

ZInsO

Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht

Sonderdruck aus ZInsO 46/2010, S. 2107 ff.

Betriebswirtschaftliche Aspekte und offene Fragen im Zusammenhang mit der Definition des Begriffs „Zahlungsunfähigkeit“ aufgrund der jüngeren BGH-Entscheidungen

von Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Peter W. Plagens* und Rechtsanwältin Barbara Wilkes,** Hannover/Kirchhorst

Im Jahr 2009 haben die deutschen Amtsgerichte 32.687 Unternehmensinsolvenzen an das Statistische Bundesamt Deutschland gemeldet. Dies ist gegenüber dem Vorjahr ein Anstieg um 11,6 %. Die Gesamtzahl der Insolvenzen einschließlich Verbraucher- und Nachlassinsolvenzen sowie Insolvenzen von natürlichen Personen, die als Gesellschafter größerer Unternehmen von einer Insolvenz betroffen waren, belief sich im Jahr 2009 auf 162.907 (+ 5 % gegenüber dem Jahr 2008). Zum Zeitpunkt des Insolvenzantrags waren bei den insolventen Unternehmen 250.813 Personen beschäftigt (2008: 121.675). Die Gerichte bezifferten die voraussichtlichen Forderungen der Gläubiger im Jahr 2009 auf rd. 85 Mrd. € (2008: 33,5 Mrd. €), wobei der gesamtwirtschaftliche Schaden (Sekundärschaden) erheblich höher sein wird. Diese bisher höchste Forderungssumme ist auf die Insolvenz einiger wirtschaftlich bedeutender Unternehmen zurückzuführen.¹ Die Wirtschaftskrise traf 2009 bekannte Firmen wie Karstadt, Qimonda, Karmann, Schiesser, Rosenthal und Märklin.

Die InsO nennt drei Gründe, bei deren Vorliegen ein Insolvenzantrag gestellt werden muss bzw. kann: drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO), Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und Überschuldung (§ 19 InsO). Dem Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit kommt dabei in der Praxis eine zentrale Bedeutung zu, da er in der weit überwiegenden Zahl der Fälle den Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens darstellt.²

Gleichwohl bestehen für die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten, welche weder aufgrund der mit der InsO eingeführten Legaldefinition der Zahlungsunfähigkeit noch auf Basis der diesbezüglichen Rechtsprechung eindeutig und befriedigend gelöst werden können.

Im Folgenden wird zunächst kurz die Entwicklung der Rechtslage und der Rechtsprechung zur Zahlungsunfähigkeit dargestellt, um im Anschluss die betriebswirtschaftlichen Aspekte und offenen Fragen zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit zu vertiefen.

I. Rechtslage und Rechtsprechung im Überblick

1. Rechtslage bis zur InsO 1999

Mit der InsO wurden die bis zum 31.12.1998 geltenden GesO sowie die KO abgelöst.

Die GesO wurde kurz vor dem Ende der DDR erlassen und galt in den neuen Bundesländern nach der deutschen Einheit fort. In § 1 Abs. 1 GesO ist die Zahlungsunfähigkeit als Grund für die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens benannt. Eine Definition der Zahlungsunfähigkeit ist in der GesO nicht enthalten.

Die KO galt ab dem 10.2.1877. Die KO bestimmte gem. § 102 Abs. 1 KO die Zahlungsunfähigkeit als Grund für die

* Geschäftsführer der Gehrke econ GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Hannover/Kirchhorst. Die Gehrke econ Gruppe berät bundesweit mittelständische Unternehmen im Bereich Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung, Rechtsberatung sowie Unternehmensberatung. Einen Schwerpunkt bildet die interdisziplinäre Sanierungsberatung.

** Rechtsanwältin/Prokuristin der Gerke econ Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hannover/Kirchhorst.

1 Einzelheiten und weitere Informationen auf der Website des Statistischen Bundesamts unter www.destatis.de.

2 Vgl. Angele, Insolvenzen 2007, Wirtschaft und Statistik, 04/2008 (www.destatis.de).

Eröffnung des Konkursverfahrens, sah jedoch ebenfalls keine Definition der Zahlungsunfähigkeit vor. § 102 Abs. 2 KO bestimmte lediglich, dass Zahlungsunfähigkeit anzunehmen sei, wenn Zahlungseinstellung erfolgt sei.

In der Rechtsprechung und Literatur wurde bis 1999 folgende Definition der Zahlungsunfähigkeit entwickelt:

*Zahlungsunfähigkeit ist der dauernde Mangel an Zahlungsmitteln, der den Schuldner außerstande setzt, seine fälligen und ernsthaft eingeforderten Geldschulden zu wesentlichen Teilen zu erfüllen.*³

2. Rechtslage seit der Einführung der InsO 1999

Der Gesetzgeber der InsO hat sodann den Begriff der Zahlungsunfähigkeit „im Interesse der Rechtsklarheit gesetzlich umschrieben“ und „die Definition zugrunde gelegt, die sich in Rechtsprechung und Literatur für die Zahlungsunfähigkeit durchgesetzt hat“.⁴

§ 17 Abs. 2 InsO definiert die Zahlungsunfähigkeit wie folgt:

Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

Im Gegensatz zu der v.g. – durch Rechtsprechung geprägten – Definition der Zahlungsunfähigkeit unter der Geltung der KO/GesO hat der Gesetzgeber auf die Benennung der Merkmale „Dauer“ und „Wesentlichkeit“ verzichtet. Auch ein „ernstliches Einfordern“ ist in die Definition nicht mit aufgenommen worden. Diese Merkmale sind vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich zum Gegenstand der Definition gemacht worden, um den Begriff der Zahlungsunfähigkeit nicht zu stark einzuengen, eine übermäßig einschränkende Auslegung des Begriffs zu verhindern und somit eine „Verschärfung“ der Definition, wann Zahlungsunfähigkeit vorliegt, herbeizuführen. Gleichwohl wollte der Gesetzgeber diese Merkmale von der Definition umfasst wissen, indem er gemäß der Gesetzesbegründung davon ausging, dass eine vorübergehende Zahlungsstockung keine Zahlungsunfähigkeit begründet und geringfügige Liquiditätslücken bei der Feststellung der Unfähigkeit zur Zahlung außer Betracht bleiben müssen.⁵

Damit bestanden trotz der gesetzlichen Regelung nach wie vor erhebliche Schwierigkeiten hinsichtlich der konkreten Feststellung der Zahlungsunfähigkeit in der Praxis und es war in Rechtsprechung und Literatur umstritten, wann (2 Wochen, 3 Wochen oder 2 Monate?) und in welcher Höhe (5 %, 10 % oder 20 %?) eine lediglich vorübergehende Zahlungsstockung vorliegt.⁶

3. Grundsatzentscheidung des BGH v. 24.5.2005 und wichtige Folgeentscheidungen

Mit seiner Grundsatzentscheidung v. 24.5.2005⁷ hat der IX. ZS des BGH die gesetzliche Definition in § 17 Abs. 2 Satz 1

InsO konkretisiert und anwendbare Kriterien für die Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von einer Zahlungsstockung aufgestellt.

Demnach ist Zahlungsunfähigkeit dann nicht anzunehmen, wenn (alternativ)

- die Liquiditätslücke weniger als 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten beträgt,
- die Liquiditätslücke innerhalb von 3 Wochen durch ausreichende Geldmittel geschlossen werden kann,
- die Liquiditätslücke des Schuldners zwar 10 % oder mehr beträgt, aber ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.

Dagegen ist von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, wenn (alternativ)

- die Liquiditätslücke weniger als 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten beträgt, es jedoch bereits absehbar ist, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird bzw. wenn trotz laufender Tilgung eine Liquiditätslücke verbleibt,
- die Liquiditätslücke mehr als 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten beträgt und der Schuldner nicht in der Lage ist, innerhalb von 3 Wochen die Liquiditätslücke auf unter 10 % zu bringen bzw. die Lücke demnächst vollständig oder fast vollständig zu beseitigen; im letzten Fall muss den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten sein.

Mit dieser Entscheidung hat der BGH die Legaldefinition des § 17 Abs. 2 InsO ausgelegt und versucht, den Tatbestand verbindlich zu konkretisieren.⁸ Die bewusst in der Legaldefinition nicht gebrauchten (gleichwohl aber nach dem Willen des Gesetzgebers von ihr umfassten) Merkmale der „Dauer“ (Zeitraum: „3 Wochen“ bzw. „demnächst“) und Wesentlichkeit (10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten) sind somit maßgebliche Kriterien der Zahlungsunfähigkeit. Der BGH hat zudem den einschränkenden Merkmalen der Dauer und der Wesentlichkeit noch das zusätzliche Merkmal der „Zumutbarkeit“ hinzugefügt.

§ 17 Abs. 2 InsO verlangt zudem die „Fälligkeit“ der Zahlungspflicht; insofern scheint der Wortlaut der Norm eindeutig zu sein. Seit der Entscheidung v. 19.7.2007⁹ fordert der BGH

3 Vgl. BHG, Urt. v. 22.11.1990 – IX ZR 103/90, NJW 1991, 980 = LNR 1990, 14234; BGH, Urt. v. 30.4.1992 – IX ZR 176/91, NJW 1992, 1960 = LNR 1992, 14886 jeweils m.w.N.; s. auch: *Borup*, BB 1986, 1883, 1884.

4 Entwurf einer InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 116.

5 Entwurf einer InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 116.

6 Bspw. AG Köln, Beschl. v. 9.6.1999 – 73 IN 16/99, NZI 2000, 89; vgl. *Braun*, InsO, 2. Aufl. 2004, § 17 Rn. 7 ff. m.w.N.

7 BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807.

8 BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, ZInsO 2009, 1254.

9 BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, ZInsO 2007, 939.

aber, dass die Forderungen zudem auch „ernsthaft eingefordert“ werden. Dies hat den Zweck, solche Forderungen auszunehmen, die rein tatsächlich – also auch ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung – gestundet sind.¹⁰ Allerdings genügt für ein ernstliches Einfordern eine Gläubigerhandlung, aus der sich der Wille ergibt, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen. Regelmäßig ist eine Forderung also dann i.S.v. § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich ein Erfüllungsverlangen ergibt; dies ist grds. schon bei Übersendung einer Rechnung zu bejahen. Der Begriff der „Fälligkeit“ in der Legaldefinition des § 17 Abs. 2 InsO ist mithin nicht mit dem Fälligkeitsbegriff, wie er sich implizit aus § 271 BGB ergibt, gleichzusetzen.¹¹

4. IDW PS 800 in der Fassung v. 6.3.2009

Der Hauptfachausschuss des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat am 6.3.2009 eine überarbeitete Fassung des Prüfungsstandards 800 „Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen“ verabschiedet und damit die vorhergehende Fassung v. 22.1.1999 ersetzt. Das IDW hat darin dargelegt, wie die neuere BGH-Rechtsprechung zur Zahlungsunfähigkeit zu verstehen ist und welche Folgerungen sich aus dieser Rechtsprechung für weitere Sachverhalte ergeben.

Der Prüfungsstandard PS 800 ist von Wirtschaftsprüfern im Rahmen einer Abschlussprüfung oder der Prüfung eines Zwischenabschlusses zu beachten, wenn sich Indizien für eine Liquiditätskrise ergeben. Nach IDW PS 800 ist zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit ein Finanzstatus und ein darauf aufbauender Finanzplan zu erstellen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der IDW PS 800 keine Rechtsnormqualität hat.

5. Derzeitiger Meinungsstand in der Fachliteratur

Die grundsätzlichen Fragestellungen bzgl. des Tatbestands der Zahlungsunfähigkeit sind – zumindest rechtlich – weitestgehend geklärt (s. auch Ziff. II.6). Einzelfragen bzgl. einzelner Tatbestandsmerkmale, die insbesondere für die Umsetzung der gesetzlichen und durch die Rechtsprechung ausgeformten Maßgaben für die betriebswirtschaftliche Praxis zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit von Relevanz sind, werden gleichwohl unterschiedlich beantwortet. So ist in diesem Zusammenhang insbesondere streitig, inwieweit bei dem Ansatz der liquiden Mittel auch solche Mittel zu berücksichtigen sind, die aus einer Verwertung von Vermögensbestandteilen des Anlage- und/oder Umlaufvermögens beschafft werden können (z.B. erhebt sich die Frage, ob nur eine mögliche kurzfristige Verwertung des Umlaufvermögens oder auch eine Verwertung des Anlagevermögens zu berücksichtigen ist).¹²

Mit Blick auf die zu berücksichtigenden Verbindlichkeiten ist bspw. nicht eindeutig geklärt, ob und inwieweit Verbindlichkeiten, deren Erfüllung gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde (z.B. gesellschaftsrechtliche Auszahlungsverbote), zu berücksichtigen sind.¹³

Hinsichtlich der durch die Rechtsprechung aufgezeigten Grenzwerte zur Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit in Form der %-Angabe zur Liquiditätslücke sowie des 3-Wochenzeitraums und vor allem hinsichtlich der Ausnahmeregelungen im Rahmen der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit gemäß der BGH-Entscheidung v. 24.5.2005 werden in der Theorie unterschiedliche Vorgehensweisen zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit vertreten. Eine einheitliche Methodik zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit ist nicht gegeben. Wie Pape¹⁴ bereits 2008 zutreffend ausführte, kann die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auf unterschiedlichen Wegen erfolgen, bei denen es das Primat einer bestimmten Feststellung nicht gibt. Daher kann neben der Aufstellung einer Liquiditätsbilanz, in der die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von 3 Wochen flüssig zu machenden Mittel den am jeweils selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten gegenübergestellt werden, die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auch auf andere Art und Weise erfolgen.

Einige Autoren haben auf Basis der ergangenen Rechtsprechung Schemata zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit entwickelt,¹⁵ andere Autoren üben Kritik an einzelnen Aspekten der in Rechtsprechung und Literatur aufgezeigten möglichen Wege zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit und zeigen Widersprüche und Unstimmigkeiten auf.¹⁶ Umso mehr scheint es sachdienlich und für die Praxis sinnvoll, nach einer Methode vorzugehen, die standardisiert regelmäßig angewendet werden kann und (weitestgehend) sämtliche Fristen und (Wert-)Grenzen, die zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit aufgestellt worden sind, abdeckt und deren Ergebnisse bzw. Auswirkungen aufzeigt.

Von der Ermittlung materieller Zahlungsunfähigkeit im Sinne einer „ex ante“-Betrachtung sind die Fragen der Beweisbarkeit und Beweiserleichterungen hinsichtlich der Darlegung der Zahlungs(un)fähigkeit (insbesondere im Prozess) zu unterscheiden. In diesem Zusammenhang wird der Aspekt „ex post“-Betrachtung¹⁷ relevant. Hierauf wird im Folgenden ebenfalls näher und entsprechend differenziert eingegangen.

II. Betriebswirtschaftliche Aspekte und offene Fragen zum Begriff „Zahlungsunfähigkeit“

Die BGH-Entscheidungen v. 24.5.2005 und 19.7.2007 sind hilfreich und zielführend, um die sehr allgemein gehaltene

10 BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, ZInsO 2007, 939; BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, ZInsO 2009, 1254; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 17 Rn. 15; Ganter, NZI 2010, 361, 362.

11 BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, ZInsO 2007, 939; BGH, Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, ZInsO 2009, 1254.

12 Vgl. HambKomm-InsO/Schmidt, 3. Aufl. 2009, § 17 Rn. 14; Uhlenbruck (Fn. 10), § 17 Rn. 8, 20; Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, Rn. 36; s. auch BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, ZInsO 2007, 939.

13 Vgl. Uhlenbruck (Fn. 10), § 17 Rn. 10; HambKomm-InsO/Schmidt (Fn. 12), § 17 Rn. 12, 13; Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, Rn. 23.

14 Pape, WM 2008, 1951.

15 Bspw. Uhlenbruck (Fn. 10), § 17 Rn. 39 ff.; Staufenbiel/Hoffmann, ZInsO 2008, 785 ff.

16 Vgl. Frystatzki, NZI 2010, 389.

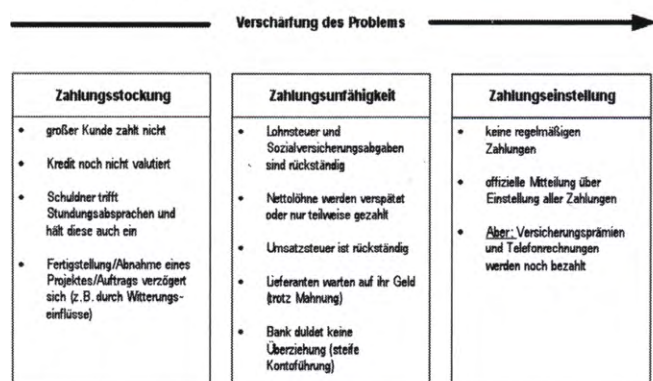
17 S. hierzu u.a. Baumbach/Hueck (Fn. 12), Rn. 38; HambKomm-InsO/Schmidt (Fn. 12), § 17 Rn. 14.

Gesetzesformulierung in § 17 Abs. 2 InsO im Einzelfall konkret auszufüllen. Es wird jedoch noch darzulegen sein, dass mit diesen Urteilen keineswegs alle Fragen geklärt sind, wie sich dies auch aus den vielfältigen Literaturstimmen (vgl. Ziff. I.5 und im Folgenden) ergibt. Nachfolgend soll die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung und der Zahlungseinstellung abgegrenzt werden, um dann auf einzelne Aspekte der BGH-Entscheidung einzugehen.

1. Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung und der Zahlungseinstellung

Bei einer Zahlungsunfähigkeitsprüfung wird differenziert zwischen der *Zahlungseinstellung* als objektiven Ausdruck der Zahlungsunfähigkeit und der *Zahlungsstockung* als einen kurzfristig behebbaren Mangel an Zahlungsmitteln. Zahlungsunfähigkeit liegt allerdings nicht erst bei endgültiger Zahlungseinstellung vor, sondern tritt i.d.R. bereits früher ein. Davon zu unterscheiden ist die subjektive Zahlungswilligkeit, die dazu führt, dass fällige Verbindlichkeiten nicht bedient werden, obwohl ausreichend Zahlungsmittel vorhanden sind, weil es Einwendungen gegen die Forderungen gibt, z.B. bei Reklamationen, unrichtiger Rechnungsstellung oder aus anderen Gründen gestörten Beziehungen zu den Vorlieferanten. Im Folgenden werden die Begriffe Zahlungseinstellung und Zahlungsstockung näher beschrieben.

Schema: Abgrenzung Zahlungsstockung, Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung



a) Zahlungsstockung

Nach der Intention des Gesetzgebers soll bei einer bloßen Zahlungsstockung kein Zwang zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens bestehen, sofern die Möglichkeit gegeben ist, kurzfristig die notwendigen liquiden Mittel zu beschaffen. Damit soll gerade nicht bereits bei geringfügigen Abweichungen von einer absoluten Zahlungsfähigkeit ein Insolvenzgrund manifestiert werden, weil anderenfalls die Gefahr bestünde, dass eine Vielzahl von Betrieben unvorbereitet und unverhofft in die Insolvenz getrieben würde, obwohl sie durchaus konkrete Chancen hätten, auch eine Liquiditätskrise zu überwinden.

Als kurzfristig wird nach dem BGH-Urt. v. 24.5.2005¹⁸ dabei ein Zeitraum von maximal 3 Wochen gesehen. In diesem Zu-

sammenhang kommt es nicht nur auf den aktuellen Bestand der vorhandenen Zahlungsmittel, sondern auch auf die liquiden Mittel an, die in diesem Zeitraum durch weitere Zahlungseingänge, Liquidierung von Vermögen oder Aufnahme weiterer Kredite kurzfristig gewonnen werden können. Hierbei ist jedoch entscheidend, dass diese Liquiditätsreserven zum Zeitpunkt der Fälligkeit tatsächlich vorhanden sind. Dies bedeutet, dass Vermögensteile tatsächlich liquidiert und der Gegenwert dem Schuldner zur Verfügung gestellt wird, dass ein zugesagter Bankkredit tatsächlich valutiert und ausgezahlt wird, oder dass ein Gesellschafter, der sich bereit erklärt hat, seiner Gesellschaft ein Darlehen oder einen Nachschuss zur Verfügung zu stellen, diese Zahlung tatsächlich leistet.

In der Praxis wird die Schwierigkeit häufig darin bestehen, eine entsprechende Absicherung der zu erwartenden Geldzuflüsse zu dokumentieren und den hierfür erforderlichen Zeitraum nicht zu überdehnen. In jedem Fall sind bei Annahme einer bloßen Zahlungsstockung die zu diesem Ergebnis führenden Gründe so zu dokumentieren, dass im Fall einer späteren Insolvenz Haftungsrisiken für alle Beteiligten vermieden werden.

Das Problem besteht somit in einer Quantifizierung, was als Liquiditätslücke noch zumutbar ist, in Verbindung mit der Definition eines Zeitraums, innerhalb dessen diese noch zumutbare Liquiditätslücke auftreten darf und grds. eine Chance zur Beseitigung derselben besteht.

b) Zahlungseinstellung

Die Zahlungseinstellung ist dasjenige äußere Verhalten, in dem sich typischerweise eine Zahlungsunfähigkeit ausdrückt. Es muss sich für die beteiligten Verkehrskreise der berechnete Eindruck aufdrängen, dass die fälligen und eingeforderten Zahlungsverpflichtungen nicht mehr erfüllt werden können – so der BGH.¹⁹ Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für die Annahme einer Zahlungseinstellung aus. Ohne Bedeutung ist es insofern, dass der Unternehmer (Schuldner) noch kleinere Zahlungen leistet, um z.B. den Geschäftsbetrieb im Vorfeld einer Insolvenz noch aufrechtzuerhalten, wie bspw. bei der Bezahlung von Versicherungsprämien oder Telefonrechnungen. Eigene Erklärungen des Unternehmers, eine fällige Verbindlichkeit nicht begleichen zu können, deuten auf eine Zahlungseinstellung hin. Daran ändert eine gleichzeitig geäußerte Stundungsbitte nichts; diese kann vielmehr gerade auf die Nachhaltigkeit der Liquiditätskrise hindeuten.²⁰

Ist eine Zahlungseinstellung erkennbar, greift die gesetzliche Vermutung des § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO und Zahlungsunfähigkeit wird vermutet.

18 BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807.

19 BGH, Urt. v. 25.1.2001 – IX ZR 6/00, WM 2001, 689, 690 = ZInsO 2001, 318; BGH, Urt. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, WM 2006, 2312, 2313 = ZInsO 2006, 1210; BGH, Urt. v. 21.6.2007 – IX ZR 231/04, WM 2007, 1616, 1618 = ZInsO 2007, 816.

20 BGH, Urt. v. 4.10.2001 – IX ZR 81/99, WM 2001, 2181, 2182 = ZInsO 2001, 816.

2. Betriebswirtschaftliche Systematik der BGH-Entscheidung v. 24.5.2005

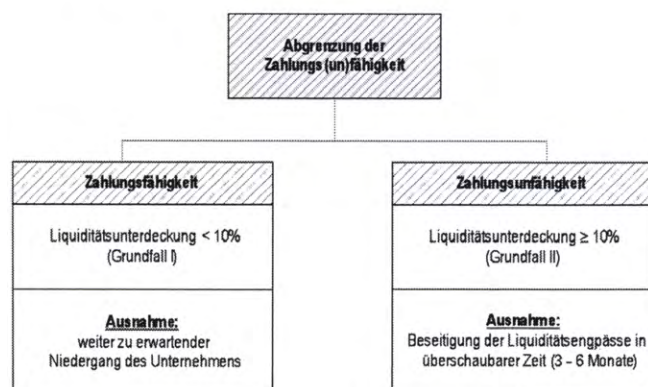
a) Grundüberlegungen zu den Regelfällen und zu den Ausnahmen

Aufgrund der Neuregelung der Zahlungsunfähigkeit in § 17 InsO ab dem 1.1.1999 in Verbindung mit der Regierungsbeurteilung (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 116) ergab sich die vom Gesetzgeber gewollte „Verschärfung“ des Begriffs Zahlungsunfähigkeit, die durch die Zivilgerichte auszuführen war. Die unter Ziff. II.1 aufgezeigte Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung hat der IX. Senat des BGH in seiner richtungsweisenden Entscheidung v. 24.5.2005 in durchaus praxisnaher Form zu lösen versucht. Wenngleich eine Reihe von Fragen offengeblieben ist, so kann die Praxis hiermit durchaus leben, wenn der ein oder andere Aspekt juristisch wie auch betriebswirtschaftlich sinnvoll ausgelegt wird.

Danach gilt die Regel, dass die Zahlungsunfähigkeit erst dann gegeben ist, wenn die Liquiditätsunterdeckung größer als 10 % ist. Umgekehrt ist Zahlungsfähigkeit (noch) gegeben, wenn diese Liquiditätsunterdeckung grds. die 10 %-Grenze nicht erreicht. Diese Annahme, die noch um die Zeitkomponente zu ergänzen sein wird (s. Argumentation weiter unten), stellt eine widerlegbare Vermutung²¹ dar, die durch weitere Tatsachen erschüttert werden kann. Der angenommene Grundfall wird somit jeweils um einen Ausnahmetatbestand ergänzt.

Die Liquiditätsunterdeckung, wenn sie gleich bzw. mehr als 10 % ist, führt ausnahmsweise dann nicht zur Zahlungsunfähigkeit, wenn der Liquiditätsengpass in einer überschaubaren Zeit (ca. 3 – 6 Monate) beseitigt werden kann und nach einer Gesamtwürdigung der Umstände dem Gläubiger das Warten zuzumuten ist.

Andererseits kann auch bei einer Liquiditätsunterdeckung, die die 10 %-Grenze nicht erreicht, ausnahmsweise trotzdem Zahlungsunfähigkeit gegeben sein, wenn ein zu erwartender Niedergang des Unternehmens offensichtlich ist. Damit hat der BGH die beiden Grundfälle Zahlungsfähigkeit und Zahlungsunfähigkeit durchaus zutreffend geregelt, gleichzeitig jedoch Ausnahmetatbestände zugelassen.



Auf Basis der vorstehend aufgezeigten Grundfälle I und II, die gemäß der BGH-Entscheidung v. 24.5.2005 die Zah-

lungsunfähigkeit und deren Ausnahmen sowie die Zahlungsfähigkeit und deren Ausnahmen definieren, hat *Uhlenbruck* die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit nach einem Stufenmodell erklärt.²² An diesem Schema lässt sich die Kritik an der BGH-Entscheidung v. 24.5.2005 nochmals deutlich herausarbeiten. Der BGH hat nicht hinreichend differenziert zwischen der zeitpunktbezogenen Liquidität und der zeitraumbezogenen bzw. dynamischen Liquidität. Beides muss jedoch differenziert ermittelt werden.

Nach der Interpretation von *Uhlenbruck* wäre bei der Annahme, dass die Liquiditätslücke weniger als 10 % beträgt (implizit ist damit die statische Liquiditätsermittlung gemeint), davon auszugehen, dass keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, es sei denn, dass der Niedergang des Unternehmens fortgesetzt wird mit der zwangsläufigen Folge, dass die Liquiditätslücke weiter ansteigen wird und somit endgültig zur Illiquidität führt. Dies kann jedoch nur in wenigen Ausnahmefällen binnen einer Frist von 3 Wochen festgestellt werden. Vielmehr bedarf es einer Fortbestehensprognose, die einen Zeitraum von 3 – 6 Monaten zu umfassen hat. Davon sind Fälle abzugrenzen, in denen eine Liquiditätsverbesserung offensichtlich nicht zu erwarten ist (z.B. die Gesellschaft befindet sich bereits in Liquidation).²³

Sollte jedoch die Liquiditätslücke gleich oder größer als 10 % sein, so ist zuvor eine Abgrenzung zur Zahlungsstockung vorzunehmen, indem festgestellt wird, ob innerhalb von maximal 3 Wochen diese Liquiditätslücke beseitigt werden kann; ist dies der Fall, liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor. Sollte sich jedoch herausstellen, dass diese Liquiditätslücke von 10 % und mehr innerhalb der 3-Wochenfrist nicht beseitigt werden kann, müssen ganz besondere Ausnahmetatbestände vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt. Auch hierzu wäre es erforderlich, eine sog. Fortbestehensprognose für einen Zeitraum von 3 – 6 Monaten anzufertigen, um widerlegbar darzulegen, dass die Beseitigung der Liquiditätslücke von 10 % und mehr mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit innerhalb einer überschaubaren Zeit (3 – 6 Monate) tatsächlich möglich ist.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass bei einer diesbezüglichen Vorgehensweise mit unterschiedlichen Begriffen der statischen und dynamischen Liquidität sowie mit unterschiedlichen Fristen gearbeitet wird.

Vor diesem Hintergrund ist es für die Praxis dringend zu empfehlen, von vornherein sowohl die statische als auch die dynamische Liquiditätsentwicklung des insolvenzbedrohten Unternehmens innerhalb der 3-Wochenfrist zu ermitteln.

21 Vgl. HambKomm-InsO/Schmidt (Fn. 12), § 17 Rn. 23.

22 *Uhlenbruck* (Fn. 10), § 17 Rn. 39 ff.: *Uhlenbruck* zeigt fünf Stufen zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit auf, „vermischt“ jedoch bereits auf der ersten Stufe die statische mit der dynamischen Liquidität und kommt erst in der dritten Stufe zu einer Aussage über eine Liquiditätslücke. Vgl. auch K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl., Rn. 5.18, 5.82 ff.

23 So war es in dem der Entscheidung des BGH v. 24.5.2005 zugrunde liegenden Sachverhalt der Fall.

Dies bedeutet, dass in einem *ersten Arbeitsschritt* die statische Liquidität als Ausgangspunkt aufgrund der *Ist-Zahlen* der Finanzbuchhaltung und sonstiger Datenerhebung des Unternehmens festzustellen ist (Liquiditätsstatus). Bereits hier kann man zu einem vorläufigen Ergebnis (I) kommen, indem diese statische Liquiditätskennziffer eine Liquiditätslücke ausweist, die gleich oder größer als 10 % ist oder die kleiner als 10 % bzw. positiv ist (Liquiditätsüberschuss). Diese statische Liquiditätskennziffer ist jedoch nur eine erste Indikation.

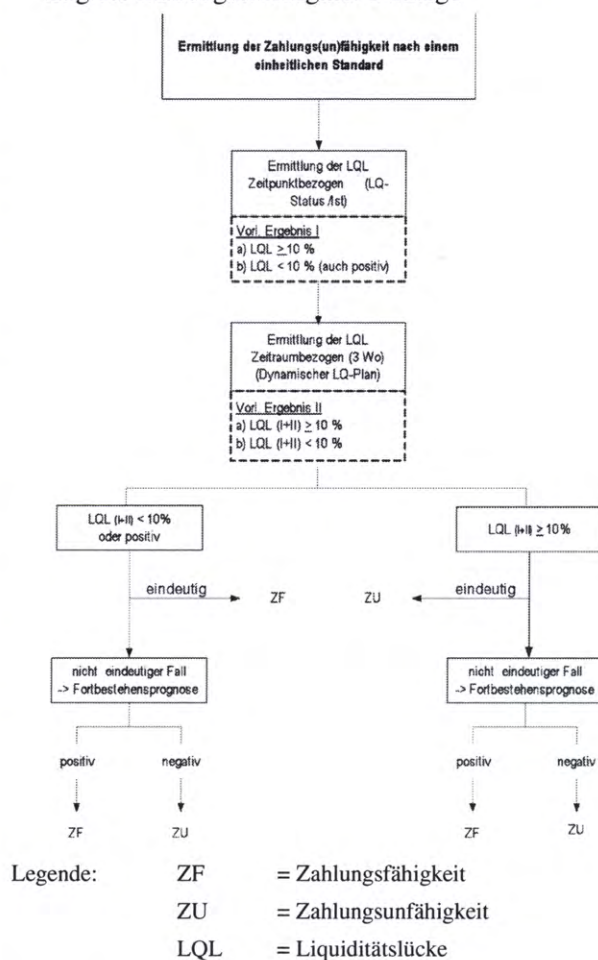
In einem *weiteren Arbeitsschritt* ist die statisch ermittelte Liquiditätslücke durch eine Planungsrechnung dynamisch fortzuentwickeln. Hierbei werden im Regelfall *Planzahlen* zugrunde gelegt, die auf mehr oder weniger genauen Schätzungen der zukünftig zu erwartenden Zahlungsströme beruhen. Die dynamische Liquiditätsentwicklung ist mindestens für einen Zeitraum von 3 Wochen zu erstellen, um festzustellen, ob sich die ursprüngliche Indikation der Liquiditätslücke verbessert oder verschlechtert. Erst nach Auswertung der dynamischen zeitraumbezogenen Liquiditätsermittlung (Ergebnis II) kann eine Einschätzung zur Zahlungsunfähigkeit getroffen werden. Als Ergebnis ist vorstellbar, dass die Liquiditätslücke gleich oder größer als 10 % ist oder dass sich eine Liquiditätslücke ergibt, die kleiner als 10 % oder positiv ist.

In dem *letzten Schritt* sind dann die möglichen Ausnahmen gemäß der Rechtsprechung des BGH v. 24.5.2005 zu prüfen, welche die bereits festgestellte Vermutung des Ergebnisses II widerlegen können.

- Sofern die Liquiditätslücke kleiner als 10 % oder positiv sein sollte, kann in eindeutigen Fällen davon ausgegangen werden, dass Zahlungsfähigkeit gegeben ist. Eindeutige Fälle liegen im Regelfall vor, wenn das Unternehmen (Schuldner) noch über eine ausreichende Eigenkapitalquote verfügt (ca. 20 – 30 % der Bilanzsumme), in den letzten 3 Jahren und aktuell im laufenden Jahr keine Verluste erwirtschaftet werden und keine außergewöhnlichen Ereignisse den Fortbestand des Unternehmens unmöglich machen oder infrage stellen (z.B. Wegfall einer Betriebserlaubnis). Ist hier jedoch zu diesem Zeitpunkt bereits erkennbar, dass sich die Liquidität in absehbarer Zeit dramatisch verschlechtern wird bzw. der Niedergang des Unternehmens sich möglicherweise weiter abzeichnet, so muss eine längerfristige Fortbestehensprognose (ca. 3 – 6 Monate) getroffen werden, um aufgrund der Fortbestehensprognose entweder das ursprüngliche positive Urteil zu bestätigen oder zu der Erkenntnis zu kommen, dass letztendlich trotz der zuerst positiven Einschätzung die Unternehmensentwicklung insgesamt als negativ anzusehen ist. Dadurch wäre die Vermutung der ursprünglichen Zahlungsfähigkeit durch eine negative Fortbestehensprognose widerlegt, sodass letztendlich doch Zahlungsunfähigkeit gegeben ist.

- Sofern die Liquiditätslücke gleich/größer als 10 % ist, spricht die Vermutung dafür, dass Zahlungsunfähigkeit gegeben ist. Im Regelfall wird es sich hierbei um eindeutige Fälle handeln, in denen die Liquiditätslücke 20 %, 30 % oder mehr beträgt und somit häufig weitere Untersuchungen wirtschaftlich nicht sinnvoll sind. Aber auch die-

se Vermutung kann widerlegt werden, indem dargelegt werden kann, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit diese Liquiditätslücke innerhalb einer überschaubaren Zeit von 3 – 6 Monaten geschlossen wird, weil z.B. der Zahlungseingang eines wichtigen Kunden erwartet wird. Auch dann macht es Sinn, eine entsprechende Fortbestehensprognose für den kritischen Zeitraum (ca. 3 – 6 Monate) zu erstellen, um die widerlegbare Vermutung der Zahlungsunfähigkeit aufgrund der ersten Einschätzung zu dokumentieren. Sollte diese Fortbestehensprognose dann positiv sein, ist die ursprünglich angenommene Zahlungsunfähigkeit widerlegt worden. Kommt die Fortbestehensprognose jedoch erneut zu einer negativen Einschätzung, wird die ursprüngliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit bestätigt.



b) Einzelne Faktoren

aa) Zeitpunkt-/Zeitraumbetrachtung

Wie bereits weiter oben ausgeführt, ist zu differenzieren zwischen einer zeitpunktbezogenen Liquidität und einer zeitraumbezogenen Liquidität. Da auch bei der zeitraumbezogenen, sog. dynamischen Liquiditätsbetrachtung als Endpunkt der Berechnung wiederum eine statische Gegenüberstellung der Bestandskonten von Vermögen und Schulden erfolgt, kann die Abgrenzung der Begriffe im Einzelfall schwierig sein. Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, den Charakter des zugrunde gelegten Zahlenwerks zu berücksichtigen. Die statische Liquiditätsberechnung oder Ausgangsliquidität beruht im Regelfall auf *Ist-Zahlen*, die

sich unmittelbar aus der Finanzbuchhaltung ergeben (Liquiditätsbilanz oder Liquiditätsstatus). Bei der dynamischen Liquiditätsbetrachtung liegen jedoch im Regelfall *Planzahlen* zugrunde, die auf mehr oder weniger genauen Schätzungen der zukünftig zu erwartenden Zahlungsströme beruhen (Liquiditätsplan). Vor diesem Hintergrund sind folgende Fallkonstellationen denkbar, die aus der nachfolgenden Tabelle entnommen werden können, sofern eine statische mit einer dynamischen Liquiditätsermittlung kombiniert wird.

Theoretisch denkbare Fälle

LQ-Ermittlung	Stat. LQ (Ist) I	Dyn. LQ (Plan) II	Ergebnis Σ LQ (vorläufig)	Ausnahme gem. BGH- Rspr.	Ergebnis Σ LQ (endgültig)
Ausgangssituation negativ	≥ 10 %	≥ 10 %	→ ZU	ja	ZF
		≥ 10 %	→ ZU	nein	ZU
	≥ 10 %	< 10 %	→ ZF	ja	ZU
		< 10 %	→ ZF	nein	ZF
Ausgangssituation positiv	< 10 %	< 10 %	→ ZF	ja	ZU
		< 10 %	→ ZF	nein	ZF
	< 10 %	≥ 10 %	→ ZU	ja	ZF
		≥ 10 %	→ ZU	nein	ZU

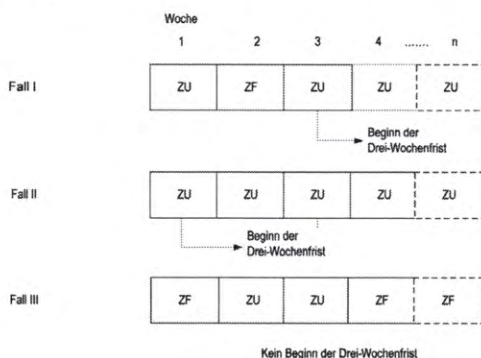
Als Fazit der vorstehenden Tabelle kann somit festgehalten werden, dass sich die Ausgangsliquidität (statisch) durch die dynamische Fortschreibung bestätigen oder umkehren kann. Daraus resultieren vier Grundfälle. Diese können durch die vom BGH definierten Ausnahmen – falls diese vorliegen – ins Gegenteil gekehrt werden.

bb) Zeitraum I (3-Wochenfrist)

Die 3-Wochenfrist zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit kann nicht identisch sein mit der 3-Wochenfrist der Antragsverpflichtung nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO. Die Antragsverpflichtung zur Insolvenz setzt einen Eröffnungsgrund gem. § 16 InsO voraus. Dies bedeutet, dass die Zahlungsunfähigkeit definitiv festgestellt sein muss, um die Frist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO in Gang zu setzen. Sofern also eine Liquiditätslücke von 10 % und mehr bei der statischen Ermittlung der Liquiditätskennziffer ermittelt wird und diese binnen 3 Wochen nicht beseitigt werden kann, so ist im Regelfall das Ingangsetzen der 3-Wochenfrist gem. § 15a InsO erst nach Ermittlung der „endgültigen“ Liquiditätsunterdeckung anzunehmen.

Die 3-Wochenfrist beginnt immer dann zu laufen, wenn sich die Zahlungsunfähigkeit (erstmalig) als manifest herausstellt.

Beispiel:



Hinweis: Der Beginn der Woche 1 ist der Anfangszeitraum für die Beurteilung.

Man kann jedoch auch zu einer anderen – verschärften – Betrachtung kommen, wenn die statisch ermittelte Liquiditätsunterdeckung bereits so erheblich ist (z.B. 30 %, 40 % oder mehr beträgt), dass ein weiteres Abwarten bzw. Berechnen, ob eine Abwendung der Liquiditätsunterdeckung binnen 3 Wochen möglich ist (dynamische Liquiditätsbetrachtung), offensichtlich zu keinem anderen Ergebnis führt. In diesem Fall wird die Antragsfrist des § 15a InsO bereits sofort in Gang gesetzt. Denn die gesetzliche Frist in § 15a InsO stellt eine Höchstgrenze dar, die – wenn schon zu einem früheren Zeitpunkt feststeht, dass eine nachhaltige Beseitigung des Insolvenzgrundes nicht zu erwarten ist – auch nicht mehr voll ausgeschöpft werden darf. Vielmehr ist in den Fällen unverzüglich der Insolvenzantrag zu stellen. Mit anderen Worten: Die Geschäftsführung kann sich bei einer Feststellung einer Liquiditätsunterdeckung von 10 % und mehr nicht immer automatisch darauf verlassen, dass sie die Überprüfungsmöglichkeit zur Beseitigung der Liquiditätsunterdeckung innerhalb von 3 Wochen als quasi vorgelagerte 3-Wochenfrist zum Beginn der Antragsfrist nach § 15a InsO in Anspruch nehmen kann.

In dem Fall, dass die Liquiditätsunterdeckung unter 10 % oder positiv ist, liegt nach der ersten Indikation durch die Ermittlung der statischen Liquiditätskennziffer ohnehin keine Zahlungsunfähigkeit aufgrund der BGH-Rechtsprechung v. 24.5.2005 vor, sodass von einem Ingangsetzen der Antragsfrist gem. § 15a InsO ohnehin nicht auszugehen ist. Es sei denn, es liegt der Ausnahmefall vor, nämlich ein zu erwartender weiterer Niedergang des Unternehmens, der zwangsläufig zu einer Liquiditätsunterdeckung führt, die nicht mehr akzeptabel ist im Sinne der v.g. BGH-Rechtsprechung. Zulässigerweise wird man diesen Zustand, je nachdem, wann die Liquiditätsunterdeckung die 10 %-Grenze überschreitet, möglicherweise auch unter dem Begriff der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ subsumieren.

cc) Zeitraum II (weitere 3-Wochenfrist?)

Bei einer Unterdeckung von weniger als 10 % verlängert *Schmidt/Uhlenbruck*²⁴ die 3-Wochenfrist um weitere 3 Wochen, um eine Liquiditäts- und Fortführungsprognose zu erstellen, wodurch sich somit die Vorfristen des § 15a InsO auf insgesamt 6 Wochen erstrecken sollen. Dies ist weder sachlich gerechtfertigt noch erforderlich, wenn nach dem zuvor beschriebenen Schema einer kombinierten Liquiditätsermittlung diese sowohl statisch durch die Ausgangsliquidität als auch durch eine dynamische Liquiditätsplanung ermittelt wird.²⁵

dd) Verfügbare Finanzmittel

Unter den verfügbaren Finanzmitteln sind sämtliche Bar-mittelbestände sowie Bankguthaben aber auch nicht ausgeschöpfte Kreditlinien zu verstehen. Voraussetzung ist jedoch, dass die Kreditlinien nicht gekündigt sind. Gekündigte oder überzogene Kreditlinien sind auch bei To-

²⁴ Vgl. K. Schmidt/Uhlenbruck (Fn. 22), Rn. 5.18.

²⁵ So Braun, InsO, 4. Aufl. 2010, § 17 Rn. 11.

lierung durch das Kreditinstitut im Regelfall als sofort fällige Verbindlichkeiten anzusehen. Hiervon kann es jedoch Ausnahmen geben, wenn bestimmte Indizien auf eine stillschweigende bereits länger anhaltende Duldung der Überziehung seitens des Kreditinstituts hinweisen. Ferner können alle Anlagen, die kurzfristig zu liquiden Mitteln gemacht werden können (z.B. Festgeld, Sparbriefe, kapitalmarktfähige Wertpapiere, evtl. auch Aktien), dazu gezählt werden. Als kurzfristig im Sinne der statischen Liquiditätsbetrachtung kann allenfalls ein Zeitraum von einem Tag (= 24 Std.) angesetzt werden, den die Geschäftsleitung benötigt, um die Gutschrift der „quasi“-liquiden Mittel auf dem laufenden Bankkonto zu ermöglichen.

ee) Kurzfristig fällige Forderungen

Zu den kurzfristig fälligen Forderungen zählen sämtliche Forderungen aus Lieferung und Leistung, die innerhalb des Prognosezeitraums fällig und realisiert werden können (Zahlungseingang). Hinzu kommen auch die Forderungen, die erst innerhalb des 3-Wochenzeitraums entstehen und mit deren Zahlungseingang in dieser Zeit gerechnet werden kann – dazu zählen auch Bareinnahmen. Ferner können auch andere Zahlungseingänge innerhalb des 3-Wochenzeitraums vorliegen, die zu einer Erhöhung der Liquidität beitragen können, bspw.:

- Erhöhung der Kreditlinie/Auszahlung eines Überbrückungskredits
- Auszahlung eines längerfristigen Darlehns durch ein Kreditinstitut
- Zahlungseingang von einer Leasinggesellschaft durch Ausübung eines Sale-and-lease-back-Vertrags
- „Versilberung“ von nicht benötigten Vermögensgegenständen, die unmittelbar zu einem Liquiditätszufluss binnen der 3-Wochenfrist führen
- Nachschüsse der Gesellschafter
- Anzahlungen von Kunden
- Zahlungen durch Versicherungen
- Steuererstattungen

Es spielt letztendlich keine Rolle, aus welchen Gründen eine Liquiditätszufuhr innerhalb des 3-Wochenzeitraums – oder für den Fall einer Fortbestehensprognose darüber hinaus für weitere 3 – 6 Monate – erfolgt. Im Regelfall werden die Liquiditätszuflüsse durch den Eingang von Forderungen aus Lieferung und Leistung begründet sein, die aus dem Umsatzprozess resultieren. Aber auch alle anderen Liquiditätszuflüsse, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit identifiziert werden können, sind im dynamischen Liquiditätsplan zu berücksichtigen.

ff) Kurzfristig fällige Verbindlichkeiten

Wegen der Definition der Fälligkeit kann auf die entsprechenden Ausführungen der Literatur verwiesen werden, die

sich aufgrund der einschlägigen BGH-Rechtsprechung nicht an § 271 BGB, sondern an dem Merkmal des „ernsthaften Einforderns“ zu orientieren hat (vgl. BGH-Entscheidung v. 19.7.2007; s.o. II.2). Demnach sind Gläubigerhandlungen erforderlich, die auf ein „ernsthaftes Einfordern“ hindeuten. Die Übersendung einer Rechnung reicht dazu im Regelfall aus; der Gläubiger muss nicht Mahnungen versenden oder gar das gerichtliche Mahnverfahren eingeleitet haben. Willigt der Gläubiger hingegen einer späteren oder nachrangigen Befriedigung ein, so liegt gerade kein „ernstliches Einfordern“ vor, selbst dann nicht, wenn keine rechtlich bindende Vereinbarung getroffen wurde oder die Vereinbarung nur auf Einrede des Schuldners berücksichtigt wird und vom Gläubiger einseitig aufgekündigt werden kann.²⁶

Die fälligen Verbindlichkeiten können insbesondere aus Lieferung und Leistung, Nettolöhnen, Lohnsteuer und Sozialabgaben, sonstige Steuern (insbesondere USt), fälligen Zins- und Tilgungsleistungen oder fälligen Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern bestehen. Im Regelfall ergeben sich diese fälligen Verbindlichkeiten aufgrund der statischen Liquiditätsermittlung aus den Daten der Finanzbuchhaltung. Hinweise können für die Praxis insbesondere die Kreditorenbuchhaltung (Offene Postenliste) geben, aus der sich die Kreditoren nach ihren Fälligkeiten ableiten lassen.

Für eine dynamische Liquiditätsbetrachtung reicht es nicht aus, auf die zu dem Statuszeitpunkt fälligen Verbindlichkeiten abzustellen. Vielmehr müssen auch die innerhalb des 3-Wochenzeitraums, oder für den Fall einer Fortbestehensprognose darüber hinaus fällige Verbindlichkeiten für weitere 3 – 6 Monate, die bereits zum Zeitpunkt der ursprünglichen Statuserstellung vorhanden aber noch nicht fällig waren, wozu auch gestundete Verbindlichkeiten zählen, berücksichtigt werden. Ebenso sind neu entstehende Verbindlichkeiten durch Eingehen weiterer Geschäftsvorfälle, z.B. durch Einkaufen von Waren und Leistungen bzw. der Inanspruchnahme von Dienstleistungen (z.B. Löhne), zu berücksichtigen. Somit umfassen die fälligen Verbindlichkeiten vier Arten:

- fällige Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der statischen Liquiditätsermittlung,
- Verbindlichkeiten, die zum Zeitpunkt der statischen Liquiditätsermittlung vorhanden, aber noch nicht fällig sind, jedoch innerhalb des Prognosezeitraums von 3 Wochen fällig werden,
- Verbindlichkeiten, die zum Zeitpunkt der statischen Liquiditätsermittlung noch nicht vorhanden waren, jedoch noch innerhalb des 3-Wochenzeitraums voraussichtlich entstehen und fällig werden und
- sofern eine 3 – 6-monatige Fortbestehensprognose erforderlich wird, sind die innerhalb des Zeitraums (also nach der 3-Wochenfrist) fälligen Verbindlichkeiten zu berücksichtigen.

26 BGH, Urt. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, ZInsO 2007, 939.

gg) Bugwelle

Frystatzki²⁷ differenziert zwischen der „kleinen“ und „großen“ Bugwelle, die sich aus der BGH-Entscheidung v. 24.5.2005 implizit ableiten lassen. Danach wäre eine sog. „kleine“ Bugwelle (Liquiditätslücke < 10 %) auch permanent zulässig, eine „große“ Bugwelle (Liquiditätslücke ≥ 10 %) grds. nicht. *Ausnahme* ist die fast vollständige Beseitigung innerhalb eines „zumutbaren“ Zeitraums von 3 – 6 Monaten.

Die Frage, ob die „kleine“ Bugwelle dem gesetzgeberischen Willen gem. § 17 Abs. 2 InsO tatsächlich entspricht, ist für die Praxis kaum relevant, da Fälle einer Bugwelle von unter 10 % im Regelfall nicht permanent sind. Entweder beruhigt sich die Situation auf Dauer, dann wird die Bugwelle kleiner und irgendwann verschwinden, oder die Situation verschlechtert sich, und dann liegt ohnehin der Grundfall II (Liquiditätslücke ≥ 10 %) vor. Die bewusste Steuerung einer Liquiditätslücke < 10 % ist realitätsfern, da Zahlungsschwankungen in der Praxis immer vorliegen werden. Insofern muss eine „missbräuchliche“ Interpretation der BGH-Entscheidung v. 24.5.2005 in der Praxis kaum befürchtet werden.

hh) Berechnung der Liquiditätslücke als Quotienten

Um die Liquiditätslücke als Quotienten zu berechnen, müssen Zähler und Nenner genau definiert und dann in Relation gebracht werden. Ferner spielt der Zeitpunkt bzw. Zeitraum, worauf sich der Quotient beziehen soll, eine – offenbar entscheidende – Rolle. Nach der BGH-Entscheidung v. 24.5.2005 ist der Quotient zur Ermittlung der Liquiditätslücke wie folgt zu ermitteln:

$$LQL = \left\{ \frac{LiqV_{t_0} + \sum LiqV_{t_{1-3}}}{Verb_{t_0}} \times 100 \right\} - 100$$

LQL = Liquiditätslücke

LiqV = Liquidierbares Vermögen (Zahlungseingänge)

Verb = fällige Verbindlichkeiten

t_0 = Stichtag der Betrachtung (Ausgangszeitpunkt)

t_{1-3} = 3-Wochenzeitraum für Grundfall I + II

Bereits an der Formel zeigt sich das Problem: Im Zähler werden neben den liquiden Mitteln im Ausgangszeitpunkt (t_0) auch die noch zu erwartenden Zahlungseingänge im Zeitraum t_{1-3} (3-Wochenfrist) einbezogen. Im Nenner bleibt es jedoch bei den – fälligen – Verbindlichkeiten im Zeitpunkt t_0 . Daraus resultiert eine „Schieflage“, da die im 3-Wochenzeitraum zusätzlich entstehenden bzw. erst dann fällig werdenden Verbindlichkeiten schlicht unterschlagen werden. Die daraus ermittelbare Liquiditäts-Kennzahl „nähert“ sich der statischen Liquiditäts-Kennzahl II (vgl. II.5.a). Da stellt sich die Frage, ob dies gewollt war.

Somit kann die Konsequenz aus dieser „Schieflage“ nur sein, entweder

- man setzt zeitpunktbezogen nur die verfügbaren liquiden Mittel im Zeitpunkt t_0 in Relation mit den fälligen Verbindlichkeiten (statische Liquiditätsbilanz)

oder

- die statische Liquiditätsbilanz wird im Zähler und Nenner um die Zahlungsein- und -ausgänge der kommenden 3 Wochen (oder bei den Ausnahmefällen der 3 – 6 Monate) ergänzt.

Nur Letzteres kann richtig sein, da die rein statische Zeitpunkt Betrachtung ohne das dynamische Element nicht die Zahlungsstockung von der (permanenten) Zahlungsunfähigkeit differenzieren kann.

Somit lautet die Formel richtig:

$$LQL = \left\{ \frac{LiqV_{t_0} + \sum LiqV_{t_{1-3}}}{Verb_{t_0} + \sum Verb_{t_{1-3}}} \times 100 \right\} - 100$$

Diese Berechnung kann dann dem Ablaufschema – wie es in Ziff. II.2.b) aa) dargestellt ist – zugrunde gelegt werden.

3. Konsequenz aus der BGH-Rechtsprechung

Bevor noch auf weitere offene Fragen eingegangen wird bzw. die einzelnen Methoden zur Zahlungsunfähigkeitsermittlung dargestellt werden, erhebt sich die Frage, welche Konsequenzen für potenzielle Schuldnerunternehmen bzw. deren Berater und auch für die Insolvenzverwalter aus der jetzigen BGH-Rechtsprechung gezogen werden können. Danach kann zumindest Folgendes festgehalten werden:

- Sofern es eindeutige Indikatoren für eine wirtschaftliche/finanzielle Schieflage des potenziellen Schuldnerunternehmens gibt, sind die Organe der Gesellschaft gehalten, durch einen regelmäßig zu erstellenden Liquiditätsstatus (z.B. wöchentlich) die aktuelle Liquiditätssituation darzustellen und hieraus evtl. Schlussfolgerungen zu ziehen. Indikatoren für eine beginnende oder bereits eingetretene Schieflage sind u.a. ein negatives oder nicht ausreichendes Eigenkapital sowie mehrere Verlustjahre bzw. sonstige Umstände, die die Fortführung des Unternehmens als ungewiss erscheinen lassen.
- Sofern aus einem periodisch, regelmäßig ermittelten Liquiditätsstatus sich stichtagsbezogen eine entsprechende Unterdeckung ergibt und diese mehr als 10 % beträgt, muss eine dezidierte Zahlungsunfähigkeitsprüfung im Sinne der BGH-Rechtsprechung (insbesondere v. 24.5.2005) durch die Organe der Gesellschaft oder durch entsprechend qualifizierte Berater vorgenommen werden. Dies bedeutet, dass neben der statisch ermittelten stichtagsbezogenen Liquiditätsbilanz eine entsprechende Finanzplanung (einfach oder integriert) zumindest für einen 3-wöchigen Zeitraum umgehend zu erstellen ist, um zu sehen, wie sich die Liquiditätslücke weiter entwickelt. Hierbei sind, entgegen der BGH-Rechtsprechung, nicht nur die innerhalb des 3-Wochenzeitraums künftig verfügbaren Zahlungseingänge, sondern auch die weiteren noch zu erwartenden Zahlungsausgänge entsprechend der zweiten Formel, die unter Ziff. II.2.b) hh) angegeben ist, zu berücksichtigen.

27 Frystatzki, NZI 2010, 389 ff.

- Je nach Berechnungsergebnis liegt dann eine (vorläufige) Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsfähigkeit vor, die jedoch nur eine erste – widerlegbare – Vermutung darstellt. Sofern es sich um eindeutige Fälle handelt, sind weitere Berechnungen nicht erforderlich; entsprechende Schlussfolgerungen müssen dann durch die Organe gezogen werden.
- Sofern jedoch bei einer ersten – vorläufigen – Einschätzung der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit oder der Zahlungsfähigkeit gegeben ist, jedoch Unsicherheit darüber besteht, können gleichwohl die Ausnahmetatbestände aufgrund der BGH-Rechtsprechung v. 24.5.2005 zum Tragen kommen. In diesem Fall muss der auf 3 Wochen ausgerichtete Finanzplan um einen 3 – 6-monatigen Zeitraum ergänzt werden. Auch bei dieser Zeiterweiterung sind die künftigen Zahlungsein- und -ausgänge gegenüberzustellen, um schlussendlich mit dem letzten Betrachtungszeitpunkt (t_n) eine endgültige Aussage darüber zu treffen, ob der anfänglich vermutete Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit/Zahlungsfähigkeit sich behauptet oder widerlegt wird.

Der Liquiditätsstatus und der Liquiditätsplan (für 3 Wochen oder für den erweiterten Zeitraum von 3 – 6 Monaten) sind in nachvollziehbarer Form zu dokumentieren und ggf. durch einen (externen) Experten zu erstellen oder überprüfen zu lassen, damit für die Geschäftsleitung eine entsprechende Beweissicherung für eine mögliche spätere Insolvenz vorgenommen werden kann.

4. Abgrenzung zum Überschuldungsbegriff

(Drohende) Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sind Insolvenzantragsgründe gem. §§ 17, 18 und 19 InsO. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass die Begriffe Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung verwechselt bzw. nicht hinreichend scharf voneinander abgegrenzt werden. Während die Zahlungsunfähigkeit sich ausschließlich auf die Zahlungsvorgänge des Betriebs bzw. der zu betrachtenden Unternehmenseinheit konzentriert und somit immer nur einen Ausschnitt aus dem „Leben“ des Unternehmens darstellt, ist der Überschuldungsbegriff eine ganzheitliche Betrachtung, die losgelöst von der Liquiditätsentwicklung eine Gesamtschau der vorhandenen verwertbaren Vermögenspositionen und der insgesamt anfallenden Verbindlichkeiten umfasst.

Eine Ähnlichkeit in der Betrachtung bzw. Berechnung der Begriffe besteht hinsichtlich der Zeitpunkt- und Zeitraum-betrachtung. Auch den Überschuldungsbegriff kann man zeitspunkt- und zeitraumbezogen ermitteln, wie dies auch im IDW Fachgutachten FAR 1/1996 dargelegt wird. Es kann heute als gesichert angesehen werden, dass sowohl der Überschuldungsbegriff als auch der Begriff der Zahlungsunfähigkeit nicht ausschließlich statisch, sondern kombiniert statisch und dynamisch ermittelt werden müssen.

Da jedoch inhaltlich beide Begriffe erheblich voneinander abweichen und in dem Überschuldungsbegriff die Vermö-

gens- und Schuldensphäre des gesamten Unternehmens betrachtet wird, kann der Begriff der Zahlungsunfähigkeit durch Gegenüberstellung der vorhandenen Finanzmitteln zu den fälligen Verbindlichkeiten – wie bereits erwähnt – nur ein Ausschnitt aus der Gesamtsituation des Unternehmens darstellen.

Deshalb gibt es in der Praxis Fälle, bei denen die Überschuldung seit längerer Zeit vorliegt, jedoch noch Zahlungsfähigkeit gegeben ist, oder umgekehrt, Zahlungsunfähigkeit vorliegt und gleichwohl keine Überschuldung eingetreten ist (dieser Fall ist jedoch sehr selten). Insofern ist die Praxis gut beraten, bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auch den Überschuldungstatbestand zu prüfen und zu dokumentieren.

Abgrenzung Überschuldung zur Zahlungsunfähigkeit

Bilanz / Status	
Vermögen	Schulden
Langfristiges Vermögen V_L	Langfristige Verbindlichkeiten/ Schulden S_L
Kurzfristiges Vermögen V_K	kurzfristige Schulden S_K
Nicht durch EK gedeckte Fehlbeträge (EK %)	

Überschuldung: $V_L + V_K < S_L + S_K$

Zahlungsunfähigkeit: $V_K < S_K$

V_L = langfristiges Vermögen

V_K = kurzfristiges Vermögen

S_L = langfristige Schulden

S_K = kurzfristige Schulden

a) Auswirkung der Änderung des § 19 Abs. 2 InsO

Durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz wurde § 19 Abs. 2 InsO dahin gehend geändert, dass die Überschuldung nur noch dann vorliegt, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Hierzu muss eine entsprechende Fortführungsprognose erstellt werden, die in Anlehnung an FAR 1/1996 bzw. an das IDW Fachgutachten S-6 mindestens einen Zeitraum von ca. 18 Monaten (laufendes Geschäftsjahr zzgl. dem nächsten Geschäftsjahr) umfassen sollte. Durch diese Neuregelung des Überschuldungsbe-

griffs in § 19 Abs. 2 InsO, die jedoch begrenzt ist bis zum 31.12.2013, wird quasi auf die Rechtslage vor Einführung der InsO v. 1.1.1999 zurückgegriffen (vgl. sog. zweistufiger Überschuldungsbegriff)²⁸ mit der Verschärfung, dass § 19 Abs. 2 InsO einen Bewertungsmaßstab (Fortführungs- oder Zerschlagungswerte) vorgibt und nicht – wie nach altem Recht vor Inkrafttreten der InsO – bereits eine positive Fortbestehensprognose die Annahme einer konkursrechtlichen Überschuldung bereits ausschloss, selbst wenn rechnerisch eine Überschuldung vorlag.²⁹

Gelegentlich finden sich in der Literatur Stimmen, dass sich die Lockerung des § 19 Abs. 2 InsO quasi „automatisch“ auch auf den Begriff der Zahlungsunfähigkeit gem. §§ 17, 18 InsO übertragen lässt.³⁰ Dem kann nur widersprochen werden, da beide Begriffe nicht miteinander vergleichbar sind. Während die Lockerung des Überschuldungsbegriffs anlässlich der Finanzkrise in 2008/2009 durchaus sinnvoll ist, um erhebliche Wertverschiebungen insbesondere im Anlagevermögen insolvenzrechtlich zumindest vorübergehend auszuklammern, ist es keinesfalls hinnehmbar, dass ähnliche zeitliche Verzögerungen bei dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit den Gläubigern zuzumuten sind, zumal dies in der Praxis auch durch die betroffenen Unternehmen selten durchgehalten wird. Der Überschuldungstatbestand kann sich oftmals wie ein „schleichendes“ Gift unbemerkt im Unternehmen ausbreiten; die Zahlungsunfähigkeit ist im Regelfall ein akuter offensichtlicher „Krankheitsfall“, der bei Nichtbehandlung in kurzer Zeit zum Kollaps des betroffenen Unternehmens führt.

Es sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die durch das Ur. v. 24.5.2005 aufgestellte Forderung des BGH, dass die zu erwartende Zahlungsunfähigkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit beseitigt wird, grundlegend anders zu quantifizieren ist, als die Neufassung des § 19 Abs. 2 Satz 1, 2. HS InsO, nach dem die Beseitigung der Überschuldung nur dann angenommen werden kann, wenn eine Fortführungsprognose erstellt worden ist, die mit überwiegender Wahrscheinlichkeit positiv ausfällt. Überwiegende Wahrscheinlichkeit einer positiven Fortführungsprognose bedeutet mehr als 50 %, mit anderen Worten auch 51 % – wie problematisch diese Quantifizierung auch immer sein mag. „Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ wie vom BGH in dem Ur. v. 24.5.2005 für die Zahlungs(un)fähigkeit gefordert, bedeutet jedoch eine Wahrscheinlichkeit von angenommen 98 % oder 99 %. Somit sind beide Begrifflichkeiten mitnichten gleichzusetzen.

b) Auswirkung auf andere Faktoren (z.B. going-concern-Prämisse)

Gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist bei der Bilanzierung im Regelfall davon auszugehen, dass das Unternehmen fortgeführt wird (sog. going concern Prämisse). Insbesondere bei prüfungspflichtigen Unternehmen haben Wirtschaftsprüfer festzustellen, ob die going-concern-Prämisse eingehalten werden kann, weil sich daraus implizit auch Bilanzierungsansätze ableiten lassen, die bei Annahme der Fortführungs-

prämisse zu Fortführungswerten zu erfolgen haben und anderenfalls, bei Versagung der going-concern-Prämisse, die häufig weitaus geringeren Zerschlagungswerte zum Ansatz kommen. Dies führt bei bereits in der Krise befindlichen Unternehmen dazu, dass eine latent vorhandene Unsicherheit in der Bewertung der Vermögenswerte nunmehr offenkundig zutage tritt und in vielen Fällen zu einer massiven Überschuldung und damit – oftmals vorzeitig – zu einem Insolvenzantragsgrund führt (vgl. auch IDW PS 270).

Vor diesem Hintergrund ist die Prüfung der going-concern-Prämisse durch die Wirtschaftsprüfer bei prüfungspflichtigen Unternehmen – aber auch durch die Steuerberater bei den nicht prüfungspflichtigen Unternehmen – in jedem Fall mindestens jedoch dann geboten, wenn erhebliche Anzeichen für eine Krise des Unternehmens vorliegen. Dazu zählt immer eine über mehrere Jahre bestehende Verlustsituation bzw. Ertragslosigkeit und ein negatives bzw. nicht hinreichend ausreichendes Eigenkapital (z.B. weniger als 10 % der Bilanzsumme). Liegen derartige Indikationen vor, muss sich der Wirtschaftsprüfer/Steuerberater davon überzeugen, dass die going-concern-Prämisse noch gegeben ist und falls nicht, auf eine entsprechende Berücksichtigung in der Bewertung der Vermögensgegenstände und Schulden bestehen oder den Bestätigungsvermerk einschränken oder ggf. versagen.

5. Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit

Für die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit bieten Praxis und Theorie verschiedene Methoden an, mit dem Ziel, die „Liquiditätslücke“ im Sinne der BGH-Rechtsprechung v. 24.5.2005 mit hinreichender Zuverlässigkeit zu ermitteln.

a) Statische Liquiditätskennzahlen

In der Betriebswirtschaft wird häufig mit Liquiditätskennziffern gearbeitet, um die finanzielle Situation eines Unternehmens zu beurteilen.³¹ Dabei werden stichtagbezogen die Zahlungsmittel bzw. kurzfristig liquidierbare Vermögenswerte den fälligen Schulden gegenübergestellt, um einen „Deckungsgrad“ zu ermitteln.

Liquidität	Zahlungsmittel	
1. Grades =	kurzfristige Verbindlichkeiten	x 100
Liquidität	Zahlungsmittel + kurzfristige Forderungen	
2. Grades =	kurzfristige Verbindlichkeiten	x 100
Liquidität	kurzfristiges Umlaufvermögen	
3. Grades =	kurzfristige Verbindlichkeiten	x 100

Die statischen Liquiditätskennziffern spielen in der betrieblichen Praxis heute nur noch eine untergeordnete Rolle, da

28 K. Schmidt, AG 1978, 334, 337 f. = JZ 1982, 165, 170.

29 HambKomm-InsO/Schmidt (Fn. 12), § 19 Rn. 5 ff.

30 So Hirte/Knof/Mock, ZInsO 2008, 1217 ff.

31 Vgl. Perridon/Steiner, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 10. Aufl., Kap. E und F.

deren Aussagekraft begrenzt ist. Gegenübergestellt werden bestimmte Positionen der Aktivseite der Bilanz (Zahlungsmittel, fällige Forderungen, Umlaufvermögen etc.) in Relation zu den kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten. Dadurch wird eine *zeitpunktbezogene* Liquidität ermittelt; dies ist genau die „Schwachstelle“. Die tatsächlichen Verhältnisse im Vorfeld und nach der Ermittlung können sich bereits erheblich verändert haben – sowohl zugunsten als auch zuungunsten der ermittelten Ergebnisse.

Vor diesem Hintergrund sind statische Liquiditätskennziffern allenfalls als eine erste Indikation anzusehen oder in Ausnahmefällen anzuwenden, wenn andere Berechnungsmethoden zu aufwendig oder aufgrund einer mangelhaften Datenlage nicht mehr erhebbar sind.

In der Praxis werden häufig bestimmte Bandbreiten „angeboten“, um aus den Ergebnissen Rückschlüsse zu ziehen. Vor der Anwendung dieser „Erfahrungswerte“ kann jedoch nur eindringlich gewarnt werden, da es keine seriösen wissenschaftlichen Untersuchungen gibt, wann bestimmte Liquiditätskennziffern mit dem Begriff der Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 InsO bzw. der BGH-Rechtsprechung v. 24.5.2005 korrelieren.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Zahlungsmittel, die in den Zähler des Quotienten einfließen (s.o.), für die Berechnung der Zahlungsunfähigkeit in jedem Fall um die nicht ausgenutzten Kreditlinien zu ergänzen sind. Aber bereits bei den Begriffen kurzfristige Forderungen bzw. kurzfristige Verbindlichkeiten erhebt sich die Frage, was unter dem Begriff „kurzfristig“ zu verstehen ist. Soll hierunter die 3-Wochenfrist des § 15a InsO gemeint sein? Diese Frage ist bisher unbeantwortet geblieben und könnte allenfalls durch eine extensive Interpretation der BGH-Entscheidung v. 24.5.2005 dahin gehend ausgelegt werden, dass damit zumindest die 3-Wochenfrist im Sinne der zuvor zitierten BGH-Entscheidung gemeint sein könnte. Dies bedeutet jedoch, dass die statische Liquiditätskennziffer damit „dynamisch aufgewertet“ wird. Diese Vorgehensweise vermischt jedoch statische und dynamische Betrachtungsweisen und ist betriebswirtschaftlich nicht zulässig. Vorzuziehen ist die Ermittlung der statischen Liquidität als Ausgangspunkt und eine darauf aufbauende dynamische Fortschreibung nicht nur der kurzfristig fälligen Forderungen und Verbindlichkeiten, sondern auch der übrigen Zahlungsströme (s. Ziff. II.2.b).

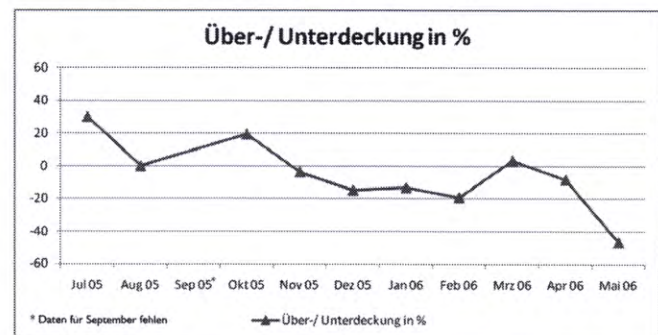
Gleichwohl können statische Liquiditätskennziffern durchaus sinnvolle Indikatoren darstellen, z.B. zur Ermittlung von Anfechtungsfristen gem. §§ 129 ff. InsO. Zusammenfassend kann jedoch festgehalten werden, dass für die Ermittlung der Insolvenzantragsfrist gem. § 15a InsO diese Verfahren ungeeignet sind.

b) Semi-dynamische Ermittlungsverfahren

Um die Nachteile statischer Liquiditätskennziffern auszugleichen, haben *Staufenbiel/Hoffmann* eine „dynamische“ (ex-post) Betrachtung als Methode vorgeschlagen, die auf Vergangenheitsdaten der Finanzbuchhaltung basiert.³²

Hierbei werden ausgehend von den Sachkonten und den Saldenlisten kurzfristig fällige Verbindlichkeiten (zum Monatsultimo), die Kassen- und Bankbestände inklusiv nicht ausgenutzter Kreditlinien sowie der Zugang an liquiden Mitteln in Kasse und Bank (Sollsaldo des Folgemonats aus der Finanzbuchhaltung) dem Folgemonat gegenübergestellt. Sofern sich dann die Liquiditätsunterdeckung über mehrere Monate manifestiert, kann in der Tat die Zahlungsunfähigkeit ex-post mit hinreichender Sicherheit in vielen Fällen bestimmt werden. Diese Methode, die auf Monatssalden abstellt, ist für die nachträgliche Lokalisierung der Zahlungsunfähigkeit von Bedeutung.

Zeitliche Entwicklung des Staufenbiel/Hoffmann Falls³³



Dieses „dynamische“ Ermittlungsverfahren ist jedoch in dieser Form nur für vergangenheitsbezogene Analysen verwendbar und insofern nicht als ein „voll-dynamisches“ Ermittlungsverfahren, insbesondere für eine ex-ante Betrachtung, heranzuziehen. Zum einen ist aufgrund der Verwendung von Monatssalden aus den Ist-Daten der abgelaufenen Finanzbuchhaltung eben nicht exakt der 3-Wochenzeitraum ermittelbar. Zum anderen muss bei der prospektiv zu ermittelnden Zahlungsunfähigkeit ausgehend von den letzten aktuellen Daten der Finanzbuchhaltung, die zur Ermittlung der statischen Ausgangsliquidität dienen, eben mit Planwerten der künftigen Zahlungsströme (Zahlungsein- und -gänge) und damit auch im Schätzungswege gearbeitet werden.

In dem nachfolgenden beschriebenen Verfahren gehen jedoch die Grundgedanken auf das Verfahren von *Staufenbiel/Hoffmann* zurück. Vor diesem Hintergrund ist dieses Verfahren für die Praxis bei einer ex-post Betrachtung insbesondere dann, wenn keine Liquiditäts- und Finanzpläne vorgelegen haben (oftmals der Regelfall), eine wichtige Indikation, um den Beginn des Zeitraums einer Zahlungsunfähigkeit entsprechend einzugrenzen.

c) Einfache dynamische Finanzpläne

Wie der Name bereits sagt, bedeutet Finanzplan die Darstellung künftiger Zahlungsströme (Planungsverfahren). Als Ausgangspunkt sollte immer die statische Liquiditätsermittlung vorangestellt werden, um die Ausgangsunter- oder -überdeckung der verfügbaren Mittel über die kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten darzustellen.

³² *Staufenbiel/Hoffmann*, ZInsO 2008, 891 ff.

³³ *Staufenbiel/Hoffmann*, ZInsO 2008, 894, 896.

Daran anschließend müssen die Einzahlungs- und Auszahlungsströme mindestens für einen 3-Wochenzeitraum – möglicherweise auch für 6 Wochen oder ein Quartal – dargestellt werden, um die zu erwartende Entwicklung der Liquidität mit

hinreichender Genauigkeit abzubilden. Als Ermittlungsgrundlage hierfür kann das Schema „Erstellung von Finanzplänen“ nach dem IDW Standard PS 800 herangezogen werden, wie dies nachfolgend cursorisch dargestellt wird.

Einfache dynamische Finanzpläne (Schema aus IDW PS-800 n.F.)

	Stichtag	Wochen			Monate		
		1.	2.	3.	1.	2.	3.
I. Einzahlungen							
1. Einzahlungen aus laufendem Geschäftsbetrieb							
2. Einzahlungen aus Desinvestitionen							
3. Einzahlungen aus Finanzerträgen							
Summe Einzahlungen I							
II. Auszahlungen							
1. Auszahlungen für den laufenden Geschäftsbetrieb							
2. Auszahlungen für Investitionen							
3. Auszahlungen im Rahmen des Finanzverkehrs							
Summe Auszahlungen II							
III. Ermittlung der Über- bzw. Unterdeckung							
durch I. ./I. II.							
+ Zahlungsmittelbestand im Beurteilungszeitpunkt							
IV. Ausgleichs- und Anpassungsmaßnahmen							
1. bei Unterdeckung							
2. bei Überdeckung							
3. Auszahlungen im Rahmen des Finanzverkehrs							
Summe Auszahlungen III							
V. Zahlungsmittelbestand am Periodenende unter Berücksichtigung der Ausgleichs- und Anpassungsmaßnahmen (I – II – III)							
VI. Liquidität in Prozent							
Summe I							
Summe II + III							

Die Ermittlung der Ausgangsliquidität dürfte im Regelfall unproblematisch sein, sofern sie auf einen bestimmten Stichtag – häufig zum Monatsultimo – ermittelt wird. Schwieriger stellt sich hingegen die Ermittlung der künftigen Zahlungseingänge aufgrund von Bareinzahlungen, Zahlungseingängen von Forderungen und sonstiger Einzahlungen dar, ebenso wie die Ermittlungen der Zahlungsabflüsse aufgrund bereits vorhandener fälliger Verbindlichkeiten bzw. neu entstehender Verbindlichkeiten, die ebenfalls kurzfristig in den Betrachtungszeitraum fällig werden. Oftmals wird

man hier auf bestimmte Erfahrungswerte und Schätzungen angewiesen sein, weil diese Werte in die Zukunft gerichtet sind – und naturgemäß auch zur Fehleinschätzung führen können. Plant man zu konservativ, wird sich rasch eine weitere Liquiditätsunterdeckung auf tun, die zum endgültigen „Aus“ der Unternehmung führt. Plant man zu optimistisch, läuft man Gefahr, der Insolvenzverschleppung Vorschub zu leisten und muss sich später als Organ oder auch als Berater gegenüber dem Insolvenzverwalter rechtfertigen, warum zu optimistische Planwerte angesetzt wurden.

Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, den dynamisch ausgerichteten Finanzplan nicht einwertig, sondern *mehrwertig im Zuge einer Sensitivitätsanalyse zu berechnen*. Dies bedeutet, dass man von einem best-case-Fall und einem worst-case-Fall ausgeht, um sich anschließend auf ein mittleres (wahrscheinliches) Szenario zu verständigen. Auch hier können Wertungen vorgenommen werden: Wenn mehr nachweisbare (zu dokumentierende) Faktoren für ein best-case-Szenario bzw. für ein worst-case-Szenario sprechen, kann von einem genauen Mittelwert abgewichen werden.

In jedem Fall empfiehlt es sich, mit best- und worst-case-Szenarien zu arbeiten, um sich anschließend unter sorgfältiger Abwägung sämtlicher Argumente eines Für und Wider auf ein „mittleres“ Szenario zu verständigen, insbesondere wenn es sich um eine ex-ante Betrachtung zur Ermittlung der künftigen Zahlungsunfähigkeit und damit um die Auslösung eines Insolvenzantragsgrundes handelt.

d) Integrierte dynamische Finanzpläne

Aber auch der sog. einfache dynamische Finanzplan enthält noch Schwächen, die nur durch eine sog. integrierte dynamische Finanzplanung beseitigt werden können. Die wesentliche bei den einfachen dynamischen Finanzplänen vorzunehmende Kritik besteht darin, dass nur die bekannten Einzahlungs- und Auszahlungsströme, die aus dem Umsatz- bzw. Leistungsprozess resultieren, in die Planung einbezogen werden, ggf. ergänzt um punktuelle liquiditätsrelevante Zahlungszu- oder -abflüsse, wie bspw. Nachschüsse der Gesellschafter oder Tilgung von Darlehen.

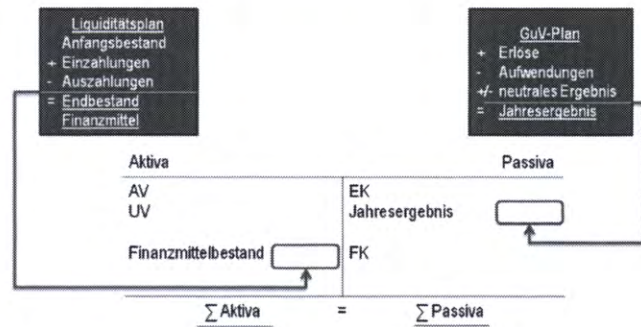
Von großer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang jedoch auch die Bestandsveränderung beim working capital, bspw. durch den Abbau von Forderungen und Vorräten bzw. der Ausweitung von kurzfristigen Verbindlichkeiten (Liquiditätserhöhung) oder Aufbau von Vorräten und Forderungen bzw. Abbau von Verbindlichkeiten (Liquiditätsverminderung). Vor diesem Hintergrund muss eine integrierte Abbildung der GuV-Ergebnisse, der Zahlungsströme und der übrigen Bestandskonten der Finanzbuchhaltung erfolgen, um eine endgültige Aussage treffen zu können. Die schematische Funktionsweise der integrierten Planungsrechnung lässt sich wie folgt darstellen:



Somit kann festgehalten werden, dass eine integrierte Planungsrechnung insbesondere aus folgenden Elementen besteht:³⁴

- Ausgangsstatus/Ausgangsbilanz (Liquiditätsbilanz)
- Plan-GuV/Plan-BWA
- Liquiditätsplan/Plan-Kapitalflussrechnung
- Planbilanz

Funktionsweise einer integrierten Planungsrechnung³⁵



Die Erstellung einer integrierten Planungsrechnung mag vor dem Hintergrund der Abbildung eines 3-Wochenzeitraums relativ umständlich erscheinen. Andererseits kann nur so sichergestellt werden, dass auch alle Geschäftsvorfälle, die zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit erforderlich sind, erfasst werden. Darüber hinaus ist es empfehlenswert, die auf Wochenzeiteinheiten basierende Planung von vornherein auf einen 3 – 6-monatigen Zeitraum auszudehnen und damit die Ausnahmefälle der BGH-Entscheidung v. 24.5.2005 vorsorglich mit abzubilden. Bei richtiger Anlage der integrierten Planung kann diese auch für die Überschuldungsprüfung herangezogen werden, die in vielen Fällen ohnehin parallel zu Zahlungsunfähigkeitsprüfung erfolgen sollte und es keinen Sinn macht, auf unterschiedliche Rechenwerke zurückzugreifen. Allerdings kann es empfehlenswert sein, die Planungseinheit bei 3 – 6 Monaten von einer Wochen- auf eine Monatsplanung umzustellen, oder nur den Liquiditätsplan auf Wochenbasis zu führen und die übrige Auswertung auf Monatsbasis.

Außerdem ist bei der integrierten Planungsrechnung selbstverständlich auch eine Sensitivitätsanalyse möglich, indem – ausgehend von einem Anfangs- oder Basisszenario – verschiedene Varianten und Erwartungen „durchgespielt“ werden (best-case, worst-case, zero-case etc.), um damit den Entscheidungsspielraum der Geschäftsleitung und der Organe, ob und falls ja, wann (spätestens) die 3-Wochenfrist des § 15a InsO zu laufen beginnt, darzulegen.

³⁴ So auch IDW PS-800, Tz. 21.

³⁵ Vgl. Plagens/Brunow, DStR 2004, 151 ff.

Ferner kann – ausgehend vom Basisszenario – überlegt werden (Geschäftsleitung, Gesellschafter, Berater etc.), wie ggf. die Illiquidität beseitigt werden kann. So können die Geschäftsleitung bzw. die Organe versuchen, die sich abzeichnende Liquiditätsunterdeckung durch schnelleren Forderungseinzug, Stundungsvereinbarungen mit Gläubigern, Liquidierung nicht benötigten Betriebsvermögens, Erlangung von Überbrückungskrediten, Nachschüssen der Gesellschafter oder Stellung weiterer Sicherheiten durch die Eigentümer etc., prospektiv und dann auch tatsächlich zu beseitigen. Schlussendlich dient die Planungsrechnung auch dazu, die Sanierungsfähigkeit zu dokumentieren, um sich im Fall des Scheiterns gegen eventuelle Vorwürfe der Insolvenzverschleppung erfolgreich zur Wehr zu setzen.

e) Zwischenergebnis

Neben den dargestellten Verfahren – statische Liquiditätskennziffern, semi-dynamisches Ermittlungsverfahren, einfache und integrierte Finanzplanung – mag es sicherlich noch weitere Verfahren oder Kombinationsformen geben, die bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO von Bedeutung sein mögen.

Für die Praxis wird man mit diesen Verfahren im Regelfall auskommen und mit hinreichender Sicherheit den jeweiligen Zeitpunkt, der für die Verwirklichung eines bestimmten Tatbestands erforderlich ist, zu ermitteln. Hierzu kann folgende Übersichtstabelle herangezogen werden:

	§ 15a InsO	§ 64 GmbHG	§§ 129 ff. InsO	§ 283c StGB
Statische Liquiditätskennziffer	un-geeignet	bedingt geeignet	geeignet	geeignet
Semi-dynamisches Verfahren	un-geeignet	bedingt geeignet	geeignet	geeignet
Einfacher Finanzplan	geeignet	geeignet	bedingt geeignet	bedingt geeignet
Integrierter Finanzplan	geeignet	geeignet	un-geeignet	un-geeignet

Bei größeren Unternehmenseinheiten (Konzern- oder Holdingstrukturen) wird die Verwendung einer einfachen Finanzplanung oftmals nicht ausreichen. In diesen Fällen sollte auf die integrierte Finanzplanung zurückgegriffen werden.

6. Derzeitige Praxis der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit

Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit ist im Insolvenzverfahren sowohl beim Eröffnungsgrund gem. § 15a InsO, im Rahmen der Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO von Bedeutung, als auch im Hinblick auf Straftatbestände der §§ 283 ff. StGB bzw. der Haftungstatbestände

des § 64 GmbHG. In der Praxis selbst werden zu unterschiedlichen Sachverhalten häufig zusätzliche Faktoren herangezogen, um den Nachweis der Zahlungs(un)fähigkeit zu erbringen.

So ist in den *Anfechtungstatbeständen* gem. §§ 129 ff. InsO eine Liquiditätsbilanz nicht erforderlich, wenn auf anderem Wege festgestellt werden kann, dass der Schuldner einen wesentlichen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlen konnte.³⁶ Wenn im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten bestanden haben, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, ist regelmäßig von der Zahlungsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt auszugehen.³⁷ Insofern reicht es bereits aus, die liquiden Mittel den fälligen Zahlungspflichten gegenüberzustellen; es bedarf insoweit keiner Prognose.

Bei den Strafnormen des §§ 283 ff. StGB orientieren sich die Strafverfolgungsbehörden zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oft an wirtschaftskriminalistischen Beweiszeichen wie z.B. fruchtlosen Pfändungen. Diese Ermittlungsmethode hat der BGH ausdrücklich gebilligt.³⁸

Für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 64 GmbHG sowie für die *Antragspflicht* gem. § 15a InsO ist jedoch auch nach der Rechtsprechung der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit zu führen und zwar mithilfe einer Liquiditätsbilanz, bei der die aktuell verfügbaren und kurzfristig verfügbar werdenden – nämlich innerhalb von 3 Wochen flüssig zu machenden – Mittel in Beziehung zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten gesetzt werden.³⁹

Wie der Geschäftsführer bzw. der organschaftliche Vertreter die Zahlungsunfähigkeit zu prüfen hat, ist gesetzlich nicht verankert; gleichwohl zwingt § 43 Abs. 1 GmbHG den Geschäftsführer zur individuellen Beobachtungspflicht und – beim Auftreten von Liquiditätsengpässen – zur ständigen wirtschaftlichen Selbstprüfung.

III. Zusammenfassung/Ausblick

1. Praxisempfehlung für ex-post-Betrachtung

Die ex-post-Betrachtung wird im Regelfall durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter oder von ihm beauftragte Gutachter durchgeführt bzw. in Auftrag gegeben, um Haftungs- und Anfechtungstatbestände zur Anreicherung der Insolvenzmasse gegenüber den unterschiedlichsten Anspruchsgruppen (Organe, Gläubiger, Dritte etc.) geltend zu machen.

36 BGH, Urt. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210.

37 BGH, Urt. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210.

38 BGH, Beschl. v. 30.1.2003 – 3 StR 437/02, ZInsO 2003, 519.

39 OLG Schleswig, Urt. v. 7.6.2007 – 5 U 174/06; OLG Dresden, Urt. v. 14.5.2010 – 12 U 1196/09 u.a.

In offensichtlichen bzw. sehr eindeutigen Fällen kann durchaus mit den statischen Liquiditätskennziffern eine hinreichende Eingrenzung, ab wann Zahlungsunfähigkeit vorgelegen hat, erreicht werden. Bei komplexeren Fällen (z.B. Unternehmensverbunde) bzw. in Fällen, in denen das Ergebnis nicht ganz eindeutig ist, kann das von *Staufenbiel/Hoffmann* entwickelte semi-dynamische Verfahren, welches auch auf Vergangenheitsdaten beruht aber bereits mit den Sachkontensaldenlisten der Ist-Daten der Finanzbuchhaltung arbeitet und somit eine wesentlich bessere und breitere Aussage ermöglicht, gearbeitet werden. Voraussetzung ist jedoch das Vorliegen aussagefähiger und insbesondere vollständiger Sachkontensaldenlisten aus der Zeit bis zur Insolvenzantragstellung.

Die einfache oder die integrierte Planungsrechnung wird man bei einer ex-post-Betrachtung nur in Ausnahmefällen anwenden, weil sich das Recherchieren des Ausgangsmaterials im Regelfall als äußerst schwierig herausstellen wird, da man sich gedanklich in ein Planungsszenario der handelnden Person vor Insolvenzantragstellung versetzen muss. Vor diesem Hintergrund werden die Planungsrechnungsverfahren (egal ob einfach oder integriert) bei einer ex-post-Betrachtung nur dann infrage kommen, wenn bereits eine Finanzplanung vorliegt und diese durch den Insolvenzverwalter im Zuge möglicher Anfechtungsprozesse überprüft werden soll.

2. Praxisempfehlung für ex-ante-Betrachtung

Bei einer ex-ante-Betrachtung wird mit statischen Liquiditätskennziffern im Regelfall nicht sinnvoll gearbeitet werden können, da diese – wie der Name bereits sagt – nur einen Zeitpunkt aber keinen Zeitraum darstellen und deshalb für die Ermittlung einer prospektiven Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 InsO ungeeignet sind. Auch das semi-dynamische Verfahren nach *Staufenbiel/Hoffmann* eignet sich allenfalls für die Darstellung einer Ausgangssituation, da die Berechnung stets auf den Ist-Daten der Finanzbuchhaltung beruht und keine Planansätze berücksichtigt werden.

Vor dem Hintergrund der o.g. Ausführung kann somit für eine prospektive Betrachtung nur die einfache oder besser noch die integrierte Planungsrechnung zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit infrage kommen. Bei kleineren Unternehmenseinheiten und offensichtlich einfachen Fällen wird oftmals auch eine einfache Planungsrechnung, die nur die Zahlungsströme aus dem Umsatzprozess umfasst, ausreichend sein. Bei komplexeren und größeren Unternehmenseinheiten und Unternehmensverbunden und insbesondere dann, wenn noch nicht genau feststeht, ob ein Sanierungsversuch unternommen werden soll oder nicht, sollte im Regelfall mit dem Instrument der integrierten Planungsrechnung in Verbindung mit einer Sensitivitätsanalyse gearbeitet werden, um ausgehend von einem Basisszenario unter-

schiedliche Fallgestaltung (best-case, worst-case etc.) abzubilden.

Das Hauptproblem bei der Erstellung einer integrierten Planungsrechnung ist der Zeitfaktor, da der Ausgangsstatus und die Ermittlung des Basisszenarios für die Ermittlung der Plan-GuV, des Liquiditätsplanes und der Planbilanz unter hohem Zeitdruck erstellt werden müssen. Somit besteht die Gefahr, sämtliche Prämissen nicht vollständig zu erfassen oder aus dem gegebenen Zahlenmaterial falsche Schlussfolgerungen zu ziehen. Auf der anderen Seite kann der Einsatz derartiger Instrumente die Aussagekraft und damit die Entscheidungsbasis für die Geschäftsleitung und der Organe der betroffenen Gesellschaft deutlich erhöhen und absichern. In jedem Fall ist es empfehlenswert, die Ausgangsprämissen sorgfältig zu dokumentieren, damit im Fall des späteren Scheiterns des Sanierungsversuches oder der Festlegung, ab wann die Zahlungsunfähigkeit definitiv einsetzt, die Geschäftsleitung hinreichend abgesichert ist.

3. Lösungsansätze für noch offene Punkte/Ausblick

Die Insolvenzantragsgründe Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung werden in der Praxis z.T. unterschiedlich bewertet und mit unterschiedlichen Methoden ermittelt. Dies kann auf Dauer nicht zielführend sein. Der Gesetzgeber wie auch die juristischen und betriebswirtschaftlichen Experten sollten daran arbeiten, Verfahren zu entwickeln, die aufgrund einheitlicher Instrumente gleichzeitig die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit wie auch der Überschuldung ermöglichen. Die integrierte Planungsrechnung könnte hierzu ein erster wichtiger Schritt sein.

Ferner ist zu überlegen, die in der BGH-Entscheidung v. 24.5.2005 (wieder) neu eingeführten Begriffe der „Dauer“ und der „Wesentlichkeit“ noch weiter zu präzisieren, um eine hinreichende Differenzierung zwischen der statischen und der dynamischen Betrachtungsweise auch in der Judikatur herauszuarbeiten.

Die Einzelheiten der Überschuldungsprüfung, die in FAR 1/1996, und der Zahlungsunfähigkeitsprüfung, die in PS 800 durch den IDW festgelegt wurden, sollten sinnvollerweise in einem Prüfungsstandard zusammengefasst werden, da z.T. noch mit unterschiedlichen Begriffen und Einschätzungen gearbeitet wird. Darüber hinaus ist der IDW Standard S-6 – soweit nicht bereits geschehen – auf die Ergebnisse eines zusammengefassten Prüfungsstandards für die Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung abzustellen. In einem derart zusammengefassten IDW Standard könnten dann viele Begriffe, die gegenwärtig noch unterschiedlich interpretiert werden (z.B. der Unterschied zwischen Auszahlung und Ausgabe), vereinheitlicht werden.