

# Zahlungs- oder Ertragsfähigkeit

§ 19 Abs. 2 InsO aus insolvenzrechtlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht

Johannes Gold\*

## I. Einleitung

Die Unternehmensfinanzierung und folglich das Recht der Unternehmen kommen ohne Prognosen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht aus. Doch Unternehmenswertberechnungen, an welche beispielsweise im Handelsrecht § 140 Abs. 2 HGB und im Kapitalmarktrecht § 169 Abs. 1 KAGB unmittelbar anknüpfen, werden genauso wie Ertragsprognosen des öffentlichen Vergaberechts nach § 46 Abs. 2 EnWG regelmäßig zu Kaffeesatzleserei verkommen. Dies mag daran liegen, dass Prognosen schwierig sind, vor allem wenn sie die Zukunft betreffen.<sup>1</sup> Mit der Rückkehr zum sogenannten zweistufigen Überschuldungstatbestand nach K. Schmidt<sup>2</sup> durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG)<sup>3</sup> hat der Gesetzgeber auch das Insolvenzrecht den Analysten ausgeliefert: die Fortführungsprognose ist der Kern der Überschuldungsprüfung gem. § 19 Abs. 2 InsO. Das Insolvenzrecht allerdings bedarf einer nach festen Kriterien rechtssicher feststellbaren Aussage zur Fortführungsfähigkeit eines Unternehmens, hängt doch davon unmittelbar die Durchführung eines Insolvenzverfahrens und mithin ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit sowie nicht zuletzt auch die Zukunft von Arbeitsplätzen ab. Die Feststellung der Fortführungsfähigkeit allerdings ist umstritten.

Dieser Beitrag zeigt – ausgehend von einer Definition des Überschuldungsbegriffs (II.) und der neuen Tragweite der Fortführungsprognose (III.) – den Streitstand um die Fortführungsprognose (IV.), deren Kriterium die Ertragsfähigkeit des Unternehmens sein muss (V.). Die Fortführungsprognose als Ertragsfähigkeitsprognose sodann ist die Grundlage für einen umfassenden Reformvorschlag zur ökonomisch und rechtspolitisch sinnvollen Weiterentwicklung des Überschuldungstatbestands (VI.).

## II. Definition Überschuldung

Die Überschuldung ist gemäß § 19 Abs. 1 InsO bei Kapitalgesellschaften und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit (AG, GmbH, GmbH & Co. KG, usw.) ein Insolvenzeröffnungsgrund. Überschuldung liegt nach § 19 Abs. 2 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Ergibt sich in der Handelsbilanz ein Überschuss der Passiva über die Aktiva,<sup>4</sup> ist Überschuldung indiziert.<sup>5</sup> Im geltenden zweistufigen Über-

Die Fortführungsprognose ist der Kern der Überschuldungsprüfung im Tatbestand des § 19 Abs. 2 InsO. Der Beitrag befasst sich unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Praxis zur Unternehmenssanierung mit den Schwächen der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur.

\* Der Verfasser ist Absolvent der Betriebswirtschaftslehre (B.A.) und studiert Rechtswissenschaften an der LMU München. Ein besonderer Dank geht an Ina von der Wense.

1 Das Zitat und dessen einfache wie bestechende Logik werden Karl Valentin, Mark Twain, Winston Churchill, Niels Bohr, Kurt Tucholsky u.A. zugeschrieben.

2 Entwickelt von K. Schmidt, AG 1978, 334 (335); ders. JZ 1982, 165 (169 ff.).

3 BGBl. I 2008, S. 1982.

4 Vgl. § 268 Abs. 3 HGB: „Ist das Eigenkapital durch Verluste aufgebraucht und ergibt sich ein Überschuss der Passivposten über die Aktivposten, so ist dieser Betrag am Schluß der Bilanz auf der Aktivseite gesondert unter der Bezeichnung „Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag“ auszuweisen.“

5 BGH, ZInsO 2012, 732 (733); ZInsO 2009, 876 (876); ZInsO 2008, 164 (164) – daran ist vieles

schuldungstatbestand kommt es dann auf zwei Elemente an: die Bewertung des Schuldnervermögens zu Liquidationswerten im Überschuldungsstatus (exekutorisches Element) und eine Fortführungsprognose (prognostisches Element). Die beiden Bestandteile sind vor dem Gesetz gleichrangig. Gleichwohl wird durch eine positive Fortführungsprognose die Insolvenzantragspflicht in jedem Fall abgewendet.<sup>6</sup>

### III. Die neue Tragweite der Fortführungsprognose

#### 1. Die Historie des Überschuldungstatbestands

Bereits zur Zeit der alten Konkursordnung (KO) war Überschuldung Insolvenzeröffnungsgrund. Eine Definition ließ die KO indes vermissen. Diese nahm vielmehr der BGH mit der *Dornier-Entscheidung* von 1992 vor, in welcher er dem o.g. zweistufigen Überschuldungstatbestand folgte.<sup>7</sup> Der Gesetzgeber der Insolvenzordnung von 1999 allerdings entzog dem zweistufigen Überschuldungstatbestand die Grundlage. Nach § 19 Abs. 2 InsO a.F. zog nunmehr eine positive Fortführungsprognose nicht die Unternehmensfortführung als solche nach sich, sondern war lediglich maßgeblich für die Bewertung der Aktiva im Überschuldungsstatus zu Fortführungs- statt Liquidationswerten.<sup>8</sup>

#### 2. Die Zielsetzung des FMStG

Der Gesetzgeber ist im Rahmen der Finanzkrise des Jahres 2008 mit dem FMStG zunächst befristet zum sogenannten zweistufigen Überschuldungstatbestand zurückgekehrt. Dies erging anlässlich der durch die Finanzkrise ausgelösten Wertverluste bei den Aktiva, insbesondere Aktien und Immobilien. Bisher mussten Unternehmen, die zwar überwiegend wahrscheinlich am Markt hätten bestehen können, einen Insolvenzantrag stellen, allein weil sie gegenwärtig bilanziell überschuldet waren. Das Ziel des FMStG ist insofern, dieses ökonomisch unbefriedigende Ergebnis zu vermeiden.<sup>9</sup> Folgerichtig sprachen sich in der Studie von *Bitter/Hommerich* die relative Mehrheit der befragten Sanierungsexperten für eine dauerhafte Beibehaltung des Tatbestands aus,<sup>10</sup> sodass der Gesetzgeber die Wiedereinführung des zweistufigen Überschuldungstatbestands durch Gesetz mit Wirkung zum 01.01.2014 unbefristet festschrieb.<sup>11</sup> Mit der Entfristung des § 19 Abs. 2 InsO n.F. hat der Gesetzgeber mithin die Irrfahrt des Überschuldungstatbestands beendet und eine gewisse Konsistenz geschaffen.

streitig, doch in der Praxis ist es so.

6 *Drukarczyk/Schüler*, in: Münchener Kommentar, InsO, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, § 19 Rn. 40 ff. m.w.N.

7 BGHZ 119, 201 (214); st. Rspr. bis BGHZ 129, 136 (154).

8 So auch BGHZ 171, 46 (54).

9 BT-Drs. 16/10600, S. 13.

10 *Bitter/Hommerich*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, 2012, S. 4 – 37 % für eine dauerhafte Beibehaltung, 20 % für eine befristete Beibehaltung, 25 % für eine Rückkehr zu § 19 Abs. 2 InsO a.F., 17 % für die Abschaffung der Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund.

11 BGBl. I 2012, S. 2424.

### 3. Die Fortführungsprognose als dirigistische Maßnahme des Staates

Bei der Kehrtwende zurück zum zweistufigen Überschuldungstatbestand handelt es sich mithin um einen bewussten Eingriff des Gesetzgebers in bewährtes Recht und gefestigte Rechtsprechung mit dem Ziel, die Rahmenbedingungen zur Sanierung von Unternehmen zu verbessern. Für die Frage, ob Überschuldung vorliegt, ist die Fortführungsprognose maßgeblich. Entscheidend ist, ob das Unternehmen fortführungsfähig ist, die bilanzielle Überschuldung hingegen wird durch eine positive Fortführungsprognose verdrängt. Die Interessen der Gläubiger eines fortführungsfähigen Unternehmens werden demzufolge – statt durch Zerschlagung – durch Wertschöpfung bedient. Dies ist mit *K. Schmidt* zu begrüßen, denn: „Ein Unternehmen, das nur auf eine einzige Weise, nämlich durch einen Insolvenzantrag ins Jenseits befördert werden kann, hat diesen Insolvenzantrag nicht verdient.“<sup>12</sup>

### IV. Zahlungsfähigkeitsprognose oder Ertragsfähigkeitsprognose?

Die Feststellung der Fortführungsfähigkeit ist umstritten. Es geht insoweit darum, was Gegenstand der Prognose ist, welche Voraussetzungen das Unternehmen also erfüllen muss, um „fortführungsfähig“ i.S.v. § 19 Abs. 2 InsO zu sein.<sup>13</sup> Der Streitstand wird entlang der Frage ausgetragen, ob zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit auf die Innenfinanzierungskraft des Unternehmens (Ertragsfähigkeitsprognose) oder Innen- und Außenfinanzierung (Zahlungsfähigkeitsprognose) abzustellen ist.

#### 1. Herrschende Ansicht

Der BGH hat in der *Dornier-Entscheidung* auf die „Finanzkraft“ des Unternehmens abgestellt.<sup>14</sup> Dies lässt Spielraum für Interpretationen, schließlich handelt es sich bei „Finanzkraft“ nicht um einen feststehenden Ausdruck der Betriebswirtschaftslehre. Die ganz herrschende Ansicht versteht den BGH im Sinne einer Zahlungsfähigkeitsprognose: Es soll allein darauf ankommen, ob das Unternehmen im Prognosezeitraum seine fälligen Verbindlichkeiten bedienen kann. Dazu werden alle Mittel der Innen- und Außenfinanzierung erfasst. Dies umfasst den Cashflow aus der laufenden Geschäftstätigkeit (Innenfinanzierung), den Cashflow aus Investitionstätigkeit sowie den Cashflow aus Finanzierungstätigkeit (Außenfinanzierung). Mithin ist die Zahlungsfähigkeitsprognose neben den erwirtschafteten Überschüssen auch auf die Aufnahme von neuem Fremdkapital abgestellt. Dies erscheint unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes folgerichtig, kommt es den Gläubigern doch allein darauf an, dass ihre Rechnungen fristgemäß

12 *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485 (490); a.A. *Drukarczyk/Schüler* (Fn. 6), § 19 Rn. 42; *Schmerbach*, in: Frankfurter Kommentar, InsO, 6. Aufl. 2011, § 19 Rn. 42.

13 In der Literatur wird indes überwiegend vertreten, dass trotz neuer Tragweite die gleichen Anforderungen gelten wie unter § 19 Abs. 2 InsO a.F., z.B. *Drukarczyk/Schüler* (Fn. 6), § 19 Rn. 74.

14 BGHZ 119, 201 (214).

bezahlt werden. Wie das Unternehmen die Deckung der Verbindlichkeiten finanziert, ist den Gläubigern hingegen zunächst gleichgültig.<sup>15</sup>

## 2. Gegenansicht

Die Kommission für Insolvenzrecht hatte hingegen bereits 1985 bei der Ausarbeitung der InsO die Fortführungsprognose als allein auf die Innenfinanzierungskraft des Unternehmens abgestellte Ertragsfähigkeitsprognose erwogen. Ein fortführungsfähiges Unternehmen muss demnach mindestens die Betriebskosten und Fremdkapitalzinsen erwirtschaften bzw. dies in absehbarer Zeit gewährleisten können. Dabei wird nicht gefordert, dass das Unternehmen Gewinne erzielt, Verluste allerdings sind zu vermeiden. Maßstab ist mithin eine „schwarze Null“.<sup>16</sup> Die OLG-Rechtsprechung geht inzwischen weiter und verlangt mittelfristige Einnahmeüberschüsse, aus welchen die gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten gedeckt werden können.<sup>17</sup>

## 3. Sachstand in der Praxis: Der Standard IDW S6

Die betriebswirtschaftliche Praxis zeigt sich von dem Vorstehenden weitgehend unbeeindruckt. Kreditinstitute, die zumeist Hauptgläubiger sind, stellen an die Fortführungsprognose i.d.R. höhere Anforderungen. Als Standard gilt die vom *Institut der Wirtschaftsprüfer* (IDW) erstellte Richtlinie IDW S6.<sup>18</sup> Die von der herrschenden Ansicht geforderte Zahlungsfähigkeitsprognose bildet lediglich die erste Stufe einer Fortführungsprognose nach IDW S6.<sup>19</sup> Darauf aufbauend wird die nachhaltige Sanierungsfähigkeit des Unternehmens geprüft. Maßgeblich sind dazu die Wettbewerbsfähigkeit des Geschäftsmodells und die Ertragsfähigkeit des Unternehmens – mindestens in Höhe der branchenüblichen Eigenkapitalrendite.<sup>20</sup> Die zur Sicherstellung dieser Voraussetzungen zu ergreifenden Sanierungsmaßnahmen fließen schließlich in eine integrierte Sanierungsplanung, also eine Liquiditäts-, Ertrags- und Vermögensplanung ein.<sup>21</sup>

Mithin zeigt sich, dass die betriebswirtschaftliche Umsetzung der Rechtslage deutlich über die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten hinausgeht. Es wird in der Praxis vielmehr ein vollständiges Sanierungsgutachten gefordert. Eine Fortführungsprognose, welche nicht die Voraussetzungen des IDW S6 erfüllt, werden die Kreditgeber hingegen nicht akzeptieren.<sup>22</sup> Mit anderen Worten: Ein Unternehmen, das nicht mittelfristig ertrags- und wettbewerbsfähig ist, wird nicht nur keine neuen Kredite erhalten, ihm werden auch die bestehenden Kreditlinien gekündigt werden, was i.d.R. die Zahlungsunfähigkeit nach sich zieht. Sind die Gläubiger dagegen vom Geschäftsmodell überzeugt, werden sie durch Stillhalteabkommen oder Sanierungskredite die Zahlungsfähigkeit aufrechterhalten.<sup>23</sup>

## V. Stellungnahme

Welche Aussagekraft hat eine herrschende Ansicht, wenn sie in der Praxis schlichtweg ignoriert wird? Der fehlende Einklang zwischen herrschender Ansicht und Praxis ist jedenfalls missbrauchs anfällig.

### 1. Fortführungsprognose als staatlich angeordnete Insolvenzverschleppung?

Bezieht man mit der herrschenden Ansicht alle Maßnahmen der Außenfinanzierung ein, eröffnet man nicht ertragsfähigen Unternehmen die Möglichkeit, ihre Zahlungsfähigkeit durch Aufnahme von langfristigem Fremdkapital grundsätzlich sicherzustellen – die Schulden also mit neuen Schulden zu begleichen. Dies gibt der Gesellschaft Zeit – Zeit, welche die Gesellschafter nutzen werden, um Darlehen anfechtungssicher zurückzahlen zu lassen und betriebsnotwendiges Vermögen zu verwerten.<sup>24</sup> Aufgrund der neuen Schulden steigen inzwischen die Verbindlichkeiten, während durch weiteres Erwirtschaften von Defiziten und den Verkauf des Tafelsilbers das Aktivvermögen sinkt. Im Ergebnis wirtschaftet das nicht ertragsfähige, allein durch Außenfinanzierung (noch) zahlungsfähige Unternehmen mit dem Geld der Gläubiger. Dazu bedarf es freilich der Beihilfe eines willigen Gläubigers, der auf Grundlage einer rechtssicheren Zahlungsfähigkeitsprognose die Kreditlinien offen lässt und ggf. sogar neues Fremdkapital zur Verfügung stellt. Ein solcher wird sich nur in einem gut besicherten Gläubiger finden, der einem möglichen Insolvenzverfahren gelassen entgegen sieht und einstweilen noch Tilgungen vom Schuldnerunternehmen erhalten möchte.

Die Befriedigungsperspektive der nachrangig besicherten Gläubiger, Arbeitnehmer und Lieferanten beispielsweise, wird bis zum allfälligen Insolvenzverfahren durch Abschmelzen der Insolvenzmasse hingegen beschränkt. Es zeigt sich mithin, dass für einen durchgreifenden Gläubigerschutz nicht allein ausreicht, dass das Unternehmen seine Verbindlichkeiten fristgemäß bedient. Die Ertrags-

15 Bitter, in: Scholz (Hrsg.), GmbHG, Bd. 3, 11. Aufl. 2015, vor § 64 Rn. 35; Drukarczyk/Schüler (Fn. 6), § 19 Rn. 76; K. Schmidt, in: K. Schmidt (Hrsg.), InsO, 18. Aufl. 2013, § 19 Rn. 46; Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733 (1743); Fenske, AG 1997, 554 (557); Hirte/Knofl/Mock, ZInsO 2008, 1217 (1222); Haarmann/Vorwerk, BB 2015, 1603 (1608 f.); K. Schmidt, ZIP 2013, 485 (491).

16 BMJ (Hrsg.), Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, S. 112 – der Kommissionsbericht spricht von „Verbindlichkeiten“. Gemeint sind wohl die Kosten der Verbindlichkeiten, also Zinsaufwendungen. Denn bei einer „schwarzen Null“ sind Tilgungen für gewöhnlich nicht einbezogen.

17 OLG Schleswig, NZI 2010, 492 (492); KG, ZinsO 2006, 437 (438); OLG Naumburg, ZinsO 2004, 512 (513); zuletzt auch AG Hamburg, ZIP 2012, 1776 (1777); a.A. OLG Hamburg, ZinsO 2013, 2447 (2447); OLG München, ZInsO 2013, 736 (736); OLG Köln, ZIP 2009, 808 (809 f.).

18 Portisch, Sanierung und Insolvenz aus Bankensicht, 2. Aufl. 2010, S. 124.

19 IDW (Hrsg.), Entwurf IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW ES 6), 2008, Rn. 72.

20 IDW (Fn. 19), Rn. 85 ff.

21 IDW (Fn. 19), Rn. 114 ff.

22 Dies gilt grundsätzlich auch bei kleinen Unternehmen – jedoch kann das Ausmaß der Prüfung der Unternehmensgröße angepasst werden, so bereits BGH, NJW 1998, 1561 (1564).

23 So auch Weller, DStR 2010, 1046 (1050).

24 So auch Wackerbarth, NZI 2009, 145 (148).

fähigkeitsprognose muss bereits deshalb der rechtlich bindende Maßstab für die Fortführungsprognose sein, sodass Unternehmen mit nachhaltig negativen Ertragsaussichten nicht durch Finanzierungsbeiträge Dritter auf der Grundlage einer rechtssicheren Zahlungsfähigkeitsprognose Insolvenzverschleppung zum Nachteil der Gläubiger betreiben können.<sup>25</sup>

## 2. Fortführungsprognose als lebensverlängernde Maßnahme?

Weiterhin ist Fremdkapital i.d.R. keine unerschöpfliche Quelle frischen Geldes. Das nicht ertragsfähige Unternehmen mag für einen begrenzten Zeitraum seine Zahlungsfähigkeit durch Kreditaufnahme unter Stellung weiterer Sicherheiten und Verwertung des betriebsnotwendigen Vermögens gewährleisten können. Diese Möglichkeiten, Liquidität zu beschaffen, werden allerdings auf absehbare Zeit versiegen. Ein Unternehmen ohne Innenfinanzierungskraft, dessen Ertragsaussichten also nachhaltig negativ sind, wird sodann mittelfristig zahlungsunfähig und mithin insolvenzreif. Dann ist eine positive Fortführungsprognose trotz Zahlungsfähigkeit bereits deswegen nicht zu stellen, um das o.g. Abschmelzen der Insolvenzmasse zu unterbinden.

Auch nach ökonomischen Grundsätzen ist es nicht sinnvoll, durch eine Fortführungsprognose das Leben eines nicht ertragsfähigen, mithin nicht alleine lebensfähigen, Unternehmens künstlich zu verlängern.<sup>26</sup> Durch solche „Zombieunternehmen“ bis zum unvermeidlichen Untergang vernichtetes Kapital wird bei einem früheren Insolvenzantrag mit höherer Befriedigungsquote den Gläubigern zufließen. Diesen steht es sodann zur Finanzierung eines rentableren Investments zur Verfügung – und damit der Volkswirtschaft zur Wertschöpfung. Die Sanierung eines fortführungsfähigen Unternehmens ist zwar besser als die Insolvenz, aber ein frühes Insolvenzverfahren eines nicht lebensfähigen Unternehmens demnach besser als ein spätes.

## 3. Differenzierte Betrachtung der Ertragsfähigkeit

Der Ausgangspunkt der hier vertretenen Ansicht ist das allgemein gültige Ziel des Überschuldungstatbestands, nicht fortführungsfähige Unternehmen zur Abwendung von Gläubigergefährdung vom Markt zu nehmen. Fordert man allerdings die Fortführungsprognose als Ertragsfähigkeitsprognose, bedarf es einer differenzierten Betrachtung des Kriteriums der Ertragsfähigkeit. Von den Gegnern der Ertragsfähigkeitsprognose wird zuweilen das Beispiel öffentlich subventionierter Unternehmen als Argument vorgebracht. Deren Erträge decken die Kosten des laufenden Betriebs oftmals nicht, sodass die Fehlbeträge i.d.R. durch die öffentliche Hand ausgeglichen werden und eine Gläu-

bigergefährdung dennoch nicht besteht. Es wäre verfehlt, solche Unternehmen mangels Ertragsfähigkeit vom Markt zu nehmen, erfüllen sie doch eine ökonomisch sinnvolle Aufgabe.<sup>27</sup> Dabei allerdings handelt es sich um Sonderfälle, die nicht geeignet sind, die Notwendigkeit einer Ertragsfähigkeitsprognose zu widerlegen.<sup>28</sup>

Im Gegenteil bestätigt dies die These, dass es auf die Umstände statt nur auf ein singuläres Kriterium der Fortführungsfähigkeit ankommt.<sup>29</sup> Nichts spricht dagegen, regelmäßige und nachhaltige Verlustausgleichszahlungen des Unternehmensträgers in die Berechnung der Ertragsfähigkeit einzubeziehen. Gleiches gilt für Stiftungen, Konzerngesellschaften mit werthaltigen Verlustausgleichsansprüchen gegen die herrschende Gesellschaft oder vom Gesellschafter subventionierte Unternehmen ohne nachhaltige Gewinnerzielungsabsicht, die etwa aus idealistischen Beweggründen betrieben werden.<sup>30</sup> Diesen Sonderfällen ist gemein, dass eine Insolvenz trotz des erwirtschafteten Defizits unwahrscheinlich ist, solange ein solventer Träger hinter dem Unternehmen steht.

## 4. Zwischenergebnisse

Eine positive Fortführungsprognose setzt als erste Stufe zunächst voraus, dass das Unternehmen mittelfristig zahlungsfähig bleibt. Dies werden die Gläubiger sicherstellen, soweit sie vom Geschäftsmodell und der Ertragsfähigkeit überzeugt sind. Die Fortführungsfähigkeit ist in einer zweiten Stufe aus ökonomischen und Gläubigerschutzgründen grundsätzlich darauf abzustellen, ob das Unternehmen ertragsfähig ist oder auf absehbare Zeit werden kann. Der geeignete Maßstab der Fortführungsprognose ist mithin die Innenfinanzierungskraft des Unternehmens. Dies wird in der Praxis im Regelfall ohnehin so umgesetzt. Die Rechtswissenschaft sollte dem Sachstand in der Praxis hier Rechnung tragen, damit das Überleben eines nicht alleine lebensfähigen Unternehmens nicht künstlich auf Basis einer Zahlungsfähigkeitsprognose zulasten der nachrangig besicherten Gläubiger verlängert werden kann. Es zeigt sich gleichwohl auch, dass die Ertragsfähigkeit in Sonderfällen nicht zum alleinigen Kriterium gereicht, es sind vielmehr – im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut – die gesamten Umstände zu berücksichtigen.

## VI. Lösungsvorschläge

### 1. Das Konzept der nachhaltigen Entschuldung

Ausgehend hiervon stellt sich die Frage, in welcher Höhe die Ertragsfähigkeit vorauszusetzen ist, um eine positive Fortführungsprognose stellen zu können. Es zeigt sich zunächst, dass die von der *Kommission für Insolvenzrecht*

25 I.E. so auch Schröder, in: Hamburger Kommentar, InsO, 5. Aufl. 2015, § 19 Rn. 16a; ders., in: FS Wehr, 2013, S. 27 (40); Ehlers, NZI 2011, 161 (162); Otto, MDR 2008, 1369 (1372); a.A. Fenske, AG 1997, 554 (558) – der die Gläubigerbefriedigung durch das Insolvenzverfahren gefährdet sieht.

26 Das konzedieren auch Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733 (1743), die allerdings den hier geschilderten Regelfall zur Ausnahme erklären.

27 Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733 (1735); Frystatzki, NZI 2011, 173 (178).

28 Das erkennen auch Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733 (1735) an und tragen es dennoch auf S. 1741 als entscheidendes Argument gegen die Ertragsfähigkeitsprognose vor.

29 So auch Schröder, in: FS Wehr, 2013, S. 27 (40).

30 Diese Fälle berücksichtigen auch Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733 (1741); K. Schmidt, ZIP 2013, 485 (491); Wolf, DStR 2009, 2682 (2684).

geforderte „schwarze Null“ nicht ausreicht. Denn bei der Maßgabe, dass das Unternehmen die Betriebskosten und Fremdkapitalzinsen erwirtschaften muss, ist die Tilgung des Fremdkapitals nicht berücksichtigt.<sup>31</sup> Dies ist jedoch zur fristgemäßen Bedienung der langfristigen Verbindlichkeiten i.d.R. Voraussetzung, sodass eine „schwarze Null“ nur dann genügen wird, wenn das Unternehmen nach seiner Fremdkapitalstruktur keine Tilgung zu leisten hat. Für den Regelfall allerdings wird man mit der OLG-Rechtsprechung mittelfristige Ertragsüberschüsse fordern müssen.<sup>32</sup> Damit das Unternehmen seine Verbindlichkeiten aus den Erträgen bedienen kann, muss es folglich Überschüsse mindestens in Höhe der gegenwärtig und zukünftig zu leistenden Tilgung erwirtschaften.

Die betriebswirtschaftliche Umsetzung dieser schlichten rechtlichen Maßgabe erfordert die Formulierung weiterer Voraussetzungen: Zunächst gebietet das Vorsichtsprinzip, kurzfristig gewährte Tilgungserleichterungen (Stillhalteabkommen oder Stundungsvereinbarungen) zu vernachlässigen und in marktüblicher Höhe einzurechnen. Weiterhin wäre es mit der Zielsetzung der Ertragsfähigkeitsprognose – Gläubigerbefriedigung aus Erträgen – unvereinbar, sich für die Tilgung an den Abschreibungen zu bedienen. Diese hat das Unternehmen zwar erwirtschaftet, doch es sprechen gute Gründe dagegen, sie für die Deckung der laufenden Verbindlichkeiten zu verwenden. Denn für Ersatzinvestitionen in das betriebsnotwendige Vermögen sollten Rücklagen in Höhe der Abschreibungen gebildet werden. Ein Unternehmen in der Krise hat typischerweise bereits einen Investitionsstau, der Erhalt der Unternehmenssubstanz ist jedoch Voraussetzung für nachhaltig positive Ertragsaussichten.

Umgekehrt ergibt sich sodann, dass Wachstumsinvestitionen die zu ihrer Finanzierung notwendigen Tilgungsverpflichtungen erwirtschaften müssen. Sind diese Voraussetzungen der Investitionsplanung erfüllt, wird das Unternehmen alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten – ohne Nachfinanzierung durch die Gläubiger – fristgemäß bedienen können und mithin seine Schuldentragfähigkeit wiedererlangen. Dann – und nur dann – kann das Unternehmen sich nachhaltig entschulden und die bilanzielle Überschuldung, welche Ausgangspunkt des Überschuldungstatbestands ist, mittelfristig heilen. Es wird im Folgenden aufzuzeigen sein, aus welchen Gründen dieser Zielmaßstab notwendig und geboten ist.

## 2. Die Rolle des Überschuldungsstatus

Die Fortführungsprognose als Kern der Überschuldungsprüfung und damit Gegenstand der Diskussion verstellt freilich den Blick auf die Rolle des Überschuldungsstatus im zweistufigen Überschuldungstatbestand. Die beiden Elemente des zweistufigen Überschuldungstatbestands sind vor dem Gesetz gleichrangig. Gleichwohl wird das Unternehmen in der Praxis immer den kürzesten Weg zur Abwendung der Insolvenz wählen. Es wird in den meisten Fäl-

len mit geringerem Aufwand und Kosten verbunden sein, eine positive Fortführungsprognose beizubringen. Die offenen Bewertungsfragen im Rahmen des Überschuldungsstatus kommen hinzu,<sup>33</sup> sodass auf den Überschuldungsstatus meist verzichtet wird.<sup>34</sup> Mithin verliert dieser seine eigenständige Bedeutung, sodass sich der zweistufige Überschuldungstatbestand in eine einstufige Prüfung wandelt.<sup>35</sup>

Welche Berechtigung hat der Überschuldungsstatus also im zweistufigen Überschuldungstatbestand? Und hat dieser seinen Namen noch verdient? Dem Überschuldungsstatus als Sonderbilanz zum Vergleich des Schuldnervermögens mit den Verbindlichkeiten wird grundsätzlich die Aufgabe beigemessen, die Schuldendeckungsfähigkeit des Unternehmens zu bestimmen. Es geht folglich um die Frage, ob das Unternehmen in der Lage ist, seine Verbindlichkeiten aus der Substanz (durch Liquidation) zu bedienen.<sup>36</sup>

Ergibt sich auf Basis einer positiven Fortführungsprognose die Fortführung des Unternehmens, ist dies unbeachtlich. Relevant wird die bilanzielle Überschuldungsmessung allerdings, wenn die Fortführungsannahme wegfällt. Dies ist der Fall, wenn beim Schuldner der Fortführungswille entfällt<sup>37</sup> oder sich eine positive Fortführungsprognose als unrealistisch herausstellt. Dann ist der Gläubigerbefriedigung aus Wertschöpfung die Grundlage entzogen. Gelingt es dann nicht, das Eigenkapital durch eine Investorlösung zu erhöhen oder das Fremdkapital durch Teilbetriebsverkäufe zu reduzieren,<sup>38</sup> muss die Gläubigerbefriedigung aus der Substanz erfolgen. Die Schuldendeckungsfähigkeit des Unternehmens ist folglich festzustellen, schon damit die Geschäftsführung dieses Szenarios der „drohenden Überschuldung“ gewahrt wird. Der bilanziellen Überschuldungsmessung kommt mithin eine Warnfunktion zu.<sup>39</sup>

33 Die Ansätze reichen von der planmäßigen Liquidation über die sofortige Zerschlagung bis hin zu Einzel- oder Gesamtveräußerung, vgl. nur *Drukarczyk/Schüler* (Fn. 6), § 19 Rn. 99 ff.

34 *Drukarczyk/Schüler* (Fn. 6), § 19 Rn. 54.

35 *Drukarczyk/Schüler* (Fn. 6), § 19 Rn. 54; krit. dazu *Mock*, in: Uhlenbruck (Hrsg.), *InsO*, 15. Aufl. 2015, § 19 Rn. 12; *Wackerbarth*, *NZI* 2009, 145 (145); es bestehe „kein Anlass für die rechnerische Überschuldungsprüfung“ *Wolf*, *ZWH* 2014, 94 (94); ähnl. *Bußhardt*, in: Braun (Hrsg.), *InsO*, 6. Aufl. 2014, § 19 Rn. 8; *Dahl/Schmitz*, *NZG* 2009, 567 (567); *Frystatzki*, *NZI* 2011, 173 (173); *Otto*, *MDR* 2008, 1369 (1371); a.A. *Schröder* (Fn. 25), § 19 Rn. 54; *ders.* (Fn. 29), S. 31 – der Überschuldungsstatus sei „erste Stufe“; wie hier dagegen, dass bilanzielle Überschuldung und Prognose zu prüfen sind: *K. Schmidt* (Fn. 15), § 19 Rn. 15; *ders.*, *ZIP* 2013, 485 (489).

36 Vgl. nur *K. Schmidt* (Fn. 15), § 19 Rn. 20 f.

37 Die Möglichkeit der Betriebseinstellung gehört zur unternehmerischen Freiheit: vgl. hierzu *Haarmann/Vorwerk*, *BB* 2015, 1603 (1605 f.) – dies zeigt sich insbesondere am Beispiel sogenannter „Rentnergesellschaften“, welchen eine bestimmte Vermögensmasse zur Vermögensverwaltung übertragen wird, um über einen begrenzten Zeitraum Verbindlichkeiten gegenüber ehemaligen Mitarbeitern zu erfüllen. Können diese aus Erträgen und Substanz sämtliche Verbindlichkeiten bedienen und werden nach Erfüllung des Geschäftszwecks keine neuen Verbindlichkeiten entstehen, ist eine positive „Abwicklungsprognose“ zu stellen; vgl. *Bitter/Kresser*, *ZIP* 2012, 1733 (1743); a.A. wohl *AG Hamburg*, *ZIP* 2012, 1776 (1777).

38 Vgl. *Schröder* (Fn. 29), S. 40.

39 So auch *Otto*, *MDR* 2008, 1369 (1373); *Wackerbarth*, *NZI* 2009, 145 (149).

31 Vgl. oben Fn. 16.

32 Vgl. oben Fn. 17.

Damit die Befriedigung der Gläubiger aus der Substanz im Fall der Fälle gewährleistet ist, bedarf es weiterhin eines nachhaltigen Schutzes der Schuldendeckungsfähigkeit. Aus diesem Grund ist es notwendig, bereits die Unternehmensfortführung an die Heilung der bilanziellen Überschuldung zu knüpfen.<sup>40</sup> Dazu allerdings muss der Geschäftsführung der bilanzielle Fehlbetrag bekannt sein. Die bilanzielle Überschuldungsmessung dient folglich auch dazu, den Zielmaßstab der nachhaltigen Entschuldung offenzulegen. Damit das Unternehmen seine Verbindlichkeiten uneingeschränkt entweder aus den Erträgen oder der Substanz decken kann – und nur ein nachhaltiger Ausschluss der Überschuldung kann von der Insolvenzantragspflicht befreien –, bedarf es als Grundlage neben der positiven Ertragsfähigkeitsprognose mithin auch der bilanziellen Überschuldungsmessung. Es stellt sich also nicht die Frage nach der Berechtigung des Überschuldungsstatus, sondern nach dessen richtigem Platz in der Überschuldungsprüfung. Denkbar ungeeignet erscheint er als dessen Auslöser, wenn seine Aufstellung in der Praxis regelmäßig umgangen wird.<sup>41</sup> Diese Herausforderung ist gelöst, wenn im Ausgangspunkt nicht der Überschuldungsstatus als Sonderbilanz, hingegen bereits die Handelsbilanz maßgeblich ist.

Die wesentlichen qualitativen Unterschiede zwischen diesen liegen im Geschäftswert, Gesellschafterdarlehen und den stillen Reserven.<sup>42</sup> Das erstgenannte ist hinfällig – ein defizitäres Unternehmen hat typischerweise keinen Geschäftswert. Die Gesellschafterdarlehen sind ausweislich § 19 Abs. 2 S. 2 InsO in der Insolvenz nachrangig, sodass ihre Passivierung dahinstehen kann. Die stillen Reserven sind hingegen im Einklang mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung aufzudecken, will das Unternehmen bereits die bilanzielle Überschuldung abwenden. Statt der bisherigen indiziellen Wirkung<sup>43</sup> muss nunmehr die fortgeschriebene Handelsbilanz für die Überschuldungsprüfung maßgeblich sein. Demnach muss bereits die bilanzielle Überschuldung nach der Handelsbilanz die Insolvenzantragspflicht auslösen, es sei denn, der Unternehmer kann eine positive Ertragsfähigkeitsprognose beibringen.<sup>44</sup> Die Funktion der bilanziellen Überschuldungsmessung als Alarmzeichen und Zielmaßgabe wird einstweilen die Handelsbilanz erfüllen. Der richtige Platz für den Überschuldungsstatus ist hingegen am Ende der Überschuldungsprüfung, wenn eine Sanierung scheitert und die Schuldendeckung aus der Substanz zu prüfen ist.

### 3. Ausweitung des Prognosezeitraums

Die in diesem Beitrag aufgezeigten Anforderungen an eine positive Ertragsfähigkeitsprognose werden den nach der ganz herrschenden Ansicht geforderten Prognose-

zeitraum über das laufende und folgende Geschäftsjahr<sup>45</sup> regelmäßig übersteigen. Denn die notwendigen leistungswirtschaftlichen Sanierungsmaßnahmen zur Sicherstellung nachhaltiger Ertragsfähigkeit werden oftmals erst nach dem maßgeblichen Prognosezeitraum Erfolge zeigen. Der Prognosezeitraum ist folglich auszuweiten, damit das Unternehmen die Fortführungsfähigkeit durch positive Ergebnisse belegen und die bilanzielle Überschuldung beseitigen kann.<sup>46</sup> Die Notwendigkeit einer Ertragsfähigkeitsprognose hat beispielsweise bereits den OGH Wien überzeugt.<sup>47</sup> Daraus wird gefolgert, dass eine kurzfristige Primärprognose (i.d.R. sechs Monate bis ein Jahr) mit dem Schwerpunkt der Zahlungsfähigkeit beizubringen und weiterhin durch eine mittelfristige Sekundärprognose (zwei bis drei Jahre) die Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit darzulegen ist.<sup>48</sup>

Ungeachtet der Frage, wie zielführend es ist, Zahlungsfähigkeit und Ertragsfähigkeit in zwei Prognosen auseinander zu dividieren, weist dies die Richtung zu einem durchgreifenden Lösungsvorschlag. Der bislang bestehende Richtwert für die Prognosedauer wird nach der herrschenden Ansicht zwar damit begründet, dass nur über einen betriebswirtschaftlich überschaubaren Zeitraum die erforderliche Prognosesicherheit gewährleistet werden kann.<sup>49</sup> Zutreffend ist freilich, dass mit längerem Prognosezeitraum die Prognoseunsicherheit steigt. Dieses Prognoserisiko allerdings wird mit den hier geforderten höheren Anforderungen an die Fortführungsprognose entschärft. Denn nach dem Konzept der nachhaltigen Entschuldung sind sowohl die Ertragsfähigkeit als auch die Schuldendeckungsfähigkeit – und damit die Bedienung der Verbindlichkeiten aus den Erträgen oder der Substanz gesichert. Gerade wenn gegen Ende des erweiterten Prognosezeitraums die Prognosesicherheit abnimmt, wird dies durch die hier geforderte Heilung der bilanziellen Überschuldung ausgeglichen.

### VII. Fazit

Die Frage nach der Feststellung der Fortführungsfähigkeit ist mit der Rückkehr zum zweistufigen Überschuldungstatbestand die maßgebliche Herausforderung des Insolvenzrechts. Die Fortführungsprognose jedenfalls ist die Grundlage dazu, fortführungsfähige Unternehmen vor einer Zerschlagung in der Insolvenz zu bewahren. Für die Gläubigerbefriedigung durch Tilgung aus der Wertschöpfung allerdings ist die Ertragsfähigkeit des Unternehmens die unerlässliche Voraussetzung. Dies ist bereits der Sachstand in der Praxis, schon allein zur Eindämmung der dargelegten Missbrauchsmöglichkeiten ist es angezeigt, dass die Rechtswissenschaft dem nachzieht und die Ertragsfähigkeit als Maßstab der Fortführungsprognose anerkennt. Desgleichen muss neben der Fortführungsprognose auch die Rolle des Überschuldungstatbestands fortgeschrieben

40 So wohl auch *Otto* aaO; mit gleicher Begründung, jedoch der Schlussfolgerung, dass die bilanzielle Überschuldung lediglich nicht zu vertiefen sei *Schröder* (Fn. 29), S. 41.

41 Vgl. oben Fn. 34.

42 Vgl. hierzu ausführlich *Wackerbarth*, NZI 2009, 145 (148 f).

43 Vgl. oben Fn. 5.

44 So auch *Wackerbarth*, NZI 2009, 145 (148 f).

45 IDW (Fn. 19), Rn. 11; *K. Schmidt* (Fn. 15), § 19 Rn. 49 m.w.N.

46 So auch *Wolf*, ZWH 2014, 94 (99).

47 OGH v. 09.05.2007 – 7 Ob 84/07i.

48 Vgl. *Wolf*, ZWH 2014, 94 (96) m.w.N.

49 *Schmerbach* (Fn. 12), § 19 Rn. 37 m.w.N.

werden, der zwar unerlässlich, als Auslöser des Überschuldungstatbestands doch gleichwohl ungeeignet ist.

Nach dem hier entwickelten Lösungsvorschlag löst die Überschuldung in der fortgeschriebenen Handelsbilanz grundsätzlich die Insolvenzantragspflicht aus, es sei denn, dem Unternehmen gelingt es, eine positive Ertragsfähigkeitsprognose beizubringen (siehe V.) Das Unternehmen muss sodann auf der Basis eines wettbewerbsfähigen Geschäftsmodells (IV. 3.) die Zahlungsfähigkeit, Ertragsfähigkeit und Schuldentragfähigkeit sicherstellen. Die nachhaltige Entschuldung des Unternehmens setzt mithin voraus, dass Überschüsse mindestens in Höhe der gegenwärtig und zukünftig zu leistenden Tilgung erwirtschaftet werden (VI. 1.). Kann die bilanzielle Überschuldung innerhalb des ausgeweiteten Prognosezeitraums (VI. 3.) geheilt werden, ist die Insolvenzantragspflicht nachhaltig abgewendet. An-

dernfalls ist ein Überschuldungsstatus zu erstellen, um die Schuldendeckungsfähigkeit aus der Substanz zu prüfen (VI. 2.).

Diese Anforderungen an die Fortführungsprognose sind freilich die bislang strengsten.<sup>50</sup> Dies wird Unternehmen, welche nach herrschender Ansicht nicht überschuldet sind oder zumindest auf Basis einer Zahlungsfähigkeitsprognose kurzfristig weiter wirtschaften könnten, in die Insolvenz treiben. Dies ist beabsichtigt. Denn ein nicht nachhaltig fortführungsfähiges Unternehmen sollte aus ökonomischen und Gründen des Gläubigerschutzes vom Markt genommen werden. Die Sanierung ist besser als die Insolvenz, aber ein frühes Insolvenzverfahren besser als ein (zu) spätes.

---

<sup>50</sup> Ähnlich nur *Wolf*, ZWH 2014, 94 (97); OLG Schleswig, NZG 2001, 273 (274) zu § 19 Abs. 2 InsO a.F.