

Finanzwirtschaft, Unternehmensbewertung
& Revisionswesen

Manfred Jürgen Matschke · Thomas Hering

Michael Olbrich · Heinz Eckart Klingelhöfer

Gerrit Brösel *Hrsg.*

RESEARCH

Stefan Eickes

Zum Grundsatz der Unternehmensfortführung in der Insolvenz



Springer Gabler

Finanzwirtschaft, Unternehmens- bewertung & Revisionswesen

Herausgegeben von

M. J. Matschke, Greifswald, Deutschland

Th. Hering, Hagen, Deutschland

M. Olbrich, Saarbrücken, Deutschland

H. E. Klingelhöfer, Pretoria, Südafrika

G. Brösel, Hagen, Deutschland

In dieser Schriftenreihe werden betriebswirtschaftliche Forschungsergebnisse zu aktuellen Fragestellungen der betrieblichen Finanzwirtschaft und des Revisionswesens im allgemeinen sowie der Unternehmensbewertung im besonderen präsentiert. Die Reihe richtet sich an Leser in Wissenschaft und Praxis. Sie ist als Veröffentlichungsplattform für alle herausragenden Arbeiten auf den genannten Gebieten offen, unabhängig davon, wo sie entstanden sind.

Herausgegeben von

Prof. Dr. Manfred Jürgen Matschke
Ernst-Moritz-Arndt-Universität
Greifswald

Prof. Dr. Heinz Eckart Klingelhöfer
Tshwane University of Technology
Pretoria

Prof. Dr. Thomas Hering
FernUniversität in Hagen

Prof. Dr. Gerrit Brösel
FernUniversität in Hagen

Prof. Dr. Michael Olbrich
Universität des Saarlandes Saarbrücken

Stefan Eickes

Zum Grundsatz der Unternehmensfortführung in der Insolvenz

Mit einem Geleitwort von Prof. Dr. Michael Olbrich

 Springer Gabler

Dr. Stefan Eickes
Saarbrücken, Deutschland

Zugl.: Dissertation, Universität des Saarlandes, 2014

ISBN 978-3-658-06691-8

ISBN 978-3-658-06692-5 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-658-06692-5

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

Springer Gabler

© Springer Fachmedien Wiesbaden 2014

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer Gabler ist eine Marke von Springer DE. Springer DE ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.
www.springer-gabler.de

Geleitwort

Die Annahme der Unternehmensfortführung stellt einen der bedeutsamsten Rechnungslegungsgrundsätze dar, wirkt sie sich doch sowohl auf die Bilanzierung dem Grunde, der Höhe als auch dem Ausweis nach aus. Während die bilanziellen Konsequenzen eines Wegfalls der Fortführungsprämisse im Schrifttum ausgiebig diskutiert worden sind, finden sich nur wenige Arbeiten, die sich mit der Frage auseinandersetzen, *wann* die Prämisse fallenzulassen ist.

Besonders ausgeprägt ist diese Forschungslücke für den Fall der Rechnungslegung in Insolvenz. Ursache hierfür ist die herrschende Auffassung im Schrifttum, daß gerade die Insolvenz des Unternehmens einen unzweifelhaften Grund für den Wegfall der Fortführungsprämisse darstelle, die Frage nach dem Wegfall der Prämisse also trivial sei. Tatsächlich ist das Gegenteil der Fall: Da ein Unternehmen auch in der Insolvenz Rechnung legen muß und zudem trotz Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit über einen mehr oder minder langen Zeitraum – in Deutschland beläuft er sich auf durchschnittlich vier Jahre – weitergeführt wird, stellt sich die Frage, wann genau die Fortführungsprämisse fallen muß, die Insolvenzrechnungslegung also unter Zerschlagungsannahme zu erfolgen hat. Zudem kann es während der Gültigkeit der Zerschlagungsannahme zu einer Genesung des Unternehmens kommen, die die Frage nach dem Zeitpunkt eines Wiederauflebens der Fortführungsprämisse begründet.

Herr Dr. Eickes betritt mit seiner Dissertation folglich Neuland, denn er untersucht, wann die Fortführungsprämisse in der Insolvenzrechnungslegung fallen gelassen werden (und gegebenenfalls wieder aufleben) muß. Im Rahmen eines heuristischen Vorgehens identifiziert er zahlreiche Kriterien, auf deren Basis die Beurteilung der Fortführungsprämisse in der Insolvenz zu erfolgen hat. Die im Zuge seiner Monographie abgearbeitete Fragestellung ist dabei nicht nur aus Sicht der Bilanzforschung, sondern angesichts der Anzahl von Unternehmensinsolvenzen in Deutschland, die zwischen 25.000 und 40.000 per annum liegt, auch aus Sicht der Praxis von ganz erheblicher Relevanz.

Insgesamt hat Herr Dr. Eickes mit seiner Arbeit einen Meilenstein auf dem Wege der bilanztheoretischen Analyse und Fortentwicklung der Rechnungslegung vorgelegt. Es handelt sich um normative Grundlagenforschung, die erhebliche Erkenntnisgewinne für die Insolvenzrechnungslegung generiert und in Teilen zudem auch neue Einsichten in die Beurteilung der Fortführungsannahme der handelsrechtlichen Bilanzierung im allgemeinen eröffnet. Ich bin sicher, daß die von Herrn Dr. Eickes gewonnenen Ergebnisse auf erhebliches Interesse auf seiten sowohl der Wissenschaft als auch der Rechnungswesen- und Prüfungspraxis stoßen werden.

PROF. DR. MICHAEL OLBRICH

Vorwort

Die Beurteilung des Grundsatzes der Unternehmensfortführung gilt gemeinhin als eine der komplexesten Fragestellungen der Rechnungslegung. Insbesondere die Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem bilanziell nicht mehr vom handelsrechtlichen Fortführungsgrundsatz auszugehen ist, ist dabei problembehaftet. Damit einhergehend ist auch die Möglichkeit des Wiederauflebens des Fortführungsgrundsatzes zu eruieren. Besonders für das in Insolvenz befindliche Unternehmen muss die bisherige stiefmütterliche Behandlung dieses Themenkomplexes verwundern. Die vorliegende Schrift macht es sich zur Aufgabe, die dahingehenden Problemfelder zu identifizieren und diese anhand eines normativen Forschungsansatzes einer Lösung zuzuführen.

Die Monographie „Zum Grundsatz der Unternehmensfortführung in der Insolvenz“ entstand während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Wirtschaftsprüfung an der Universität des Saarlandes. Die Fakultät 1 der Universität des Saarlandes hat sie 2014 als Dissertation angenommen.

Besonderer Dank gebührt meinem sehr verehrten akademischen Lehrer und Doktorvater, Herrn PROF. DR. MICHAEL OLBRICH, der sowohl mein Dissertationsprojekt als auch meine dazu in enger Verbindung stehende persönliche Entwicklung intensiv förderte. Er hat wertvolle Anregungen gegeben, sich Fragen und Problemen jederzeit angenommen und mir große Freiräume für eigenständige wissenschaftliche Arbeit gewährt. Herrn PROF. DR. HEINZ KUBMAUL gilt mein aufrichtiger Dank für die Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Außerdem möchte ich mich herzlich bei Herrn PROF. DR. ALOIS PAUL KNOBLOCH sowie bei Herrn PD DR. PETER FETTKE für die Übernahme des Vorsitzes respektive des Beisitzes im Disputationsausschuss bedanken. Weitergehend danke ich auch den Herausgebern für die Aufnahme meiner Schrift in ihre Reihe „Finanzwirtschaft, Unternehmensbewertung & Revisionswesen“. Nicht zuletzt bedanke ich mich auch bei meinen Kollegen am Institut für Wirtschaftsprüfung einerseits für die zahlreichen fruchtbaren Diskussionen und andererseits für die jederzeitige sehr gute Zusammenarbeit.

Auch meiner Partnerin, MICHAELA BROCK, danke ich herzlich für die nimmermüde moralische Unterstützung. Zudem haben alle Familienmitglieder, insbesondere meine Schwestern, MARITA KUSCHNITZKE und BIRGIT EICKES, sowie meine lieben Eltern, HELMUT EICKES und FRANCIEN EICKES, meinen Werdegang ohne jeden Vorbehalt unterstützend begleitet. Ihnen allen gebührt von ganzem Herzen mein persönlicher Dank.

DR. STEFAN EICKES

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort	V
Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Abbildungsverzeichnis	XVII

I. Insolvenz und Fortführung	1
II. Insolvenzrecht und Insolvenzrechnungslegung	11
1. Das Unternehmen in der Insolvenz	11
1.1 Die Insolvenzgründe	11
1.1.1 Erzwungene Insolvenz	11
1.1.2 Freiwillige Insolvenz	29
1.2 Der Berichtstermin	36
1.3 Die Insolvenzabwicklungsformen	45
1.3.1 Die sofortige Zerschlagung	45
1.3.2 Die zeitweilige Fortführung	50
1.3.3 Die übertragende Sanierung	54
1.3.4 Die dauernde Fortführung	61
1.3.5 Die Eigenverwaltung	70
2. Die Rechnungslegung in der Insolvenz	75
2.1 Die Notwendigkeit einer Insolvenzrechnungslegung	75
2.1.1 Ziele einer Insolvenzrechnungslegung	75
2.1.2 Die Pflicht zur internen Rechnungslegung	78
2.1.3 Die Pflicht zur externen Rechnungslegung	84
2.1.4 Harmonisierungsversuche der Rechnungslegungspflichten	90
2.2 Die Stufen der Insolvenzrechnungslegung	93
2.2.1 Schlussbilanz	93
2.2.2 Eröffnungsbilanz des Unternehmens in der Insolvenz	95
2.2.3 Laufende Jahresabschlüsse	98
2.2.4 Schlussbilanz des Unternehmens in der Insolvenz	99

III. Die Fortführungsprämisse in der Insolvenzrechnungslegung	103
1. Eine begriffliche Abgrenzung	103
1.1 Fortbestehensprognose	103
1.2 Fortführungsprämisse	112
2. Der Zeitpunkt des Wegfalls der Fortführungsprämisse	119
2.1 Die Diskussion um mögliche Zeitpunkte des Wegfalls im Allgemeinen	119
2.2 Die Diskussion um mögliche Zeitpunkte des Wegfalls in der Insolvenz	123
2.3 Eingrenzung des Wegfalls auf eine der Insolvenzrechnungslegungsstufen	134
2.3.1 Schlussbilanz	134
2.3.2 Eröffnungsbilanz in der Insolvenz	135
2.3.3 Laufende Jahresabschlüsse	139
2.3.4 Schlussbilanz in der Insolvenz	139
2.4 Verbleibende Spielräume	140
IV. Eine heuristische Lösung des Zeitpunktproblems	143
1. Die Heuristik als Strukturierungsregel	143
1.1 Der Begriff der Heuristik	143
1.2 Die Zeitpunktbestimmung als strukturdefektes Problem	145
2. Die Teilprobleme der Lösung des Zeitpunktproblems des Wegfalls	150
2.1 Die Gläubiger	150
2.2 Die Abwicklungsform	157
2.3 Die Einstellung der Unternehmenstätigkeit	172
2.4 Der Prognosehorizont	179
3. Die Konsequenzen für die Betrachtung des Zeitpunktproblems	182
3.1 Die näherungsweise Zeitpunktbestimmung	182
3.2 Verbleibende Spielräume	186

4. Die Teilprobleme der Lösung des Zeitpunktproblems des Wiederauflebens	190
4.1 Die Gläubiger	190
4.2 Die Abwicklungsform	191
4.3 Die Aufnahme der Unternehmenstätigkeit	195
4.4 Der Prognosehorizont	198
5. Die Konsequenzen für die Betrachtung des Zeitpunktproblems	199
5.1 Die näherungsweise Zeitpunktbestimmung	199
5.2 Verbleibende Spielräume	200
V. Die Zusammenfassung der Ergebnisse	203
Literaturverzeichnis	213
Rechtsprechungsverzeichnis	247
Gesetzesverzeichnis	251
Parlamentariaverzeichnis	253

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AIFM	„alternative investment fund manager“
AIFM-StAnpG	Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AmtsG	Amtsgericht
AO	Abgabenordnung
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BiRiLiG	Bilanzrichtliniengesetz
BR	Bundesrat
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Bundestag
BUK-NOG	Gesetz zur Neuorganisation der bundesunmittelbaren Unfallkassen, zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes und zur Änderung anderer Gesetze
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CRD	„capital requirements directive“
d. Verf.	der Verfasser
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
e.V.	eingetragener Verein
EG	Europäische Gemeinschaft
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister
ES	Entwurf eines Standards

ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende
FAR	Fachausschuss Recht
ff.	fortfolgende
FMStG	Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes
FMStGÄndG	Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
FP	Fortführungsprämisse
gem.	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Die GmbH-Rundschau
GoB	Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
h.M.	herrschende Meinung
HFA	Hauptfachausschuss
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IFRS	„international financial reporting standards“
InsO	Insolvenzordnung
InsVerfVereinfG	Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
i.d.R.	in der Regel
ISA	„international standards on auditing“
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KonkTreuH	Konkurs- und Treuhandwesen
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
lit.	litera
LG	Landgericht
LZ	Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OLG	Oberlandesgericht
o.V.	ohne Verfasser
PS	Prüfungsstandard
RechtsBehEG	Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften
RGBL	Reichsgesetzblatt
RH	Rechnungslegungshinweis
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der deutsche Rechtspfleger
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
SpA	„società per azioni“
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
ZinsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZP	Zerschlagungsprämisse
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

Abbildungsverzeichnis

Abb.	Seite
1 Die Überschuldungsprüfung gemäß modifizierter zweistufiger Methode	19
2 Die Überschuldungsprüfung gemäß zweistufiger Methode	20
3 Der Ablauf des Insolvenzverfahrens	37
4 Die Durchführungszeiträume der übertragenden Sanierung	56
5 Die Erstellung einer Fortbestehensprognose	108
6 Die Stufen der Rechnungslegung in Insolvenz	133
7 Die Heuristik der Zeitpunktfindung	149
8 Die Stilllegung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter vor Verfahrenseröffnung	159
9 Die Stilllegung durch den Insolvenzverwalter vor Berichtstermin	161
10 Die reguläre Liquidation nach Berichtstermin	163
11 Die übertragende Sanierung	167
12 Die Synopsis der für Niederlegung der Tätigkeit sprechenden Kriterien	179
13 Die Synopsis der potentiellen Zeitpunkte des Wegfalls	209

I. Insolvenz und Fortführung

Der Begriff der Insolvenz leitet sich vom lateinischen „solvere“ ab; die Bedeutung des lateinischen Begriffs liegt im Abtragen einer Schuld. Durch das Voranstellen des „in“ wird signalisiert, dass das Begleichen der Schuld nicht mehr möglich ist, der Schuldner seine Verpflichtung gegenüber dem Gläubiger bzw. den Gläubigern nicht erfüllen kann. Die Insolvenz ist im deutschen Rechtsraum durch drei Tatbestände konkretisiert: die Zahlungsunfähigkeit, die drohende Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung. Sowohl bei Vorliegen der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit als auch bei vorliegender Überschuldung muss ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt werden. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit besteht für den Schuldner ein Wahlrecht, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen.

Grundlegendes Ziel eines Insolvenzverfahrens¹ ist nach § 1 InsO die bestmögliche, gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger des Schuldners.² Im Insolvenzverfahren trifft die Gläubigerversammlung nach § 157 InsO die Entscheidung über den weiteren Verlauf des Verfahrens im sog. Berichtstermin. Die Gläubiger sind jedoch in der Lage, ihre Entscheidung jederzeit zu revidieren. Regelmäßig findet eine Verwertung des schuldenrischen Vermögens statt, um die Gläubiger aus dem Erlös zu befriedigen; die Verwertung sollte dabei nach § 159 InsO schnellstmöglich erfolgen. Entgegen dieser Forderung kann es sinnvoll sein, nicht die sofortige Stilllegung respektive Verwertung des Unternehmens voranzutreiben, sondern eine (zeitweilige) Fortführung mit anschließender Liquidation des Unternehmens anzustreben. Denn ein Insolvenzantrag muss nicht zwingend Folge einer schlechten Geschäftspolitik sein, sodass auch bei Insolvenzantrag bzw. -eröffnung noch zahlreiche, unbearbeitete Aufträge vorliegen können oder die Akquirierung neuer Aufträge nicht auszuschließen ist.³

1 Das Verbraucherinsolvenzverfahren, welches für natürliche Personen gilt, die keine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, wird in der vorliegenden Schrift nicht betrachtet. Da für diese Personen zudem keine externe handelsrechtliche Rechnungslegungspflicht besteht, findet ausschließlich eine Beleuchtung des Regelinsolvenzverfahrens statt. Dieses bezieht sich auf Unternehmen, Selbständige und frühere Selbständige, gegen die mehr als 19 Gläubiger eine Forderung stellen, oder gegen die Arbeitnehmerforderungen bestehen. Innerhalb des Regelinsolvenzverfahrens fokussiert die Arbeit juristische Personen; eine Betrachtung der Restschuldbefreiung, welche nur für natürliche Personen maßgeblich ist, entfällt somit. Vgl. zur Unterscheidung von Regel- und Verbraucherinsolvenzverfahren GÖGGER, Das Insolvenzverfahrensrecht (2011), Rn. 1-21.

2 Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger – „par conditio creditorum“ – ist bei der gemeinschaftlichen Befriedigung zwingend zu berücksichtigen. Die Befriedigung der Gläubiger erfolgt daher gleichmäßig anhand einer Quote, mithin können keine Einzelvollstreckungen durchgeführt werden. Es soll nicht der Gläubiger, der zuerst seine Forderung anmeldet, zuerst befriedigt werden; es findet kein sog. Wettlauf der Gläubiger statt. Dieser ist – durch Anwendung des § 804 Abs. 3 ZPO – bei der Einzelzwangsvollstreckung zu beobachten. Vgl. dazu detailliert GANTER/LOHMANN, Ziele des Insolvenzverfahrens (2013), Rn. 20-84.

3 Vgl. OLBRICH, Gesetz zur Sicherung der Unternehmensnachfolge (2008), S. 722.

Eine Erfüllung dieser Aufträge und eine damit einhergehende Anreicherung der Insolvenzmasse sind gerade auch in der Insolvenz sinnvoll, selbst wenn dadurch keine Beseitigung des vorliegenden Insolvenzgrunds möglich ist.⁴ Auch das Übertragen von Vermögenspositionen auf ein anderes Unternehmen – die sog. übertragende Sanierung – bei gleichzeitiger Liquidation des bisherigen Rechtsträgers steht als Alternative ebenfalls zur Verfügung. Die Gläubiger können – wenn der Erhalt des Unternehmens denkbar sein sollte bzw. angestrebt wird – auch durch Ausnutzung der Möglichkeit einer Sanierung des Unternehmens befriedigt werden; dazu dient insbesondere das Modell des Insolvenzplanverfahrens.⁵ Bei allen diesen Verfahren wird mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Insolvenzverwalter bestellt, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse bezüglich der Insolvenzmasse nach § 80 InsO übergehen.⁶ Der Insolvenzverwalter ist an die von der Gläubigerversammlung getroffene Entscheidung gebunden und muss nach dieser das weitere Verfahren vorantreiben. Alternativ dazu ist es möglich, die Eigenverwaltung des Schuldners nach den §§ 270 ff. InsO zu beantragen. In diesem Fall verbleiben die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse beim Schuldner, welcher dann lediglich unter Beobachtung eines Sachwalters steht. Es wird auf diese Weise versucht, das Wissen der bisherigen Verantwortlichen zur bestmöglichen Gläubigerbefriedigung weiter zu nutzen.⁷

In der Praxis wurden die beiden letztgenannten Alternativen – der Insolvenzplan und die Eigenverwaltung – bisher kaum umgesetzt; die Liquidation des Unternehmens unter Schirmherrschaft des Insolvenzverwalters stand klar im Vordergrund.⁸ Im Zuge des ESUG⁹ hat der Gesetzgeber versucht, das Insolvenzplanverfahren bzw. die Eigenverwaltung durch zahlreiche Änderungen gegenüber der Zerschlagung attraktiver zu machen. So ist es etwa durch Einführung von § 270b InsO möglich, nach Insolvenz-

4 Vgl. dazu ZIECHMANN, Beiträge zur Sanierung (2009), Rn. 90, BECK, Geschäftsbetrieb in der Insolvenz (2010), Rn. 6, STEFFAN, Die Insolvenz (2011), Rn. 95, GÖRG/JANSSEN, Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens (2013), Rn. 6, GÖRG/JANSSEN, Maßnahmen vor der Entscheidung (2013), Rn. 8, BECK, Insolvenz (2014), Rn. 28.

5 Das Planverfahren gilt dabei als Mittel zur Zielerreichung der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung. Vgl. KIRCHHOF, Ziele des Insolvenzverfahrens (2011), Rn. 3. Es ist anzumerken, dass bei Verabschiedung eines Insolvenzplans der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung durchbrochen werden kann. Die Gleichbehandlung ist im Planverfahren nur innerhalb der zu bildenden Gruppen zu berücksichtigen; die unterschiedlichen Gruppen sind nicht gleich zu behandeln. Vgl. dazu BRAUN, Planverfahren (2010), Rn. 13 ff. und detailliert Kapitel II.1.3.4.

6 Beim Insolvenzplanverfahren ist anzumerken, dass der Schuldner mit Annahme des Insolvenzplans nach § 259 Abs. 1 Satz 2 InsO die Rechte zurückerhält, über die Insolvenzmasse zu verfügen. Der Insolvenzverwalter kann jedoch als Sachwalter das Planverfahren überwachen bzw. betreuen. Vgl. HUBER, Wirkungen der Aufhebung (2008), Rn. 11 f.

7 Vgl. zum Verfahren der Eigenverwaltung GÖRG/STOCKHAUSEN, Eigenverwaltung (2003), S. 108 ff. und insbesondere auch Kapitel II.1.3.5.

8 Vgl. JUNG, Das neue ESUG (2012), S. 83 f., SCHULZ/BERT/LESSING, Insolvenz (2012), S. 260.

9 Vgl. BGBl. 2011 I, S. 2582.

antrag aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit per Eigenverwaltung innerhalb eines sog. Schutzschirmverfahrens einen Insolvenzplan zu erstellen, dessen Umsetzung sich direkt an das Schutzschirmverfahren anschließt.¹⁰ Auch wenn der Gesetzgeber Versuche unternimmt, die Sanierungsmöglichkeiten zu stärken, stehen alle Möglichkeiten gleichrangig zur Verfügung, sodass keines der Verfahren grundsätzlich als das beste gelten kann. Mithin ist im Einzelfall zu prüfen, welches der Verfahren letztendlich im Interesse einer zweckmäßigen Abwicklung zu wählen ist.

Innerhalb des gewählten Verfahrens ist es von erheblicher Bedeutung, dass der Insolvenzverwalter bzw. der Schuldner die ihm obliegenden Rechnungslegungspflichten verantwortungsbewusst erfüllt. Sowohl die internen als auch die externen Adressaten haben ein berechtigtes Interesse an der korrekten Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens. Dabei ist im Insolvenzverfahren zwingend zwischen der internen und der externen Rechnungslegung zu unterscheiden. Im Gegensatz zu den Regelungen für nicht insolvente Unternehmen unterliegt im Insolvenzverfahren die interne Rechnungslegung in den §§ 151-153 InsO einer gesetzlichen Fixierung. Danach hat der Insolvenzverwalter ein Verzeichnis der Massegegenstände (§ 151 InsO), ein Gläubigerverzeichnis (§ 152 InsO) und eine sich aus den beiden Verzeichnissen ableitende Vermögensübersicht (§ 153 InsO) zu erstellen. Die externen Rechnungslegungspflichten richten sich durch den expliziten Verweis in § 155 InsO nach den handelsrechtlichen Vorschriften, mithin nach den §§ 238 ff. HGB. Ergänzende Vorschriften für die in der Insolvenz zu erstellenden Rechenwerke ergeben sich für Kapitalgesellschaften aus den §§ 270 AktG und 71 GmbHG, die nach h.M. analog auf das Insolvenzverfahren anzuwenden sind.¹¹ Damit sind eine Schlussbilanz des Unternehmens, eine Eröffnungsbilanz, laufende Jahresabschlüsse – bei einem Insolvenzverfahren, welches sich über mindestens zwei Geschäftsjahre erstreckt – und eine Schlussbilanz des Unternehmens in der Insolvenz zu erstellen.¹²

Durch die zwingende Berücksichtigung der §§ 238 ff. HGB ist auch die Gültigkeit des Grundsatzes der Unternehmensfortführung für die in der Insolvenz zu erstellen-

10 Erste Erfahrungen lassen erahnen, dass dieses Vorhaben von Erfolg gekrönt sein könnte. Vgl. dazu FRÖHLICH/BÄCHSTÄDT, Acht Monate ESUG (2012), S. 2044 ff. Im Jahr 2013 wurden mit dem Suhrkamp-Verlag und mit Loewe gleich zwei prominente Praxisfälle bekannt, bei denen das Schutzschirmverfahren angestrebt wurde. Vgl. KEGEL, Ein letzter Befreiungsschlag (2013), S. 121 und o.V., Fernseherhersteller Loewe beantragt Gläubigerschutz (2013).

11 Vgl., auch im Folgenden, DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 172, PINK, Insolvenzz Rechnungslegung (1995), S. 72 f., KUNZ/MUNDT, Rechnungslegungspflichten in der Insolvenz (1997), S. 668, PELKA/NIEMANN, Rechnungslegung in Insolvenzverfahren (2002), Rz. 11 f., KLEIN, Handelsrechtliche Rechnungslegung im Insolvenzverfahren (2004), S. 46, SCHERRER/HENI, Liquidations-Rechnungslegung II (2009), S. 17, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Externe (handelsrechtliche) Rechnungslegung (2011), Tz. 20, KÜBLER, Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung (2013), Rn. 23 ff.

12 Vgl. für eine detaillierte Betrachtung zur Diskussion der Notwendigkeit der zu erstellenden Rechenwerke bzw. dazu, wen die Rechnungslegungspflicht im Detail trifft, Kapitel II.2.2.

den Rechenwerke zu betrachten. Der Grundsatz der Unternehmensfortführung ist in § 252 Abs. 2 Nr. 2 HGB fixiert, wonach bei „der Bewertung [...] von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen [ist], sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen.“ Er gilt als einer der wichtigsten Grundsätze der Rechnungslegung, da er sowohl für die Bilanzierung dem Grunde als auch der Höhe und dem Ausweis nach direkte Konsequenzen zeitigt.¹³ Sofern die Fortführung der Unternehmenstätigkeit über den Prognosezeitraum, der gemeinhin zwölf Monate umfasst,¹⁴ angenommen werden kann, ist im Abschluss weiterhin zu Fortführungswerten zu bilanzieren. Falls die Unternehmenstätigkeit bereits eingestellt wurde, oder eine Einstellung innerhalb des Prognosezeitraums zu erwarten ist, bedarf es einer Bilanzierung unter Zerschlagungsannahme; das zu verteilende Vermögen steht dann im Fokus der Betrachtung. Nur bei einer zweckgerechten Auslegung des Fortführungsgrundsatzes ist es möglich, die Gläubigerschutzfunktion des handelsrechtlichen Jahresabschlusses auch bei insolventen Unternehmen zu gewährleisten.

Trotz seiner herausragenden Bedeutung für die Bilanzierung ist die Beurteilung des Fortführungsgrundsatzes mit Ermessensspielräumen behaftet. Die Schwierigkeit der Auslegung gründet sich vor allem auf die Tatsache, dass es bezüglich der Unternehmenstätigkeit einer Prognose¹⁵ bedarf, die naturgemäß mit Unsicherheit einhergeht. So ist dem ARBEITSKREIS „EXTERNE UND INTERNE ÜBERWACHUNG DER UNTERNEHMUNG“ DER SCHMALENBACH-GESELLSCHAFT FÜR BETRIEBSWIRTSCHAFT E.V. zuzustimmen, dass gerade das Fortführungsprinzip „als Bestandteil der GoB [...] eine wesentliche Klammer zwischen der grundsätzlich vergangenheitsorientierten Rechnungslegung und den zukunftsbezogenen Informationswünschen der Publizitätsadressaten dar[stellt].“¹⁶ Obwohl die Beurteilung des Fortführungsgrundsatzes Probleme aufwirft, findet dieser häufig ohne ergänzende Untersuchung pauschal Anwendung. Daher ist MOXTER zuzustimmen, der ausführt: „Das Fortführungsprinzip wird so oft falsch interpretiert, weil es für offenkundig, für gar nicht interpretationsbedürftig gehalten wird.“¹⁷ Da diesem Prinzip jedoch die angesprochene, immense Bedeutung zu-

13 Vgl. LUTTER, Fortführung der Unternehmenstätigkeit (1986), S. 185.

14 Vgl. JANSSEN, Überlegungen zum „Going concern concept“ (1984), S. 346, SARX, Grundsatz der Unternehmensfortführung (1987), S. 29, GROB/AMEN, Going-Concern-Prognosen (2005), S. 1865, FÜLBIER/KUSCHEL/SELCHERT, Allgemeine Bewertungsgrundsätze (2010), Rn. 48, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, Beurteilung der Fortführung der Unternehmenstätigkeit (2010), Tz. 8, WINKELJOHANN/BÜSSOW, Allgemeine Bewertungsgrundsätze (2014), Rn. 11.

15 Vgl. zur Notwendigkeit von Prognosen in der Rechnungslegungspraxis MATSCHKE, Prognosen im Rahmen der Rechnungslegung (1981), S. 2289-2293, MATSCHKE, Prognosen im Rahmen der Rechnungslegung II (1981), S. 2339-2343, MATSCHKE, Prognosen im Rahmen der Rechnungslegung III (1981), S. 2394-2397, RÜCKLE, Externe Prognosen (1984), S. 57-69.

16 ARBEITSKREIS „EXTERNE UND INTERNE ÜBERWACHUNG DER UNTERNEHMUNG“ DER SCHMALENBACH-GESELLSCHAFT FÜR BETRIEBSWIRTSCHAFT E.V., Probleme der Prognoseprüfung (2003), S. 207.

17 MOXTER, Prinzip der Unternehmensfortführung (1980), S. 351.

kommt, sollte der Bilanzsteller dafür sensibilisiert sein, das Unterstellen der Fortführungsprämisse eingehend zu hinterfragen.

Im Schrifttum finden sich zahlreiche, den Fortführungsgrundsatz betreffende Untersuchungen. Ihr Fokus liegt zum einen auf der Identifizierung tatsächlicher und rechtlicher Gegebenheiten, die zu einer Abkehr vom Fortführungsgrundsatz führen.¹⁸ Zum anderen diskutieren sie ausführlich, welche bilanziellen Konsequenzen ein Negieren der Fortführung der Unternehmenstätigkeit zeitigt,¹⁹ insbesondere, welche Positionen im Jahresabschluss unter Liquidationsaspekten noch anzusetzen und in welcher Höhe diese zu bewerten sind. Im Gegensatz dazu sind bisher jedoch kaum Versuche unternommen worden, den *Zeitpunkt*, ab dem bilanziell nicht mehr vom Fortführungsgrundsatz ausgegangen werden kann, einzugrenzen.²⁰ Die Frage des „Wanns“ ist aber gerade ob der einschneidenden bilanziellen Konsequenzen von unvergleichlicher Bedeutung, sodass deren bislang nur vergleichsweise stiefmütterliche Behandlung überrascht.

Bisher wird häufig implizit davon ausgegangen, dass der Eintritt in das Insolvenzverfahren gleichzeitig zu einem Wegfall der Fortführungsprämisse führt, da dieser zu den rechtlichen Gegebenheiten zu zählen sei, die gegen ein Beibehalten des Fortführungsgrundsatzes sprechen.²¹ Entgegen der pauschalen Gleichsetzung von Insolvenzeintritt und Prämissenwegfall wird allerdings zumindest darauf verwiesen, dass im Einzelfall über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinaus das Fortführungsprinzip beibehalten werden kann, wenn Gründe für eine Aufrechterhaltung der Unterneh-

18 Vgl. BAYER, *Insolvenzrechnungslegung* (2000), S. 74, GROB, „Going Concern“ (2004), S. 1360-1365, KÖNIG, *Rechnungslegung zwischen Unternehmensfortführung und Unternehmensbeendigung* (2007), S. 42, WIEDMANN, *Allgemeine Bewertungsgrundsätze* (2008), Rn. 17, FÜLBIER/KUSCHEL/SELCHERT, *Allgemeine Bewertungsgrundsätze* (2010), Rn. 48-52, INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER, *Beurteilung der Fortführung der Unternehmenstätigkeit* (2010), Tz. 11 f., BAETGE/ZIESEMER/SCHMIDT, *Allgemeine Bewertungsgrundsätze* (2011), Rn. 42, WINKELJOHANN/BÜSSOW, *Allgemeine Bewertungsgrundsätze* (2014), Rn. 14 ff.

19 Vgl., auch im Folgenden, WINNEFELD, *Rechnungslegung in Sonderbilanzen* (2006), Rn. 710-791, FÖRSCHLE/DEUBERT, *Abwicklungs-/Liquidationsrechnungslegung* (2008), Rz. 10-298, FÜLBIER/KUSCHEL/SELCHERT, *Allgemeine Bewertungsgrundsätze* (2010), Rn. 53-58, BRÖSEL/HAAKER, *Allgemeine Bewertungsgrundsätze* (2014), Rn. 24-29, WINKELJOHANN/BÜSSOW, *Allgemeine Bewertungsgrundsätze* (2014), Rn. 18-21. Vgl. für eine detaillierte Betrachtung der Konsequenzen des Wegfalls der Fortführungsprämisse in der IFRS-Rechnungslegung HABLINGER, *IFRS-Rechnungslegung der Kapitalgesellschaft in Abwicklung* (2010), S. 75-199 und HABLINGER, *Rechnungslegung bei Abwicklung der Kapitalgesellschaft* (2010), S. 276-290.

20 Vgl. für erste Ansätze, auch im Folgenden, SARX, *Abwicklungs-Rechnungslegung* (1992), S. 27-31, SCHERRER/HENI, *Externe Rechnungslegung bei Liquidation* (1992), S. 803, FÖRSCHLE/DEUBERT, *Vorschriften über den Jahresabschluss in der Liquidations-Eröffnungsbilanz* (1996), S. 1746, OLBRIICH, *Grundsatz der Unternehmensfortführung* (2005), S. 565-570.

21 Vgl., auch im Folgenden, SARX, *Grundsatz der Unternehmensfortführung* (1987), S. 28 ff., FEDERMANN, *Handelsrecht* (2010), S. 205, FÜLBIER/KUSCHEL/SELCHERT, *Allgemeine Bewertungsgrundsätze* (2010), Rn. 52.

menstätigkeit sprechen.²² Auch der Gesetzgeber geht in der Gesetzesbegründung zur Insolvenzordnung davon aus, dass während des Verfahrens Fortführungswerte anzusetzen sind, sofern die Unternehmenstätigkeit aufrechterhalten wird.²³ Ein Beibehalten des Fortführungsgrundsatzes wurde bereits während der Gültigkeit der Konkursordnung bei lang andauernden Unternehmensfortführungen für möglich erachtet.²⁴ Auch wenn die Insolvenz als Auflösungsstatbestand der Kapitalgesellschaft nach § 262 AktG bzw. § 60 GmbHG zu klassifizieren ist, und die Unternehmenstätigkeit daher eingestellt wird, ist nicht zwangsläufig vom Fortführungsgrundsatz abzugehen. Denn die Einstellung der Unternehmenstätigkeit erfolgt häufig nicht bereits zu Beginn des Liquidationsprozesses, sondern erst im weiteren Verlauf.²⁵ Es ist dem Insolvenzverwalter sogar möglich, neue Geschäfte während des Insolvenzverfahrens einzugehen.²⁶ Trotz dieser Sachlage versäumt es das Schrifttum bislang, einerseits den Tatbestand der Fortführung der Geschäftstätigkeit in der Insolvenz entsprechend zu würdigen und andererseits Kriterien herauszuarbeiten, die eine Beurteilung des Zeitpunkts des Wegfalls der Fortführungsprämisse erlauben.

Im Kontext des Insolvenzverfahrens ist des Weiteren darauf zu achten, dass die handelsrechtliche Fortführungsprämisse nicht mit der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose verwechselt wird. Letztere findet im Sinne einer Zahlungsfähigkeitsprognose im Zuge der Beurteilung der drohenden Zahlungsunfähigkeit bzw. des Überschuldungstatbestandes Anwendung. Erstere – als Bilanzierungsgrundlage für den Jahresabschluss – geht über eine bloße Zahlungsfähigkeitsprognose hinaus.²⁷

Der aktuelle Forschungsstand weist daher die folgenden Lücken auf:

1. Viele der angestellten Untersuchungen fokussieren lediglich die freiwillige Auflösung eines Unternehmens und lassen regelmäßig die Identifizierung einer Rechnungslegungsstufe, ab der bilanziell nicht mehr von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen ist, vermissen.

22 Vgl. ADLER/DÜRING/SCHMALTZ, *Allgemeine Bewertungsgrundsätze* (1995), Rn. 24 f., KRAWITZ, *Going Concern* (2002), Sp. 1009-1013, WINNEFELD, *Bewertung der Aktiva und Passiva* (2006), Rn. 25 i.V.m. Rn. 30, HILLEBRAND, *Handelsrechtliche Rechnungslegung in der Insolvenz* (2007), S. 154, MAUS, *Handels- und steuerrechtliche Rechnungslegung* (2010), Rn. 13, BAETGE/ZIESEMER/SCHMIDT, *Allgemeine Bewertungsgrundsätze* (2011), Rn. 57, STEFFAN, *Insolvenzrecht* (2014), Rn. 397.

23 Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, *Insolvenzordnung* (1992), S. 172.

24 Vgl. RIERING, *Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter* (1987), S. 52.

25 Vgl. OLBRICH, *Grundsatz der Unternehmensfortführung* (2005), S. 565.

26 Dies ist direkte Konsequenz aus § 80 InsO, durch den – wie beschrieben – die Verwaltungs- und Verfügungsrechte auf den Insolvenzverwalter übertragen werden. Vgl. dazu weiterführend OTT/VUIA, *Übergang des Verwaltungs- und Verfügungsrechts* (2013).

27 Vgl. dazu detailliert Kapitel III.1.

2. Zudem wird häufig nicht erkannt oder ignoriert, dass der Fortführungsgrundsatz auch während eines Insolvenzverfahrens bejaht werden kann; es wird implizit von einem Wegfall des Fortführungsgrundsatzes mit Eintritt in die Insolvenz ausgegangen.
3. Falls die Erkenntnis reift, dass ein Beibehalten der Fortführungsprämisse möglich oder gar geboten ist, fehlt es an einer darüber hinausgehenden Betrachtung, auf welcher Rechnungslegungsstufe bilanziell vom Grundsatz abzugehen ist.
4. Die Betrachtungen der Unternehmenstätigkeit – als das für die Beurteilung des Fortführungsgrundsatzes maßgebliche Kriterium – stellen ausschließlich auf eine produzierende Tätigkeit ab. Es bleibt dabei einerseits offen, ob bei Unternehmen des produzierenden Gewerbes die Ausrichtung auf eine Wertschöpfungsstufe ausreicht und andererseits, wie andere Unternehmenstypen – etwa Dienstleistungsunternehmen oder Handelsunternehmen – den handelsrechtlichen Fortführungsgrundsatz zu beurteilen haben.
5. Es fehlt in der Literatur gänzlich an einer Betrachtung der Möglichkeit des Wiederauflebens des Fortführungsgrundsatzes in der Insolvenz, obwohl es denkbar ist, dass Unternehmen, die die Geschäftstätigkeit bereits eingestellt haben und lediglich einer vermögensverwertenden Tätigkeit nachgehen, neue Aufträge bzw. Investoren akquirieren und die Unternehmenstätigkeit dadurch wieder aufnehmen können. Daher ist zum einen zu untersuchen, wann ein solches Aufleben in der Insolvenz zu unterstellen ist, und zum anderen, welche bilanziellen Konsequenzen sich daraus ergeben.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es deshalb, einen Beitrag dazu zu leisten, den Zeitpunkt, ab dem in der externen handelsrechtlichen Rechnungslegung in Insolvenz nicht mehr bzw. wieder vom Grundsatz der Fortführung ausgegangen werden darf bzw. muss, näherungsweise zu bestimmen. Um eine solche Untersuchung adäquat durchführen zu können, sind zunächst die bestehenden Forschungslücken zu präzisieren und kritisch zu analysieren, um anschließend Kriterien zu entwickeln, anhand derer die Bestimmung von Aufrechterhaltung, Niederlegung bzw. Wiederaufnahme der Unternehmenstätigkeit für alle Unternehmenstypen ermöglicht wird. Zur Lösung des Problems wird ein normativer Forschungsansatz gewählt.²⁸ Zudem wird die Heuristik als Strukturierungsregel herangezogen; das nicht optimal lösbare Gesamtproblem wird in Teilprobleme zerlegt, deren Lösung dann eine zufriedenstellende Lösung des Gesamtproblems liefert.

²⁸ Vgl. zur Zweckmäßigkeit normativer Forschung KÜTING/KUBMAUL/BIEG/WEBER/WASCHBUSCH/BAUMEISTER/WEGENER/OLBRICH/KNOBLOCH, Plädoyer für eine normative theorie- und praxisbezogene Betriebswirtschaftslehre (2013), S. 2097 ff. Vgl. für diesen Forschungsansatz auch BIEG/BOFINGER/KÜTING/KUBMAUL/WASCHBUSCH/WEBER, Die Saarbrücker Initiative gegen den Fair Value (2008), S. 2549-2552.

Die praktische Relevanz der Untersuchung des Fortführungsgrundsatzes ergibt sich einerseits durch die konstant hohe Zahl an Insolvenzen in Deutschland.²⁹ Andererseits resultiert sie ferner aus der Tatsache, dass ein Insolvenzverfahren in der Mehrzahl der Fälle erst nach mehreren Jahren zum Abschluss gelangt; nach einer vom IFM BONN in Auftrag gegebenen Auswertung enden Insolvenzen juristischer Personen im Durchschnitt erst nach knapp vier Jahren.³⁰ Mithin sind während des Insolvenzverfahrens regelmäßig mindestens drei laufende Jahresabschlüsse zu erstellen. Wenn das Unternehmen im Insolvenzverfahren die Unternehmenstätigkeit aufrechterhält, ist es zwingend notwendig, die Beibehaltung des Grundsatzes der Unternehmensfortführung für diese Abschlüsse zu prüfen.³¹

Um die angestrebte Zielsetzung zu erreichen, sind in Hauptkapitel II „Insolvenzrecht und Insolvenzrechnungslegung“ zunächst die insolvenzrechtlichen Grundlagen zu erläutern. Daher liegt der Fokus in Unterkapitel 1 auf einer detaillierten Betrachtung der Insolvenzgründe – Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und drohende Zahlungsunfähigkeit. Zunächst werden die einzelnen Insolvenzgründe definiert, um anschließend auf deren Feststellung einzugehen. Dabei ist zum einen zwischen Zahlungsunfähigkeit und -stockung bzw. Zahlungsunfähigkeit und drohender Zahlungsunfähigkeit zu unterscheiden. Zum anderen sind der modifizierte zweistufige und der zweistufige Überschuldungsbegriff zu differenzieren und zu erläutern. Dies ist vor allem vor dem Hintergrund wichtig, dass die Überschuldungsdefinition durch das FMStG einer Änderung unterworfen wurde. Da der derzeitige Überschuldungsbegriff einer Befristung unterlag, wurde er nach zweimaliger Verlängerung letztlich entfristet und soll nun dauerhaft gelten. Im zweiten Abschnitt des Kapitels erfolgt zunächst eine Betrachtung des Berichtstermins, in welchem die Gläubigerversammlung über den Fortgang des Verfahrens entscheidet. Dazu stehen ihr die im weiteren Verlauf dargestellten Insolvenzabwicklungsformen zur Auswahl. Es sind die Möglichkeiten der sofortigen Zerschlagung, der zeitweiligen Fortführung, der übertragenden Sanierung, der Aufstellung eines Insolvenzplans und der Beantragung der Eigenverwaltung zu unterscheiden. In Unterkapitel 2 erfolgt die Herleitung der handelsrechtlichen Rechnungslegungspflicht im Insolvenzverfahren. Es ist dabei zu berücksichtigen, dass im Insolvenzverfahren eine gesetzlich normierte, interne Rechnungslegung einerseits zu einer handelsrechtlichen externen Rechnungslegung andererseits abzugelenken ist; weiter wird auf die vorhandenen Harmonisierungsversuche der beiden Rechnungslegungspflichten eingegangen. Im zweiten Abschnitt werden die sich im Laufe des Insolvenzverfahrens ergebenden Rechnungslegungsstufen hergeleitet und dargestellt, wen die Aufstellungspflicht trifft. Hauptkapitel III „Die Fortführungsprämisse in der Insolvenzrechnungslegung“ legt das Augenmerk zunächst auf eine begriffliche und in-

29 Vgl. STATISTISCHES BUNDESAMT, Insolvenzverfahren (2013), S. 3.

30 Vgl. KRANZUCH/ICKS, Wann werden Gläubiger ausgezahlt? (2010), S. 25.

31 Zum selben Schluss gelangt HILLEBRAND, Handelsrechtliche Rechnungslegung in der Insolvenz (2007), S. 154.

haltliche Differenzierung zwischen der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose und der handelsrechtlichen Fortführungsprämisse. Diese Betrachtung stellt die immense Bedeutung des als Grundsatz ordnungsmäßiger Buchführung bekannten Fortführungsprinzips für die Bilanzierung dem Grunde, der Höhe und dem Ausweis nach heraus. Dies bildet die Grundlage dafür, sich den Bedingungen des Wegfalls der Fortführungsprämisse und den für den Wegfall in Frage kommenden Rechnungslegungsstufen zu widmen. Der zweite Abschnitt schließt mit einer Betrachtung der für die Zeitpunktbestimmung verbleibenden Spielräume. In Hauptkapitel IV „Eine heuristische Lösung des Zeitpunktproblems“ steht die näherungsweise Bestimmung des Zeitpunkts des Fortfalls und des Wiederauflebens der Fortführungsprämisse im Mittelpunkt. Dazu wird zunächst die grundsätzliche Idee der Heuristik als Strukturierungsregel herausgearbeitet, um anschließend auf die der Betrachtung immanenten Strukturdefekte einzugehen. In Unterkapitel 2 wird das Hauptproblem in einzelne Teilprobleme zerlegt, um diese einer hinreichenden Lösung zuzuführen und somit den Zeitpunkt des Wegfalls der Fortführungsprämisse – als Hauptproblem – näherungsweise zu bestimmen. Dazu sind die Teilprobleme der Gläubigerentscheidung, der Abwicklungsform, der Betriebseinstellung – bzw., bei Wiederaufleben, der Betriebsaufnahme – und des Prognosehorizonts eingehend zu untersuchen. Nach einer detaillierten Analyse der einzelnen Problembereiche werden die sich daraus ergebenden Konsequenzen für die Zeitpunktbetrachtung dargestellt. Die Arbeit schließt in Kapitel V mit einer Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse.

II. Insolvenzrecht und Insolvenzrechnungslegung

1. Das Unternehmen in der Insolvenz

1.1 Die Insolvenzgründe

1.1.1 Erzwungene Insolvenz

Durch den Eintritt in das Insolvenzverfahren ist der rechtliche Rahmen, den der Gesetzgeber für die Abwicklung der Vermögens- und Haftungsverhältnisse stellt, von den gesetzlichen Vertretern eines Unternehmens zu beachten.¹ Grundsätzlich muss der Schuldner, um in ein Insolvenzverfahren eintreten zu können, die Voraussetzung der Insolvenzfähigkeit erfüllen. Insolvenzfähig sind nach § 11 Abs. 1 Satz 1 InsO alle natürlichen und alle juristischen Personen.² Zusätzlich ist durch Satz 2 der nicht rechtsfähige Verein einer juristischen Person gleichgestellt. Damit determiniert die Insolvenzordnung explizit, über wessen Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. Die Möglichkeit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens setzt sowohl das Stellen eines schriftlichen Antrags nach § 13 InsO als auch das Vorliegen eines Eröffnungsgrunds nach § 16 InsO voraus. Das Verfahren ist trotz Vorliegen dieser beiden Merkmale nur dann zu eröffnen, soweit nach § 26 InsO die Kosten³ des Verfahrens durch das Vermögen⁴ des Schuldners voraussichtlich gedeckt sein werden.

1 Vgl., auch im Folgenden, AMPFERL, *Insolvenzgründe* (2010), Rn. 2-19.

2 § 11 Abs. 2 InsO bestimmt weiterhin, dass über das Vermögen einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit und über weitere dinglich und haftungsrechtlich abgegrenzte Sondervermögen das Insolvenzverfahren eröffnet werden kann. So können auch ein Nachlass, das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft oder das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut Gegenstand eines Insolvenzverfahrens sein. Insolvenzunfähig sind nach § 12 InsO der Bund und die Länder sowie – soweit es das Landesrecht bestimmt – juristische Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht eines Landes unterstehen.

3 § 54 InsO führt die zu berücksichtigenden Kosten abschließend auf. Es handelt sich um die Gerichtskosten, die Vergütungen und die Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses. Der Katalog des § 54 InsO wurde erst im Zuge der Einführung der Insolvenzordnung etabliert und sollte dem Ziel einer leichteren Verfahrenseröffnung dienen. Die heute gültige Insolvenzordnung trat zum 01.01.1999 in Kraft und löste die Konkursordnung, die Vergleichsordnung und die Gesamtvollstreckungsordnung ab. Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung eingehend STÜRNER, *Einleitung* (2013), Rn. 25-45c.

4 Die zukünftige Insolvenzmasse stellt das zur Verfügung stehende Vermögen dar. Damit unterliegt das Vermögen keiner Zeitpunkt-, sondern einer Zeitraumbetrachtung, in der auch die Liquidierbarkeit vorhandenen Vermögens und der Neuerwerb zu berücksichtigen sind. Neben Kostendeckung durch zukünftiges Vermögen ist ebenfalls die Deckung durch Vorschussleistungen eines Dritten – es gibt keine Begrenzung auf einen bestimmten Personenkreis – oder durch Stundung nach § 4a InsO denkbar. Vgl. dazu HAARMEYER, *Abweisung mangels Masse* (2013), Rn. 20-31.

Andernfalls ist die Eröffnung abzulehnen, und es erfolgt ein Eintrag in das vom Insolvenzgericht geführte Schuldnerverzeichnis⁵. Die drei vorgenannten Bedingungen sind durch das Insolvenzgericht nach § 5 InsO im Rahmen der Amtsermittlungspflicht⁶ zu prüfen.⁷

Insolvenzeröffnungsgründe, die eine Antragspflicht bzw. ein Antragsrecht nach sich ziehen, sind die Zahlungsunfähigkeit, die drohende Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung; geregelt sind diese Tatbestände in den §§ 17, 18 und 19 InsO. Für eine Systematisierung der drei Insolvenzgründe ist es zweckdienlich, die Insolvenztatbestandsmerkmale danach zu unterscheiden, ob nach Identifizierung eines Insolvenzgrunds zwangsweise ein Insolvenzantrag zu stellen ist, oder dieser auf freiwilliger Basis erfolgen kann. Der ersten Kategorie sind die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung zu subsumieren. Die drohende Zahlungsunfähigkeit stellt für den gesetzlichen Vertreter ein faktisches Wahlrecht dar, denn er muss bei Vorliegen nicht zwangsweise einen Insolvenzantrag stellen. Nicht alle Insolvenzgründe entfalten die gleiche praktische Relevanz. In den Jahren 2002 bis 2007 ist festzustellen, dass die Zahlungsunfähigkeit bzw. das Auftreten von Zahlungsunfähigkeit in Kombination mit Überschuldung den maßgeblichen Eröffnungsgrund darstellt.⁸ Nur circa ein bzw. zwei Prozent der Anträge basieren auf der drohenden Zahlungsunfähigkeit bzw. der ausschließlichen Überschuldung; eine ähnlich geringe Relevanz weist ein gleichzeitiges Auftreten von drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung auf.

Bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hat der gesetzliche Vertreter bzw. der Abwickler laut § 15a InsO unverzüglich – spätestens jedoch nach drei Wochen – einen Insolvenzantrag zu stellen. Damit unterliegt der gesetzliche Vertreter

5 Die Eintragung dient einer Schutz- und Warnfunktion, die „zur Verringerung volkswirtschaftlicher Fehlentwicklungen und zur Abwehr der Wirtschaftskriminalität [beitragen soll].“ Beschluss des BVerfG vom 25.07.1988, NJW 1988, S. 3010. Eingetragen wird lediglich der Schuldner, jedoch z.B. nicht der gesetzliche Vertreter einer juristischen Person.

6 Zum Amtsermittlungsgrundsatz, insbesondere zu den einzelnen Ermittlungsmöglichkeiten, die das Insolvenzgericht wahrnehmen kann, vgl. SCHMERBACH, Verfahrensgrundsätze (2013), Rn. 1-53.

7 Der Antrag bildet die Voraussetzung für das Eröffnungsverfahren. Das bedeutet, dass das Insolvenzgericht erst tätig werden kann, nachdem ein Antrag gestellt wurde. Das Insolvenzgericht darf damit weder eigenständig Ermittlungen aufnehmen noch sichernde Maßnahmen ergreifen. Damit bleibt die Autonomie des Antragstellers gewahrt. Antragsberechtigt sind sowohl der Schuldner als auch die Gläubiger – es sind darunter die Insolvenzgläubiger zu verstehen – und damit die direkt am Prozess beteiligten Parteien. Zu den Einzelheiten der Antragsberechtigten, der Prüfung der Antragszulässigkeitsvoraussetzungen und der Unterscheidung des Schuldner- und des Gläubigerantrags vgl. HÄSEMEYER, Insolvenzrecht (2007), S. 133-146, SCHMAHL/VUIA, Eröffnungsantrag (2013), Rz. 1-65.

8 Vgl., auch im Folgenden, ANGELE, Insolvenzen 2004 (2005), S. 342, ANGELE/VON KARMAIN-SKY, Insolvenzen 2005 (2006), S. 355, ANGELE, Insolvenzen 2006 (2007), S. 356, ANGELE, Insolvenz 2007 (2008), S. 306.

einer dauerhaften, wirtschaftlichen Selbstprüfungspflicht, um dem Tatbestand der Insolvenzverschleppung zu entgehen.⁹ Dies bedeutet nicht, dass täglich ein Überschuldungsstatus aufzustellen ist, erst bei Anzeichen einer Krise ist das Vorliegen eines Insolvenzgrunds eingehend zu prüfen.¹⁰ Eine abschließende Eingrenzung allgemeiner Krisenmerkmale ist nicht möglich, da im Einzelfall zu prüfen ist, ob ein Krisenmomentum gegeben ist. Als konkrete Anzeichen für eine Krise kommen folgende Fallkonstellationen in Betracht: starker Rückgang der Umsätze oder Aufträge¹¹, Verbrauch des Eigenkapitals¹², Überschreitung der Zahlungsziele¹³, Unterlassen von Investitionsvorhaben¹⁴ oder der hälftige Verlust des gezeichneten Kapitals¹⁵.

Die Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit findet sich in § 17 Abs. 2 InsO. Zahlungsunfähigkeit ist folglich dann anzunehmen, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Verpflichtungen zu erfüllen, oder der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Obwohl regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen ist, wenn die Zahlungen des Schuldners eingestellt wurden, ist dieses Merkmal als widerlegbare Vermutung auszulegen.¹⁶ Zahlungseinstellung ist laut BGH dann anzunehmen, „wenn sich aus dem Verhalten des Schuldners das andauernde Unvermögen ergibt, *einen* wesentlichen Teil der fälligen und eingeforderten Schulden zu bezahlen.“¹⁷ Die Leistung vereinzelter Zahlungen spricht nicht gegen die Annahme der Zahlungseinstellung.¹⁸ Selbst größere Zahlungen widersprechen dieser Tatsache nicht, sofern sie nicht einen wesentlichen Teil der Zahlungsverpflichtungen decken können. Bezüglich der Wesentlichkeit finden sich im Gesetz keine konkreten Angaben, sodass dem Bilanzierenden ein Interpretations- bzw. Ermessensspielraum verbleibt. Im BGH-Urteil vom 17.05.2001 wird eine terminologische Änderung in Bezug auf das BGH-Urteil vom 01.03.1984 vorgenommen insofern, als Zahlungseinstellung dann gegeben sei, wenn „der Schuldner außerstande ist, *den* wesentlichen Teil seiner Verbindlichkeiten

9 Jedoch objektiviert ebenso die Festlegung einer Antragsfrist den Prüfungszeitpunkt nicht, da dieser mit Kenntnis des Insolvenztatbestandes beginnt, es aber trotzdem unklar bleibt, zu welchem Zeitpunkt diese Kenntnis zu generieren ist. Zum gleichen Schluss gelangt MÖHLMANN-MAHLAU, Die Überschuldungsprüfung (2005), S. 8.

10 Urteil des OLG Celle vom 06.05.1999, NZG 1999, S. 1065 und Urteil des OLG Düsseldorf vom 20.11.1998, NZG 1999, S. 350.

11 Vgl. AXHAUSEN, Die GmbH in Krise (2009), Rn. 31.

12 Eine Unterbilanz zeugt nicht direkt von gleichzeitiger Überschuldung. Zur Differenzierung vgl. UHLENBRUCK, Überschuldung (2010), Rn. 25.

13 Vgl. HOLZER, Krisenerkennung bei insolvenzgefährdeten Unternehmen (2005), S. 313.

14 Vgl. STEFFAN, Die Unternehmenskrise (2011), Rn. 34.

15 Vgl. BANK, Pflichtverletzungen durch Vorstandsmitglieder (2010), Rn. 371-378.

16 Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, Insolvenzordnung (1992), S. 114.

17 BGH-Urteil vom 01.03.1984, NJW 1984, S. 1953 (Hervorhebung durch den Verfasser).

18 Vgl., auch im Folgenden, BGH-Urteil vom 17.05.2001, ZIP 2001, S. 1155.

zu erfüllen.“¹⁹ Der BGH bestätigt diese Ansicht im Jahre 2006; denn Zahlungseinstellung ist dann gegeben, wenn noch geleistete Zahlungen „im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht *den* wesentlichen Teil ausmachen.“²⁰ ECKARDT ist der Ansicht, dass zwischen „einem wesentlichen Teil“ und „dem wesentlichen Teil“ zu unterscheiden sei.²¹ Er begründet dies damit, dass letztere Formulierung die Nichtzahlung der Verbindlichkeiten als Regel, die Zahlung hingegen als Ausnahme betrachtet. Weiterhin führt er aus, dass die Zahlungseinstellung bei „einem“ wesentlichen Teil auch dann angenommen werden könne, wenn der betrachtete Teil zwar unter 50 Prozent der Gesamtverbindlichkeiten liege, jedoch einen nicht unerheblichen Umfang erreiche. Er verkennt jedoch einerseits die Tatsache, dass diese Argumentation auch für „den“ wesentlichen Teil heranziehbar ist, da diese Formulierung nicht impliziert, dass erst bei über 50 Prozent von der Wesentlichkeit auszugehen ist. Andererseits ist bei den Formulierungen der Terminus des „wesentlichen Teils“ gleich, sodass davon auszugehen ist, dass der BGH mit beiden Formulierungen dieselbe Ansicht vertritt und sich lediglich eine semantische Ungenauigkeit eingeschlichen hat. Mithin sollte der Fokus einer Diskussion darauf gelegt werden, was unter Wesentlichkeit zu verstehen ist.

Die h.M. geht davon aus, dass ein Schuldner zahlungsunfähig ist, wenn ein objektiver, kurzfristig nicht zu behebender Mangel an Zahlungsmitteln bei gleichzeitig vorhandenen Zahlungsverpflichtungen besteht.²² Ein Schuldner kann damit bereits Zahlungsunfähigkeit aufweisen, wenn er einen einzigen Gläubiger hat und nicht in der Lage ist, diesen zu befriedigen. Bei Betrachtung der Zahlungsunfähigkeit rücken vor allem die Merkmale der Dauerhaftigkeit und der Wesentlichkeit in den Fokus. Durch die detaillierte Betrachtung beider Merkmale kann die Zahlungsunfähigkeit identifiziert und zugleich von der bloßen Zahlungsstockung abgegrenzt werden.²³ Auf eine klarstellende Erläuterung der Attribute wurde im Gesetzestext offenbar bewusst verzichtet. Jedoch müssen auch nach der im Gesetz vorhandenen Definition der Zahlungsunfähigkeit die oben genannten Merkmale geprüft werden, um zu erkennen, wann ein Insolvenzantrag zu stellen ist.

Die mit dem unbestimmten Begriff der Dauerhaftigkeit eröffneten Ermessensspielräume wurden vom Gesetzgeber nicht eingeschränkt, denn dass „eine vorübergehen-

19 BGH-Urteil vom 17.05.2001, ZIP 2001, S. 1155 (Hervorhebung durch den Verfasser).

20 BGH-Urteil vom 12.10.2006, ZIP 2006, S. 2224 (Hervorhebung durch den Verfasser).

21 Vgl. dazu ECKARDT, Zahlungseinstellung (2001), S. 822.

22 Vgl., auch im Folgenden, FREGE/KELLER/RIEDEL, Insolvenzgründe (2008), Rn. 302-324, MÖNNING, Zahlungsunfähigkeit (2008), Rn. 5-27, AMPFERL, Insolvenzgründe (2010), Rn. 20-23, UHLENBRUCK/GUNDLACH, Die Insolvenzgründe als Verfahrensauslöser (2010), Rn. 4 ff., ALTMEP-PEN, Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit (2012), Rn. 15-22, BECK, Insolvenz (2014), Rn. 103-110.

23 Vgl. BGH-Urteil vom 30.04.1992, NJW 1992, S. 1960.