

- 1.130 – die IKB Deutsche Industriebank AG. Sie ist insolvenzfähig. Dies wird in § 1 des Gesetzes über die Industriekreditbank¹ als selbstverständlich unterstellt.
- 1.131 – Die Deutsche Bundesbank und die Landeszentralbanken können als bundesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts (§ 1 BBankG) nur durch Gesetz aufgelöst werden (§ 44 BBankG). Bis dahin wird der Bund als verpflichtet angesehen, deren Funktionsfähigkeit aufrechtzuerhalten², so daß eine Insolvenz praktisch ausgeschlossen ist.

b) Insolvenzgründe

- 1.132 Soweit die juristischen Personen des öffentlichen Rechts insolvenzfähig sind, bilden sowohl die drohende und eingetretene **Zahlungsunfähigkeit** als auch die **Überschuldung** einen Insolvenzgrund (§ 19 Abs. 1 InsO). Wegen der geringen praktischen Bedeutung der Insolvenz von Anstalten und Körperschaften öffentlichen Rechts soll auf eine weitere Darstellung hier verzichtet werden.

III. Begriff der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

- 1.133 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß zwischen drohender Zahlungsunfähigkeit, schon eingetretener Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung zu unterscheiden ist. Diese Begriffe bedürfen daher einer näheren Erläuterung:

1. Zahlungsunfähigkeit

- 1.134 Nach der Definition des Gesetzgebers in § 17 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er **nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen**. Damit ist der Gesetzgeber weitgehend der Rechtsprechung³

1 BGBl. III 7627-1; Namensänderung in IKB Deutsche Industriebank AG im Jahre 1990.

2 Spindler/Becker/Starke, Die Deutsche Bundesbank, 4. Aufl. 1973, § 44 Anm. 2.

3 St. Rspr. des RG seit RG vom 22.2.1882 – I 668/81 – RGZ 6, 96, zuletzt RG vom 28.2.1920 – VII 93/20 – RGZ 100, 65; BGH vom 5.11.1956 – III ZR 139/55 – WM 1957, 67; BGH vom 27.11.1968 – VIII ZR 204/66 – WM 1969, 98; BGH vom 10.1.1985 – IX ZR 4/84 – WM 1985, 396 = WuB VI B § 30 KO 2.85 – Uhlenbruck; BGH vom 22.11.1990 – IX ZR 103/90 – ZIP 1991, 39; BGH vom 11.7.1991 – IX ZR 230/90 – ZIP 1991, 1014; BGH vom 17.5.2001 – IX ZR 188/98 – ZInsO 2001, 617; OLG Düsseldorf vom 5.11.1982 – 5 Ss 418/82 – 315/82 I – DB 1983, 168.

gefolgt, die die Zahlungseinstellung, aus der sich die Zahlungsunfähigkeit ergibt, als das

„auf dem Mangel an Zahlungsmitteln beruhende dauernde Unvermögen des Schuldners, seine fälligen Geldschulden im wesentlichen zu berichtigen“,

definiert hat.

Den genauen **Zeitpunkt** zu ermitteln, in dem die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, fällt oft nicht leicht. Am ehesten ist die Zahlungsunfähigkeit zwar an einer Zahlungseinstellung zu erkennen. Für die Prüfung der Zahlungseinstellung gelten aber nicht allein die betriebswirtschaftlichen Grundsätze, nach denen eine Zahlungseinstellung schon dann anzunehmen ist, wenn die fälligen Schulden an einem Tage die zur Verfügung stehenden Mittel übersteigen¹. Bei der Zahlungsunfähigkeit im Rechtssinne handelt es sich nämlich nicht um eine Frage der Liquidität, denn auch ein Schuldner, dessen Passiva überwiegen, kann durch Kredite in die Lage versetzt werden, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen und demnach zahlungsfähig zu bleiben². 1.135

Ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt, ist vielmehr eine **Tatfrage**, die sich nur aus der Gesamtlage des Schuldners, dem Gesamtverhalten seiner Gläubiger im kritischen Zeitpunkt und der in Zukunft zu erwartenden Entwicklung beurteilen läßt³. Starke **Indizien** für eine Zahlungseinstellung sind z.B. Wechselproteste oder das Unterlassen von Zahlungen, die für die Aufrechterhaltung des Betriebes von größter Bedeutung sind wie Energielieferungen, Löhne und Gehälter, aber auch von Zahlungen an solche Gläubiger, von denen bekannt ist, daß sie mit Insolvenzanträgen sehr schnell bei der Hand sind wie der Fiskus und die Krankenkassen und Sozialversicherungsträger. 1.136

Der Annahme einer Zahlungsunfähigkeit steht andererseits nicht der Umstand entgegen, daß der Schuldner noch einzelne, für die Aufrechterhaltung des Betriebes unverzichtbare Zahlungen leistet, wenn andere Gläubiger ihre unbestrittenen Ansprüche ernsthaft und monatelang vergeblich einfordern⁴. An das Merkmal des Einforderns sind geringe Anforderungen 1.136a

1 Papke DB 1969, 735.

2 Uhlenbruck, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl. 1988, Kap. 8 I.

3 RG vom 5.12.1905 – VII 114/05 – JW 1906, 92; RG vom 1.6.1911 – VII 582/10 – JW 1911, 724.

4 BGH vom 16.3.1995 – IX ZR 72/94 – ZIP 1995, 630; BGH vom 25.9.1997 – IX ZR 231/96 – ZIP 1997, 1926.

zu stellen; es dient lediglich der Abgrenzung zu gestundeten Forderungen¹. Insbesondere darf ein Gläubiger, der selbst den Insolvenzantrag gestellt hat und anschließend von dem betroffenen Schuldner Zahlungen erhält, auf Grund dieser Zahlungen nicht etwa davon ausgehen, daß auch die anderen Gläubiger vergleichbarer Weise Zahlungen erhalten hätten². Vielmehr muß er zunächst annehmen, daß sein Schuldner unter dem Druck³ des Insolvenzantrags stehend alles unternommen hat, den Antrag zu beseitigen, und deshalb zu Lasten anderer Gläubiger den Antragsteller befriedigt hat. Das gleiche gilt, wenn der Schuldner einem Vollzugsbeamten einen Scheck gibt, diesen nicht einlöst und den fälligen Betrag dann per „Blitzüberweisung“ entrichtet⁴. Die Beweislast, daß der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit überwunden hat, trifft den antragstellenden Gläubiger⁵. Andererseits steht das bloße „Einfrieren“ einer Kreditlinie einer Kündigung nicht gleich und kann schon deshalb für sich allein die Annahme, der Kreditnehmer habe damit seine Zahlungen eingestellt, nicht begründen⁶. Vielmehr dürfen nach einer solchen Erklärung lediglich die nicht ausgenutzten Teile einer Kreditlinie nicht mehr in Anspruch genommen werden; dies bedeutet aber nicht, daß auch die schon ausgezahlten Kredite zurückgefordert werden.

a) Zahlungsstockung

- 1.137 Zahlungsunfähigkeit ist noch nicht anzunehmen, wenn der Schuldner zwar vorübergehend seine Zahlungen einstellen muß, aber erwarten darf, nach wenigen Tagen seine Gläubiger befriedigen zu können⁷. Dann handelt es sich nur um eine Zahlungsstockung; Zahlungsunfähigkeit tritt erst ein, wenn feststeht, daß der Mangel an Zahlungsmitteln andauern wird⁸, etwa weil erhoffte Kredite nicht gewährt werden oder Außenstände nicht eingezogen werden können. Daran ändern auch vereinzelt noch geleistete Zahlungen nichts⁹. Die **Aussicht auf den Zufluß weiterer Zahlungsmittel** muß,

1 BGH vom 25.9.1997 – IX ZR 231/97 – ZIP 1997, 1926; BGH vom 8.10.1998 – IX ZR 337/97 – ZIP 1998, 2008; Groß/Hess WpG 1999, 422.

2 BGH vom 20.11.2001 – IX ZR 48/01 – ZInsO 2002, 29; BGH vom 25.10.2001 – IX ZR 17/01 – ZInsO 2001, 1150.

3 Zu den sogenannten „Druckanträgen“ von Sozialversicherungsträgern s. Frind/Schmidt ZInsO 2001, 1133.

4 BGH vom 20.11.2001 – IX ZR 159/00 – ZIP 2002, 228.

5 BGH vom 20.11.2001 – IX ZR 48/01 – ZInsO 2002, 29.

6 BGH vom 17.1.2002 – IX ZR 170/00 – ZInsO 2002, 200.

7 RG vom 17.12.1901 – VII 386/01 – RGZ 50, 42.

8 RG vom 17.12.1901 – VII 386/01 – RGZ 50, 41; RG vom 12.5.1908 – VI 401/07 – JW 1908, 459; RG vom 6.7.1909 – VII 85/09 – JW 1909, 466; RG vom 23.11.1909 – VII 39/09 – JW 1910, 29; RG vom 24.9.1926 – VI 185/26 – JW 1927, 386.

9 BGH vom 13.4.2000 – IX ZR 144/99 – ZIP 2000, 1016; BGH vom 17.5.2001 – IX ZR 188/98 – ZInsO 2001, 617.

um lediglich eine Zahlungsstockung und nicht schon eine Zahlungseinstellung annehmen zu können, **hinreichend konkret** sein¹; die bloße Behauptung des Schuldners, er könne sich durch außerordentliche Maßnahmen neue Mittel verschaffen, reicht nicht aus². Es müßte also beispielsweise eine Kreditzusage einer Bank vorliegen, die nur deshalb noch nicht ausgenutzt werden konnte, weil bestimmte Auszahlungsvoraussetzungen wie die Bestellung von Grundpfandrechten noch nicht erfüllt sind, oder der Schuldner müßte mit Zahlungseingängen von Seiten seiner Debitoren zuverlässig rechnen³. Dauert eine solche Zahlungsstockung, in der keine oder nur unwesentliche Zahlungen geleistet werden, mehr als einen Monat, so wird man in der Regel von einer Zahlungsunfähigkeit ausgehen müssen⁴.

b) Deckungslücke

Die Zahlungsunfähigkeit setzt weiterhin voraus, daß die **fälligen Schulden die liquiden Vermögenswerte wesentlich übersteigen**. Das von der Rechtsprechung aufgestellte Merkmal der Wesentlichkeit⁵ hat das Gesetz in seiner Definition in § 17 InsO nicht übernommen. Dies soll aber nicht dazu führen, daß schon ganz geringe Liquiditätslücken zur Annahme der Zahlungsunfähigkeit genügen⁶. Es sollte lediglich den Tendenzen einer Auflockerung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit entgegengewirkt und verhindert werden, daß Zahlungsunfähigkeit erst angenommen wird, wenn der Schuldner gewisse, der Auslegung durch die Rechtsprechung zugängliche Bruchteile seiner Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen kann⁷. So gab es z.B. Entscheidungen, die die Zahlungsunfähigkeit „spätestens“ bejahten, wenn der Betrag der ungedeckten Schulden 50 % der gesamten Schulden erreicht⁸, und damit andeuteten, daß ein erheblicher Prozentsatz an Unter-

1.138

1 BGH vom 24.11.1998 – XI ZR 113/98 – WM 1999, 15; BGH vom 27.4.1995 – IX ZR 147/94 – ZIP 1995, 929; RG vom 26.9.1902 – II 150/02 – JW 1902, 546 Nr. 13.

2 BGH vom 27.4.1995 – IX ZR 147/94 – ZIP 1995, 929; RG vom 20.12.1901 – VII 388/01 – Recht 1902, Nr. 371; RG vom 1.6.1911 – VII 582/10 – JW 1911, 724 Nr. 33; RG vom 19.12.1916 – VII 319/16 – WarnR 1917 Nr. 96.

3 BGH vom 25.9.1997 – IX ZR 231/96 – ZIP 1997, 1926.

4 BGH vom 24.11.1998 – XI ZR 113/98 – WM 1999, 15; BGH vom 4.10.2001 – IX ZR 81/99 – ZInsO 2001, 1049; etwas weiter gehend Papke DB 1969, 736, der als Orientierungsdatum einen Zeitraum von 6 Wochen vorschlägt.

5 Vgl. BGH vom 30.4.1959 – VIII ZR 179/58 – LM § 30 KO Nr. 6; BGH vom 10.1.1985 – IX ZR 4/84 – ZIP 1985, 363; BGH vom 27.4.1995 – IX ZR 147/94 – ZIP 1995, 929.

6 BT-Dr. 12/2443 S. 114; einschränkend auf Liquiditätslücken, die sich im Bereich der Pauschalwertberichtigung bewegen, Reck ZInsO 1999, 195.

7 BT-Dr. 12/2443 S. 114.

8 RG vom 14.4.1908 – VII ZS 393/07 – LZ 1908, 703.

deckung, z.B. 25 % noch nicht genügen soll¹. Noch als Zahlungsstockung gelten mag eine Deckungslücke von 5 % für die Dauer von höchstens 2 Wochen².

c) Zahlungsunwilligkeit

- 1.139 Hingegen liegt Zahlungsunfähigkeit noch nicht vor, wenn ein Schuldner nur zahlungsunwillig ist oder sich scheut, seine Vermögenswerte zur Befriedigung seiner Gläubiger zu versilbern³.

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit

- 1.140 Um dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, in einem frühen Stadium, in dem Sanierungsbemühungen noch größere Aussichten auf Erfolg haben, ein Insolvenzverfahren einzuleiten, gestattet die InsO in § 18 dem Schuldner auch schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag. Dritten steht dieses Antragsrecht nicht zu. Dadurch soll vermieden werden, daß Außenstehende den Schuldner schon im Vorfeld der Insolvenz unter Druck setzen können⁴.
- 1.141 Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich **nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten** im Zeitpunkt der Fälligkeit **zu erfüllen** (§ 18 Abs. 2 InsO). Bei der Prüfung, ob die Zahlungsunfähigkeit droht, kann der Schuldner auch diejenigen Verbindlichkeiten berücksichtigen, die zwar bestehen, aber noch nicht fällig sind⁵. Im Gegensatz zur Zahlungsunfähigkeit liegt bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit das Übergewicht der Zahlungspflichten nicht in der Gegenwart, sondern in der Zukunft und verlangt somit eine zeitraumbezogene Betrachtung der künftigen Vermögenslage⁶. Anders als die auf einen bestimmten Zeitpunkt bezogene Betrachtung bei der Frage, ob die Zahlungsunfähigkeit schon eingetreten ist, kommt es hier also auf die künftige Entwicklung innerhalb eines Zeitraumes an, für den die gesamte Entwicklung unter Gegenüberstellung der vorhandenen Mittel und der zu erwartenden Einnahmen einerseits und der bestehenden, wenn auch nicht fälligen sowie der künftigen, nicht vermeidbaren Verbindlichkeiten auszu-

1 BayObLG vom 14.4.1987 – RReg 4 St 34/87 – BB 1988, 1840.

2 AG Köln vom 9.6.1999 – 73 IN 16/99 – ZInsO 1999, 724.

3 OLG Düsseldorf vom 5.11.1982 – 5 Ss 418/82 – 315/82 I – DB 1983, 168.

4 Schwemer WM 1999, 1155.

5 S. Prüfungsschema des IDW FN-IDW 1999, Nr. 3 S. 85.

6 Groß/Hess WPg 1999, 422.

werten ist¹. Als Prognosezeitraum wird man etwa 1 Jahr annehmen können².

Diese Regelung stellt für diejenigen Schuldner, die nur wegen Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag stellen können, einen Fortschritt gegenüber der Konkursordnung dar. Allerdings erleichtert sie auch Mißbräuche durch Schuldner, die wissen, wie man „gekonnt pleite geht“³. Für **Unternehmen, die auch wegen Überschuldung** die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragen können, ändert sich nichts Wesentliches. Denn wenn ein Unternehmen bei der Aufstellung des Überschuldungsstatus die drohende Zahlungseinstellung erkennt, kann es bei der Bewertung seiner Aktiva nicht mehr ohne weiteres die Fortbestandswerte zugrunde legen. Es kommt dann meist schon durch den Wechsel des Bewertungsmaßstabs zu einer Überschuldung und damit zu einem Insolvenzgrund⁴.

1.142

3. Überschuldung

Überschuldung liegt vor, wenn das **Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt** (§ 19 Abs. 2 InsO). Eine etwaige Überschuldung wird durch eine Gegenüberstellung der Vermögenswerte und der Verbindlichkeiten in dem sogenannten Überschuldungsstatus ermittelt⁵.

1.143

a) Bewertungsmaßstab

Bei Aufstellung des **Überschuldungsstatus** kann der Schuldner – im Gegensatz zum Insolvenzgericht bei der Prüfung des Insolvenzantrages – von den **Fortbestandswerten** ausgehen, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist (§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO). Das ist dann der Fall, wenn die Unternehmensleitung aufgrund einer sorgfältigen, betriebswirtschaftlichen Analyse der Rentabilität des Unternehmens, seiner Finanzierung sowie fundierter Erwartungen für seine künftige Entwicklung zu der Überzeugung gelangt, daß die Gesellschaft

1.144

1 Zum Nachweis der drohenden Zahlungsunfähigkeit s. Möhlmann WPg 1998, 947.

2 Bittmann wistra 1999, 10.

3 S. den Beispielsfall bei BGH vom 28.6.1996 – VI ZR 252/93 – AfP 1994, 218.

4 Schwemer WM 1999, 1155.

5 BGH vom 8.1.2001 – II ZR 88/99 – ZIP 2001, 235; BGH vom 18.12.2000 – II ZR 191/99 – ZIP 2001, 242; Meyer-Landrut, Großkommentar zum AktG, 3. Aufl. 1973, § 92 Rn 7; vgl. Übersicht bei Bilo, GmbHR 1981, 73; Bönkhoff, Die Kreditwürdigkeitsprüfung, 1983, S. 29 ff.; OLG Düsseldorf vom 25.11.1996 – 5 Ss 303/96 – 93/96 I – DB 1997, 418; zur Rechnungslegung im eröffneten Verfahren s. Heni ZInsO 1999, 609.

mit überwiegender Wahrscheinlichkeit lebensfähig ist und in absehbarer Zeit mit ihrer Liquidation nicht gerechnet werden muß¹. Wenn sich aber trotz der Bewertung anhand der Fortbestandswerte noch immer eine Überschuldung ergibt, verbleibt es bei dem Insolvenzgrund². Verfügt das Unternehmen dagegen nicht über genügend Zahlungsmittel, so ist, falls nicht schon der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit vorliegt, bei der Aufstellung des Überschuldungsstatus von dem Liquidationswert auszugehen.

- 1.145 Zwar ist im einzelnen umstritten, wie ein zur Feststellung der Überschuldung im Sinne von § 64 GmbHG erforderlicher Status aufzustellen ist³. Einigkeit besteht darüber, daß die **Ansätze der Jahresbilanz Ausgangspunkt** für eine Feststellung der Überschuldung sein können⁴. Allerdings reicht eine Anknüpfung allein an eine Unterbilanz nach fortgeführten Buchwerten nicht aus, vielmehr kommt es darauf an, ob das Vermögen der Gesellschaft bei Ansatz von Liquidationswerten unter Einbeziehung von **stillen Reserven** die bestehenden Verbindlichkeiten nicht deckt (rechnerische Überschuldung) und die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht (negative Fortführungsprognose)⁵. Stille Reserven können nämlich nicht nur eine buchmäßige Überschuldung neutralisieren, sondern auch der Annahme der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft entgegenstehen, soweit sie von einem externen Gläubiger als hinreichende Kreditsicherheit angesehen werden⁶. Daher müssen die Ansätze der Jahresbilanz berichtigt werden.

1 Sog. zweistufige Prüfungsmethode, vgl. BGH vom 13.7.1992 – II ZR 269/91 – WM 1992, 1650; OLG Düsseldorf vom 23.9.1994 – 17 U 210/93 – ZIP 1995, 465; Moxter WPg 1980, 345 ff.; Bönkhoff, Die Kreditwürdigkeitsprüfung, 1983, S. 29 ff.; Drukarczyk WM 1994, 1737; Zilius WPg 1977, 448; Auler DB 1976, 2170; Mühlberger GmbHHR 1977, 149; Pribilla KTS 1958, 6; Menger GmbHHR 1981, 221; kritisch Kupsch WPg 1982, 273; eingehende Darstellung bei Karsten Schmidt in Scholz, GmbHG, 8. Aufl. 1995, § 63 Rn 10 ff., der eine modifizierte zweistufige Prüfungsmethode vertritt (AG 1978, 337); gegen die von Möhlmann (DStR 1998, 1843) vorgeschlagene 3-stufige Prüfungsmethode Drukarczyk/Schüler DStR 1999, 646; zum Inhalt der Fortbestandsprognose s. Bork ZIP 2000, 1709; Abgrenzungskriterien enthält die Empfehlung Nr. 4 der Union Européenne des Experts Comptables Economiques et Financiers (UEC) abgedruckt in FN 1978, 289.

2 Breuer DStR 1998, Beilage zu Heft 47 S. 5.

3 Uhlenbruck, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl. 1988, S. 321 ff.; Kohlmann/Giemulla GmbHHR 1978, 53 ff.

4 Uhlenbruck, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl. 1988, S. 303; BGH vom 18.12.2000 – II ZR 191/99 – ZIP 2001, 242; BGH vom 2.4.2001 – II ZR 261/99 – WM 2001, 959; wohl auch BGH vom 16.5.1958 – 2 StR 103/58 – BB 1958, 891; OLG Hamburg vom 23.12.1981 – 7 U 67/79 – BB 1981, 1441.

5 BGH vom 12.7.1999 – II ZR 87/98 – WM 1999, 1828.

6 BGH vom 2.4.2001 – II ZR 261/99 – WM 2001, 959.

b) Passiva

Beim Passivvermögen sind lediglich die **echten Schulden**, also ohne Stammkapital und Rücklagen aufzuführen¹. Auch die nachrangigen Verbindlichkeiten, zu denen vor allem die kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen gehören, zählen grundsätzlich zu den Passiva im Überschuldungsstatus². Um die Rückstellungen ist die Passivseite nicht zu berichtigen, da es sich bei Rückstellungen nicht um Rücklagen handelt, die aus dem Passivvermögen auszuscheiden hätten, sondern um Mittel zur Abdeckung entstehender Verbindlichkeiten. Sie können nur dann gekürzt werden, wenn sie zu hoch angesetzt sind³. In gleicher Weise sind auch die auf der Passivseite aufgeführten Wertberichtigungen zu behandeln⁴. 1.146

c) Aktiva

Auf der Aktivseite dürfen die Wirtschaftsgüter in einem Bilanzstatus **nicht** mit ihrem **um die normalen Abschreibungen für Anlagen verminderten Anschaffungswert** angesetzt werden, denn dies gibt nicht die „wahren“ Werte wieder, die sie am Bewertungsstichtag tatsächlich hatten und die für den Überschuldungsstatus maßgeblich sind. Dies wird schon daran deutlich, daß andernfalls sogenannte Abschreibungsgesellschaften in der Regel überschuldet wären, da sie gerade den Zweck haben, aufgrund von Abschreibungen bestehende Verluste ihren Gesellschaftern zuzuweisen. Vielmehr sind die Vermögensgegenstände unter Berücksichtigung der konkreten Verwertungsmöglichkeiten aufzunehmen⁵. 1.147

4. Wege zur Früherkennung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

Die Literatur hat sich zwar intensiv bemüht, Ansatzpunkte zur Früherkennung von Insolvenzen zu entwickeln⁶. Auch hat der Gesetzgeber den Vor- 1.148

1 Kohlmann/Giemulla GmbH 1978, 55; vgl. auch BayObLG vom 30.7.1981 – RReg 3 St 83/81 – ZIP 1982, 444.

2 Einzelheiten s.u. Rn 5.355.

3 Uhlenbruck, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl. 1988, S. 303.

4 OLG Hamburg vom 23.12.1981 – 7 U 67/79 – BB 1981, 1441.

5 Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl. 1973, §§ 207, 208 Anm. 20.

6 Vgl. z.B. Jährg/Rösler, Handbuch des Kreditgeschäfts, 5. Aufl. 1990, S. 519 ff.; Dietrich Die Bank 10/1977, 34; Stein Bank-Betrieb 1975, 170; Rödl Bank-Betrieb 1976, 358; Baetge WPg 1980, 651; Mischo ZIP 1981, 1392; Steiner, Ertragskraft-orientierter Unternehmenskredit und Insolvenzrisiko, 1980, S. 153; Oehler Der Schweizer Treuhänder 1981, Heft 8, 10; Bea/Kötzle DB 1983, 565; Hohner BI 1982, Heft 4, 6; wegen Überlegungen zur Insolvenzprophylaxe durch Wirtschaftsaufsicht s. Karsten Schmidt DB 1982, 1044; Munsch/Borkenhagen ZInsO 1999, 209.

ständen von Aktiengesellschaften die Einführung sogenannter Früherkennungssysteme auferlegt (§ 91 Abs. 2 AktG)¹. Es ist jedoch nicht gelungen, für außenstehende Gläubiger wirklich zuverlässige Kriterien zu ermitteln². Für die drohende Zahlungseinstellung gibt es **viele Anzeichen**, die aber für sich allein selten zu dem Schluß zwingen, daß der Schuldner sich wirklich in einer existenzbedrohenden Krise befindet. Dabei sind die Erkenntnismöglichkeiten der Geschäftspartner sehr unterschiedlich, je nachdem, welchem Wirtschaftszweig sie angehören. So gibt es beispielsweise für Warenlieferanten umfangreiche Indizienkataloge³, die für das Kreditgewerbe nur geringe Bedeutung besitzen.

a) Indizien für Kreditinstitute

1.149 Banken sollten vielmehr folgenden Erscheinungen Beachtung schenken⁴:

- saisonal nicht bedingte andauernde Kontoüberziehungen,
- plötzlicher Kreditmehrbedarf etwa wegen der Forderungen der Lieferanten nach Vorkasse⁵,
- plötzlicher Wechsel der Zahlungsart gegenüber Lieferanten, z.B. Verzicht auf bisher übliche Ausnutzung von Skonti oder Umstellung von Scheck- auf Wechselzahlung,
- vordatierte Schecks,
- Verschlechterung der Qualität der zum Diskont eingereichten Wechsel,
- zusätzliche Aufnahmen von Wechselkrediten (wenn auch Wechsel- und Scheckproteste selbst bei einem Kaufmann nicht immer dessen Zahlungsunfähigkeit bedeuten⁶),
- Rückholung von Eigentumsvorbehaltsware durch Lieferanten⁷),
- zunehmende Anzahl von Auskunftsanfragen,
- steigende Vorräte ohne gleichzeitiges Ansteigen der Außenstände,

1 Einzelheiten s. Drygala/Drygala ZIP 2000, 297.

2 Vgl. insoweit die umfassende Darstellung bei Jährg/Rösler, Handbuch des Kreditgeschäfts, 5. Aufl. 1990, S. 519 ff.; Woeste Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1977, 226; lehrreich ist insofern der vom OLG Düsseldorf entschiedene Fall über die Erkennbarkeit einer Zahlungsunfähigkeit (7.8.1996 – 12 U 123/95 – WM 1997, 278).

3 Vgl. z.B. Schimmelpfeng-Checkliste, abgedruckt bei Steiner, Ertragskraftorientierter Unternehmenskredit und Insolvenzrisiko, 1980, S. 155 und Bönkhoff, Die Kreditwürdigkeitsprüfung, 1983, S. 53; Rau, Mitteilungen der IHK Frankfurt 1982, 854; Woeste, Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1977, 226.

4 Vgl. insoweit die umfassende Darstellung bei Jährg/Rösler, Handbuch des Kreditgeschäfts, 5. Aufl. 1990, S. 761 f.

5 OLG Karlsruhe vom 7.8.1997 – 12 U 318/96 – ZIP 1997, 1712.

6 BGH vom 8.10.1971 – I ZR 12/70 – NJW 1972, 102.

7 OLG Stuttgart vom 22.1.1997 – 9 U 138/96 – ZIP 1997, 652.

- Unklarheiten in der Buchhaltung,
- Verzögerung in der Aushändigung des Jahresabschlusses, der Statuszahlen oder Inventur,
- vermehrte Grundbucheintragungen (namentlich auf Privatbesitz),
- Veränderungen in der Rechtsform einschließlich Betriebsaufspaltung.

Für die meisten dieser Umstände kann es jedoch **glaubhafte Erklärungen** 1.150 geben, die der Schuldner in der Regel auch anführt. So können z.B. gestiegene Vorräte nicht auf Absatzstockungen hindeuten, sondern statt dessen den Schluß auf eine erhöhte Produktivität zulassen; verringerte Warenbestände können einerseits durch größeren Umsatz verursacht worden sein – wenn gleichzeitig die Debitoren mitgewachsen sind –, andererseits kann dies auch das erste Anzeichen für einen beginnenden Preisverfall oder für Unterbeschäftigung sein. Ein Ansteigen der Außenstände kann auf Zahlungsschwierigkeiten der Abnehmer beruhen, während geringere Außenstände auf einen Umsatzrückgang hindeuten.

Dies zeigt, wie schwer es ist, aus den Indikatoren auf die Insolvenzreife 1.151 eines Unternehmens zu schließen. Es zeigt aber auch, wie wenig das von anderen Gläubigern gegenüber der Bank oft verwendete Schlagwort vom „**Informationsvorsprung der Banken**“¹ sachlich begründet ist. Die Beurteilung wird daher stets dem Einzelfall überlassen bleiben müssen, ohne daß der Bank eindeutige Richtlinien gegeben werden können.

b) Indizien für Lieferanten

Interessant, wenn auch für Banken nur bedingt verwendbar, ist der Indizienkatalog, der den Lieferanten zur Verfügung steht²: 1.152

- Kurzarbeit,
- hohe Fluktuation,
- Einstellungsstopp,
- vorzeitige Versetzungen in den Ruhestand,
- Streichung geplanter Investitionen,
- fehlende Ersatzinvestitionen,
- mangelnde Investitionsüberlegungen,
- hohe Lagerbestände,
- schlechte Produktqualitäten,
- Auslastung von Leerkapazitäten durch Übernahme von Fremdarbeiten,

1 Siehe dazu Hopt Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1984, 743 (754).

2 Handelsblatt vom 18. 1. 1983, S. 15.

- häufige Sonderangebote, verbunden mit extrem hohen Nachlässen,
- Bindung an einen Kunden (kumulative Insolvenz),
- fehlende Bonität der Abnehmer des Kunden,
- häufige Kleinaufträge bei der Beschaffung,
- häufiger Wechsel der Zulieferer,
- gute Mitanbieter beliefern die Firma nicht mehr,
- anormal häufige Reklamationen,
- Stilllegung von Betriebsteilen, Aufgabe von Arbeitsplätzen.

1.153 Auch diese Indikatoren sind stets darauf zu **überprüfen**, ob es nicht plausible Erklärungen gibt. So sind insbesondere in einer Zeit, in der die Kostenkontrolle die Maxime ist und den Mangel an Erfindungsgeist zu kompensieren versucht¹, Maßnahmen zur Einsparung von Mitarbeitern anders zu bewerten als in einer prosperierenden Phase.

c) Insolvenzprognose durch Diskriminanzanalyse und Financial Covenants

1.154 Ein wesentliches Verfahren zur Früherkennung von Insolvenzen kann die **Diskriminanzanalyse**² bieten. Sie geht davon aus, daß die Jahresabschlüsse insolventer Unternehmen gewisse gemeinsame Merkmale aufweisen, die sie von den wirtschaftlich gesunden Unternehmen unterscheiden. Als Unterscheidungsmittel verwendet man eine Kennzahl, deren mathematischer Ausdruck die sogenannte Diskriminanzfunktion darstellt, zu deren Ermittlung eine Stichprobe insolventer und solventer Unternehmen gezogen und mit Hilfe eines statistisch-mathematischen Verfahrens untersucht wird. Daraus werden Kennzahlenwerte ermittelt, die die Trennlinie zwischen solventen und insolventen Unternehmen darstellen. Das Verfahren mag zwar umstritten sein, seine Erfolgsquote kann sich jedoch mit den traditionellen Methoden messen³.

1.154a Manche Kreditinstitute versuchen, sich durch die Vereinbarung sogenannter **Financial Covenants** zusätzliche Erkenntnismöglichkeiten über eine

1 Kath, Die Kostenknechte, 1994, S. 96 f.

2 Einzelheiten s. Drukarczyk WM 1992, 1136 (1142) m.w.N. und Järgig/Rösler, Handbuch des Kreditgeschäfts, 5. Aufl. 1990, S. 514 f.

3 Järgig/Rösler, Handbuch des Kreditgeschäfts, 5. Aufl. 1990, S. 515; der Beweis dürfte Drukarczyk gelungen sein, der anlässlich seiner Untersuchung über die Auswirkungen der Insolvenzrechtsreform auf die Kreditvergabepaxis (WM 1992, 1136) insgesamt 475 Kreditengagements von 3 Kreditinstituten mit der Diskriminanzanalyse untersucht hat und seine Untersuchungsergebnisse den Bewertungen durch Kreditfachleute, die nach herkömmlicher, nicht im Detail festgelegter Methodik vorgehen, gegenübergestellt hat, und dabei zu vergleichbar guten Ergebnissen gekommen ist.

Erhöhung ihres Kreditrisikos zu verschaffen. Diese aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis übernommenen Klauseln schreiben dem Kreditnehmer vor, sein Unternehmen so zu führen, daß festgelegte finanzielle Rahmenbedingungen erfüllt, insbesondere bestimmte Bilanzrelationen eingehalten werden¹. Der Wert dieser Covenants als Mittel zur Früherkennung einer Krise muß jedoch schon deshalb als äußerst zweifelhaft angesehen werden, weil sich die Covenants auf das Rechnungswesen des Kunden stützen, das bestenfalls Aussagen für die mehr oder weniger weit zurückliegende Vergangenheit zuläßt, während krisenhafte Entwicklungen erfahrungsgemäß erst so spät Eingang in dieses Rechenwerk finden, daß kaum noch Raum für eine effektive Reaktion des Kreditgebers auf eine Verletzung der Covenants bleibt.

5. Wege zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

Die Zahlungsunfähigkeit kann am ehesten durch die **Stundung** fälliger und die **Bereitstellung neuer Kredite** beseitigt werden. 1.155

Auf eine etwa eingetretene Überschuldung hat die Aufnahme von Krediten keinen Einfluß. Denn dem dadurch entstehenden Aktivposten muß auf der Passivseite der Bilanz eine entsprechende Verbindlichkeit gegenübergestellt werden. Zur Beseitigung der Überschuldung sind daher andere Wege einzuschlagen. In Betracht kommen **Kapitalmaßnahmen, Forderungsverzichte** von Gläubigern in den verschiedensten Variationen und manchmal auch sog. **Bilanzierungshilfegarantien**. 1.156

frei 1.157–1.161

Wege zur **Sanierung von Unternehmen** sind unten unter Rn 1.940 ff. ausführlich dargestellt. Im **Privatkundengeschäft** kommen dagegen lediglich Stundungen oder Verzichte, seltener Forderungsbeschränkungsverträge oder Vollstreckungsbeschränkungsverträge in Betracht. 1.162

a) Forderungsverzicht

Zivilrechtlich stellt der Forderungsverzicht einen **Erlaßvertrag** (§ 397 BGB) zwischen der Bank und ihrem Kunden dar. Der Verzicht wird, wenn nichts anderes vereinbart ist, mit Abschluß des Vertrages wirksam. Waren Sicherheiten für die Forderung bestellt, so bedeutet der Erlaß, daß die Bank diese insoweit nicht mehr beanspruchen kann. Akzessorische Sicherheiten (Bürgschaften, Pfandrechte) erlöschen automatisch; abstrakte (Sicherungs-

¹ Wittig BuB, 1996, Rn 4/3139 ff.; ders. WM 1996, 1361; Thießen ZBB 1996, 19; s. Fleischer ZIP 1998, 313 zur Bedeutung von Covenants für die Qualifizierung derart unterlegter Kredite als Kapitalersatz.

abtretungen, Sicherungsübereignungen, Grundschulden) sind zurückzuübertragen. Die Bank muß die Forderung ausbuchen.

- 1.164 Der Forderungsverzichtsvertrag kann zwar **auch formlos** geschlossen werden, wird jedoch fast ausnahmslos schriftlich niedergelegt. Er kann auch durch widerspruchslose Annahme einer Teilzahlung zustandekommen, wenn Vorverhandlungen über den Erlaß der darüber hinausgehenden Forderungen stattgefunden haben und der Schuldner darauf bezogen seine Teilzahlung als Ablösungssumme schriftlich angekündigt hat.
- 1.165 Banken müssen darauf achten, daß sie durch ihr Schweigen auf das Ansinnen eines Schuldners, auf ihre Forderungen fast vollständig zu verzichten, nicht in die sogenannte **Erlaßfalle**¹ geraten. Vereinzelt haben nämlich Schuldner versucht, sich von ihren Verbindlichkeiten durch die Übersendung eines „Vergleichsangebots“ an die Bank zu befreien. In dem Schreiben an die Bank schildern die Schuldner ausführlich ihre desolate finanzielle Situation und bieten der Bank eine einmalige Zahlung zur Abgeltung sämtlicher Ansprüche an, deren Höhe in keinem Verhältnis zu den ausstehenden Restforderungen steht. In dem Schreiben selbst wird in der Regel auf einen Verrechnungsscheck hingewiesen, mit dem die Vergleichssumme bezahlt werden soll. Dieser Verrechnungsscheck ist entweder dem Schreiben beigelegt oder wird separat zum Einzug eingereicht. Der Schuldner gibt außerdem zu verstehen, daß er die Angelegenheit als erledigt ansehe und auf eine Antwort der Bank verzichte. Des öfteren sollen die Mitarbeiter der Bank einen solchen Scheck ohne nähere Prüfung des Anschreibens des Schuldners und ohne genaue Berücksichtigung des Verwendungszwecks eingelöst haben. In der widerspruchslosen Einlösung eines solchen Schecks erblickt die Rechtsprechung teilweise² die Annahme eines Erlaßvertrags über den noch ausstehenden Restbetrag der Forderung.

1 Randow ZIP 1995, 445; Eckardt BB 1996, 1945; Lange WM 1999, 1301; Schönfelder NJW 2001, 39; Kleinschmidt NJW 2002, 346.

2 BGH vom 18.12.1985 – VIII ZR 297/84 – WM 1986, 322; BGH vom 28.3.1990 – VIII ZR 258/89 – NJW 1990, 1655; dagegen beginnt sich jedoch die Auffassung durchzusetzen, daß bei einem krassen Mißverhältnis zwischen Schuld und Abstandszahlung selbst aus der Einlösung eines Schecks nicht unzweifelhaft auf ein Einverständnis der Bank geschlossen werden könne. So sah AG Ebersberg vom 15.5.1997 – 4 C 66/97 – WM 1997, 1569 und LG Lübeck vom 14.4.1997 – 12 O 137/97 – WM 1997, 2223 ein „Abfindungsangebot“ von DM 150,- auf eine Forderung von ca. DM 190.000,- bzw. von 0,18433 % als nicht ernstzunehmende Scherzerklärung an; im gleichen Sinn auch LG München I vom 13.3.1997 – 22 O 1048/97 – WM 1997, 2213; LG München I vom 24.6.1997 – 23 O 1860/97 – WM 1997, 2214; LG Bayreuth vom 1.9.1997 – 2 O 348/97 – WM 1998, 1446; LG Waldshut-Tiengen vom 17.10.1998 – 1 150/97 – WM 1998, 1448; OLG Dresden vom 22.4.1998 – 12 U 175/98 – WM 1999, 949; OLG Dresden vom 31.8.1998 – 17 W

Folgende Formulierung genügt:

1.166

Erlaßvertrag

zwischen der

_____ -Bank

– im folgenden „Bank“ genannt –

und der

Firma _____

– im folgenden „Kreditnehmer“ genannt –

Der Bank stehen gegen den Kreditnehmer aus Darlehen und Krediten einschließlich Avalkrediten unbedingte und bedingte Forderungen in Höhe von insgesamt

_____ Euro

zu.

Bank und Kreditnehmer sind sich darüber einig, daß Forderungen

– aus den Darlehen und Krediten in Höhe von _____ Euro und

– aus den Avalen (im Fall ihrer Inanspruchnahme) in Höhe von _____ %
des in Anspruch genommenen Avalbetrages

erlöschen.

Die für diese Kredite bestellten Sicherheiten wird die Bank dem Kreditnehmer in gesonderten Vereinbarungen zurückübertragen, soweit sie nicht ohnehin kraft Gesetzes erlöschen oder aufgrund vertraglicher Vereinbarung an ihn zurückfallen und nicht auch andere, nicht erlöschende Forderungen sichern.

Ort/Datum

Unterschrift(en) der Bank

Unterschrift(en) des Kreditnehmers

1185/98 – WM 1999, 487; OLG Dresden vom 14.10.1998 – 8 U 2209/98 – WM 1999, 488; OLG Karlsruhe vom 12.6.1998 – 9 U 127/97 – ZIP 1998, 1879; OLG Karlsruhe vom 16.9.1999 – 8 U 224/98 – WM 2000, 414; BGH vom 10.5.2001 – VII ZR 60/99 – NJW 2001, 2324; BGH vom 10.5.2001 – VII ZR 356/00 – NJW 2001, 2325; zu den Voraussetzungen, unter denen die Berufung auf einen solchen „Erlaß“ sittenwidrig ist, s. BGH vom 10.10.1997 – V ZR 74/96 – WM 1998, 513; zur Abgrenzung s. OLG Köln vom 8.9.1999 – 13 U 42/99 – NJW-RR 2000, 1073.

b) Forderungsbeschränkungsvertrag

1.167 Anstelle eines Forderungsverzichts oder eines Besserungsversprechens kommt auch ein Forderungsbeschränkungsvertrag in Betracht. Darin verpflichtet sich die Bank, ihre persönlichen **Forderungen** nur in dem Maß geltend zu machen, wie sie **durch den Wert bestimmter Sicherheiten gedeckt** sind¹. Dies kann zur Beseitigung einer Zahlungseinstellung ausreichen, denn die Fälligkeit der Forderung ist damit auf den Zeitpunkt der Sicherheitenverwertung hinausgeschoben mit der Maßgabe, daß sie nur und insoweit zu tilgen ist, als der Sicherheitenerlös dazu ausreicht.

1.168 In Betracht kommt folgender Text:

Forderungsbeschränkungsvertrag

zwischen der

_____ -Bank

– im folgenden „Bank“ genannt –

und der

Firma _____

– im folgenden „Kreditnehmer“ genannt –

Der Bank stehen gegen den Kreditnehmer aus Darlehen und Krediten einschließlich Avalkrediten unbedingte und bedingte Forderungen in Höhe von insgesamt

_____ Euro

zu. Für diese Kredite sind der Bank folgende Sicherheiten bestellt worden:

1. _____

2. _____

3. _____

Bank und Kreditnehmer sind sich darüber einig, daß Forderungen aus den Darlehen und Krediten nur noch insoweit bestehen, als sie aus dem Erlös der unter Nr. 1–3 genannten Sicherheiten befriedigt werden können. Im übrigen erlöschen die Forderungen.

Ort/Datum

Unterschrift(en) der Bank

Unterschrift(en) des Kreditnehmers

¹ OLG Köln vom 27.2.1981 – 22 U 117/79 – WM 1981, 1238.

c) Vollstreckungsbeschränkungsvertrag

Ähnlich verhält es sich mit einem Vollstreckungsbeschränkungsvertrag, in dem sich die Bank verpflichtet, die Zwangsvollstreckung aus der Forderung nicht zu betreiben¹. Von der Formulierung der Vereinbarung hängt es ab, ob die Fälligkeit erhalten bleibt oder aufgeschoben wird, bis der Schuldner sich zur Zahlung bereit findet. 1.169

frei

1.170–1.189

6. Sofortmaßnahmen bei bevorstehender Insolvenz

Gelingt es dem Kunden nicht, die Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung abzuwenden, so muß sich auch die Bank auf das ihm drohende Insolvenzverfahren vorbereiten. Dazu ist eine Reihe von Sofortmaßnahmen zu empfehlen: 1.190

a) Erfassung des Gesamtengagements

Als erstes muß sich die Bank einen **Überblick** über das gesamte Engagement verschaffen, das sie bzw. ihre Tochtergesellschaften mit dem insolvenzbedrohten Kunden bzw. dessen Tochtergesellschaften eingegangen ist. Dazu gehört eine Übersicht über 1.191

- Kredite,
- Sicherheiten,
- Guthaben,
- Depots,
- Daueraufträge,
- Wechselobligen,
- Lastschrift Risiken (Einzugsermächtigungsverfahren) des Kunden der letzten 6 Wochen,
- Umfang der Lieferantenlastschriften (Einzugsermächtigungsverfahren) der letzten 6 Wochen,
- Linien anderer Banken,
- Linien der Kreditversicherer.

¹ OLG München vom 24.9.1997 – 7 U 2402/97 – WM 1999, 317; Emmerich ZZP 82, 413.

b) Auskünfte

- 1.192 Die Auskünfte, die die Bank Dritten über den Kreditnehmer erteilt, sind laufend einer kritischen Überprüfung zu unterziehen und den sich ändernden Verhältnissen anzupassen.
- 1.193 Eine Bankauskunft muß stets **der Wahrheit** d.h. dem tatsächlichen Informationsstand der Bank¹ **entsprechen** und **vollständig** sein, so daß der Anfragende keine falschen Rückschlüsse ziehen kann². Daher kann eine Auskunft über einen Kunden, dessen Zahlungseinstellung oder Überschuldung droht, nur negativ ausfallen. Grundsätzlich ist zwar auch die Erteilung negativer Auskünfte von dem generellen Einverständnis des Kunden gedeckt³; dies gilt jedoch nicht, wenn für die Bank offenkundig ist, daß sie mit der Auskunfterteilung den Interessen ihres Kunden zuwiderhandelt⁴. Diese Lage wird bei einer Auskunft, die im Zeitpunkt drohender Zahlungseinstellung oder Überschuldung des Kunden erbeten wird, in der Regel gegeben sein. Deshalb ist eine Rückfrage bei dem Kunden notwendig und im Verhältnis zu dem Auskunftssuchenden auch zulässig, es sei denn, daß sich aus der Rückfrage auf die Person des Anfragenden schließen läßt⁵. Der Kunde muß sich dann entscheiden, ob er die nachteilige Auskunft tolerieren oder den unter Umständen noch negativeren Eindruck einer Auskunftsverweigerung in Kauf nehmen will.
- 1.194 Sofern die üblichen **Auskunftsformulare** verwendet werden können, sind Rubriken wie z.B.
- „Die finanziellen Verhältnisse erscheinen uns angespannt“ und
- „Wir raten zur Vorsicht“
- anzukreuzen, damit sich die Bank nicht einer Haftung gegenüber Dritten aussetzt.
- 1.195 Frühere zutreffend erteilte Auskünfte muß die Bank **nicht nachträglich ergänzen**. Eine Pflicht, den Anfragenden später über eine inzwischen eingetretene Verschlechterung der Verhältnisse seines Vertragspartners zu un-

1 BGH vom 5.12.2000 – XI ZR 340/99 – WM 2001, 134.

2 Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Bearb. 1988, Anm. 79 f; wegen der Haftungsrisiken vgl. BGH vom 8.12.1998 – XI ZR 50/98 – ZIP 1999, 275.

3 Bruchner/Stützle, Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft, 2. Aufl. 1990, S. 101.

4 Stützle in Anmerkung zu LG Mönchengladbach vom 13.11.1980 – 1 O 596/79 – WM 1981, 290.

5 Bruchner/Stützle, Leitfaden zu Bankgeheimnis und Bankauskunft, 2. Aufl. 1990, S. 103.

terrichten und vor weiterer Kreditgewährung zu warnen, läßt sich aus dem Verhältnis zwischen einer Bank und ihrem Kunden nicht herleiten¹.

c) Überprüfung der Sicherheiten

Die Sicherheiten sind auf **formelle Richtigkeit** und **Vollständigkeit** zu überprüfen. 1.196

aa) Zessionen

Anhand neuer Zessionslisten, die ggf. zu beschaffen sind, sind Umfang der Zessionen, Zusammensetzung der Drittschuldner nach Inland/Ausland, Alter der Forderungen, notleidenden Forderungen, Einwendungen der Drittschuldner und vereinbarten Zahlungszielen zu überprüfen. Insbesondere ist zu klären, ob 1.197

- Blankozessionsanzeigen in genügender Anzahl vorhanden sind,
- Abtretungen von Lebensversicherungen bei Versicherungen angezeigt sind,
- Abtretungen von Entschädigungsansprüchen aus Kreditversicherungen angezeigt sind und Kreditversicherer zugestimmt haben,
- bisher nicht angezeigte Einzelabtretungen jetzt angezeigt werden können und sollen.

Soweit der Kunde für die Forderungen gegen seine Debitoren **Kreditversicherungen** abgeschlossen und die Ansprüche, die er gegen den Kreditversicherer bei Insolvenz seiner Debitoren erwirbt, der Bank abgetreten hat, muß die Bank beachten, daß der Kreditversicherer diese Versicherung bei Zahlungsunfähigkeit des versicherten Kunden kündigen kann und daß der Versicherungsvertrag erlischt, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Versicherten eröffnet wird. Wenn die Bank den Versicherungsschutz für die ihr abgetretenen Forderungen erhalten will, muß sie überlegen, ob sie mit dem Kreditversicherer einen **Anschlußvertrag** abschließen soll. 1.197a

bb) Sicherungsübereignungen

Bei Listenverträgen über die Sicherungsübereignung von **Maschinen und Betriebseinrichtungen** sind anhand der Maschinenummern des Siche- 1.198

¹ BGH vom 21.12.1955 – VI ZR 192/54 – WM 1956, 283; BGH vom 5.7.1962 – VII ZR 199/60 – WM 1962, 1110; OLG München vom 16.12.1979 – 23 U 2521/79 – WM 1980, 505.

rungsübereignungsvertrages Existenz, Zustand und Wert von Maschinen und sonstigen übereigneten Gegenständen zu überprüfen.

- 1.199 Bei der Sicherungsübereignung von **Warenlagern** sind anhand neuer Bestandslisten Umfang, Zusammensetzung und Werthaltigkeit (auftragsbezogen, Lagerproduktion, unverwertbare Altbestände, zurückgenommene Waren wegen Reklamationen) zu ermitteln. Die Rechtsposition der Lieferanten ist daraufhin zu überprüfen, ob deren Lieferbedingungen oder eigene Einkaufsbedingungen des Kunden gelten.

cc) Grundsschulden

- 1.200 Die **Verwertbarkeit** des Objekts ist zu prüfen und zu überlegen, ob **Beschlagnahmen** wegen der Zubehörhaftung notwendig sind¹. Ferner ist festzustellen, ob
- notariell beglaubigte Abtretungen bei abgetretenen Briefgrundsschulden vorhanden sind,
 - Abtretungen von Buchgrundsschulden im Grundbuch eingetragen sind,
 - eine vollstreckbare Ausfertigung für die Bank und gegen den derzeitigen Eigentümer vorliegt, um unverzüglich die Beschlagnahme veranlassen zu können²,
 - der Versicherungsschutz angepaßt werden muß,
 - Sicherungsscheine vorhanden sind.

dd) Bürgschaften

- 1.201 Damit an Vermögenswerten des Bürgen ein Pfandrecht nach Nr. 14 Abs. 2 Satz 2 AGB Banken bzw. Kreditgenossenschaften (Nr. 21 Abs. 3 Nr. 3 AGB Sparkassen) geltend gemacht werden kann, ist zu überprüfen, ob die **Forderungen** gegen den Kunden **fällig** sind oder in ausreichender Höhe fällig gestellt werden können.

d) Maßnahmen gegenüber dem Kunden

aa) Sicherheitenverstärkung und -erhaltung

- 1.202 Die Forderung nach Bestellung zusätzlicher Sicherheiten (Nr. 13 Abs. 2 AGB Banken) durch Kunden oder Dritte und erforderlichenfalls auf Unter-

¹ S. dazu u. Rn 6.365.

² Zur Glaubhaftmachung der Forderung für einen etwa geplanten Insolvenzantrag reicht die vollstreckbare Ausfertigung allein allerdings nicht (OLG Frankfurt vom 11.5.2001 – 26 W 37/01 – WM 2001, 1629).

legung von Bürgschaften kann nur dann noch erhoben werden, wenn sich der Kunde damit nicht der **Gefahr einer Gläubigerbegünstigung** aussetzt¹.

Zweckmäßigkeit und geeigneter Zeitpunkt der Offenlegung von Zessionen² sind zu klären. 1.203

Die **Kennzeichnung und Sicherung übereigneter Gegenstände** kann vorbereitet werden durch Bereitstellung von Aufklebern, Ketten, Schlössern und Hereinnahme von Kfz-Scheinen und Kfz-Schlüsseln. Eine Auslagerung des Sicherungsguts kann nicht nur zur Sicherung gegen Zugriffe Dritter, sondern auch zur Abwehr der Inbesitznahme durch den Verwalter zweckmäßig sein, der sonst das Verwertungsrecht erwirbt³. Der Widerruf der Einzugs-ermächtigung, der Verkaufserlaubnis und der Benutzungsermächtigung ist auszusprechen. 1.204

bb) Vorbereitung der Kreditkündigung

Ob eine ausdrückliche Kreditkündigung zulässig und zweckmäßig ist, muß überprüft werden⁴. 1.205

Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sind dagegen nicht zu empfehlen, da sie nur Kosten verursachen, wegen der Rückschlagsperre des § 88 InsO⁵ aber nicht mehr zum Erfolg führen, wenn es zur Eröffnung des Verfahrens kommt. Eine Bank, die aus diesen Gründen von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen absieht, sollte jedoch das Verhalten anderer Gläubiger kritisch beobachten; es besteht nämlich die Gefahr, daß diese Pfändungen ausbringen und die Rückschlagsperre, die nur den Monat vor und die Zeit nach dem Eröffnungsantrag erfaßt, wegen einer Verzögerung des Eröffnungsantrags nicht greift. 1.205a

cc) Zahlungsverkehr

Der Zahlungsverkehr des Kunden ist strikt zu beobachten, damit je nach der Entwicklung seiner wirtschaftlichen Situation sofort die notwendigen Schritte unternommen werden können. Grundsätzlich gilt: 1.206

- **Eingänge** sind weiter gutzuschreiben;
- **Ausgänge** sind

1 Einzelheiten s.u. Rn 6.109.

2 Einzelheiten s.u. Rn 6.257 ff.

3 Einzelheiten s.u. Rn 6.320.

4 Einzelheiten s.u. Rn 5.51 ff.

5 Einzelheiten s. Rn 1.395.

- ab Verfahrenseröffnung oder Kenntnis vom Verfügungsverbot unzulässig,
- vor Verfahrenseröffnung oder Kenntnis vom Verfügungsverbot aus Guthaben auszuführen, wenn kein Pfandrecht geltend gemacht wird und keine Retouren – Schecks, Lastschriften (Lastschriftenrisiko im Einzugsermächtigungsverfahren 6 Wochen) – mehr möglich sind, jedoch grundsätzlich nicht zu Lasten eines Kredits.

- 1.207 Eine Überprüfung, ob der **Rückruf ausgeführter Verfügungen** zu Lasten debitorischer Konten rechtlich zulässig und technisch noch möglich ist (im Einzelfall kann die Rückgabe von Lieferantenlastschriften im Einzugsermächtigungsverfahren berechtigt sein¹), kann lohnend sein.
- 1.208 Ein **Wechselprotest** ist vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Bezogenen wegen des Rückgriffs auf Aussteller und Indossanten erforderlich, nach Verfahrenseröffnung dagegen entbehrlich (Art. 44 Abs. 6 WG).
- 1.209 Kreditkarten und Scheckvordrucke sind einzuziehen.

e) Beratung des Kunden

- 1.210 Bei der Beratung des Kreditnehmers sollte die Bank darauf hinwirken, daß der Kunde alle Vorsorgemaßnahmen trifft, die geeignet sind, einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten und die Vermögenswerte der Masse möglichst weitgehend zu erhalten. Von größter Bedeutung ist die **Entwicklung eines Krisenplans**, in dem die wichtigsten Maßnahmen aufgezählt werden, die in der Hektik der ersten Tage nach der Veröffentlichung des Insolvenzantrags zu treffen sind.
- 1.211 Es ist oft zu empfehlen, daß der Kunde sich der **Mitarbeit eines versierten Fachmanns** versichert, der dem Gericht später als Insolvenzverwalter vorgeschlagen werden kann; wird er vom Gericht ernannt, so tritt er sein Amt nicht mehr unvorbereitet an. Bedauerlicherweise lehnen manche Gerichte einen Insolvenzverwalter, den das Unternehmen oder dessen Gläubiger anbieten, prinzipiell ab.
- 1.212 Wegen der erfahrungsgemäß in den ersten Tagen einer Insolvenz besonders kritischen Liquiditätsenge müßte rechtzeitig überlegt werden, ob die Bank bereit ist, unter Zustimmung des vorläufigen Verwalters einen neuen Kredit einzuräumen² oder ob Insolvenzausfallgeld vorfinanziert werden

1 Einzelheiten s.u. Rn 3.443 ff.

2 Vgl. im einzelnen Rn 5.222.

soll¹. Vom Kreditnehmer ist – eventuell in Zusammenarbeit mit der Bank – ein **kurzfristiger Zahlungsplan** zu erstellen mit dem Ziel, gewisse Prioritäten zu setzen, um Kettenreaktionen zu vermeiden, die z.B. aus der Nichtbezahlung von Betriebsstoffen (Rohmaterial, Energie etc.) für die wenigstens vorübergehende Fortführung des Betriebes entstehen können. Bei Steuern und Sozialabgaben ist zu bedenken, daß die Nichtabführung einbehaltener Abzüge unter Umständen zu einer persönlichen Haftung der Geschäftsführer des Unternehmens führt (vgl. z.B. §§ 34, 69 AO 1977).

Es kann empfehlenswert sein, gemeinsam mit dem Unternehmen eine **Erklärung gegenüber der Öffentlichkeit**, insbesondere der Arbeitnehmer-schaft abzugeben, in der bestätigt wird, daß die notwendigen Gelder für eine jedenfalls vorläufige Fortführung des Betriebes gesichert sind². 1.212a

f) Compliance-relevante Informationen

Wenn die Bank als Wertpapierdienstleisterin im Sinne des § 1 WpHG mit **Insiderpapieren** im Sinn des § 12 WpHG handelt, muß sie vor Einleitung der oben beschriebenen Sofortmaßnahmen prüfen, ob die Informationen, die den Anlaß für ihre Aktionen geben, überhaupt ausnutzen darf oder ob sie daran durch das Verbot von Insidergeschäften gehindert ist. So kann es geschehen, daß eine Bank aufgrund ihrer Kreditbeziehungen von dem Unternehmen über dessen Überschuldung oder bevorstehenden Insolvenzantrag unterrichtet wird und vor der gebotenen Ad-hoc-Mitteilung³ des Kunden ihre Handelsabteilungen nicht in Kenntnis setzen darf. Dies trägt ihr naturgemäß den Vorwurf der Verletzung von Beratungspflichten durch solche Kunden ein, die zu diesem Zeitpunkt noch Wertpapiere des insolventen Unternehmens über die Bank erworben haben. Dem kann die Bank jedoch unter Hinweis auf die sogenannten Chinese Walls, also die nach der Compliance-Richtlinie⁴ intern zu schaffenden Vertraulichkeitsbereiche entgegentreten⁵. 1.213

frei

1.214–1.219

1 Vgl. im einzelnen Rn 5.237 ff.

2 Vgl. beispielsweise die Erklärung des vorläufigen Vergleichsverwalters der AEG in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 18. 8. 1982, S. 9.

3 Einzelheiten s. Rn 8.128e.

4 Richtlinie des Bundesaufsichtsamtes für den Wertpapierhandel zur Konkretisierung der Organisationspflichten von Wertpapierdienstleistungsunternehmen gemäß § 33 WpHG (BAnz Nr. 210 vom 6.11.1999).

5 Claussen, Insiderhandelsverbot und Ad hoc-Publizität, 1996, Rn 78.