich eine Zahlungsstockung vorlag, ist im Nachhinein ohne Weiteres feststellbar, auch anhand von Indizien im Rahmen einer Gesamtschau.⁷⁹
- 54 Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ist objektiv und frei von subjektiven Einschätzungen. Hat der gesetzliche Vertreter ex ante einen plausiblen Finanzplan erstellt, aus dem sich ergibt, dass keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, kann er sich damit gleichwohl exkulpiert – auch wenn nach einer ex-post-Betrachtung objektiv Zahlungsunfähigkeit vorlag.

⁷² Im konkreten Fall hat der BGH insgesamt vier Finanzstatus im Dreiwochenzeitraum im Abstand von je einer Woche als ausreichend erachtet. Vgl. BGH, Ur t. v. 28.06.2022, II ZR 112/21, Rn. 14. Als weitere Methode führt der BGH die ex-post-Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit über einen Finanzplan auf. Hierbei handelt es sich nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen indes nicht um eine Planung in Form einer ex-ante-Betrachtung, sondern um ein Nachvollziehen der Liquiditätsentwicklung auf Basis von Ist-Zahlen. Insofern unterscheidet sich diese Methode nicht von der Aneinanderreihung mehrerer Finanzstatus.

⁷³ Vgl. BGH, Ur t. v. 28.06.2022, II ZR 112/21, Rn. 14.

⁷⁴ Vgl. BGH, Ur t. v. 28.04.2022, IX ZR 48/21, Rn. 47

⁷⁵ Vgl. IDW S 6.

⁷⁶ Vgl. IDW S 6.

⁷⁷ Vgl. BGH, Ur t. v. 12.10.2006, IX ZR 228/03, Rn. 28.

⁷⁸ Vgl. BGH, Ur t. v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 8; BGH, Ur t. v. 12.10.2006, IX ZR 228/03, Rn. 28.

⁷⁹ Vgl. BGH, Ur t. v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, Rn. 10.

5. Beurteilung einer Überschuldung (§ 19 InsO)

5.1. Grundlagen zur Beurteilung einer Überschuldung

55 Bei juristischen Personen und ihnen gleichgestellten Personenhandelsgesellschaften gemäß § 264a HGB ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund. Überschuldung liegt nach § 19 Abs. 2 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Sofern eine positive Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 InsO vorliegt, d.h. die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist und somit keine drohende Zahlungsunfähigkeit gegeben ist, liegt eine Überschuldung nicht vor.

5.2. Aufbau und Bestandteile der Überschuldungsprüfung

56 Die inhaltliche Ausgestaltung der Überschuldungsprüfung ist im Gesetz lediglich rudimentär geregelt. Zur Erreichung einer nachvollziehbaren Beurteilung ist ein sachgerechtes, methodisches Vorgehen erforderlich.

57 Die Überschuldungsprüfung erfordert in aller Regel ein zweistufiges Vorgehen:

- Auf der ersten Stufe sind die Überlebenschancen des Unternehmens in einer Fortbestehensprognose zu beurteilen. Bei einer positiven Fortbestehensprognose liegt keine Überschuldung i.S. des § 19 Abs. 2 InsO vor.
- Im Falle einer negativen Fortbestehensprognose sind auf der zweiten Stufe Vermögen und Schulden des Unternehmens in einem stichtagsbezogenen Status zu Liquidationswerten gegenüberzustellen. In diesem Fall liegt zumindest eine drohende Zahlungsunfähigkeit und damit ein Insolvenzantragsrecht vor (vgl. Abschn. 6.). Ist darüber hinaus das sich aus dem Überschuldungsstatus ergebende Reinvermögen negativ, liegt zusätzlich eine Überschuldung vor, die eine Antragspflicht begründet.

58 Ausmaß und Stadium der Unternehmenskrise (z.B. Umsatzrückgänge, Höhe der Verluste in Jahres- oder Zwischenabschlüssen, Liquiditätsprobleme, erhebliche Forderungsausfälle, Wertminderungen bei Warenbeständen und/oder Wertpapieren) bestimmen Zeitpunkt, Häufigkeit, Fortschreibung und Detaillierungsgrad der Überschuldungsprüfung. Mit zunehmender Unternehmensgefährdung steigen die Anforderungen an die fortlaufende Aktualisierung der Überschuldungsprüfung.

59 Ausnahmen von der beschriebenen Vorgehensweise kommen in Betracht, wenn einfach zu beurteilende Sachverhalte eine Überschuldung ausschließen. Dies kann bspw. der Fall sein, wenn eine rechtlich verbindliche und hinreichend werthaltige Sicherung des Fortbestands des Unternehmens durch das Konzernmutterunternehmen oder den Hauptgesellschafter nachgewiesen wird, ein entsprechend hoher Rangrücktritt i.S. von § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO vereinbart wurde oder das Vorhandensein stiller Reserven (z.B. bei einem Grundstück) eine Überschuldung ausschließt.

60 In den beiden genannten Fällen sind die Umstände, die eine Überschuldungsprüfung im üblichen Umfang entbehrlich erscheinen lassen, sorgfältig nachzuweisen und zu dokumentieren.

5.3. Fortbestehensprognose

- 61 Zur Feststellung einer künftigen, der Fortführung des Unternehmens entgegenstehenden Liquiditätslücke ist ausgehend von der Stichtagsliquidität im Prüfungszeitpunkt die gesamte finanzielle Entwicklung des Unternehmens für den Prognosezeitraum in einer Fortbestehensprognose darzustellen.
- 62 Die Fortbestehensprognose ist das wertende Gesamturteil über die Lebensfähigkeit des Unternehmens in der vorhersehbaren Zukunft. Sie wird auf Grundlage des Unternehmenskonzepts und des auf der integrierten Planung abgeleiteten Finanzplans getroffen.
- 63 Die Fortbestehensprognose soll eine Aussage dazu ermöglichen, ob vor dem Hintergrund der getroffenen Annahmen und der daraus abgeleiteten Auswirkungen auf die zukünftige Ertrags- und Liquiditätslage ausreichende finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, die im Planungshorizont jeweils fälligen Verbindlichkeiten bedienen zu können. Sie ist eine reine Zahlungsfähigkeitsprognose.

5.3.1. Prognosezeitraum und Detaillierungsgrad

- 64 Der Prognosezeitraum für die Fortbestehensprognose, die für die Einschätzung der Überschuldung maßgeblich ist, umfasst gemäß § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO ab dem Beurteilungsstichtag zwölf Monate (bis zum 31.12.2020: i.d.R. laufendes und folgendes Geschäftsjahr; zur Begrenzung des Prognosezeitraums auf vier Monate bis zum 31.12.2023 nach § 4 Abs. 2 SanInsKG vgl. Abschn. 7). Eine nach diesem Prognosezeitraum eintretende Liquiditätslücke (z.B. in 13 Monaten) begründet zum Beurteilungsstichtag keine Überschuldung. Sofern die Liquiditätslücke nach zwölf Monaten aber innerhalb der nächsten i.d.R. 24 Monate eintritt, liegt eine drohende Zahlungsunfähigkeit und damit nur ein Antragsrecht vor.
- 65 Der erforderliche Detaillierungsgrad der Fortbestehensprognose (z.B. quartals-, monats- oder wochenweise Planung) wird vom Ausmaß der Unternehmenskrise und der bereits eingetretenen sowie der erwarteten Liquiditätsanspannung bestimmt.

5.3.2. Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

- 66 Die Formulierung in § 19 Abs. 2 InsO stellt darauf ab, ob der Fortbestand des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Dies ist ein Gesamturteil über den möglichen weiteren wirtschaftlichen Unternehmensverlauf, und zwar insb. bezogen auf die Fähigkeit, jederzeit die fälligen Verbindlichkeiten begleichen zu können.
- 67 Jeder Planung ist immanent, dass die zugrunde gelegten Annahmen aufgrund nicht vorhersehbarer Umstände nicht eintreten oder anders ausfallen können. Mit zunehmender zeitlicher Entfernung der prognostizierten Ereignisse oder Annahmen vom Beurteilungsstichtag steigt der Grad der Unsicherheit und sinkt der Detaillierungsgrad der Annahmen. Naturgemäß ist deshalb auch die Fortbestehensprognose mit Unsicherheit behaftet. Der Gesetzgeber hat diese Unsicherheit bei der Definition der Insolvenzeröffnungsgründe gesehen und in Kauf genommen. Bei der positiven Fortbestehensprognose kommt es deshalb darauf an, dass die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit innerhalb des Prognosezeitraums mit überwiegender Wahrscheinlichkeit begründbar ist.

- 68 Für eine positive Fortbestehensprognose muss die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit innerhalb des Prognosezeitraums wahrscheinlicher sein als der Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit. Drohende Zahlungsunfähigkeit setzt mithin voraus, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher ist als deren Vermeidung.⁸⁰ Dies ist dann der Fall, wenn nach dem Abwägen aller für die Fortbestehensprognose relevanten Umstände gewichtigere Gründe dafürsprechen als dagegen. Maßgeblich ist die Sicht der gesetzlichen Vertreter, denen ein gewisser Beurteilungsspielraum zugebilligt werden muss.⁸¹ Die Einschätzung der gesetzlichen Vertreter muss indes für den Beurteilenden nachvollziehbar sein.
- 69 Dem Fortbestehen des Unternehmens steht nicht entgegen, wenn eine Teilliquidation (Veräußerung von aufgrund des Unternehmenskonzeptes nicht betriebsnotwendigen Vermögensteilen) erforderlich ist.
- 70 Soll zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit Liquidität zugeführt werden, können auch eingeleitete oder beabsichtigte Maßnahmen, z.B. Gesellschafterdarlehen, Zuzahlungen in das Eigenkapital, Kapitalerhöhungen, Aufnahme von (Sanierungs-)Krediten etc., mit ihren erwarteten Auswirkungen in den Finanzplan einbezogen werden, wenn diese Maßnahmen hinreichend konkretisiert sind. Gleiches gilt für die geplante Verwertung von Vermögenswerten zur Schöpfung von Liquidität.
- 71 Strebt der Schuldner einen Restrukturierungsplan gemäß StaRUG an, können sich hieraus Auswirkungen auf die Beurteilung der Fortbestehensprognose ergeben, wenn die Zahlungsfähigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch die Rechtswirkungen des Restrukturierungsplans im Prognosezeitraum erhalten bleiben kann.

5.3.3. Fortschreibung der Fortbestehensprognose

- 72 Die Fortbestehensprognose ist fortzuschreiben, wenn neue Ereignisse eingetreten sind oder sich abzeichnen, die für das Ergebnis und für die Validität der Prognose von wesentlicher Bedeutung sind. Die Pflicht der gesetzlichen Vertreter zur Beurteilung der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose entfällt erst dann, wenn die Insolvenzgefahr endgültig gebannt ist.

5.4. Überschuldungsstatus

- 73 Im Falle einer positiven Fortbestehensprognose liegt keine Überschuldung vor; die Aufstellung eines Überschuldungsstatus ist in diesem Fall nicht erforderlich. Ist die Prognose hingegen negativ, ist festzustellen, ob neben der drohenden Zahlungsunfähigkeit auch der Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung vorliegt. Dazu sind das Vermögen und die Schulden in einem stichtagsbezogenen Status (Überschuldungsstatus) gegenüberzustellen. Ein sich daraus ergebendes negatives Reinvermögen begründet eine Insolvenzantragspflicht.
- 74 Praktischer Ausgangspunkt für die Erstellung des Überschuldungsstatus ist regelmäßig ein zeitnaher handelsrechtlicher Jahres- oder Zwischenabschluss. Allerdings sind handelsrechtli-

⁸⁰ Vgl. Ausschussbericht zu § 23 Abs. 2 RegE (§ 19 InsO), abgedruckt bei: Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, Düsseldorf 1995, S. 91.

⁸¹ Vgl. BGH, Urt. v. 06.06.1994, II ZR 292/91.

che Grundsätze, wie z.B. Anschaffungskosten-, Imparitäts-, Realisations- und Vorsichtsprinzip, nicht maßgeblich. Vielmehr sind die Ansatz- und Bewertungsgrundsätze im Überschuldungsstatus mangels spezieller gesetzlicher Vorschriften am Zweck der Überschuldungsprüfung auszurichten.

5.4.1. Ansatz

- 75 Im Überschuldungsstatus sind alle Vermögenswerte anzusetzen, die einzeln – d.h. nicht nur mit dem gesamten Betrieb – verwertbar sind, sowie alle zu bedienenden Verpflichtungen. Es sind auch Vermögenswerte anzusetzen, die als Kreditsicherheiten dienen.
- 76 Die Ansatzfähigkeit der vollständig zu erfassenden Vermögenswerte und Schulden wird bestimmt durch deren Verwertbarkeit im Rahmen des zugrunde liegenden Verwertungskonzeptes.
- 77 In den Überschuldungsstatus sind ggf. auch nicht in der Handelsbilanz erfasste Vermögenswerte und Schulden aufzunehmen, für die am Stichtag der Überschuldungsprüfung eine vertragliche oder tatsächliche Basis vorliegt. Insbesondere sind die mit einer Liquidation des Unternehmens im Zusammenhang stehenden Kosten und steuerlichen Lasten zu berücksichtigen (z.B. Vertragsstrafen, Rückzahlungsverpflichtungen oder Kosten für einen Sozialplan).

5.4.2. Bewertung

- 78 Vermögenswerte und Schulden werden im Überschuldungsstatus mit Liquidationswerten angesetzt. Dabei sind – anders als im handelsrechtlichen Jahresabschluss – ggf. vorhandene stille Reserven und Lasten aufzudecken.
- 79 Die der Verwertungsprognose zugrunde liegende Verwertungsstrategie bestimmt Liquidationsintensität und Liquidationsgeschwindigkeit: Der Grad der Zerschlagung der Unternehmensteile sowie der Zeitraum, in dem die Verwertung der Unternehmensteile erfolgen soll, prägen dabei maßgeblich die Höhe der Veräußerungserlöse. Die für die Liquidation zur Verfügung stehende Zeit stellt insb. dann eine entscheidende Restriktion dar, wenn der Finanzplan ohne Ansatz von Liquidationserlösen für die nähere Zukunft nachhaltige Zahlungsengepässe ausweist.
- 80 Bei der Ermittlung der Liquidationswerte ist auf Grundlage von Verwertungskonzept und Finanzplan von der jeweils wahrscheinlichsten Verwertungsmöglichkeit auszugehen. Entscheidend ist, wie viel ein potenzieller Erwerber für den immateriellen oder materiellen Vermögenswert auszugeben bereit ist. Bei der Bewertung sind primär vorhandene Marktpreise heranzuziehen. Nach den Umständen des Einzelfalls kann sich die Bewertung aber auch an kapitalwert- oder kostenorientierten Verfahren orientieren. Dabei müssen die Verwertungsmöglichkeiten hinreichend konkret sein und die Vermögenswerte im Zweifel eher vorsichtig bewertet werden. Je geringer die Marktgängigkeit eines Vermögenswerts ist, desto höhere Anforderungen sind an seine Realisierbarkeit zu stellen.

5.4.3. Besonderheiten bei ausgewählten Vermögenswerten und Verpflichtungen

- 81 Im Überschuldungsstatus werden stille Reserven aufgedeckt. Zudem bleiben handelsrechtliche Aktivierungsverbote außer Acht. Auf der Passivseite sind ggf. zusätzliche Schulden zu erfassen, soweit sie durch die Abkehr von der Unternehmensfortführung verursacht werden. Im Folgenden wird auf die bilanzielle Behandlung ausgewählter Posten im Überschuldungsstatus eingegangen.
- 82 Bei ausstehenden Einlagen handelt es sich um Forderungen gegenüber einem Gesellschafter. Diese Forderungen sind im Überschuldungsstatus zu aktivieren, soweit sie werthaltig sind. Gleiches gilt für eine noch nicht geleistete Zahlung auf eine wirksam beschlossene Kapitalerhöhung.
- 83 Sonstige immaterielle Vermögenswerte, wie Konzessionen, Markenrechte, Patente oder Lizenzen, sind anzusetzen, soweit sie veräußert werden können. Das handelsrechtliche Ansatzverbot nach § 248 Abs. 2 Satz 2 HGB bleibt unberücksichtigt.
- 84 Ein derivativer oder originärer Geschäfts- oder Firmenwert kann nur aktiviert werden, soweit es sich hinreichend konkretisiert hat, dass Betriebseinheiten veräußert werden können und der Kaufpreis voraussichtlich über der Summe der Liquidationswerte der einzelnen Gegenstände des Betriebsvermögens liegt. Bei einem konkreten Angebot für einen Unternehmensteil erscheint es zweckmäßig, die Betriebseinheit insgesamt mit dem erwarteten Nettoerlös anzusetzen und die damit erfassten Vermögenswerte und Schulden ohne Zuordnung von Einzelwerten festzuhalten.
- 85 Aktivierungsfähig sind auch gesellschaftsrechtlich begründete Ansprüche (z.B. gemäß §§ 30, 31 GmbHG und §§ 56 Abs. 2, 9 Abs. 1 GmbHG) sowie Ansprüche gegenüber Dritten auf vertraglicher Grundlage (insb. aufgrund belastbarer Liquiditätsausstattungsgarantien, „harter“ Patronatserklärungen⁸² etc.). Sich dadurch ergebende Gegenansprüche sind zu passivieren.
- 86 Aktive Rechnungsabgrenzungsposten (z.B. im Voraus gezahlte Mieten) können nur dann aktiviert werden, wenn eine vorzeitige Vertragsauflösung möglich ist und ein Rückzahlungsanspruch besteht.
- 87 Aktive latente Steuern können dem Grunde nach angesetzt werden. Allerdings sinkt durch die bevorstehende Liquidation regelmäßig die Wahrscheinlichkeit, dass die Steuervorteile genutzt werden können. Dies gilt vor allem für die Nutzbarkeit steuerlicher Verlustvorträge. Im Regelfall werden aktive latente Steuern nicht mehr werthaltig sein.
- 88 Erhaltene Zuwendungen aus öffentlichen Mitteln sind passivierungspflichtig, soweit eine Rückzahlungsverpflichtung für den Fall der Schließung besteht.
- 89 Rückstellungen sind mit ihrem nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung notwendigen Erfüllungsbetrag zu passivieren, soweit mit einer Inanspruchnahme zu rechnen ist. An die Stelle des vorsichtigen Schätzwerts nach HGB tritt im Überschuldungsstatus der erwartete Wert. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in einer wirtschaftlich kritischen Situation des Unternehmens Schulden möglicherweise vorzeitig fällig gestellt werden; dies ist insb. bei der Abzinsung

⁸² Vgl. *IDW Rechnungslegungshinweis: Handelsrechtliche Vermerk- und Berichterstattungspflichten bei Patronatserklärungen (IDW RH HFA 1.013)* (Stand: 22.02.2008), Tz. 10.

der Rückstellungen zu beachten. Zusätzliche durch die Abkehr von der Unternehmensfortführung ausgelöste Verpflichtungen (z.B. aus Sozialplänen, für Vertragsstrafen oder aus gesetzlichen oder behördlichen Auflagen) sind zu passivieren. Rückstellungen, die bislang nach Maßgabe der wirtschaftlichen Verursachung des Aufwands angesammelt wurden, sind mit dem vollen Wert der bestehenden rechtlichen Verpflichtung anzusetzen.

- 90 Pensionsverpflichtungen sind mit dem Ablöswert zu bewerten. Zur Gewährleistung eines vollständigen Schuldenausweises sind Pensionsrückstellungen auch für mittelbare Pensionsverpflichtungen und Verpflichtungen aus Altzusagen zu passivieren. Verfallbare Ansprüche sind nicht zu berücksichtigen, soweit sie gemäß der Verwertungsprognose nicht bedient werden müssen.
- 91 Gesellschafterdarlehen oder Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 InsO zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht zu passivieren. Gleiches gilt für entsprechende Verbindlichkeiten gegenüber einem Dritten.
- 92 Das Eigenkapital bzw. Reinvermögen wird – als Residualgröße zwischen Vermögen und Schulden – im Überschuldungsstatus neu ermittelt. Das handelsrechtliche Eigenkapital ist damit nicht maßgeblich. Einlagen des stillen Gesellschafters oder Genussrechte sind jedenfalls nicht zu passivieren, soweit gemäß § 39 Abs. 2 InsO zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist. Der Ansatz eigener Anteile ist nicht zulässig, wenn aufgrund der negativen Fortbestehensprognose von der Liquidation der Gesellschaft auszugehen ist.

5.5. Beurteilung des Vorliegens der Überschuldung

- 93 Sofern nicht bereits in vorgelagerten Prüfungsschritten das Vorliegen der Überschuldung eindeutig verneint werden konnte (insb. wegen einer positiven Fortbestehensprognose), erfolgt die abschließende Beurteilung, ob Überschuldung vorliegt, auf Grundlage des Überschuldungsstatus.
- 94 Bei negativem Reinvermögen im Überschuldungsstatus liegt der gesetzlich definierte insolvenzauslösende Tatbestand der Überschuldung vor.
- 95 Zu beachten ist, dass bei negativer Fortbestehensprognose und positivem Reinvermögen zwar keine Insolvenzantragspflicht besteht, aufgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit aber ein Insolvenzantrag gestellt werden kann.

6. Beurteilung drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO)

- 96 Neben der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung ist nach § 18 InsO auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dieser Insolvenzeröffnungsgrund begründet keine Antragspflicht, sondern gibt dem Schuldner das Recht, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Die drohende Zahlungsunfähigkeit ist auch eine Zugangsvoraussetzung für den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen nach StaRUG.

- 97 Zahlungsunfähigkeit droht, wenn zum Beurteilungsstichtag keine Liquiditätslücke vorhanden ist, nach dem Finanzplan aber absehbar ist, dass die Zahlungsmittel im Prognosezeitraum der Fortbestehensprognose nach § 18 Abs. 2 InsO (in aller Regel 24 Monate; bis zum 31.12.2020: laufendes und folgendes Geschäftsjahr) zur Erfüllung der fällig werdenden Zahlungsverpflichtungen nicht mehr ausreichen und der Mangel an Liquidität durch finanzielle Dispositionen und Kapitalbeschaffungsmaßnahmen nicht mehr ausgeglichen werden kann.
- 98 Bei der Fortbestehensprognose nach § 18 Abs. 2 InsO handelt es sich bei den ersten zwölf Monaten um dieselbe Planung wie bei der Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 InsO. Im Zusammenhang mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit sind deshalb die gleichen inhaltlichen Anforderungen an die Fortbestehensprognose nach § 18 Abs. 2 InsO zu stellen wie bei dem Insolvenztatbestand der Überschuldung (vgl. Abschn. 5.3.). In Einzelfällen kann bei der Fortbestehensprognose nach § 18 Abs. 2 InsO auch auf einen kürzeren oder längeren Prognosezeitraum abzustellen sein. Hierdurch können Besonderheiten des Schuldners oder seines Geschäftsmodells berücksichtigt werden.⁸³
- 99 Ergibt sich aus dem Finanzplan, dass die Zahlungsmittel bereits innerhalb der nächsten zwölf Monate zur Erfüllung der fällig werdenden Zahlungsverpflichtungen nicht mehr ausreichen und dies durch finanzielle Dispositionen und Kapitalbeschaffungsmaßnahmen nicht mehr ausgeglichen werden kann, sind juristische Personen und ihnen gleichgestellte Personenhandels-gesellschaften (§ 264a HGB) zudem verpflichtet, unverzüglich das Vorliegen einer Überschuldung zu beurteilen (vgl. Abschn. 5.). Ein Insolvenzantragsrecht liegt in diesem Fall (Liquiditätslücke innerhalb der nächsten zwölf Monate) also nur bei einer negativen Fortbestehensprognose und positivem Reinvermögen vor; dies wird aber nur in seltenen Fällen gegeben sein. Sind in diesem Fall hingegen sowohl die Prognose als auch das Reinvermögen negativ, muss die Unternehmensleitung wegen Überschuldung einen Insolvenzantrag stellen (vgl. Abb. 2; vgl. Tz. 68 für den Fall der Inanspruchnahme eines Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens).

⁸³ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG), Drucksache 19/24181, S. 196.

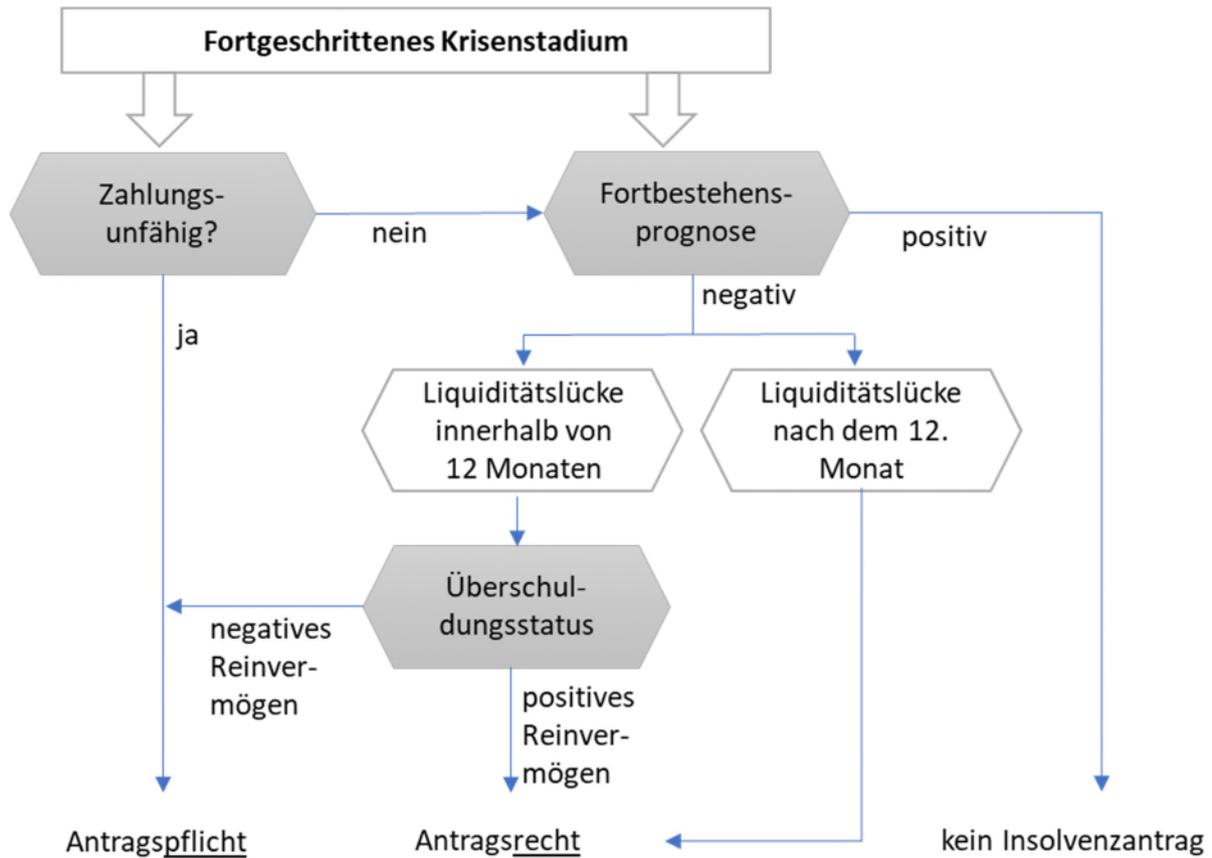


Abb. 2: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften i.S. des § 264a HGB

7. Änderungen der Insolvenzantragspflichten aufgrund der Corona-Pandemie und des Krieges gegen die Ukraine

- 100 Mit der Corona-Pandemie sind im Jahr 2020 zahlreiche Unternehmen in Liquiditätsschwierigkeiten geraten. Ohne entsprechende Eingriffe in das Insolvenzrecht hätte dies bei zahlreichen haftungsbeschränkten Unternehmen zu der Pflicht geführt, einen Insolvenzantrag zu stellen. Aus diesem Grund hat der deutsche Gesetzgeber im März 2020 das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG)⁸⁴ beschlossen. Es wurde zweimal geändert (Stand: 08.01.2021).
- 101 Bei seiner gutachterlichen Tätigkeit (insb. bei der retrograden Ermittlung der Insolvenzreife) hat der Wirtschaftsprüfer die Gesetzeshistorie und damit die unterschiedlichen Anforderungen zu den jeweiligen Zeitpunkten zu berücksichtigen. Aufgrund der zahlreichen Gesetzesänderungen in den Jahren 2020 und 2021 stellt der Eintritt der Insolvenzreife in diesen Jahren eine besondere Herausforderung dar.

⁸⁴ Das Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz wurde mit dem Artikelgesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020 beschlossen, vgl. BGBl, Teil 1 Nr. 14 v. 27.03.2020, S. 569 ff.

- 102 Das COVInsAG umfasste im Bereich des Insolvenzrechts vor allem folgende Regelungen:
- Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a InsO und nach § 42 Abs. 2 BGB wurde vom 01.03.2020 bis – zunächst – zum 30.09.2020 ausgesetzt. Dies galt nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Corona-Pandemie beruhte oder wenn keine Aussichten darauf bestanden, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. War der Schuldner am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig, wurde vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der Pandemie beruhte und Aussichten darauf bestanden, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.
 - Geschäftsleiter hafteten während der Aussetzung der Insolvenzantragspflichten nur eingeschränkt für Zahlungen, die sie nach Eintritt der Insolvenzreife des Unternehmens vornahmen.
 - Während der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht an von der Pandemie betroffene Unternehmen gewährte neue Kredite waren nicht als sittenwidriger Beitrag zur Insolvenzverschleppung anzusehen.
 - Während der Aussetzung erfolgende Leistungen an Vertragspartner waren nur eingeschränkt anfechtbar.
 - Bei zwischen dem 28.03.2020 und dem 28.06.2020 gestellten Gläubigerinsolvenzanträgen setzte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens voraus, dass der Eröffnungsgrund bereits am 01.03.2020 vorlag.
- 103 Mit dem Gesetz zur Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes⁸⁵ vom 25.09.2020 wurde beschlossen, die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bis zum 31.12.2020 für den Insolvenzantragsgrund der Überschuldung zu verlängern. Für überschuldete, aber nicht zahlungsunfähige Unternehmen galten für diesen Zeitraum zudem die Erleichterungen bei der Haftung der Geschäftsleiter, bei den Neukrediten und der Anfechtbarkeit. Zahlungsunfähige Unternehmen waren ab dem 01.10.2020 wieder antragspflichtig.
- 104 Eine weitere Änderung des COVInsAG erfolgte mit dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG)⁸⁶ vom 22.12.2020:
- Vom 01.01.2021 bis zum 31.01.2021 war die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags für solche Unternehmen ausgesetzt, die vom 01.11.2020 bis zum 31.12.2020 einen Antrag auf die Gewährung finanzieller Hilfeleistungen im Rahmen staatlicher Corona-Hilfsprogramme gestellt haben. War eine Antragstellung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen innerhalb des Zeitraums nicht möglich, galt dies auch für Unternehmen, die nach den Bedingungen des staatlichen Hilfsprogramms in den Kreis der Antragsberechtigten fallen. Für diese Unternehmen galten zudem die Erleichterungen bei der Haftung der Geschäftsleiter, bei den Neukrediten und der Anfechtbarkeit. Das Aussetzen der Antragspflicht galt hingegen nicht, wenn offensichtlich keine Aussicht auf Erlangung der Hilfeleistung bestand oder die erlangbare Hilfeleistung für die Besei-

⁸⁵ BGBl, Teil 1 Nr. 43 v. 30.09.2020, S. 2016.

⁸⁶ BGBl, Teil 1 Nr. 66 v. 29.12.2020, S. 3256 ff.

tigung der Insolvenzzureife unzureichend war. Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wurde rückwirkend zum 01.02.2021 bis Ende April 2021 verlängert⁸⁷, vorausgesetzt, dass das Unternehmen die Corona-Hilfen zwischen dem 01.11.2020 bis zum 28.02.2021 beantragt hat oder unter den o.g. Bedingungen zumindest antragsberechtigt war.

- Mit dem SanInsFoG wurde der bisherige Prognosezeitraum bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit auf 24 Monate ab dem Beurteilungstichtag verlängert (bisher: i.d.R. laufendes und folgendes Geschäftsjahr) und bei der Überschuldung auf zwölf Monate verkürzt (bisher ebenfalls i.d.R. laufendes und folgendes Geschäftsjahr). Vom 01.01.2021 bis zum 31.12.2021 gilt ein zusätzlich verkürzter Prognosezeitraum bei der Überschuldung von vier Monaten, wenn die Überschuldung des Unternehmens auf die Corona-Pandemie zurückzuführen ist. Dies wird vermutet, wenn der Schuldner am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig war, er im letzten, vor dem 01.01.2020 abgeschlossenen Geschäftsjahr ein positives Ergebnis aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit erwirtschaftet hatte und der Umsatz aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit im Kalenderjahr 2020 im Vergleich zum Vorjahr um mehr als 30 % eingebrochen ist.
- Weitere Erleichterungen betreffen die Eigenverwaltung⁸⁸ und das Schutzschirmverfahren⁸⁹ sowie die Sicherstellung der Gläubigergleichbehandlung bei Stützungsmaßnahmen anlässlich der COVID-19-Pandemie.

105 Abb. 3 fasst die wesentlichen Änderungen überblicksartig zusammen:

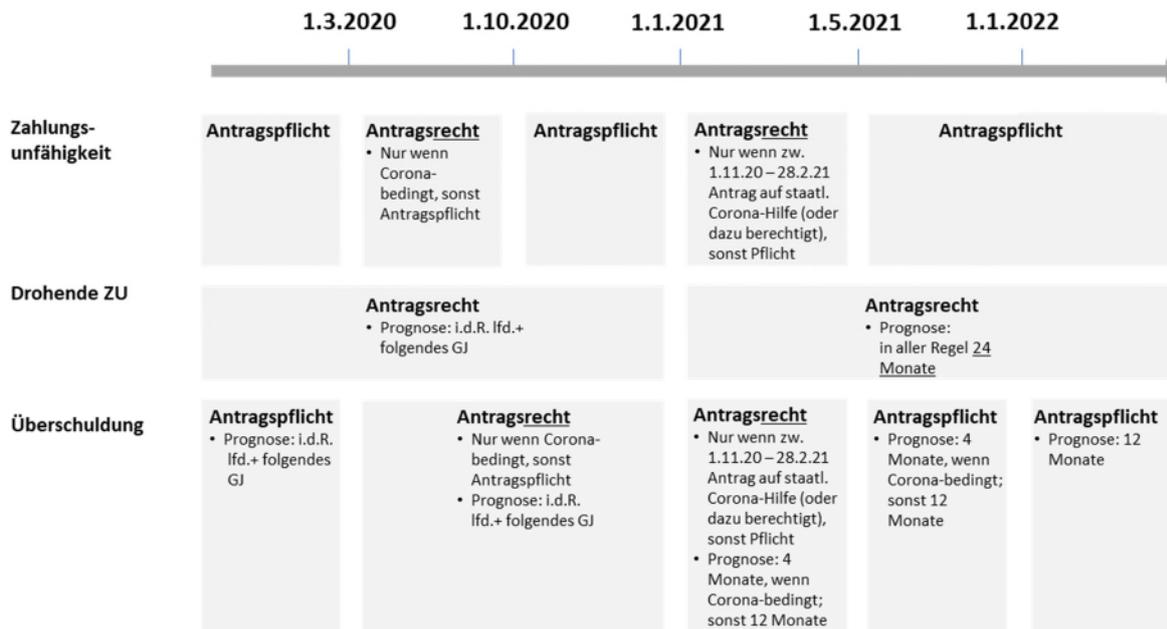


Abb. 3: Änderung der Insolvenzantragspflichten bei Kapitalgesellschaften und ihnen gleichgestellten Personenhandelsgesellschaften aufgrund der Corona-Pandemie

⁸⁷ Gesetz zur Verlängerung der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und des Anfechtungsschutzes für pandemiebedingte Stundungen sowie zur Verlängerung der Steuererklärungsfrist in beratenen Fällen und der zinsfreien Karenzzeit für den Veranlagungszeitraum 2019, BGBl, Teil 1 Nr. 7 v. 18.02.2021, S. 237 f.

⁸⁸ Vgl. IDW Standard: Anforderungen an Insolvenzpläne (IDW S 2) (Stand: 18.11.2019).

⁸⁹ Vgl. Entwurf einer Neufassung des IDW Standards: Bescheinigungen nach §§ 270d und 270a InsO (IDW ES 9 n.F.) (Stand: 12.01.2021).

106 Mit Datum vom 31.10.2022 hat der Bundestag das Sanierungs- und insolvenzrechtliche Krisenfolgenabmilderungsgesetz (SanInsKG) beschlossen, das durch Umbenennung aus dem COVInsAG hervorgegangen ist. Mit dem Gesetz sollen die wirtschaftlichen Folgen des russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine für deutsche Unternehmen abgeschwächt werden. Folgende insolvenzrechtliche Regelungen wurden geändert:

- Der Prognosezeitraum für die Überschuldungsprüfung wurde vorübergehend verkürzt: Der maßgebliche Prognosezeitraum wurde bis zum 31. Dezember 2023 von zwölf auf vier Monate herabgesetzt. Die Regelung gilt auch, wenn vor dem Inkrafttreten des Gesetzes bereits eine Überschuldung vorlag, sofern der für eine rechtzeitige Insolvenzantragstellung maßgebliche Zeitpunkt noch nicht verstrichen ist (§ 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 SanInsKG). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Regelungen schon vor dem Ablauf der Geltungsdauer einen Teil ihrer praktischen Wirksamkeit einbüßen können.⁹⁰
- Die maßgeblichen Planungszeiträume für die Erstellung von Eigenverwaltungs- und Restrukturierungsplanungen (§ 270a Abs. 1 Nr. 1 InsO, § 50 Abs. 2 Nr. 2 StaRUG) wurden bis zum 31. Dezember 2023 von sechs auf vier Monate verkürzt (§ 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 SanInsKG).
- Die Höchstfrist für die Stellung eines Insolvenzantrags wegen Überschuldung wurde bis zum 31. Dezember 2023 von sechs auf acht Wochen hochgesetzt (§ 4a SanInsKG).

⁹⁰ Vgl. Formulierungshilfe der Bundesregierung: Änderungsantrag der Fraktionen der SPD, von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und der FDP zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 20/2730 – Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung des Güterrechtsregisters, S. 5.