

3. Leistungen während des Insolvenzverfahrens

Verbindlichkeiten, welche vom Insolvenzverwalter durch die Verwaltung der Insolvenzmasse begründet werden, sind **Masseverbindlichkeiten** (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO). Dies gilt selbstverständlich auch für Darlehen, die von einem Gesellschafter gewährt werden¹. 234

Wird ein **Insolvenzplan** vom Gericht bestätigt, kann der Schuldner im Rahmen dieses Plans weitere Kredite aufnehmen. Der Insolvenzplan kann vorsehen, dass diese Forderungen gegenüber denen der Insolvenzgläubiger vorrangig sind (§ 264 Abs. 1 Satz 1 InsO). Dies gilt jedoch nicht für Neukredite von Gesellschafterseite. Der Verweis des § 264 Abs. 3 InsO auf den § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO schließt die Möglichkeit einer vorrangigen Verbindlichkeit aus, soweit die Forderung nicht aus einem vom Insolvenzverwalter bereits aufgenommenen Darlehen stammt und der Gesellschafter dieses Darlehen sodann in der Überwachungsphase belässt² (zum Insolvenzplan vgl. ausführlich § 12). 235

IV. Dauer und Umfang der Eigenkapitalersatzbindung

Grundsätzlich ist der Gesellschafter zur **ordnungsgemäßen Finanzierung** der Gesellschaft verpflichtet³. Gewährt der Gesellschafter „seiner“ GmbH eine Leistung, trifft er damit stets eine Finanzierungsentscheidung. Der Gesellschafter kann jedoch im Regelfall frei entscheiden, ob er die Leistung als Gesellschafter (Eigenkapital) oder als „Dritter“ (Fremdkapital) erbringt. Soweit die Gesellschaft die Fremdfinanzierung tragen kann, wird die grundsätzliche Möglichkeit des Gesellschafters, sich für diese Finanzierungsart zu entscheiden, nicht durch das Gesetz begrenzt. 236

Erst Eintritt und Fortbestehen einer **wirtschaftlichen Schieflage** der Gesellschaft wird dazu führen, dass die Entscheidungsfreiheit des Gesellschafters über die Art der Bindung der von ihm zu diesem Zeitpunkt zugeführten Leistung aufgrund gesetzlicher Mindestschutzbestimmungen zugunsten gesellschaftsfremder Gläubiger beschnitten werden muss. Nach Eintritt der Gesellschaftskrise löst der Gesellschafter mit seiner Entscheidung über das „Finanzierungs-Ob“ einen gesetzlichen Automatismus aus, der seine Finanzierungsfolgenverantwortung während der Dauer der Krise und des Insolvenzverfahrens begründet.

1 Ganz h.M.: vgl. *Noack* in Kübler/Prütting, InsO, Sonderband 1: Gesellschaftsrecht, Rz. 208; a.A.: *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. 2000, §§ 32a, 32b Rz. 64.

2 Ganz h.M.: vgl. *Noack* in Kübler/Prütting, InsO, Sonderband 1: Gesellschaftsrecht, Rz. 218.

3 BGH v. 26. 3. 1984 – II ZR 171/83, BGHZ 90, 381 (389).

1. Beginn der Eigenkapitalersatzbindung

237 Nach den Eigenkapitalersatzregeln erfolgt die Umqualifizierung einer Gesellschafterleistung, die der Gesellschafter der Gesellschaft an sich als „Dritter“ gewährt, aufgrund einer **Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters nach Eintritt der Gesellschaftskrise**¹, also zu einem Zeitpunkt, zu dem ein ordentlicher Kaufmann der Gesellschaft frisches Eigenkapital zugeführt hätte (Legaldefinition in § 32a Abs. 1 GmbHG).

238 ☞ **Hinweis:**

Soweit ein zwingender Insolvenzeröffnungsgrund vorliegt (Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit) ist der Geschäftsführer verpflichtet, einen **Insolvenzantrag** innerhalb von drei Wochen zu stellen, wenn ein solcher Insolvenzgrund nicht innerhalb dieser Frist beseitigt werden kann (§ 64 Abs. 1 Satz 2 GmbHG).

a) Eintritt der Krise

239 Der vom Gesetzeswortlaut umschriebene Zeitpunkt des Kriseneintritts wurde von der Rechtsprechung weiter konkretisiert. Vor allem wurde festgestellt, dass eine Krise auf jeden Fall dann anzunehmen ist, wenn ein zwingender **Insolvenzgrund** (Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit) vorliegt² (vgl. § 1 Rz. 38 ff. und 72 ff.). Im Interesse des Gläubigerschutzes wird der Kriseneintritt indes bereits zu einem früheren Zeitpunkt – der so genannten **Kreditwürdigkeit** der Gesellschaft – bejaht³.

aa) Überschuldung

240 Die Überschuldung der Gesellschaft (hierzu ausführlich § 1 Rz. 72 ff.) ist nicht im Sinne eines im handelsbilanzrechtlichen Jahresabschluss ausgewiesenen, negativen Jahresergebnisses zu verstehen⁴. Insbesondere der aus einer Jahresbilanz hervorgehende, nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbetrag kann lediglich als Indiz für eine vorliegende **Überschuldung im Sinne des § 19 Abs. 2 InsO** dienen⁵.

(1) Überschuldungsbilanz

241 Die Überschuldungsbilanz ist nach dem Willen des Gesetzgebers anhand einer **zweistufigen Prüfung** zu erstellen. Dies weist zur früher herrschenden,

1 BGH v. 27. 9. 1976 – II ZR 162/75, BGHZ 67, 172 (175).

2 BGH v. 14. 6. 1993 – II ZR 252/92, ZIP 1993, 1072 (1073); BGH v. 28. 11. 1994 – II ZR 77/93, ZIP 1995, 23 (25); BGH v. 4. 12. 1995 – II ZR 281/94, ZIP 1996, 275 (277); BGH v. 11. 12. 1995 – II ZR 128/94, ZIP 1996, 273 (274).

3 BGH v. 24. 3. 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326 (330 f.).

4 *Drukarczyk/Schüler* in Münchener Kommentar zur InsO, 1. Band, 2001, § 19, Rz. 87.

5 BGH v. 8. 1. 2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 (268); BGH v. 2. 4. 2001 – II ZR 261/99, NZG 2001, 562 (Leitsätze).

modifizierten zweistufigen Prüfung¹ einen entscheidenden Unterschied auf: Bis zum In-Kraft-Treten der InsO nahm die Rechtsprechung eine Überschuldung nur dann an, wenn sowohl eine rechnerische Überschuldung (Fremdverbindlichkeiten höher als Aktiva) unter Zugrundelegung von Liquidationswerten für die Bewertung der Aktiva als auch eine negative Fortführungsprognose für das Unternehmen vorlagen. Daher konnte eine positive Fortführungsprognose die rechnerische Überschuldung des Unternehmens ausgleichen. Gemäß § 19 Abs. 2 InsO kann dagegen allein das Vorliegen einer positiven Fortführungsprognose die Überschuldung der Gesellschaft nicht mehr ausschließen.

Vielmehr findet eine **differenzierte Prüfung des Überschuldungstatbestandes** 242 statt. Zunächst ist eine Bilanz unter Zugrundelegung von Liquidationswerten für die gesamten Aktiva zu erstellen. Dabei sind Aktiva als sämtliche Gegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens², soweit keine Ab- oder Aussonderungsrechte für diese Gegenstände bestehen³, zu verstehen. Passiva sind alle ausstehenden Forderungen, welche im Insolvenzfall zu Insolvenz- oder Masseforderungen werden⁴. Ergibt diese Prüfung bereits keine rechnerische Überschuldung, ist eine Überschuldung im Sinne von § 19 Abs. 2 InsO ausgeschlossen. Ergibt diese erste Prüfung jedoch eine Überschuldung, muss eine Fortführungsprognose erweisen, ob eine Bilanz anhand von *going-concern*-Werten aufgestellt werden darf. Fällt die Prognose negativ aus, ist eine Überschuldung der Gesellschaft bereits aufgrund der unter Ansatz von Liquidationswerten festgestellten Überschuldungsbilanz bestätigt. Fällt die Fortführungsprognose positiv aus, kann eine zweite Überschuldungsbilanz anhand von *going-concern*-Werten aufgestellt werden. Aktiva sind dabei unter Auflösung sämtlicher stiller Reserven und Lasten der Bilanzwerte anzugeben. Ergibt auch diese Bilanz eine rechnerische Überschuldung, liegt eine Überschuldung im Sinne des § 19 Abs. 2 InsO vor⁵. Der Ablauf einer solchen Prüfung kann wie folgt graphisch dargestellt werden:

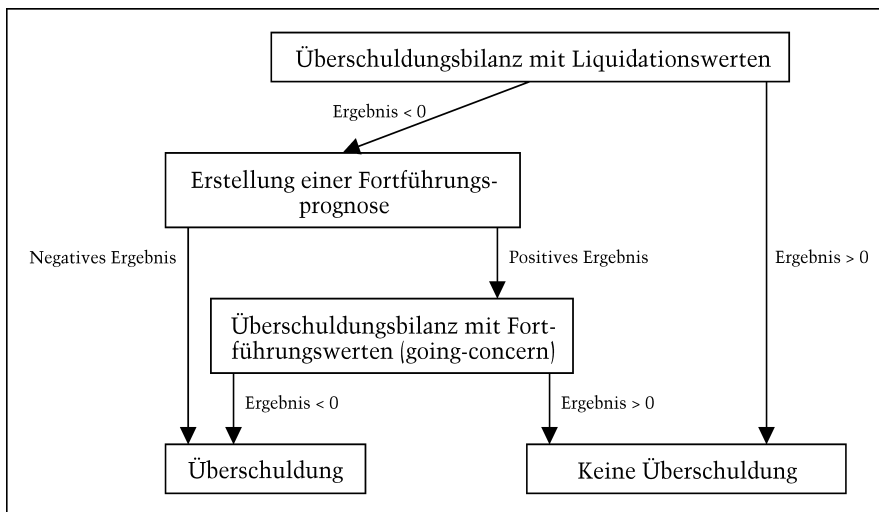
1 Statt aller: BGH v. 13. 7. 1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119, 201 (215 ff.); OLG Stuttgart v. 13. 3. 2002 – 20 U 67/01, GmbHR 2002, 1072 (1074) – rechtskräftig.

2 Pape in Kübler/Prütting, InsO, Loseblattsammlung Stand: 10/2003, § 19 Rz. 10.

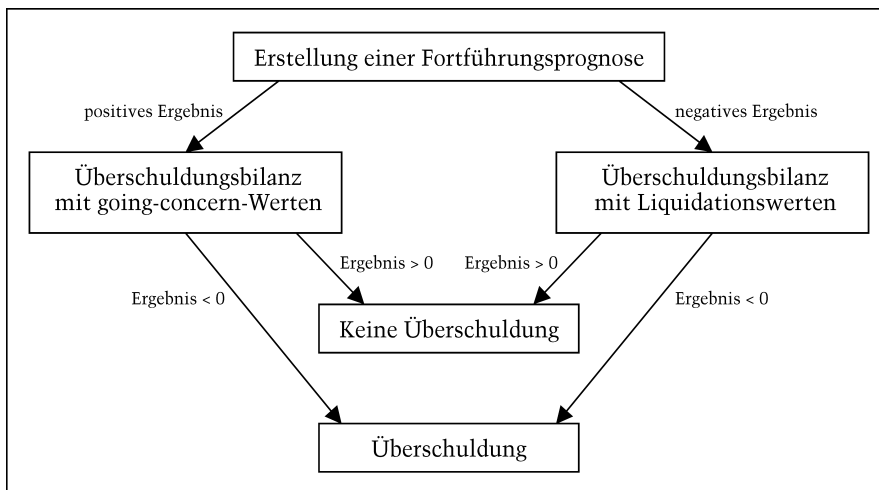
3 Drukarczyk/Schüler in Münchener Kommentar zur InsO, § 19 Rz. 90.

4 Pape in Kübler/Prütting, InsO, Loseblattsammlung Stand: 10/2003, § 19 Rz. 13.

5 Bork, ZIP 2000, 1709 (1711); wohl auch Uhlenbruck in Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, 3. Aufl. 2003, Rz. 875 ff.



243 **Alternativ**¹ kann eine Fortführungsprognose zuerst durchgeführt werden, um sodann eine Überschuldungsbilanz nach dem jeweiligen Ergebnis aufzustellen²:



¹ M.E. bestehen keine zwingenden Gründe für eine bestimmte Prüfungsreihenfolge. Die Erstellung einer Fortführungsprognose durch ein externes Unternehmen ist kostenintensiv, so dass eine erste Bilanzierung anhand der Liquidationswerte vor Einschaltung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sinnvoll wäre. Allerdings ist bei Gesellschaften, die eine Überschuldung bereits vermuten, regelmäßig anzunehmen, dass die Erstellung einer Fortführungsprognose ohnehin notwendig sein wird. Auch für die Feststellung der Liquidationswerte kann die Unterstützung eines externen Beraters bereits notwendig sein.

² Drukarczyk/Schüler in Münchener Kommentar zur InsO, 1. Band, 2001, § 19 Rz. 44 ff.

Unabhängig von der Prüfungsreihenfolge kommt der **Fortführungsprognose** 244 nach wie vor eine entscheidende Rolle im Rahmen der Überschuldungsprüfung zu, obwohl ihre Bedeutung gegenüber der früheren Rechtslage verringert wurde. Steht eine Überschuldung anhand der Liquidationswerte bereits fest, wird das Unternehmen nur dann eine Möglichkeit zum Fortbestand haben, wenn eine Fortführungsprognose ergibt, dass das Unternehmen überlebensfähig ist und die Aktiva deshalb mit *going-concern* Werten in der Überschuldungsbilanz zu beziffern sind. Daher sollte die Unternehmensleitung eine **sorgfältig dokumentierte Fortführungsprognose** vorlegen können, um die eigene Haftung auszuschließen, sollte in der Folgezeit ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet werden.

Nach heute überwiegend herrschender Meinung¹ erfolgt die Fortführungsprognose im Anschluss an die Empfehlungen des FAR/IDW² in **drei Schritten**. Zuerst ist ein aussagekräftiges Unternehmenskonzept mit einem unter Berücksichtigung von finanzwirtschaftlichen Faktoren aufgestellten Sanierungskonzept zu erstellen, das auch einen plausiblen Soll-Verlauf beinhaltet³. Die Prognose soll mindestens zwölf, jedoch nicht mehr als 24 Monate berücksichtigen⁴. Danach muss ein Finanzplan für den gleichen Zeitraum entwickelt werden, anhand dessen die Realisierbarkeit der Maßnahmen überprüft werden kann⁵. Wenn der Finanzplan den Soll-Verlauf abdeckt, kann eine positive Fortführungsprognose für das Unternehmen festgestellt werden⁶. Eine finanzielle Unterdeckung des im ersten Teil der Prüfung verbal geäußerten Soll-Verlaufs durch den bezifferten Finanzplanverlauf zwingt andererseits zur negativen Fortführungsprognose⁷. Insofern ist die Fortführungsprognose der Zahlungsfähigkeitsprognose ähnlich⁸: Mit ihr wird gemessen, ob die mittelfristige Liquidität der Gesellschaft zur Weiterführung der Geschäfte ausreichend ist⁹.

☉ Hinweis für den beratenden Rechtsanwalt:

245

Die bloße Hoffnung oder vage Aussichten der Geschäftsleitung reichen nicht aus, um eine **positive Fortführungsprognose** zu begründen¹⁰. Die Ausführungen zu diesem Punkt müssen vielmehr objektiv und für sachverständige Dritte nachvollziehbar und nachprüfbar sein. Nachvollziehbar und nachprüfbar sind sowohl die Überschuldungsbilanz als auch die Fortbestehensprognose, wenn sie inhaltlich geordnet mit rechnerischen Nachweisen einem Dritten in schriftlicher Form zur Verfügung gestellt

1 Bork, ZIP 2000, 1709 (1711) m.w.N.

2 FAR/IDW, WPg 1997, 22 (23 f.).

3 Bork, ZIP 2000, 1709 (1711).

4 Drukarczyk/Schüler in Münchener Kommentar zur InsO, 1. Band, 2001, § 19 Rz. 56; FAR/IDW, WPg 1997, 22 (24).

5 Bork, ZIP 2000, 1709 (1711).

6 Bork, ZIP 2000, 1709 (1711).

7 FAR/IDW, WPg 1997, 22 (24).

8 Drukarczyk/Schüler in Münchener Kommentar zur InsO, 1. Band, 2001, § 19 Rz. 53.

9 Pape in Kübler/Prütting, InsO, Loseblattsammlung Stand: 10/2003, § 19 Rz. 18.

10 Pape in Kübler/Prütting, InsO, Loseblattsammlung Stand: 10/2003, § 19 Rz. 16.

werden könnten¹. Ist die Unternehmensführung aufgrund einer negativ ausfallenden Überschuldungsbilanz mit Liquidationswerten zur Erstellung einer Fortführungsprognose verpflichtet, empfiehlt sich aufgrund dieser Erfordernisse eine sorgfältige Dokumentation der Erstellung und der Plausibilität dieses Planes. Auch hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast in Haftungsfällen ist eine solche Dokumentation – wie bei Sanierungskonzepten – erforderlich und geboten (vgl. Rz. 81).

246 **Indizien** für eine positive Fortführungsprognose sind:

- ▷ Beteiligung der Gläubiger an Sanierungskonzepten²;
- ▷ Bereitschaft der Gläubiger, Zahlungsverzögerungen hinzunehmen bzw. neue Kredite zur Verfügung zu stellen³;
- ▷ Bereitschaft der Gesellschafter zur Beteiligung an einer Sanierung, insbesondere ihre Bereitschaft zur Hingabe neuer Finanzmittel⁴;
- ▷ günstige Produktionsverhältnisse (z.B. Attraktivität des Produkts, Produktionskosten)⁵;
- ▷ Zunahme von Neubestellungen⁶;
- ▷ steigende Umsätze⁷.

247 **➡ Hinweis:**

Solchen Indizien kommt eine besondere Bedeutung zu, wenn Gerichte die Beurteilung der Fortbestehensprognose selbst herleiten. Oftmals wird das Ergebnis dieser Prognose allein auf diesen Tatsachen basieren⁸.

(2) Passivierungspflicht für eigenkapitalersetzende Leistungen

248 Bei der Aufstellung der Überschuldungsbilanz spielt die Frage nach den zu passivierenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft eine besondere Rolle. Insbesondere die Frage der **Passivierungspflicht für eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen**, die in der Krise der Gesellschaft ohnehin verstrickt sind, kann bei einer Überschuldungsbilanz ausschlaggebend sein. Unter der KO war diese Frage umstritten, und auch die InsO enthält keine ausdrückliche Regelung.

1 FAR/IDW, WPg 1997, 22 (25).

2 BGH v. 15. 6. 1998 – II ZR 17/97, ZIP 1998, 1352 (1353).

3 BGH v. 13. 7. 1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119, 201 (215); OLG Hamburg v. 25. 5. 1990 – 11 U 77/90, ZIP 1990, 1262 (1263).

4 Bork, ZIP 2000, 1709 (1711).

5 BGH v. 13. 7. 1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119, 201 (215).

6 Bork, ZIP 2000, 1709 (1711); negative Bewertung von Auftragsentzug: BGH v. 20. 3. 1995 – II ZR 205/94, BGHZ 129, 136 (155 f.).

7 OLG Düsseldorf v. 10. 3. 1995 – 17 U 130/94, WM 1995, 1024 (1026).

8 Bork, ZIP 2000, 1709 (1713).

Mit seiner Entscheidung vom 8. 1. 2001 hat der **BGH** für das alte Recht klargestellt, dass eigenkapitalersetzende Darlehen **grundsätzlich** im Rahmen einer Überschuldungsbilanz zu **passivieren** sind¹. Die Grundsätze dieses Urteils haben indes auch unter der InsO weiterhin Gültigkeit.

Diese klarstellende und hinsichtlich der grundsätzlichen Passivierungspflicht zu begrüßende Entscheidung sieht indes eine **Ausnahme** vor: Vereinbaren Gesellschaft und Gesellschafter einen **qualifizierten Rangrücktritt** für die Forderung, muss die Gesellschaft bei der Aufstellung einer Überschuldungsbilanz die Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter nicht passivieren².

Diese Ausnahme kann jedoch nur dann eingreifen, wenn der Gesellschafter seinen Anspruch gegen die Gesellschaft ausdrücklich für die Dauer der Krise **wie Eigenkapital behandeln** lässt (qualifizierter Rangrücktritt). Das ist zu unterscheiden vom „normalen“ Rangrücktritt, der der Forderung lediglich einen Nachrang im Insolvenzverfahren gemäß § 39 Abs. 2 InsO einräumt. Beim qualifizierten Rangrücktritt muss sich der Gesellschafter verpflichten, seinen Anspruch erst gleichzeitig mit den Einlagenrückgewähransprüchen der übrigen Gesellschafter geltend zu machen³. Um dies zu gewährleisten, müssen Gesellschafter und Gesellschaft vereinbaren, dass der Gesellschafter mit seiner Forderung nicht am Insolvenzverfahren teilnehmen wird, da die Forderung nicht einmal nachrangig im Sinne von § 39 Abs. 2 InsO sein darf⁴. Vielmehr wird der Anspruch frühestens im Rahmen der Schlussverteilung vom Insolvenzverwalter befriedigt, soweit die hierzu erforderlichen Mittel nach vollständiger Befriedigung aller anderen Gläubiger noch vorhanden sind (§ 199 Satz 2 InsO)⁵. Zur Verhinderung der Passivierung ist ein vollständiger Forderungsverzicht allerdings nicht notwendig⁶.

☛ Hinweis für den beratenden Rechtsanwalt:

249

Die Rangrücktrittserklärung muss insbesondere die Behandlung der Leistung als Eigenkapital als auch die Nichtteilnahme mit einer solchen Forderung am etwaigen Insolvenzverfahren berücksichtigen. Der Rücktritt hinter sämtliche Gläubiger ist dabei selbstverständlich (vgl. **Mustervereinbarung 2**, Rz. 329). Zur Vermeidung einer Überschuldung können auch für die Forderungen gesellschaftsfremder Dritter entsprechende Rangrücktritte vereinbart werden.

Auch die **Gesellschaftersicherheit für einen Drittkredit** hat eigenkapitalersetzenden Charakter. Zur Vermeidung einer Überschuldung durch einen Rang-

250

1 BGH v. 8. 1. 2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 (272 f.).

2 BGH v. 8. 1. 2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 (271).

3 BGH v. 8. 1. 2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 (271).

4 OLG Dresden v. 25. 2. 2002 – 13 W 2009/01, EWiR 2002, 489 (*Steinecke*) – rechtskräftig.

5 *Bormann, GmbH* 2001, 689 (690); *Bauer, ZInsO* 2001, 486 (491); *Hommelhoff/Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, Rz. 31c.

6 BGH v. 8. 1. 2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 (271).

rücktritt für Forderungen aus dieser Leistung müssen mehrere Erfordernisse erfüllt werden. Die Forderung des Dritten gegen die Gesellschaft muss passiviert werden, soweit dieser nicht bereit ist, einen Rangrücktritt in der o.g. Form mit der Gesellschaft zu vereinbaren. Da dies eher unwahrscheinlich ist, kann dieser Passivposten lediglich durch die Zufuhr eines entsprechenden Aktivpostens „ausgewogen“ werden. Soweit die Gesellschaftersicherheit eigenkapitalersetzend ist, ist der Gesellschafter im Innenverhältnis zur Freistellung der Gesellschaft von einer Inanspruchnahme durch den Dritten verpflichtet. Allerdings erlangt der Gesellschafter hierfür einen Rückgriffsanspruch gegen die Gesellschaft. Dieser Anspruch der Gesellschaft kann deswegen im Rahmen einer Überschuldungsbilanz nicht ohne weiteres aktiviert werden.

Vielmehr müssen auch in dieser Fallgestaltung die **Erfordernisse des Rangrücktritts** für einen eigenkapitalersetzenden Gesellschafterkredit erfüllt werden. Daher muss der Gesellschafter die Gesellschaft mit sofortiger Wirkung von den Ansprüchen des Drittkreditgebers freistellen¹. Zudem ist es erforderlich, dass der dadurch entstehende Ausgleichsanspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft wie Eigenkapital behandelt wird² (vgl. **Mustervereinbarung 3**, Rz. 330). Erst bei Einhaltung dieser Grundsätze kann eine Überschuldung der Gesellschaft durch Aktivierung des Ausgleichsanspruchs möglicherweise vermieden werden.

bb) Zahlungsunfähigkeit

- 251 Wird die Gesellschaft im Sinne des § 17 InsO zahlungsunfähig (vgl. hierzu ausführlich § 1 Rz. 38 ff.), tritt ebenfalls eine Krise im Sinne der Novellen- und Rechtsprechungsregeln ein. Die Zahlungsfähigkeit wird durch eine **Gegenüberstellung** der fälligen, durchsetzbaren Verbindlichkeiten und der zur Verfügung stehenden, liquiden Mittel der Gesellschaft ermittelt³. Zu den fälligen Verbindlichkeiten können insbesondere ausstehende Kredite, Zahlungspflichten aus Dauerschuldverhältnissen und Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen gehören. Bei den liquiden Mitteln sind die Kredite⁴, die im fraglichen Zeitraum noch ausgeschöpft werden können, sowie Kassen- und Kontobestände zu berücksichtigen.
- 252 Ob **eigenkapitalersetzende Darlehen** ohne qualifizierten Rangrücktritt bei der Bemessung einer etwaigen Zahlungsunfähigkeit als fällige Verbindlichkeit der Gesellschaft verbucht werden müssen, ist von der Rechtsprechung bislang nicht geklärt worden. Im Schrifttum wird überwiegend vertreten, dass eigenkapitalersetzende Darlehen oder die Forderungen aus sonstigen eigenkapital-

1 K. Schmidt, ZIP 1999, 1821 (1825).

2 Für den Rangrücktritt bei einem Gesellschafterdarlehen vgl. BGH v. 8. 1. 2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 (271).

3 Axhausen in Müller/Hense, Handbuch der GmbH, 3. Aufl. 2002, § 15 Rz. 7.

4 H.M.: Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2002, § 17 Rz. 6.

ersetzenden Leistungen nicht als fällige Verbindlichkeiten bei einer Zahlungsunfähigkeitsprüfung berücksichtigt werden müssen¹. Im Gegensatz zu einer Überschuldungs- oder Vorbelastungsbilanz² bezweckt die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit *de lege lata* eine kurzfristige Überprüfung der Liquidität der Gesellschaft (vgl. Rz. 257). Dies beurteilt sich unabhängig von einer etwaigen lang- oder mittelfristigen Illiquidität (im Rahmen einer Überschuldungsprüfung, z.B. bei der Fortführungsprognose). Insofern wäre es systematisch falsch, diese Verbindlichkeiten zur Beurteilung der kurzfristigen Liquidität der Gesellschaft heranzuziehen. Ist die Gesellschaft zudem überschuldet, da z.B. qualifizierte Rangrücktritte nicht bestehen, besteht ohnehin eine Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers. In der Praxis wird die Liquidität der Gesellschaft regelmäßig auch nicht durch eine Verbindlichkeit aus eigenkapitalersetzender Gesellschafterleistung beeinflusst. Vielmehr wird eine etwa anstehende Rückzahlung **gestundet**, so dass sie nicht als fällige Verbindlichkeit in den Liquiditätsstatus einzustellen ist.

☞ **Hinweis für den beratenden Rechtsanwalt:** 253

Wird für die Gesellschafterleistung ohnehin ein Rangrücktritt vereinbart, sollte sich dieser auch auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit bzw. der drohenden Zahlungsunfähigkeit erstrecken, um der noch bestehenden rechtlichen Unsicherheit vorzubeugen, da diese Fallgestaltung noch nicht höchstrichterlich entschieden worden ist.

Forderungen aus Verlustausgleichsverträgen können nur dann liquide Mittel darstellen, soweit die aus diesen Verträgen versprochenen Zahlungen kurzfristig von der Muttergesellschaft zur Verfügung gestellt werden³. 254

Bei den fälligen Verbindlichkeiten können **gestundete Forderungen** Dritter nur insoweit unberücksichtigt bleiben, als die Stundungen tatsächlich für den gesamten Zeitraum bestehen⁴.

Gemäß § 17 Abs. 2 InsO ist eine Gesellschaft zahlungsunfähig (und somit insolvenzreif), wenn sie *„nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.“* Obwohl der Wortlaut das Argument unterstützt, dass die Unfähigkeit, auch eine einzige Zahlungspflicht zu erfüllen, zur Zahlungsunfähigkeit führen muss⁵, war für den Gesetzgeber selbstverständlich, dass **geringfügige Liquiditätslücken** bei einer solchen Beurteilung außer Betracht bleiben⁶ (vgl. 255

1 Uhlenbruck in Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2002, § 17 Rz. 7 m.w.N.; a.A.: Roth/Altmeppen, GmbHG, 4. Aufl. 2000, § 63 Rz. 7.

2 BGH v. 6. 12. 1993 – II ZR 102/93, BGHZ 124, 282 (284 ff.).

3 BGH v. 19. 9. 1988 – II ZR 255/87, BGHZ 105, 168 (182 ff.).

4 Pape in Kübler/Prütting, InsO, Loseblattsammlung Stand: 10/2003, § 17 Rz. 6

5 Pape in Kübler/Prütting, InsO, Loseblattsammlung Stand: 10/2003, § 17 Rz. 16; Eilenberger in Münchener Kommentar zur InsO, 1. Band, 2001, § 17 Rz. 29.

6 AG Köln v. 9. 6. 1999 – 73 IN 16/99, ZIP 1999, 1889 (1891); Eilenberger in Münchener Kommentar zur InsO, 1. Band, 2001, § 17 Rz. 15.

zum Überbrückungskredit Rz. 126). Im Einklang damit erscheint die Entscheidung des AG Köln, nach der eine geringfügige Liquiditätslücke nicht mehr als 5% der fälligen Zahlungsverpflichtungen in einem Zeitraum von höchstens 2 Wochen umfassen darf¹. Zudem hat das LG Hamburg bereits entschieden, dass Zahlungsunfähigkeit dann vorliegt, wenn ein nicht völlig unwesentlicher Teil der Verbindlichkeiten nicht beglichen werden kann². Dieser Grundsatz wird im Urteil nicht konkretisiert; das Gericht weist lediglich darauf hin, dass „wochenlange Illiquiditäten“ keine Zahlungsstockungen darstellen können³.

- 256 Anhand der vom AG Köln entwickelten Kriterien kann folgende **Formel**⁴ zur Bemessung der Liquiditätslage der Gesellschaft für den relevanten Zeitraum aufgestellt werden:

$$\frac{\sum_{1a} + \sum_{2a}}{\sum_{1p} + \sum_{2p}} \cdot 100 = \text{Liquiditätskennzahl (LKZ) in \%}$$

1a = Liquide Mittel zum Zeitpunkt der Prüfung

2a = Liquide Mittel der Gesellschaft, die innerhalb von zwei Wochen mit hinreichender Sicherheit zur Verfügung stehen werden

1p = Fällige Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der Prüfung

2p = Verbindlichkeiten, die innerhalb von zwei Wochen mit hinreichender Sicherheit fällig und durchsetzbar sein werden.

Diese Berechnung ergibt eine so genannte Liquiditätskennzahl (LKZ)⁵, welche nach den Kriterien des AG Köln mindestens 95% betragen muss, um die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ablehnen zu können.

Beispiel:

Der Geschäftsführer der X-GmbH (einer Vertriebsgesellschaft ohne Anlagevermögen) mit einem Stammkapital in Höhe von nominell 25 000 Euro stellt am 1. 1. 2003 fest, dass gegen die Gesellschaft fällige Verbindlichkeiten aus 1) Lieferungen und Leistungen in Höhe von 200 000 Euro und 2) Dauerschuldverhältnissen in Höhe von 25 000 Euro bestehen. Demgegenüber weist ein Geschäftskonto der Gesellschaft ein Guthaben in Höhe von 30 000 Euro auf und ein Kontokorrentkonto (nicht fällig) einen Negativsaldo in Höhe von 30 000 Euro, wobei der Gesellschaft ein Kontokorrentkredit bis zu 50 000 Euro eingeräumt wird. Bis zum 15. 1. 2003 fallen weitere 50 000 Euro in Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen an, wobei zwei Großkunden der Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft in Höhe von 150 000 Euro

1 AG Köln v. 9. 6. 1999 – 73 IN 16/99, ZIP 1999, 1889 (1891).

2 LG Hamburg v. 16. 3. 2001 – 303 O 310/00, ZIP 2001, 711 (712).

3 LG Hamburg v. 16. 3. 2001 – 303 O 310/00, ZIP 2001, 711 (712).

4 Nach *Eilenberger* in Münchener Kommentar zur InsO, 1. Band, 2001, § 17 Rz. 29, der allerdings dieser Berechnung einen Zeitraum von **21 Tagen** zugrunde legt; a.A.: *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck, InsO*, 12. Aufl. 2002, § 17 Rz. 17, der aufgrund des Gesetzeswortlauts einen Zeitraum von **einer Woche** für maßgebend hält.

5 *Eilenberger* in Münchener Kommentar zur InsO, 1. Band, 2001, § 17 Rz. 29.

bzw. 100 000 Euro beglichen werden. Die Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva ergibt eine LKZ von 109%; die Gesellschaft ist also eindeutig zahlungsfähig.

Abwandlung 1:

Einer Bank steht zudem eine Darlehensforderung in Höhe von 500 000 Euro gegen die Gesellschaft zu. Sie wird jedoch erst zum 1. 3. 2003 fällig. In einem solchen Fall ist die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Zahlungsfähigkeitsprüfung (1. 1. 2003) noch zahlungsfähig. Allerdings wird in einem solchen Fall eine Überschuldung wohl anzunehmen sein. Die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft würde nach den Richtwerten des AG Köln erst ab dem 15. 2. 2003 eintreten.

Abwandlung 2¹:

Einer der Großkunden der Gesellschaft (Forderung: 150 000 Euro) kündigt diese an, dass er sich in einem Liquiditätsengpass befinde und die Forderung erst in ca. 6 Wochen – aber dann mit Sicherheit – werde beglichen können. Vorliegend weist die GmbH eine LKZ von 54,5% auf und ist somit zahlungsunfähig. Der Geschäftsführer wäre verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen.

Insbesondere anhand der zweiten Abwandlung sind die **Schwächen der Regelung** des § 17 InsO erkennbar. Ein solches Unternehmen ist – zumindest zu dem Zeitpunkt – nicht insolvenzreif, und die Stellung eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kann zu einem anderenfalls vermutlich vermeidbaren Zusammenbruch des Geschäftsbetriebs führen, insbesondere aufgrund der zu erwartenden Kündigung des Kreditengagements durch die Banken. Daher wird zu Recht Kritik an der Entscheidung des Gesetzgebers, die Regelung der Zahlungsunfähigkeit strenger als nach der bis dahin geltenden Rechtsprechung zu gestalten, geübt². 257

Allerdings ist die **Hoffnung auf Abhilfe** durch eine Entscheidung des BGH für weiter gehende Kriterien wohl unbegründet³. Der Wille des historischen Gesetzgebers ist in den Begründungen zur Entstehung dieses Gesetzes zu eindeutig zum Ausdruck gekommen, um sich nach dem Wortlaut des § 17 InsO noch vorhandene Spielräume, soweit überhaupt vorhanden, zur Lockerung der Kriterien zu bedienen. Auch Einwände gegen die Verfassungsmäßigkeit⁴ haben keine Aussicht auf Erfolg. Die Entscheidung des AG Köln ist somit in der Anwendung des geltenden Rechts richtig. Indes ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber die betriebswirtschaftliche Unsinnigkeit dieser Regelung noch erkennt und den Zahlungsunfähigkeitsbegriff *de lege ferenda* mit den längst bestehenden Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁵, welche die Dauerhaftigkeit (über Wochen oder gar Monate) und die Wesentlichkeit (25%) der Zahlungsunfähigkeit berücksichtigen, ergänzt.

1 Nach *Himmelsbach/Thonfeld*, NZI 2001, 11 (13 f.).

2 *Penzlin*, NZG 1999, 1203 (1208); *Himmelsbach/Thonfeld*, NZI 2001, 11 (15).

3 *Penzlin*, NZG 1999, 1203 (1208).

4 *Himmelsbach/Thonfeld*, NZI 2001, 11 (15).

5 BGH v. 15. 11. 1990 – IX ZR 92/90, WM 1991, 150 (151); BGH v. 1. 3. 1984 – IX ZR 34/83, WM 1984, 1309 (1310).

Für die handelnden Organe bleibt häufig nur die Entscheidung des geringeren Übels: Die Gretchenfrage, ob man – insolvenz- und gesellschaftsrechtlich geboten – Insolvenzantrag stellt oder den Gesetzesverstoß in Erwartung der (zeitnahen) Überwindung der Krise billigend in Kauf nimmt, wird im konkreten Fall nicht immer einfach zu beantworten sein. Für den rechtsanwaltlichen Berater des Managements gilt es, die Risiken eines Verstoßes gegen die insolvenz- und gesellschaftsrechtliche Gebote klar aufzuzeigen.

258 ☞ **Hinweis:**

Die Zahlungsunfähigkeit ist gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO zu vermuten, wenn die Gesellschaft ihre Zahlungen tatsächlich eingestellt hat. Eine Einstellung liegt dann vor, wenn die Gesellschaft nicht in der Lage ist, ihre fälligen Verbindlichkeiten weiterhin zu erfüllen und diese Tatsache für die beteiligten Verkehrskreise erkennbar ist, insbesondere wenn die Gesellschaft die Einstellung gegenüber ihren Gläubigern erklärt¹.

cc) Kreditwürdigkeit

259 Die Rechtsprechung hat den Eintritt der Krise auf den Zeitpunkt der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft vorverlegt, um den mit den Rechtsprechungs- und Novellenregeln bezweckten **Gläubigerschutz** besser zu gewährleisten. Die Haftung der Gesellschafterleistungen als Eigenkapitalersatz sei nicht erst (aber insbesondere) dann geboten, wenn ein Insolvenzgrund besteht, sondern bereits zu dem regelmäßig vorgelagerten Zeitpunkt, wenn die Gesellschaft Dritten gegenüber nicht mehr kreditwürdig ist². Zu diesem Zeitpunkt kann die Gesellschaft den für die Weiterführung des Betriebs notwendigen Kreditbedarf nicht mehr von dritter Seite decken und bedarf der Hilfe eines Gesellschafters, um eine aus kapitalersatzrechtlicher Sicht gebotene Liquidation abzuwenden³.

260 ☞ **Hinweis:**

Bei eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassungen müssen besondere Umstände vorliegen. Die Gesellschaft muss in solchen Fällen überlassungsunwürdig sein (vgl. Rz. 156).

261 Diese Bestimmung des Kriseneintritts wird unabhängig von der **Insolvenzreife** der Gesellschaft vorgenommen, da die Kreditwürdigkeit eine Vorverlegung

1 BGH v. 10. 1. 1985 – IX ZR 4/84, NJW 1985, 1785 (1786); *Axhausen* in Müller/Hense, Handbuch der GmbH, 3. Aufl. 2002, § 15 Rz. 9.

2 BGH v. 24. 3. 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326 (330 f.); BGH v. 13. 7. 1981 – II ZR 256/79, BGHZ 81, 252 (255); BGH v. 21. 9. 1981 – II ZR 104/80, BGHZ 81, 311 (317 f.); BGH v. 13. 7. 1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119, 201 (206); BGH v. 2. 6. 1997 – II ZR 211/95, ZIP 1997, 1648 (1650); BGH v. 12. 7. 1999 – II ZR 87/98, ZIP 1999, 1524 (1526).

3 BGH v. 4. 12. 1995 – II ZR 281/94, ZIP 1996, 275 (276); BGH v. 24. 3. 1980 – II ZR 213/77, BGHZ 76, 326 (330 f.).

des Krisenzeitpunkts darstellt. Insofern spielen die hinsichtlich der Insolvenzreife entscheidenden Faktoren, insbesondere die Fortführungsprognose¹, keine Rolle in diesem Zusammenhang.

Maßgeblich bei der Beurteilung der Kreditwürdigkeit ist vielmehr die Bestimmung, ob ein an der Gesellschaft nicht beteiligter Dritter zum **Zeitpunkt der Leistungsgewährung** bereit wäre, der Gesellschaft einen Kredit zu marktüblichen Bedingungen zu gewähren. Bei dieser Bestimmung müssen alle Umstände des Einzelfalls in einer objektiven Abwägung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens berücksichtigt werden². 262

Indizien für die Kreditwürdigkeit sind: 263

- ▷ Fehlen von Gegenständen des Anlagevermögens, die sich als Kreditsicherheit eignen würden³ bzw. vollständige Besicherung des vorhandenen Vermögens;
- ▷ der erklärte Rangrücktritt für den Gesellschafteranspruch auf Rückforderung der gewährten Leistung;
- ▷ Fehlen von weiteren Kreditlinien⁴;
- ▷ der weitgehende Verlust des Stammkapitals⁵;
- ▷ eine ungünstige Ertragslage der Gesellschaft im Verhältnis zu den Kosten⁶;
- ▷ fehlende stille Reserven⁷;
- ▷ die Besicherung des Kredits durch einen Gesellschafter⁸;
- ▷ Nichtbegleichung von Lohn-, Steuer- und/oder Sozialabgaben⁹;
- ▷ Gewährung eines Kredits mit ungewöhnlich hohen Zinsen¹⁰;
- ▷ fehlendes Vertrauen Dritter in die Geschäftsführung¹¹;
- ▷ das Verlangen der Bank nach weiteren Sicherheiten für eine bereits bestehende Kreditlinie¹².

Im **Umkehrschluss** ist anzunehmen, dass die Gesellschaft noch Kreditwürdigkeit besitzt, soweit Objekte im Anlagevermögen bestehen, die ein vernünfti-

1 BGH v. 2. 12. 1996 – II ZR 243/95, GmbHR 1997, 501 (503); *Hommelhoff/Goette/Kleindiek*, Eigenkapitalersatzrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, Rz. 33.

2 BGH v. 13. 7. 1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119, 201 (207 f.).

3 BGH v. 18. 11. 1991 – II ZR 258/90, ZIP 1992, 177 (178).

4 BGH v. 13. 7. 1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119, 201 (206).

5 BGH v. 6. 2. 1995 – II ZR 41/94, ZIP 1995, 646 (647).

6 *Heidinger* in Michalski, Kommentar zum GmbHG, 2002, §§ 32a, 32b Rz. 50.

7 BGH v. 11. 12. 1995 – II ZR 128/94, ZIP 1996, 273 (274).

8 BGH v. 28. 9. 1987 – II ZR 228/87, NJW 1988, 824 (824).

9 BGH v. 4. 12. 1995 – II ZR 281/94, ZIP 1996, 275 (276).

10 *Jung* in Müller/Hense, Handbuch der GmbH, 3. Aufl. 2002, § 8 Rz. 221.

11 BGH v. 13. 7. 1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119, 201 (207).

12 BGH v. 11. 12. 1995 – II ZR 128/94, ZIP 1996, 273 (274).

ger Kreditgeber als Sicherheit für einen Kredit annehmen würde. Kann die Gesellschaft den vom Gesellschafter gewährten Kredit hinreichend absichern, liegt keine Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft vor, und das Darlehen ist – soweit kein Insolvenzgrund vorliegt – nicht eigenkapitalersetzend. Entsprechendes gilt für die Verfügbarkeit über eine weitere Kreditlinie.

264 Auch die **Verlustübernahme** durch eine zahlungsfähige Muttergesellschaft wird die Kreditunwürdigkeit im Regelfall ausschließen¹.

265 ☞ **Hinweis für den Insolvenzverwalter:**

Aus den Forderungsanmeldungen und den Kontobelegen des Schuldners lassen sich Zahlungsströme leichter erkennen. Aus dieser Aufstellung können wichtige Informationen zur Bestimmung des Zeitpunkts einer Kreditunwürdigkeit oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gewonnen werden.

b) Begründung der Finanzierungsfolgenverantwortung

266 Die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters hängt auch mit der **Krise der Gesellschaft** zusammen. Der Eintritt der Krise zwingt ihn zwar nicht dazu, der Gesellschaft aufgrund der wirtschaftlichen Schieflage weitere Unterstützung zu gewähren. Der Gesetzgeber hat jedoch bestimmt, dass ein ordentlicher Kaufmann seiner Gesellschaft zu einem solchen Zeitpunkt Eigenkapital zuführt, soweit er den Betrieb weiterführt. In der Konsequenz sind auch sonstige Leistungen der Gesellschafter, welche nach Eintritt der Krise gewährt werden, wie Eigenkapital zu behandeln.

Insofern ist eine Begründung der Finanzierungsfolgenverantwortung für Leistungen, die der Gesellschafter erst nach Eintritt der Krise gewährt, unproblematisch. Soweit der Gesellschafter die **Möglichkeit zur Kenntnis des Krisen- eintritts** hatte, begründet er mit der Gewährung der Leistung seine Finanzierungsfolgenverantwortung und rechtfertigt damit die Umqualifizierung dieser Leistung in Eigenkapitalersatz (vgl. Rz. 130 f.).

Belässt der Gesellschafter eine bereits gewährte Leistung in der Krise der Gesellschaft, genügt die bloße Möglichkeit der Kenntnis der Krise jedoch nicht. Vielmehr muss er es unterlassen haben, entweder die bereits gewährte Leistung der Gesellschaft zu entziehen oder die Gesellschaft zu liquidieren, soweit ihm diese Möglichkeiten eröffnet waren (vgl. Rz. 132 ff.).

¹ K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 32a, 32b Rz. 41.

c) Checkliste: Eintritt der Eigenkapitalersatzbindung

1. Krise

267

- ▷ Liegt eine **Überschuldung** vor?
 - Ist die Gesellschaft bereits bei der Aufstellung einer **Überschuldungsbilanz** unter Zugrundelegung von **Liquidationswerten** für die Aktiva rechnerisch überschuldet?
 - Besteht eine positive **Fortführungsprognose** für die Gesellschaft?
 - Soweit eine positive Fortführungsprognose für die Gesellschaft besteht, ergibt sich eine rechnerische Überschuldung bei Zugrundelegung von **going-concern-Werten**?
 - Sind **eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen** dabei zu passivieren?
- ▷ Ist die Gesellschaft **zahlungsunfähig**?
 - Übersteigen die **fälligen Verbindlichkeiten** die der Gesellschaft zur Verfügung stehenden, **liquiden Mittel**?
 - Nach wohl überwiegender Auslegung des § 17 Abs. 2 InsO beträgt der Bemessungszeitraum höchstens **zwei Wochen**.
- ▷ Bestehen sonstige Anhaltspunkte für eine **Kreditunwürdigkeit** der Gesellschaft?

2. Finanzierungsfolgenverantwortung

- ▷ Bei **Gewährung nach Kriseneintritt** ist die Möglichkeit der Kenntnis des Gesellschafters vom Kriseneintritt notwendig.
- ▷ Beim **Stehenlassen** einer Leistung wird die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters erst durch das zusätzliche Unterlassen des Gesellschafters, die Mittel abzuziehen bzw. die Gesellschaft zu liquidieren, begründet.

2. Ende der Eigenkapitalersatzbindung („Entsperrung“)

Gewährt oder belässt der Gesellschafter eine Leistung in der Krise der Gesellschaft, haftet diese Leistung wie Eigenkapital, solange die **Krise der Gesellschaft** andauert. Überwindet die Gesellschaft nachhaltig ihre Krise, ist der leistende Gesellschafter nunmehr wie ein gesellschaftsfremder Dritte hinsichtlich der Leistung zu behandeln. Seine bereits eingebrachte Leistung haftet ab diesem Zeitpunkt nicht mehr wie Eigenkapital und kann vertragsgemäß (auch mit Zinsen) zurückgeführt oder vergütet werden. 268

Eine **zwischenzeitliche Entsperrung** der Leistung kann bei deren Rückgewähr Risiken für den Gesellschafter mit sich bringen. Insbesondere der bereits 269