

Phänomenologie der wirtschaftlichen Krise

Über die Erkennbarkeit der wirtschaftlichen Krise und die Feststellung der Insolvenzreife

Eine Bearbeitung aus der Reihe Sachverständige Stellungnahme

© 2024, Sebastian Woltz

Sebastian Woltz, LL.M.
Betriebswirtschaftlicher Sachverständiger & Wirtschaftsforensiker

Postfach 2402
66724 Saarlouis

Festnetz: +49 6831 769 780 2
Fax: +49 32 226 864 720

Email: swoltz@swoltz.de
Internet: www.swoltz.de

Inhaltsverzeichnis

A. Einordnung	2
B. Die Erkennbarkeit der wirtschaftlichen Krise	3
1. Die wirtschaftliche Krise	3
2. Die Phänomenologie	5
3. Das Handelsbuch als phänomenologischer Untersuchungsgegenstand	9
a) Der Begriff des Handelsbuches	9
b) Das Fermi-Problem	11
c) Der Transformationsprozess der Analytik	13
C. Die Feststellung der Insolvenzreife	13
1. Ableitung des Handelsbuches	13
2. Zahlungsunfähigkeit - § 17 Abs. 1 InsO	14
3. Drohende Zahlungsunfähigkeit - § 18 InsO	16
4. Überschuldung - § 19 InsO	17
D. Kritik	22
Literaturverzeichnis	23

A. Einordnung

Der wahrscheinlich älteste dokumentierte Fehler der Menschheitsgeschichte findet sich in einer Buchhaltung. In der Nähe der mesopotamischen Stadt Uruk, der heutigen Stadt Al Warka (Irak), wurden Lehmatafeln mit Rechenoperationen gefunden, deren Entstehung auf die Zeit von ca. 3400 bis 3000 vor unserer Zeitrechnung datiert wurde. Bei den abgebildeten Schriften handelt es sich um eine Lagerbuchhaltung, bei denen die Menge von Gerste berechnet wurde. Dort findet sich die Operation $\frac{5}{2} = 5$.

Für betriebswirtschaftliche Sachverständige stellen solche Fehler oftmals erst den Beginn einer Ereigniskette dar, welche sich in einer wirtschaftlichen Krise manifestieren und zur Insolvenzreife führen kann.

Indiziell können zu hoch ausgewiesene Lagerbestände Teil einer möglichen betrügerischen Tat sein, da hierdurch Diebstahl oder Fehlleistung kaschiert werden können. Von hierzu fähigen Teilen einer Belegschaft geht ein Risiko für das Unternehmen aus, welches nicht unterschätzt werden soll.

Schließlich können falsch bewertete Bestände auch den Unternehmenswert beeinflussen. Sie entfalten Wirkung auf die Produktions- und Absatzplanung und stellen Informationsgrundlage für Vertragsverhandlungen dar. Fehler in der Buchführung sind geeignete Auslöser einer Krise zum einen und zum anderen erschweren sie die sachverständige Auswertung der Handelsbücher.

Ob *forensische* oder *klinische* Untersuchung: Es besteht eine grundsätzliche Problematik für die Analyse.

Während sich – beispielsweise – medizinische Sachverständige auf wissenschaftlich fundierte Methoden berufen, stehen den betriebswirtschaftlichen Sachverständigen nur normative Lehren im Allgemeinen zur Verfügung. Im Besonderen die Betriebswirtschaftslehre als normative Entscheidungslehre und zum anderen die Rechtspraxis.

Die Erkennbarkeit der wirtschaftlichen Krise und schließlich die Feststellung der Insolvenzreife erfordern einen übergeordneten Rahmen. Dieser Rahmen soll es den sachverständigen Dritten ermöglichen die erforderlichen Elemente der Rechtspraxis dergestalt mit der betriebswirtschaftlichen Methodik zu verbinden, sodass belastbare Aussagen über den Zustand eines Unternehmens getroffen werden können.

Die vorliegende Bearbeitung beschäftigt sich mit der Erkennbarkeit der wirtschaftlichen Krise und der Feststellung der Insolvenzreife aus der Perspektive des betriebswirtschaftlichen Sachverständigenwesens und der Wirtschaftsforensik. Hierbei wird die These zu Grunde gelegt, dass wirtschaftliche Krisen eine erfassbare Phänomenologie aufweisen.

B. Die Erkennbarkeit der wirtschaftlichen Krise

1. Die wirtschaftliche Krise

Die wirtschaftliche Krise beschreibt jeden Zustand eines Unternehmens, bei dem dessen Leistungsfähigkeit infrage gestellt ist, die wesentlichen Ziele und Werte des Unternehmens unmittelbar gefährdet sind und das Unternehmen in seiner Existenz bedroht ist.¹ Dieser Krisenbegriff beschreibt somit einen Raum relevanter Ereignisse, welche kausal zu einer materiellen Insolvenz führen können. Zu diesen Ereignissen zählen wirtschaftlich ungünstige Entscheidungen und Handlungen der verantwortlichen Entscheidungsträger, aber auch externe Faktoren wie Marktbedingungen, Rechtsformwahl und Kapitalstruktur und die durch Nassim Taleb bekannten schwarzen Schwäne. Diese externen und internen Einflüsse können, je nach Schwere und Kombination, die Fortführung des Unternehmens ernsthaft beeinträchtigen.

Ein tieferes Verständnis der Krise lässt sich jedoch gewinnen, wenn man sie nicht nur als statisches Phänomen betrachtet, sondern als dynamischen Prozess. Hinter der Idee der Krise verbirgt sich die Annahme, dass es ein fortlaufendes und gleichbleibendes Muster gibt, das bei Unterbrechung als Krise in Erscheinung treten kann. In diesem Zusammenhang spielt der erwartete Output eines Unternehmens eine zentrale Rolle. Jede Krise kann als eine Veränderung gesehen werden, welche die Kontinuität dieses Musters stört und den Output des Unternehmens, gemessen an den etablierten Qualitätskriterien, gefährdet.

Diese Muster können in Ihrer Summe als Wertschöpfungskette im Sinne von Porter verstanden werden. Porters Wertschöpfungskette beschreibt die Unternehmensaktivitäten, die zur Wertschöpfung beitragen in primäre (Produktion, Marketing, Vertrieb) und unterstützende Aktivitäten (Buchhaltung, Unternehmensinfrastruktur, Personalmanagement) unterteilt sind. Diese Aktivitäten interagieren, um dem Produkt oder der Dienstleistung Mehrwert zu verleihen, wodurch ein Wettbewerbsvorteil erzielt werden kann. Porters Konzept hebt die Bedeutung des Zusammenspiels der einzelnen Aktivitäten hervor, um Effizienz und Effektivität zu maximieren.²

Es sollte berücksichtigt werden, dass Unternehmen keine singulären autarke Erscheinungen sind, sondern in ein mikroökonomisches Geflecht aus Interdependenzen eingebettet sind.

Die Krise kann also als eine Kette von Veränderungen und wirksam gewordener Einflussfaktoren begriffen werden, die sowohl interne Prozesse des Unternehmens als auch externe Rahmenbedingungen umfassen. Diese Veränderungen führen nicht

¹ Pelz/Grotebrune StraßR Rn. 1.

² Porter, M. E. (1985). *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*. New York: Free Press, S. 40-43

immer zwangsläufig zu einer Krise. Doch jede Krise erfordert mindestens eine signifikante Veränderung, die den Fortlauf der Geschäftsprozesse beeinträchtigt. Externe Faktoren, wie die Corona-Pandemie im Jahr 2020 oder gesetzliche Neuregelungen wie das Dosenpfand, können als Beispiele für solche gravierenden Einflussgrößen betrachtet werden. Ebenso spielen interne Faktoren wie die Fähigkeiten und Erfahrungen der Belegschaft sowie die betriebsinternen Prozesse eine entscheidende Rolle. Die wirtschaftliche Krise lässt sich daher als unverhältnismäßige Häufung von Risiken definieren, die nicht zwingend alle gleichzeitig und in derselben Intensität eintreten müssen.

Es handelt sich hierbei um einen Prozess, der aus der Diskrepanz zwischen geplanten Strategien und tatsächlich umgesetzten Maßnahmen resultiert. Im Rahmen von Mintzberg's Szenario-Modell wird aufgezeigt, dass zwischen einer entworfenen Strategie und ihrer Umsetzung stets Unterschiede bestehen. Wie Mintzberg in „The Rise and Fall of Strategic Planning“ beschreibt, entsteht in jeder Organisation eine Differenz zwischen der ursprünglich entworfenen Strategie und der tatsächlich umgesetzten Strategie. Diese Diskrepanz ist ein Ausdruck dafür, dass äußere Einflüsse und interne Fehlentwicklungen dazu führen können, dass ursprünglich geplante Maßnahmen nicht wie vorgesehen realisiert werden.³

In diesem Zusammenhang wird die Krise nicht als statisches Phänomen verstanden, sondern als ein dynamischer Prozess, der sich durch strategische Anpassungen und Veränderungen entwickelt. Unternehmen stehen vor der Herausforderung, sowohl externe Risiken als auch interne Fehlentwicklungen zu identifizieren und rechtzeitig zu korrigieren. Dies steht im Einklang mit Mintzbergs These, dass sich Strategien durch unerwartete Einflüsse in der Praxis oft signifikant von ihren ursprünglichen Plänen unterscheiden.⁴

Diese Unterschiede resultieren aus neuen Umständen, die während der Realisation einer Strategie berücksichtigt werden müssen – eine Dynamik, die auch auf die Entwicklung von Krisen anwendbar ist.

Die Krise ist eng mit der Eintrittswahrscheinlichkeit von Risiken und deren Folgen verknüpft. Ein Beispiel hierfür wäre ein Unternehmen, das aufgrund von Innovationsbestrebungen in Liquiditätsprobleme und so schlussendlich in die Insolvenz gerät, weil es die betrieblichen Kapazitäten falsch eingeschätzt hat. Dieses Beispiel zeigt auf, dass Krisen nicht nur durch Fehlentscheidungen entstehen, sondern oft durch eine unzureichende Berücksichtigung von Risiken in der Unternehmensplanung.

³Mintzberg, Henry. The Rise and Fall of Strategic Planning. Free Press, 1994, S. 23

⁴Mintzberg, Henry. The Rise and Fall of Strategic Planning. Free Press, 1994, S. 25-27

2. Die Phänomenologie

In der Analyse bietet Hegels Phänomenologie des Geistes einen wertvollen methodischen Rahmen, um das Wesen wirtschaftlicher Krisen und deren Erkennbarkeit zu verstehen. Hegel betrachtet den Entwicklungsprozess des menschlichen Bewusstseins als einen ständigen Wechsel von Widerspruch und Aufhebung.⁵ Diese Dialektik, in der Widersprüche zur Überwindung und Weiterentwicklung führen, lässt sich auf wirtschaftliche Krisen übertragen, die ebenfalls durch Spannungen und gegensätzliche Entwicklungen gekennzeichnet sind.

Im Kontext der Krisenanalytik kann Hegel's Dialektik eine zentrale Rolle spielen, insbesondere im Hinblick auf das Verständnis und die Analyse wirtschaftlicher Krisen. Ähnlich wie Hegel den Widerspruch als treibende Kraft im Prozess des Bewusstseins versteht⁶, lassen sich auch wirtschaftliche Krisen als dynamische Prozesse begreifen, in denen gegensätzliche Entwicklungen aufeinandertreffen und Spannungen erzeugen. Bei diesen Widersprüchen handelt es sich gemeinhin um Störungen in der Wertschöpfungskette eines Unternehmens.

Bei diesen Störungen kann es sich um Nichtbefolgung von Arbeitsanweisungen und Verfahrensbeschreibungen ebenso handeln, wie die fehlerhafte oder ausbleibende regelmäßige Evaluation dieser oder auch um die gemeinhin bezeichnete „schlechte Idee vom Chef“.

Relevant sind ebenfalls externe Einflüsse. Diese können als Störungen dem vorgesehenen Ablauf der Wertschöpfungskette widersprechen. Als Antithese der Ablauforganisation macht sie deutlich, dass es einer Synthese der Gesamtorganisation bedarf, welche auch als Anpassungsprozess zu verstehen wäre.

Von der wirtschaftlichen Krise betroffen zu sein, bedeutet nicht zwangsläufig den Bruch der Wertschöpfungskette, sofern sich die Organisation anpassen kann. Da diese Anpassungsfähigkeit entscheidend für das Überleben der Organisation am Markt ist, ist es begrüßenswert, dass der Gesetzgeber bemüht ist, dass insolvenzrechtlich relevante Krisengeschehen zeitlich durch das StaRUG/SanInsFog vorzuverlagern.

Ein weiteres zentrales Konzept Hegels ist die Unterscheidung zwischen Erscheinung und Wesen.⁷ Während die Erscheinungen einer Krise – wie zum Beispiel Liquiditätsengpässe, Produktionsausfälle oder steigende Verschuldung – unmittelbar sichtbar sind, liegt das wahre Wesen der Krise oft verborgen und erfordert eine tiefere Betrachtung. Die oberflächlichen Symptome sind lediglich Ausdruck tiefergehender struktureller oder strategischer Probleme.

⁵ Hegel, G.W.F. Phänomenologie des Geistes, Suhrkamp Verlag, §§ 77–78

⁶ Hegel, G.W.F. Phänomenologie des Geistes, Suhrkamp Verlag, §§ 79–80

⁷ Hegel, G.W.F. Phänomenologie des Geistes, Suhrkamp Verlag, §§ 131–132

Der Prozess des Erkennens verläuft schrittweise und ähnelt dem stufenweisen Erkenntnisprozess, den Hegel in seiner Phänomenologie des Geistes beschreibt. Die Erkennbarkeit einer Krise beginnt mit der Wahrnehmung der äußeren Symptome, entwickelt sich jedoch durch fortschreitende Untersuchung zu einem umfassenderen Verständnis der zugrunde liegenden Ursachen. Dies ist besonders relevant für die Feststellung der Insolvenzreife eines Unternehmens. Oder anders: Die Länge einer Kette kann nur gemessen werden, wenn man Ihren Anfang erkennen kann.

Vorliegend wird die wirtschaftliche Krise als ein dynamischer Prozess verstanden, der sich in vier zentrale Elemente der verfolgten Analytik manifestiert: dem Wesen der Krise, ihren Erscheinungen, ihrer Erkennbarkeit und ihrer abschließenden Feststellung.

Das Wesen beschreibt dabei die grundlegende Beschaffenheit und die tiefer liegenden Ursachen der Krise.

Die Erscheinung hingegen, bezieht sich auf die Fähigkeit des Wesens, durch Erkennbarkeit wahrgenommen werden zu können.

Die Erkennbarkeit der Krise beschreibt die Hemisphäre der Wahrnehmung des Untersuchenden. Ob wesentliche oder unwesentliche Erscheinung: Sie muss zunächst in die Hemisphäre des Untersuchenden gelangen und daher zum einen wahrnehmbar sein und zum anderen auch wahrgenommen werden können. Das Wesen der Krise wäre demnach erkannt.

Die abschließende Feststellung betrifft schließlich die klare Identifikation des Krisenstatus, insbesondere im Hinblick auf die Insolvenzreife, die eine juristisch relevante Kategorie darstellt. Die Feststellung weist die erkannte Erscheinung dem Wesen zu.

Im wirtschaftlichen Kontext wird die Krise somit als der bereits erwähnte dynamische Prozess verstanden, der verschiedene und individuelle Phasen durchläuft und sich durch das Zusammenspiel unterschiedlicher Kräfte und Einflüsse entwickelt. Eine dialektische Betrachtung macht es möglich, diesen Prozess in seinen Stadien zu analysieren und die kritischen Punkte zu erkennen. Hierbei wird bewusst auf eine starre Kategorisierung der Krisenstadien verzichtet. Kritische Punkte und Erscheinungen der wirtschaftlichen Krise können hohe Forderungsausfallquoten sein. Ebenso sind gehäufte Mahnungen, ausbleibende Sozialversicherungsbeiträge und unbeglichene Lohnforderungen symptomatisch für das vorliegende Wesen der wirtschaftlichen Krise. Wohingegen diese Symptome einen sehr späten Krisenverlauf erkennen lassen, kann durch verändernde Marktbedingungen bei ausbleibender Reaktion der Organisation ein frühes Krisenstadium erkannt werden.

Hegel versteht Widerspruch als eine treibende Kraft im Entwicklungsprozess, die eine Transformation notwendig macht – ähnlich verhält es sich auch in

wirtschaftlichen Krisen, wo Widersprüche und Disparitäten in der Strategie oder Struktur eines Unternehmens zu tiefgreifenden Veränderungen führen können und ggf. müssen.

Mintzberg weist darauf hin, dass die Strategie eines Unternehmens in der Praxis häufig von nicht kontrollierbaren Faktoren beeinflusst wird, die außerhalb der Planungsprozesse liegen. Diese unvorhergesehenen Einflüsse verstärken häufig die Krise, da sie die ursprünglichen Annahmen in Frage stellen und zu neuen, oft widersprüchlichen Realitäten führen.⁸ Durch die Anwendung der dialektischen Methode lassen sich solche Widersprüche aufdecken und analytisch verarbeiten, was zur betriebswirtschaftlichen Analyse der Krisenursachen und zur rechtlichen Einordnung der Insolvenzreife beiträgt.

Beispielsweise die Abgabe einer harten Patronatserklärung durch einen geschäftsführenden Gesellschafter kann als Instrument zur Vermeidung einer bilanziellen Überschuldung genutzt werden. Eine solche Erklärung signalisiert, dass der Patron, meist der Gesellschafter oder ein nahestehendes Unternehmen, das Unternehmen finanziell unterstützen wird, um dessen Zahlungsfähigkeit und Vermögenslage aufrechtzuerhalten. In bilanzrechtlicher Hinsicht kann dies dazu führen, dass die Fortführungsprognose positiv bleibt und eine bilanzielle Überschuldung vermieden wird; je nach Rechtsstand.

Jedoch stellt sich die Frage, ob die Abgabe einer solchen Patronatserklärung nicht bereits eine Erscheinungsform der wirtschaftlichen Krise selbst darstellt. Auch wenn die unmittelbare Gefahr der bilanziellen Überschuldung abgewandt wird, weist die Notwendigkeit derartiger Stützungsmaßnahmen darauf hin, dass die wirtschaftliche Stabilität des Unternehmens bereits gefährdet sein könnte. Die Patronatserklärung kann zwar kurzfristig die Zahlungsfähigkeit sichern und eine rechtliche Insolvenzreife verhindern, jedoch signalisiert sie gleichzeitig das Vorhandensein struktureller Probleme. Insofern zeigt sich die wirtschaftliche Krise möglicherweise in einer subtileren Form: nicht in der reinen Überschuldung, sondern in einer Abhängigkeit von externen Stützungsmaßnahmen, die die tatsächliche Krisenlage lediglich kaschieren, jedoch nicht lösen.

Diese Ambivalenz macht deutlich, dass die bloße Abwendung der bilanziellen Krise durch Patronatserklärungen nicht zwingend das Ende der wirtschaftlichen Krise bedeutet. Vielmehr bleiben Sachverständige gefordert, die wirtschaftlichen Grundlagen des Unternehmens zu analysieren, um festzustellen, ob hinter der vermeintlichen Stabilität weiterhin Krisensymptome bestehen, die das Fortbestehen des Unternehmens langfristig gefährden könnten.

⁸ Mintzberg, Henry. Harvard Business Review, "The Fall and Rise of Strategic Planning", January–February 1994, pp. 107–114.

Für die sachverständige Untersuchung steht im Kontext der wirtschaftlichen Krise oftmals die Frage nach deren Erkennbarkeit im Vordergrund der Gutachtenerstattung. Insbesondere die Feststellung der Insolvenzzreife spielt in zivil- wie strafrechtlichen Verfahren eine bedeutende Rolle. Ob es sich um Insolvenzanfechtungen, Insolvenzverschleppungen oder Bankrottdelikte handelt – das gemeine betriebswirtschaftliche Methodenspektrum variiert nur in Nuancen. Damit stellt sich die Frage nach der dahinterliegenden Methodenlehre, die zur kalendarisch exakten Feststellung der Insolvenzzreife im Sinne des Gesetzes führen soll.

Anders als wissenschaftliche Disziplinen, welche mit Naturgesetzen und überprüfbaren Methoden arbeitet, ist die Betriebswirtschaftslehre nicht direkt Naturgesetzen unterworfen. Um jedoch belastbare Feststellungen tätigen zu können, welche u.U. zum Entzug der Freiheit eines Menschen führt oder andere und wirtschaftliche Ansprüche gegen diesen begründen, muss die dahinterstehende Analytik ein Fundament aufweisen, welches sich über die reine Methodenlehre der Betriebswirtschaft und Dogmatik des Rechts überhebt. Schließlich findet die sachverständige Untersuchung ihre Grenzen in der Betriebswirtschaftslehre dahingehend, dass ein empirisch realistischer Ansatz nur einfache Ursachenkomplexe erklären kann. Abstraktion und Induktion genießen Fehleranfälligkeit.

Die Suche nach Erkenntnis über das Wesen eines Untersuchungsgegenstandes kann durch die eingenommene Perspektive beeinflusst werden.

Die Erkenntnistheorie im Allgemeinen ermöglicht es, betriebswirtschaftliche und rechtliche Fragestellungen kohärent zu verbinden. Es findet sich ein Rahmen für das Mosaik, welches dieses begrenzt und gewährleisten soll, dass die Abbildung der belegbaren Sachlage an die Stelle der subjektiven Annahme tritt.

Im Besonderen steht daher für den Verfasser die Auseinandersetzung mit der wirtschaftlichen Krise als Gegenstand einer eigenen Phänomenologie, die es vorliegend zu untersuchen gilt.

Diese Phänomenologie umfasst vier zentrale Elemente: das Wesen der Krise, ihre Erscheinungen, ihre Erkennbarkeit und die abschließende Feststellung der Krise. Dabei geht es darum, die wirtschaftliche Krise nicht als statisches Phänomen zu betrachten, sondern als einen dynamischen Prozess, der sich durch verschiedene Stadien und Widersprüche hindurch entwickelt. Dies ermöglicht eine Betrachtung, die sowohl betriebswirtschaftliche Methodenlehre als auch rechtliche Dogmatik miteinander verbindet, insbesondere im Hinblick auf die Feststellung der Insolvenzzreife.

Hegel beschreibt in seiner Phänomenologie, wie Bewusstsein durch den Prozess der Aufhebung fortschreitet, indem Widersprüche erkannt, verarbeitet und in neue

Erkenntnisstufen überführt werden.⁹ Übertragen auf die wirtschaftliche Krise bedeutet dies, dass Krisen nicht nur als isolierte Phänomene zu verstehen wären, sondern als Prozesse, die in verschiedenen Phasen erkannt werden können.

Hegels Dialektik ermöglicht es, die Analytik um die wirtschaftliche Krise als einen Prozess der fortschreitenden Erkenntnis zu interpretieren, bei dem die Krise an ihren Erscheinungen erkannt wird, um ihr Wesen zu bestimmen und abschließend die rechtlich relevante Feststellung zu ermöglichen.¹⁰

3. Das Handelsbuch als phänomenologischer Untersuchungsgegenstand

a) Der Begriff des Handelsbuches

Das Handelsbuch bildet die finanzielle Äquivalenz der Wertschöpfungskette nach Porter, in Zeitpunkt und Raum, durch Dokumentation und Kommentierung von Erscheinungen ab.

Das bedeutet, dass sich die Aktivitäten der Unternehmung mit der Summe seiner Funktionsbereiche über einen zeitlichen Verlauf hinweg nachverfolgen lassen sollten. Sollten, weil der Gesetzgeber nach § 238 HGB eine Buchführungspflicht des Kaufmanns vorsieht. Diese ist eine der beiden Säulen auf der die eingangs beschriebene phänomenologische Definition des Handelsbuches ruht.

Nach § 238 Abs. 1 Satz 1 HGB ist jeder Kaufmann verpflichtet diese Bücher zu führen. Also nach § 1 Abs. 1 HGB derjenige der ein Handelsgewerbe betreibt.

Eine Ausnahme bilden nach § 1 Abs. 2 HGB jene Gewerbebetriebe, die das Erfordernis eines in kaufmännischer Art und Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht kennen. Ergänzende Bestimmungen finden sich – je nach Rechtsform des betreffenden Unternehmens – in den §§ 150ff. AktG, 41ff. GmbHG, 33 GenG sowie bei bestimmten Großunternehmen in dem PubLG.¹¹

§ 238 Abs. 1 Satz 2 HGB ergänzt um das Erfordernis der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung.

Auch wenn § 238 Abs. 1 S. 2 und 3 HGB die Kriterien der Beschaffenheit der Handelsbücher liefert: Welche explizit zu führen sind, lässt das Handelsrecht jedoch offen.¹²

Nach Satz 3 ist es unabdingbar, dass sämtliche Geschäftsvorfälle zeitnah und fortlaufend erfasst und verarbeitet werden.¹³ Ein konkretes System der Buchführung ist nicht vorgegeben. Die Buchführung kann sowohl auf herkömmlichen Wegen (analog) als auch vollständig über die EDV geführt werden.¹⁴

⁹ Hegel, Phänomenologie des Geistes, zitiert nach Singer 2001, S. 77–79

¹⁰ vgl. Stern, Hegelian Metaphysics, 2009, S. 54–56

¹¹ Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte Rn. 84.

¹² Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte Rn. 89.

¹³ Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte Rn. 88.

¹⁴ Pelz/Grotebrune StrafR Rn. 480.

Die zweite Säule liefert eine strafrechtliche Näherung zum Inhalt des Handelsbuches nach Fischer:

Das Handelsbuch ist alles, was einen geordneten Einblick in die Vermögenslage des Schuldners ermöglicht.¹⁵

Auch wenn diese Definition abstrakt erscheint, so lässt sie doch in der Folge den Schluss zu, dass es im Wesentlichen nicht auf die Frage ankommt, welche Handelsbücher geführt werden.

Sondern vielmehr hat der *redliche Schuldner* eine geordnete Übersicht über seine Vermögenslage zu führen. Hierbei ist jedoch zu ergänzen, dass handelsrechtliche und rechtsformabhängige Vorgaben zu berücksichtigen sind.

Als originäre Bestandteile der Handelsbücher werden ein Grundbuch, welches die Geschäftsvorfälle in chronologischer Reihenfolge aufzeigt, sowie ein Kassenbuch erachtet. Ebenso zählen Bilanzen und Inventarverzeichnisse gleichermaßen zu den geschützten Handelsbüchern.¹⁶

Exkurs aus der praktischen Erfahrung des Verfassers:

Fischers Definition des Handelsbuches findet im strafrechtlichen Kontext statt. Würde man diese Definition übernehmen, hätte dies analytisch zur Folge, dass der Begriff des Handelsbuches unter forensischen Gesichtspunkten zu erfassen wäre. Für die Feststellung der Insolvenzreife als Analyse aus einer ex-post-Perspektive ist es jedoch unerheblich, ob die Untersuchung im straf- oder zivilrechtlichen Kontext stattfindet. Aus der Sicht des Verfassers und für die sachverständige Praxis ist Fischers Definition miteinzubeziehen.

So könnten auch Verfahrensbeschreibungen für Geschäftsprozesse als Teil des Handelsbuches gelten; und werden gemeinhin so behandelt. Der Jahresabschluss eines Unternehmens kann sich unter Umständen aus mehreren zehntausend Buchungssätzen zusammensetzen. Diese Buchungen entstehen durch die Zuordnung eines Geschäftsvorfalles zu einem Buchhaltungskonto. Somit ist auch die Buchung einer Eingangsrechnung für Bürobedarf ein Akt der Bilanzierung, da sich diese Buchungen im Jahresüberschuss oder -fehlbetrag in der Bilanz widerspiegeln.

Die Zuordnung eines Geschäftsvorfalles zu einem Buchhaltungskonto erfolgt in erster Linie durch den verwendeten Kontenrahmen, da dieser bereits eine Selektion darstellt. Kontenrahmen verfügen in der Regel über Kommentierungen (bspw.: SKR 03, SKR 04, SKR 81, IKR) doch trotz dieser Hinweise ist es nicht immer eindeutig, wie ein Geschäftsvorfall buchhalterisch zu behandeln ist. In solchen Fällen werden häufig sogenannte Kontierlexika oder Accounting Manuals herangezogen, sofern sie vorhanden sind. Diese unternehmenseigenen Verfahrensbeschreibungen können die

¹⁵ Fischer StGB § 283 Rn. 21.

¹⁶ Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte Rn. 89.

Zuordnung spezifizieren und erklären, warum ein Geschäftsvorfall auf eine bestimmte Weise zu behandeln ist.

Unter bilanzpolitischen Gesichtspunkten ist dies nicht nur sinnvoll, um die Einhaltung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (GoB) zu gewährleisten, sondern auch, um Kleinstgeschäftsvorfälle zu regulieren, die einzeln keinen signifikanten Einfluss haben, aber in ihrer Summe einen nennenswerten entfallen können. So mag die fehlerhafte Buchung einer einzelnen Eingangsrechnung für Bürobedarf unterhalb jeder Wesentlichkeitsgrenze liegen. Doch die Summe aller Eingangsrechnungen eines Unternehmens, das im nationalen Vertrieb von Bürobedarf tätig ist, könnte für die Feststellung der Insolvenzreife relevant sein.

b) Das Fermi-Problem

Das bereits eingangs der Bearbeitung verwendete Beispiel der Lehmtafel macht deutlich: Die Datenbasis der Feststellung – also die Buchhaltung – kann fehlerbehaftet sein.

Gerade im Kontext der wirtschaftlichen Krise wird davon ausgegangen, dass nach Schätzungen 50% der Unternehmensinsolvenzen mit einer unordentlichen Buchführung verbunden sind.¹⁷ Unternehmenszusammenbrüche gehen also häufig mit einer mangelhaften oder fehlenden Buchhaltung einher, weshalb die Buchführungs- und Bilanzdelikte eine erhebliche Bedeutung für die Ermittlungstätigkeit der Staatsanwaltschaften haben.¹⁸

Doch, geht die unordentliche Buchhaltung mit der wirtschaftlichen Krise einher oder dieser kausal voraus?

M.M.n. kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Es wurde beschrieben, dass die Wertschöpfungskette nach Porter auch als Summe der Handlungsmuster zu verstehen ist, welche bei einer wirtschaftlichen Krise Störungen aufweisen. Nach Porter ist die Buchhaltung eines Unternehmens jedoch Teil dieser Kette und als solches Teil ebenfalls Einflüssen, also auch Störfaktoren unterworfen. Als solch grundsätzlich störungsanfällig Glied der Kette, soll dieses die Kette jedoch selbst beschreiben. In der sachverständigen Untersuchung muss unterschieden werden zwischen einer solchen Störung in der Buchhaltung oder einer individuellen Eigenart, zu der Buchhaltungen in der Praxis m.M.n. tendieren.

Die wirtschaftliche Krise ist die Störung der Wertschöpfungskette in Ihren einzelnen Elementen. Die Buchhaltung ist ein Element der Wertschöpfungskette. Die sachverständige Untersuchung muss also die Annahme gelten lassen, dass die Buchführung selbst betroffen ist und kann daher fehlerhaft einschließlich oder unvollständig sein. Sie ist nicht ohne weiteres dazu in der Lage Aussagen über das

¹⁷ Pelz/Grotebrune StrafR Rn. 456.

¹⁸ Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte Rn. 80.

System zu treffen, aus dem diese heraus selbst entstanden ist. Es liegt ein sogenanntes Fermi-Problem für die Analytik vor.

Das Fermi-Problem ist in wissenschaftlichen und technischen Disziplinen bekannt als die Herausforderung, komplexe Systeme zu analysieren, ohne dabei die vollständige Dynamik und Interaktion aller beteiligten Komponenten direkt beobachten zu können oder diese zu kennen. Das nach dem Physiker Enrico Fermi benannte Problem ist auf Fermis Fähigkeit zurückzuführen grobe Abschätzungen für komplexe Probleme zu entwickeln, selbst mit sehr begrenzten Informationen.

In der Physik wird das Fermi-Problem oft im Kontext der Quantenmechanik verwendet, wo die Unschärfe und Komplexität von Elementarteilchen die genaue Messbarkeit bestimmter Zustände erschwert. Es beschreibt also die Schwierigkeit, aus begrenzten oder indirekten Daten auf das Verhalten eines vollständigen Systems zu schließen.

Übertragen auf den betriebswirtschaftlichen Kontext, speziell auf die Untersuchung von nicht ordnungsgemäßen Buchführungen, lässt sich das Fermi-Problem als Metapher für die Problematik verwenden, dass Sachverständige in der Regel nicht auf eine „lebendige“ Buchhaltung zugreifen können. Stattdessen stehen ihnen oft nur retrospektiv erstellte Handelsbücher zur Verfügung, die bestenfalls einen fragmentarischen Einblick in die tatsächlichen wirtschaftlichen Abläufe eines Unternehmens bieten. Dies führt zu der Herausforderung, aus unvollständigen, teils widersprüchlichen oder unsystematischen Daten Rückschlüsse auf den Zustand des Unternehmens zu ziehen.

In der insolvenzrechtlichen und auch strafrechtlichen Auseinandersetzung mit Unternehmenskrisen wird erkennbar, welche Bedeutung die Buchführung und Bilanzierung für ein Unternehmen haben.

Die betriebswirtschaftlichen Methoden zur Erkennbarkeit der Insolvenzureife und Feststellungen im Rahmen der Strafbarkeitsbeurteilung fußen zumeist auf Daten und Unterlagen des betrieblichen Rechnungswesens. Nicht zuletzt ist es im Aufgabengebiet des betrieblichen Rechnungswesens zu verorten, dass regelmäßige Analysen der Kapital- und Liquiditätssituation durchzuführen sind. Der Zweck der Selbstinformation des Kaufmanns erscheint hier als gebotene Selbstschutzmaßnahme. Geordnete Handelsbücher können den Kaufmann nicht nur straflos i.S.d. Buchführungs- und Bilanzdelikte stellen, sondern ihn überhaupt erst das Vorliegen einer insolvenzrechtlich relevanten Situation erkennen lassen.

In der Praxis zeigt sich, dass Handelsbücher selten den gesetzlichen Vorgaben und Standards der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) in vollem Umfang entsprechen. Häufig fehlen Verfahrensdokumentationen oder detaillierte Buchungsvorgänge, die es ermöglichen würden, eine klare und lückenlose Verbindung zwischen wirtschaftlichem Handeln und dessen bilanzieller Abbildung

herzustellen. Das Fehlen solcher Dokumentationen erschwert die Feststellung der Insolvenzreife, da nicht nur die buchhalterischen Zahlen bewertet werden müssen, sondern auch die Struktur und Kohärenz der zugrunde liegenden Geschäftsprozesse.

c) Der Transformationsprozess der Analytik

Der Übergang von der Erkennbarkeit der wirtschaftlichen Krise hin zur Feststellung der Insolvenzreife bedarf der Auswertung der Handelsbücher. Ähnlich einer Koordinatentransformationen, werden die vorhandenen Informationen von der handelsrechtlichen Buchführung hin zu einer insolvenzrechtlichen Vermögensübersicht überführt. Diese Übertragung stellt den eigentlichen analytischen Prozess dar. In gewisser Weise wird eine bestehende Buchhaltung, die in erster Linie auf der Grundlage des Bilanzrechts erstellt wurde, in eine neue Form transformiert, die den Anforderungen des Insolvenzrechts gerecht wird. Dieser Transformationsprozess ist in seiner Logik zwar identisch für die verschiedenen Insolvenzgründe – Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung – aber er führt letztlich zu unterschiedlichen Berechnungsformen, da die Prüfungskriterien je nach Insolvenzgrund variieren.

Die eigentliche Herausforderung bei dieser Übertragung besteht darin, dass die Buchhaltung eines Unternehmens in der Regel nicht direkt auf die Anforderungen des Insolvenzrechts zugeschnitten ist. Vielmehr handelt es sich um ein Rechnungswerk, das auf handels- oder steuerrechtlichen Prinzipien beruht und entsprechend anderen Zielen dient. Für den sachverständigen Dritten bedeutet dies, dass die vorhandenen Daten nicht einfach gelesen werden können, sondern sie in einem komplexen, mehrstufigen Prozess neu zu bewerten und abzubilden sind.

Dabei liegt der Fokus auf verschiedenen Schlüsselparametern, die je nach Insolvenzgrund unterschiedlich gewichtet werden. So steht bei der Zahlungsunfähigkeit die kurzfristige Liquiditätslage im Vordergrund, während bei der Überschuldung eine langfristige Bewertung des Vermögens- und Schuldenstands entscheidend ist. Trotz dieser Unterschiede ist die methodische Herangehensweise in allen Fällen ähnlich: Es geht stets darum, die vorhandenen Buchungsdaten zu analysieren und in ein Rechnungswerk zu überführen, das die insolvenzrechtliche Lage des Unternehmens transparent und nachvollziehbar abbildet.

C. Die Feststellung der Insolvenzreife

1. Ableitung des Handelsbuches

Für den sachverständigen Dritten ist es unumgänglich sich mit den notwendigen rechtswissenschaftlichen Grundlagen der wirtschaftlichen Krise auseinanderzusetzen. Die rechtliche Dogmatik liefert die objektiven Kriterien für die Beantwortung der Frage, ob und ab wann das Unternehmen insolvenzreif war. Da der Gesetzgeber in den vergangenen Jahrzehnten immer wieder dazu übergegangen ist, die Kriterien der Insolvenzreife zu verändern, spielt der Faktor Zeit eine wichtige

Rolle im Rahmen der sachverständigen Auseinandersetzung. Dies meint die Betrachtung des Krisengeschehens in Zeitraum und Zeitpunkt.

Diese Betrachtung der Zeit ist die Auseinandersetzung der betriebswirtschaftlichen Analytik mit der wirtschaftlichen Krise. Es geht hierbei um die Überprüfung der rechtlichen Kriterien anhand der Handelsbücher eines Unternehmens. Diese bilden das wesentliche Fundament für die Bewertung der wirtschaftlichen Lage. Ihre Analyse ermöglicht belastbare Feststellungen.

Schließlich gibt es unterschiedliche Fragen, mit denen sich Sachverständige im Kontext der Feststellung der Insolvenzzreife konfrontiert sehen können:

Im Rahmen von zivil- oder strafrechtlichen Verfahren kann konkret danach gefragt werden, ob ein Schuldner zu einem vorgegebenen Zeitpunkt insolvenzreif war.

Die Frage kann sich auch auf einen über mehrere Jahre hinwegdauernden Zeitraum beziehen, innerhalb dessen es festzustellen gilt, wann die Insolvenzzreife eintrat. Ferner kann die Frage nach der Insolvenzzreife im Allgemeinen ebenso gestellt werden wie die konkrete Nachfrage nach dem Vorliegen der in den §§ 17, 18 und 19 InsO definierten Eröffnungsgründen für ein Insolvenzverfahren.

Denkbar sind alle Kombinationen und Variationen aus Zeiträumen, Zeitpunkten und Eröffnungsgründen.

Aus dieser kombinatorischen Vielfalt heraus ergibt sich die Notwendigkeit des tieferen Verständnisses der Erkennbarkeit der wirtschaftlichen Krise, zwecks Feststellung der Insolvenzzreife.

2. Zahlungsunfähigkeit - § 17 Abs. 1 InsO

§ 17 Abs.1 InsO bestimmt die Zahlungsunfähigkeit als allgemeinen Eröffnungsgrund für das Insolvenzverfahren. Der Eröffnungsgrund ist allgemein, weil er für alle Rechtsträger und Vermögensmassen, sowohl bei Eigenantrag des Schuldners und Gläubigerantrag gilt.¹⁹

Die Zahlungsunfähigkeit war nach dem Recht der Konkursordnung nicht genau definiert. Der Gesetzgeber schuf Abhilfe, in dem er in § 17 Abs. 2 InsO eine Definition des Begriffs einführt.

Abs. 2 Satz 2 stellt die widerlegliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit auf, für den Fall der Zahlungseinstellung durch den Schuldner. Nach Rechtsprechung des BGH ist die Zahlungseinstellung das nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.²⁰

¹⁹ Schröder, in: HambKomm-InsR § 17 Rn. 2.

²⁰ Schröder, in: HambKomm-InsR § 17 Rn. 37.

Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Gemeint sind reine Geldschulden, demnach auch jene Verpflichtungen, welche erst nachträglich zu Geldschulden werden; wie beispielsweise Schadensersatzverpflichtungen.²¹ Nach dieser Definition sollen aber Zahlungsstockungen und ganz geringfügige Liquiditätslücken außer Acht gelassen werden.²² Die vorübergehende Zahlungsstockung liegt dann vor, wenn der Schuldner dazu in der Lage ist sich die notwendigen Geldmittel zu beschaffen oder diese anderweitig erhält.²³

Der BGH sieht das Vorliegen einer geringfügigen Liquiditätslücke, wenn es zu einer Unterdeckung von *unter* 10% der am Stichtag fälligen und innerhalb von drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten kommt.²⁴

Nach der Definition des BGH liegt die Zahlungsunfähigkeit regelmäßig dann vor, wenn der Schuldner binnen drei Kalenderwochen 10% seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht begleichen kann; von dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ist nicht auszugehen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke ganz oder teilweise behoben wird.²⁵

In einem weiteren Urteil vom 28. Juni 2022 (Az. II ZR 112/21) hat der BGH die Anforderungen an den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit präzisiert. Er entschied, dass zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit auch der Nachweis ausreicht, dass am Stichtag eine erhebliche Unterdeckung vorliegt, die an keinem der drei nahezu im Wochenrhythmus folgenden Tage (im konkreten Fall Tag 7, Tag 16 und Tag 21) in relevanter Weise geschlossen wird.

Die Zahlungsunfähigkeit liegt lt. § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO vor, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Die Einstellung der Zahlung liegt dann vor, wenn der Schuldner wegen eines Mangels an Zahlungsmitteln, seine fälligen Verbindlichkeiten nicht mehr bedient und dies für die beteiligten Verkehrskreise erkennbar geworden ist.²⁶ Nun kann der Begriff der Erkennbarkeit per se subjektiv konnotiert werden.

Nach Rechtsprechung des BGH ist die Zahlungseinstellung das nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.²⁷

Bei der Zahlungseinstellung durch den Schuldner handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung i.S.d. § 292 ZPO.²⁸ Zur Wiederlegung der Vermutung genügt das

²¹ LK-Tiedemann Vor § 283, Rn 127.

²² BT-Drucks. 12/2443 S. 114.

²³ Schröder, in: HambKomm-InsR § 17 Rn. 24.

²⁴ BGH, Zinso 2018, 381, Tz. 32 ff.; Vgl. LK-Tiedemann Vor § 283 StGB Rn. 129.

²⁵ BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, ZInsO 2018, 381.

²⁶ IDW S 11, Rn. 19.

²⁷ Schröder, in: HambKomm-InsR § 17 Rn. 37.

²⁸ Schröder, in: HambKomm-InsR § 17 Rn. 36.

Aufstellen eines Liquiditätsstatus zum Nachweis des Nichtvorliegens einer Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO.²⁹ Was von Bedeutung ist, wenn man berücksichtigt, dass die Zahlungseinstellung strafrechtlich auch ohne Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit möglich sein soll, wenn sich der Täter eines Bankrottdelikttes über das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit irrt oder die Zahlung trotz Vorhandensein liquider Mittel verweigert.³⁰

Die Zahlungseinstellung ist unter anderem für die Glaubhaftmachung von Gläubigeranträgen von Relevanz.³¹ Die Eröffnungsentscheidung des zuständigen Gerichtes wird i.d.R. nicht alleinig auf die Zahlungseinstellung gestützt, vielmehr hat das Insolvenzgericht im Rahmen der Amtsermittlung nach § 5 InsO das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit zu prüfen.³²

Der hier beschriebene Begriff der Zahlungseinstellung steht dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen der objektiven Strafbarkeitsbedingung des § 283 Abs. 6 StGB gleich.³³

3. Drohende Zahlungsunfähigkeit - § 18 InsO

Nach § 18 Abs. 1 InsO ist die drohende Zahlungsunfähigkeit ein Eröffnungsgrund für den Fall der Beantragung durch den Schuldner, nicht jedoch dem Gläubiger. Abs. 2 führt in der neuen Fassung eine Definition der drohenden Zahlungsunfähigkeit ein, welche im Gegensatz zur alten Fassung einen Prognosezeitraum von 24 Monaten nach *aller Regel* einführt. Dem Schuldner wird dadurch die Möglichkeit einer möglichst frühzeitigen Einleitung und Eröffnung des Verfahrens gegeben, wodurch die Sanierungsbemühungen des Schuldners und eine verbesserte Gläubigerbefriedigung ermöglicht werden soll.³⁴ Abs. 3 führt Sonderregelungen zur Antragsstellung bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit ein.

Nach § 18 Abs. 2 InsO ist drohende Zahlungsunfähigkeit dann gegeben, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, seine fälligen Verbindlichkeiten zu befriedigen. Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist übrigens strafrechtlich wie insolvenzrechtlich einheitlich zu verstehen.³⁵

Relevant, im Rahmen der Aufstellung des Finanzplans, ist also auch die Frage nach bestehenden und neu hinzukommenden Verbindlichkeiten; innerhalb des Prognosezeitraums. Unstrittig ist, dass bestehende Verbindlichkeiten zum Prüfungsstichtag in Ansatz zu bringen sind. Seitens des BGH ist die Frage nach neu

²⁹ Ebenda.

³⁰ LK-Tiedemann Vor § 283 StGB Rn. 144.

³¹ Schröder, in: HambKomm-InsR § 17 Rn. 36.

³² Ebenda.

³³ LK-Tiedemann Vor § 283 StGB Rn. 126, 143.

³⁴ BT-Drucks. 12/2443 S. 81.

³⁵ Schröder, in: HambKomm-InsR § 17 Rn. 1.

hinzukommenden Verbindlichkeiten nicht geklärt.³⁶ Jedoch fand im Rahmen der Prüfung des Vorliegens der drohenden Zahlungsunfähigkeit seitens des BGH eine annähernde Klärung statt. Die Rechtsprechung des BGH zeigt auf, dass bestehende Zahlungspflichten zu berücksichtigen sind, deren Fälligkeit im Prognosezeitraum nicht sicher ist, jedoch überwiegend wahrscheinlich.³⁷

Beispiele hierfür finden sich in der betrieblichen Praxis im Rahmen von variablen Lohn- und Gehaltsbestandteilen, welche an bestimmte Zielvereinbarungen geknüpft sind. Generell kommen alle Arten von Schuldverhältnissen in Betracht, die an bestimmte Erfolgsbedingungen geknüpft und nur durch Dritte zu erfüllen sind.

4. Überschuldung - § 19 InsO

Mit dem Überschuldungsbegriff erweitert der Gesetzgeber die Insolvenzreife juristischer Personen um einen weiteren Tatbestand: Die Überschuldung liegt nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners seine Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Während bislang die Liquiditätsebene relevant für die Feststellung der Insolvenzreife war, wird im Falle der Überschuldung, die Insolvenzreife vorliegend auf die Fortführungsprognose zum einen und die Frage nach der Kapitalstruktur des Unternehmens zum anderen abgestellt. Der Überschuldungsbegriff des Insolvenzrecht ist vom bilanziellen Überschuldungsbegriff zu unterscheiden, was auf unterschiedliche Bewertungsansätze zurückzuführen ist.³⁸

In einem Urteil vom 3. März 2022 (Az. IX ZR 78/20) stellte der BGH klar, dass die insolvenzrechtliche Überschuldung ein eigenständiges Beweisanzeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners darstellt. Die Stärke dieses Beweisanzeichens hängt davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Überschuldung den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erwarten lässt und wann dieser Eintritt bevorsteht.

Seitens des Gesetzgebers erfuhr die insolvenzrechtliche Definition der Überschuldung im Laufe der vergangenen Jahre verschiedene Änderungen, welche eine nähere Würdigung der Rechtsentwicklung verlangen.

Bei genauer Betrachtung der Rechtsentwicklung des Überschuldungsbegriffs seit dem 1.1.1999 avanciert dieser zu einem wirtschaftspolitischen Ordnungsinstrument, welcher als Mittel zur Krisenbewältigung regelmäßige Definitionsänderung seitens des Gesetzgebers erfährt. Im Spannungsfeld dieser Änderungen befindet sich die Fragestellung zwischen dem Zusammenhang des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs und der Fortführungsprognose. Die Überschuldung nach der jetzigen Fassung des § 19 Abs. 2 InsO liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt (Überschuldung), es sei

³⁶ Schröder, in: HambKomm-InsR § 18 Rn. 10.

³⁷ BGH, ZInsO 2014, 77, Tz. 10.

³⁸ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 1.

denn, die Fortführung des Unternehmens ist innerhalb der nächsten zwölf Monate mehr als wahrscheinlich (Fortführungsprognose).

Der Gesetzgeber erkannte aber angesichts der Finanzkrise im Jahr 2008, dass durch die mit der Krise einhergehenden Wertverluste kompensiert werden können, in dem man Unternehmen die Möglichkeit einräumt, trotz defizitärer Kapitalstruktur mittelfristig weiter am Markt operieren zu lassen.³⁹ Durch das FMStG vom 17.10.2008 kehrte der Gesetzgeber zum modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff bis zur letzten Entfristung am 5.12.2012 zurück.⁴⁰ Demnach gilt das Unternehmen bei positiver Fortführungsprognose als nicht überschuldet. Erst bei negativer Fortführungsprognose wäre ein Überschuldungsstatus aufzustellen.

Mit dem am 01.01.2021 in Kraft getretene Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFOG) fand eine erneute Änderung statt, in dem der Prognosezeitraum nach § 19 Abs. 2 n.F. InsO auf zwölf Monate festgelegt wurde.⁴¹

Eine Ausnahme stellt § 4 COVInsAG für Schuldner dar, deren Überschuldung auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen ist. Unter dieser Bedingung ist der Prognosezeitraum auf vier Monate verkürzt.

Diese Änderungen des Überschuldungsbegriffs führen zu einer noch nicht abschließend geklärten Frage⁴²: Welche Legaldefinition des § 19 InsO des Überschuldungsbegriffs sind auf Straftaten anwendbar, welche vor dem Inkrafttreten des FMStG (18.12.2008) bzw. des MoMiG (1.11.2008) bereits beendet waren?

Diese Frage ist vor dem Hintergrund des § 2 StGB zu beachten. Denn § 2 Abs. 1 StGB bestimmt Strafe und Nebenfolgen nach dem Gesetz, welches zur Zeit der Tat galt. § 2 Abs. 3 StGB führt weiter aus, dass wenn ein Gesetz vor Beendigung einer Tat galt und dann geändert wird, das mildeste Gesetz anzuwenden ist. Hierbei ist die Prüfung, welches Gesetz das mildere ist, kein abstrakter Vergleich, sondern vielmehr ist das mildeste Gesetz dasjenige, welches im konkreten Einzelfall die dem Täter günstigste Beurteilung zulässt.⁴³

Nach Weyand und Diversy ist es unstrittig, dass es sich bei den Änderungen des Überschuldungsbegriffs um Zeitgesetze nach § 2 Abs. 4 StGB handelt, welche auch nach Ablauf ihrer Befristung strafrechtlich angewendet werden können, solange die Taten während ihrer Geltung begangen wurden.⁴⁴ Satz 2 der Norm führt weiterhin aus, dass dies nicht gilt, sofern ein Gesetz etwas anderes bestimmt.

³⁹ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 3.

⁴⁰ BGBl. I 2012, S. 2418.

⁴¹ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 5.

⁴² Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 37, S. 49.

⁴³ Fischer StGB § 2 Rn. 10.

⁴⁴ Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 37, S. 50.

Nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 InsO ist nicht von einer Überschuldung auszugehen, wenn die Fortführung des Unternehmens den Umständen nach überwiegend wahrscheinlich ist. Dies bedeutet, dass die Insolvenzreife auch dann nicht gegeben ist, wenn die Überschuldung zwar rechnerisch vorliegt, die Fortführungsprognose jedoch positiv ist.⁴⁵

Die insolvenzrechtliche Fortführungsprognose und die handelsrechtliche Fortführungsprognose i.S.d. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB sind voneinander zu unterscheiden.⁴⁶

Für das Vorliegen einer positiven insolvenzrechtlichen Fortführungsprognose müssen zwei Kriterien erfüllt sein: Es bedarf eines subjektiven Fortführungswillens, welcher dann gegeben ist, wenn die Absicht besteht die werbende geschäftliche Tätigkeit des Unternehmens fortzuführen.⁴⁷ Zum anderen bedarf es objektiv dem Vorliegen eines schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzeptes, basierend auf einer ebenso schlüssigen Zahlungsfähigkeitsprognose, welche sich auf einen angemessenen Prognosezeitraum stützt.⁴⁸ Der Prognosezeitraum beträgt nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO i.d.F. des SanInsFOG 12 Monate und bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 COVInsAG vier Monate.⁴⁹

Nach anderer Auffassung ist neben der Zahlungsfähigkeitsprognose auch eine positive Ertragsprognose erforderlich, zwecks der Feststellung, ob sich das Unternehmen aus eigenen Kräften finanzieren kann.⁵⁰

Bei der Fragestellung bezüglich der Ertrags- und Finanzplanung und der Zahlungsfähigkeitsprognose, kann es m.M.n. dienlich sein, dies auf die Ermittlung der Cash-Flow Entwicklung/Prognose abzustellen. Der Cash-Flow beschreibt das Innenfinanzierungspotential einer Unternehmung⁵¹ und kann somit dem Anspruch einer Zahlungsfähigkeitsprognose erfüllen. Das hierfür notwendige Datenmaterial kann einer GuV-Rechnung entnommen werden, gleich auch ob eine Gliederung nach dem Umsatzkostenverfahren oder Gesamtkostenverfahren erfolgt ist.

Schröders Ansicht nach ist eine vermittelnde Auffassung vorzugswürdig: Eine positive Fortführungsprognose nach § 19 Abs. 2 InsO setzt voraus, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Unternehmen im Prognosezeitraum zahlungsfähig bleibt, ohne dass es zu einer Erhöhung der rechnerischen Überschuldung kommt und sich das Ausfallrisiko der Gläubiger erhöht.⁵²

⁴⁵ Pelz/Grotebrune StraßR Rn. 53.

⁴⁶ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 19.

⁴⁷ Pelz/Grotebrune StraßR Rn. 63.

⁴⁸ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 20.

⁴⁹ Pelz/Grotebrune StraßR Rn. 64.

⁵⁰ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 22.

⁵¹ Coenenberg, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, S. 1072.

⁵² Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 22.

Auch wenn für die verantwortlichen Entscheidungsträger keine Pflicht besteht die einzelnen Feststellungen und Berechnungen zu dokumentieren, so kann hierzu jedoch aus Gründen der Haftungsvermeidung und Beweisführung geraten werden.⁵³ Denn der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ergibt sich eben nicht ausschließlich aus quantitativen Methoden zur Feststellung. Bereits erwähnt war der subjektive Fortführungswille, den es ebenfalls zu dokumentieren gilt.

Erst wenn die Fortführungsprognose negativ ist, ist eine Überschuldungsbilanz, bzw. ein Überschuldungsstatus zu erstellen.⁵⁴ Der Feststellung der rechnerischen Überschuldung bedarf einer Gegenüberstellung der Passiva (Mittelherkunft) und Aktiva (Mittelverwendung), nach den maßgebenden Ansatz- und Bewertungsgrundsätzen.⁵⁵ Mangels spezieller gesetzlicher Vorschriften lässt sich herleiten, dass diese Grundsätze sich am Zwecke der Überschuldungsprüfung orientieren und daher die handelsrechtlichen Bewertungsgrundsätze nicht zur Anwendung kommen.⁵⁶ Ergänzend sei zu erwähnen, dass der praktische Ausgangspunkt solcher Untersuchungen jedoch regelmäßig ein zeitnahe handelsrechtlicher Abschluss ist.⁵⁷

In der Überschuldungsbilanz sind die *Aktiva* zu Liquidationswerten in Ansatz zu bringen und ggf. stille Reserven und Lasten aufzudecken.⁵⁸ Entscheidend ist die Verwertbarkeit im Rahmen eines zugrunde liegenden Unternehmens- bzw. Liquidationskonzeptes; sofern vorhanden.⁵⁹ Hierbei ist der Liquidationswert, unabhängig des Vorliegens eines o.g. Konzeptes, jener Veräußerungswert eines Wirtschaftsgutes bei Liquidation des Unternehmens, wobei jeweils die Verwertungskosten sowie die USt. in Abzug zu bringen sind.⁶⁰ Bei der Bewertung ist zu beachten, dass die Verwertungsmöglichkeiten glaubhaft konkret ausgestaltet sind.⁶¹ Berücksichtigt man dies und legt zeitgleich den von § 19 InsO bezweckten Gläubigerschutz zu Grunde, so gilt der Grundsatz der vorsichtigen Bewertung.⁶² Dieser ist nicht mit dem handelsbilanziellen Vorsichtsgebot i.S.d. § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB zu verwechseln, welches im Rahmen einer Überschuldungsprüfung keine Anwendung findet, was nicht unumstritten ist.⁶³

Verfasserseitig wird die Auffassung vertreten, dass die Adressaten des in § 19 InsO intendierten Gläubigerschutz und der nach Maßgabe des § 254 Abs. 1 Nr. 4 HGB geschützten Empfängerkreis, der dort teilkodifizierten Rechnungslegung, mit

⁵³ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 37.

⁵⁴ Foerste InsR §12 Rn. 131.

⁵⁵ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 38.

⁵⁶ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 39; Pelz/Grotebrune StrafR Rn. 67; Vgl. IDW S 11, Rn. 71.

⁵⁷ IDW S 11, Rn. 71.

⁵⁸ IDW S 11, Rn. 75.

⁵⁹ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 39; Vgl. IDW S 11, Rn. 74.

⁶⁰ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 41.

⁶¹ IDW S 11, Rn. 77.

⁶² Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 39; Vgl. IDW S 11, Rn. 77.

⁶³ Pelz/Grotebrune StrafR Rn. 67; a.A. Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 39.

ähnlichem Interesse ausgestattet sind: Einem der Realität entsprechenden tatsächlichen Abbild der Vermögenssituation zum Zeitpunkt und im Zeitraum.

Bei den *Passiva* ist zu beachten, dass die gegenwärtigen Verbindlichkeiten mit ihrem Nennwert anzusetzen sind.⁶⁴

Gemeint sind also solche Positionen, die aus dem Gesellschaftsvermögen im Fall der Insolvenzeröffnung zu bedienen sind.⁶⁵ Hierbei kommt es auf die Fälligkeit der jeweiligen Verbindlichkeit nicht an, der Bewertungsansatz ergibt sich aus dem Bestehen der Schuld selbst.⁶⁶

Ein wesentlicher Unterschied zu einer handelsrechtlichen Abbildung der *Passiva* besteht in dem Umstand, dass Eigenkapitalpositionen i.S.d. § 266 Abs. 3 A. HGB nicht anzusetzen sind.⁶⁷ Weiterhin entfällt der Ansatz von Rücklagen, Sonderrücklagen für eigene Aktien oder Geschäftsanteile i.S.d. § 272 Abs. 4 HGB, steuerliche Sonderabschreibungen, um einige wesentliche insolvenzrechtliche Passivierungsverbote aufzuzeigen.⁶⁸

Für Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Rechtshandlungen besteht nach § 19 Abs. 2 S. 2 InsO ein insolvenzrechtliches Passivierungsgebot, sofern kein Rangrücktritt vorliegt.⁶⁹ Die mit derartigen Forderungen belastete Gesellschaft kann demnach und gegebenenfalls die Insolvenzreife abwenden, wenn es ihr gelingt mit dem Gesellschafter einen solchen Rangrücktritt zu vereinbaren. Wovon wohl regelmäßig auszugehen wäre.

⁶⁴ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 58.

⁶⁵ Pelz/Grotebrune StrafR Rn. 71, Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 41.

⁶⁶ Pelz/Grotebrune StrafR Rn. 71.

⁶⁷ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 59.

⁶⁸ Pelz/Grotebrune StrafR Rn. 71.

⁶⁹ Schröder, in: HambKomm-InsR § 19 Rn. 61.

D. Kritik

Zugegeben: Die oberflächliche Abbildung einer Auseinandersetzung mit Hegel hievt weder betriebswirtschaftliche Methodenlehre noch die relevanten Aspekte der Rechtspraxis in die Hemisphäre evidenzbasierter wissenschaftlicher Herangehensweise. Es mag auch an einer Notwendigkeit hierzu mangeln.

Denn während die Rechtspraxis den Sachverständigen klare und nachvollziehbare Kriterien für die Feststellung der Insolvenzreife liefert, verhält es sich bei der Erkennbarkeit einer wirtschaftlichen Krise komplexer. Die entscheidungsragenden Instanzen von Unternehmen greifen oftmals auf einen nicht zu unterschätzenden Fundus von Betriebs- und Branchenerfahrung zurück. Dies kann sehr hilfreich sein, wenn es darum geht die Diskrepanz der eigenen Wertschöpfungskette zwischen Dasein im Sinne Heideggers und dem Sosein im Sinne Aristoteles so gering wie möglich zu halten.

Aber in der sachverständigen Untersuchung kann auf solche Expertise nicht immer zurückgegriffen werden. So fehlt es nicht nur und oftmals an einer ausreichenden Informationsgrundlage. Zusätzlich wird die sachverständige Untersuchung durch die Brille beeinflusst, durch die sie erfolgt. Es gilt: Was sehe ich und was sehe ich nicht?

Denn wer sich, wie der Verfasser, berufsmäßig immer wieder mit neuen Branchen und Geschäftsmodellen auseinandersetzt, der tut gut daran gelegentlich die Brille zu hinterfragen, durch die der Blick erfolgt.

Literaturverzeichnis

BeckOK StPO, 24. Ed. 22.4.2016, MiZi 3 Mitteilungen über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Coenenberg, Haller, Schultze, Jahresabschluss und Jahresabschlussanalyse, 26. Auflage, 2021

Fischer Strafgesetzbuch, 69 Auflage, 2022 (zitiert als: Fischer StGB)

Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, hrsg. von Schmidt, Andreas, 9. Auflage, 2022 (zitiert als: Bearbeiter, in: HambKomm-InsR)

Hegel, G.W.F., Phänomenologie des Geistes, Suhrkamp Verlag

IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen – IDW S 11, Stand 23.08.2021 (zitiert als: IDW S 11)

Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, 12. Auflage, 2009 (zitiert als: LK-Bearbeiter)

Mintzberg, Henry. Harvard Business Review, "The Fall and Rise of Strategic Planning", January–February 1994

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Auflage, 2019 (zitiert als: Bearbeiter, in: MüKoInsO)

Pelz/Grotebrune, Strafrecht in Krise und Insolvenz, 3. Auflage, 2022 (zitiert als: Pelz/Grotebrune StrafR)

Porter, M. E., Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance, New York: Free Press, 1985

Stern, Hegelian Metaphysics, 2009

Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte – Unternehmenszusammenbruch und Strafrecht, 10. Auflage, 2016 (zitiert als: Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte)

Sebastian Woltz, LL.M.

Betriebswirtschaftlicher Sachverständiger & Wirtschaftsforensiker

Postfach 2402

66724 Saarlouis

Festnetz: +49 6831 769 780 2

Fax: +49 32 226 864 720

Email: info@swoltz.de

Internet: www.swoltz.de

Über den Autor

Sebastian Woltz studierte Betriebswirtschaftslehre sowie Wirtschaftsrecht an der Universität des Saarlandes. Zu Beginn seiner beruflichen Laufbahn arbeitete er für national tätige Sachverständigenbüros, die auf Unternehmensinsolvenzen und Wirtschaftsforensik spezialisiert sind. Im weiteren Verlauf übernahm er beratende und leitende Positionen in den Bereichen Finanzen, Rechnungswesen und Organisationsentwicklung. Seit 2024 ist er als freiberuflicher betriebswirtschaftlicher Sachverständiger und Wirtschaftsforensiker tätig.