

ZInsO-Aufsätze

Zahlungsunfähigkeitsprüfung und Bugwelleneffekt aus Sicht der wirtschaftlichen Praxis

von Dipl.-Kauffrau Sabine Krauß, Bonn/Trier/Stuttgart*

Im ersten Halbjahr 2016 meldeten nach Auskunft des Statistischen Bundesamts die deutschen AG 10.999 Unternehmensinsolvenzen. Für Gerichte, Staatsanwaltschaften, Insolvenzverwalter, Fachanwälte für Gesellschaftsrecht und Sachverständige ist die Frage, wann ein Unternehmen zahlungsunfähig oder überschuldet im insolvenzrechtlichen Sinne ist, nach wie vor von großer Bedeutung.

Bei der Beurteilung der Zahlungsfähigkeit bewegt Literatur, Rechtsprechung und Praxis immer wieder ein Thema: der sog. Bugwelleneffekt. Der vorliegende Beitrag veranschaulicht die theoretische Diskussion zum Bugwelleneffekt und schildert den Umgang mit ihm in der wirtschaftlichen Praxis.

I. Rechtslage

Bis zum Jahr 1999 gab es in Deutschland die seit 1877 bestehende KO sowie die kurz vor Ende der DDR erlassene GesO. Der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit wurde in diesen Gesetzen nicht konkretisiert.

Nach der damaligen Rechtsprechung lag eine Zahlungsunfähigkeit (§ 102 KO) vor, wenn der Schuldner dauernd unvermögend war, seine Zahlungsverpflichtungen im Wesentlichen zu erfüllen.¹ Dabei wurden die verfügbaren Mittel zu den insgesamt fälligen Zahlungsverbindlichkeiten ins Verhältnis gesetzt. Es wurde ermittelt, ob die Zahlung oder die Nichtzahlung Regel oder Ausnahme waren.² In der Literatur wurde eine Zahlungsunfähigkeit angenommen, wenn 10 % – 25 % der fälligen Forderungen ungedeckt waren.³

Seit dem 1.1.1999 gilt in Deutschland die InsO. Die InsO bestimmt als Tatbestände für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO), die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) und die Überschuldung (§ 19 InsO).

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit dem Bugwelleneffekt, der im Rahmen der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Sinne entstehen kann. Nach der Legaldefinition des § 17 Abs. 2 InsO ist ein Schuldner zahlungsunfähig, „wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen“.

II. BGH definiert Voraussetzungen der Zahlungsunfähigkeit

Auch viele Jahre nach Inkrafttreten der InsO sind die Eröffnungstatbestände für ein Insolvenzverfahren inhaltlich nicht eindeutig bestimmt.

Der BGH hat in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2005⁴ den Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 2 InsO konkretisiert und von der bloßen Zahlungsstockung abgegrenzt. Schließlich soll nicht jeder kurzfristige Liquiditätsengpass eines Unternehmens zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führen.

Der BGH⁵ definiert in dieser Entscheidung die zeitlichen und quantitativen Anforderungen an eine Zahlungsunfähigkeit.

Hinsichtlich der zeitlichen Dimension ist laut BGH von einer insolvenzrechtlich unbeachtlichen Zahlungsstockung auszugehen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Finanzmittel zu leihen. Dafür erscheinen dem BGH 3 Wochen erforderlich, aber auch ausreichend. So sieht es i.Ü. auch die herrschende Literatur.⁶

Im Hinblick auf die quantitativen Anforderungen an eine Zahlungsunfähigkeit führt der BGH sinngemäß aus: Beträgt eine innerhalb von 3 Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen. Ist aber absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird, ist Zahlungsunfähigkeit anzunehmen. Zahlungsunfähigkeit liegt immer vor, wenn die Liquiditätslücke des Schuldners 10 % oder mehr beträgt. Davon kann eine Ausnahme gemacht werden, wenn 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. Das ist etwa der Fall, wenn ein grds. gesundes Unternehmen von der Insolvenz eines großen Kunden betroffen ist und hohe Forderungen gegen diesen Kunden

* Dipl.-Kauffrau Sabine Krauß ist öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige für Insolvenzuntersuchungen, Wirtschaftlichkeitsanalysen von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), IHK Bonn-Rhein/Sieg, Mitglied in den Fachausschüssen/Sachverständigenwesen der Industrie- und Handelskammern Trier und Region Stuttgart

¹ RG, JW 1934, 841; BGHZ 118, 171, 174; BGH, Urt. v. 22.11.1990 – IX ZR 103/90, ZIP 1991, 39, 40; v. 11.7.1991 – IX ZR 230/90, ZIP 1991, 1014; BGHSt 31, 32.

² Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 30 Rn. 28; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 102 Rn. 2a.

³ Vgl. die Nachweise bei Kuhn/Uhlenbruck (Fn. 2), § 102 Rn. 2a.

⁴ BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807.

⁵ BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807.

⁶ MünchKomm-InsO/Eilenberger, 2. Aufl., § 17 Rn. 18; HambKomm-InsO/Schröder, § 17 Rn. 16; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Fachanwalts-Kommentar InsO, § 17 Rn. 4.

hatte. Dies kann dazu führen, dass die Liquiditätslücke innerhalb der Dreiwochenfrist zwar nicht beseitigt werden kann, die Liquiditätszuflüsse jedoch aus dem laufenden Geschäftsbetrieb mittelfristig die Unterdeckung der Verbindlichkeiten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit kompensieren werden. Ein anderes Beispiel für eine Liquiditätslücke, die nicht kurzfristig beseitigt werden kann, ist ein starker temporärer Umsatzeinbruch aufgrund von externen Faktoren – etwa in der Baubranche ein ungewöhnlich lang anhaltender Winter. Ein grds. erfolgreiches Unternehmen wird auch in diesem Fall zwar die Liquiditätslücke nicht unbedingt kurzfristig beseitigen können, jedoch sind die Aussichten auf eine Verbesserung der Liquiditätslage mittel- bis langfristig positiv einzustufen.

Mit den in der Entscheidung definierten Anforderungen an eine Zahlungsunfähigkeit hat der BGH davon abgesehen, starre Zahlengrenzen für die Berechnung der Zeit oder Liquiditätslücke einzuführen. Die KO legte zur Berechnung der Zahlungsunfähigkeit noch einen festen Zeitraum von einem Monat fest. Der BGH bleibt demgegenüber in seiner Formulierung unbestimmt.

Nach dem ehemaligen Vorsitzenden des Insolvenzrechtsnats, *Gero Fischer*, hat der BGH bewusst keine starren Grenzen eingeführt. Es sei Sinn und Zweck des Gesetzes, bei nicht lebensfähigen Unternehmen eine rasche Einleitung des Insolvenzverfahrens zu gewährleisten.⁷

III. Betriebswirtschaftliche Berechnungen der Zahlungsunfähigkeit

Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit stellt der BGH in seinem Grundsatzurt. v. 24.5.2005 zunächst klar, dass die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung abzugrenzen ist. Zur Einschätzung der Liquiditätssituation des Schuldners ist zunächst eine stichtagsbezogene Liquiditätsbilanz zu erstellen. In dieser werden die zum Stichtag fälligen Zahlungspflichten den liquiden Mitteln gegenüber gestellt. Liquide Mittel in diesem Sinne sind Bankkontoguthaben, Bargeld sowie freie Kreditlinien. Kurzfristig verfügbare Mittel, wie z.B. erwartete Zahlungszuflüsse aus Kundenforderungen, sind nicht in die Liquiditätsbilanz, sondern in den Finanzplan aufzunehmen. Fällige Verbindlichkeiten sind sämtliche Zahlungsverpflichtungen, die bereits am Stichtag der Liquiditätsbilanz zur Zahlung fällig, aber noch nicht bezahlt sind. Diese Verbindlichkeiten kann man, da sie zum Fälligkeitszeitpunkt nicht bezahlt sind, auch als „überfällig“ bezeichnen. Gestundete Verbindlichkeiten sind nicht zu berücksichtigen. Kommt man zu dem Ergebnis, dass die fälligen Verbindlichkeiten aufgrund verfügbarer Zahlungsmittel gedeckt sind, liegt eine Zahlungsfähigkeit des Unternehmens vor.

Ergibt sich aus der Liquiditätsbilanz, dass der Schuldner seine fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllen kann, so hat er zusätzlich die im Prognosezeitraum zu erwartenden Ein- und Auszahlungen in einem Finanzplan zu berücksichtigen.

Im Finanzplan werden die Positionen der Liquiditätsbilanz weiterentwickelt. Die zum Betrachtungsstichtag zur Verfügung stehenden liquiden Mittel (Aktiva I) werden in der Weise in dem Liquiditätsplan weiterentwickelt, dass neben den bereits bestehenden auch solche liquiden Mittel einbezogen werden, die innerhalb von 3 Wochen realisierbar sind (Aktiva II). Dies gilt insbesondere für erwartete Einzahlungen aufgrund von Forderungen sowie sonstigen einzahlungswirksamen Vorgängen.

Hierzu zählen z.B. folgende Maßnahmen, von denen der Schuldner verlässlich ausgehen kann bzw. die bereits eingeleitet wurden:

- Kapitalbeschaffung durch Fremdkapitalaufnahme oder Eigenkapitalzufuhr,
- Finanzierungsmaßnahmen (Factoring oder Sale-and-Lease-Back-Geschäfte),
- Verkauf von Teilen nicht betriebsnotwendigen Vermögens.

Daneben werden sowohl die „überfälligen“ Verbindlichkeiten (Passiva I) sowie die Verbindlichkeiten einbezogen, die innerhalb von 3 Wochen fällig werden (Passiva II). Dazu gehören insbesondere fällig werdende Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, Lohn- und Gehaltsverbindlichkeiten, Verbindlichkeiten gegenüber dem Finanzamt oder den Sozialversicherungsträgern sowie Zahlungsverpflichtungen aus Darlehen oder bestehenden Dauerschuldverhältnissen, wie z.B. Beiträge, Miet- oder Leasingverpflichtungen.

Die so ermittelten Zahlungspflichten werden den liquiden Mitteln gegenüber gestellt. Bei vollständiger Deckung der Zahlungspflichten besteht keine Zahlungsunfähigkeit. Liegt eine Liquiditätslücke von weniger als 10 % vor und wird diese nach dem Betrachtungszeitraum nicht größer, so ist von Zahlungsfähigkeit bzw. einer unschädlichen Liquiditätslücke auszugehen. Beträgt die Liquiditätslücke hingegen 10 % oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden kann und den Gläubigern das Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.

IV. Bugwelleneffekt

1. Behandlung von kurzfristig fällig werdenden Verbindlichkeiten

Der BGH lässt in der Entscheidung⁸ mit folgender Formulierung offen, ob bei der Betrachtung der wirtschaftlichen Situation im Rahmen des Dreiwochenzeitraums auch noch

⁷ *G. Fischer*, ZGR 2006, 403, 405.

⁸ BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807.

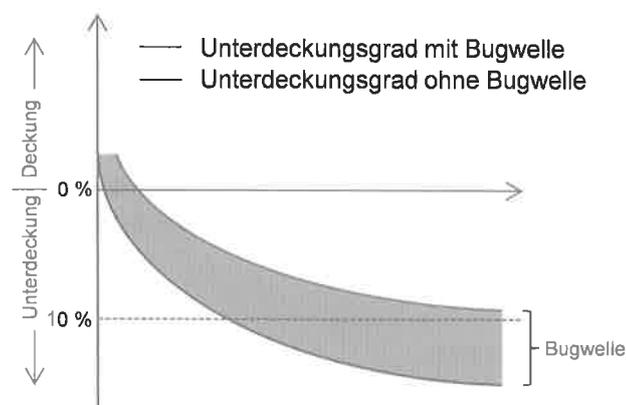
fällig werdende Verbindlichkeiten (Passiva II) berücksichtigt werden müssen:

„Um dies festzustellen, werden im Rahmen einer Liquiditätsbilanz die aktuell verfügbaren und kurzfristig verfügbar werdenden Mittel in Beziehung gesetzt zu den an demselben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten.“⁹

Diese Formulierung führt in der Literatur vereinzelt¹⁰ zu der Annahme, dass die Passiva II, die erst in den kommenden 3 Wochen fällig werden, nicht im Finanzplan zu berücksichtigen sind. Das führt dazu, dass die verfügbaren Finanzmittel (Aktiva I und II) dynamisch behandelt und in den Finanzplan einbezogen werden, während die Berücksichtigung der Verbindlichkeiten stichtagsbezogen erfolgt (nur Passiva I). Die innerhalb des Betrachtungszeitraums anfallenden Zahlungsverpflichtungen werden bei der Berechnung nicht berücksichtigt.

Geht man so vor, kommt es zum sog. Bugwelleneffekt: Den fällig werdenden Forderungen stehen faktisch fällig werdende Verbindlichkeiten gegenüber, die aber nicht beachtet werden. Folge: Diese fällig werdenden Verbindlichkeiten schiebt das Unternehmen in Höhe dieser Bugwelle vor sich her, erreicht aber – zumindest theoretisch – nicht das Stadium der Zahlungsunfähigkeit.

Dieser Bugwelleneffekt ist nach den Ausführungen einzelner an den maßgeblichen Entscheidungen beteiligter Bundesrichter gewollt. Für *Fischer* ist es ausreichend, wenn ein Schuldner seinen fälligen Gläubigeranspruch jeweils mit einem Nachlauf von 3 Wochen befriedigen kann.¹¹ Auch der Senatsvorsitzende *Godehard Kayser* vertritt die Ansicht, dass eine Zahlungsstockung mit Bugwelle in kurzer Zeit entweder eindeutig überwunden wird, oder es zu einer eindeutigen Zahlungsunfähigkeit kommt.¹²



Die herrschende Literaturmeinung¹³ spricht sich gegen die Bugwelle aus und kalkuliert bei der Aufstellung des Finanzplans sowohl die im Prognosezeitraum zuwachsenden Aktiva (Aktiva II) als auch fällig werdende Passiva (Passiva II) mit ein. Begründet wird dies u.a. damit, dass der Bugwelleneffekt rechtspolitisch nicht beabsichtigt sein kann. Er stehe mit dem Bestreben nach Vorverlagerung des Eröffnungstatbestands nicht im Einklang und rechtlich gehe es

nicht an, die prospektive Zahlungsfähigkeit einer gegenwärtigen Zahlungsfähigkeit gleichzusetzen.¹⁴ Tatsächlich handelt es sich bei Unternehmen mit immer wiederkehrenden Zahlungsproblemen, die sich letztlich als dauerhafte Zahlungsstockungen erweisen, um unterkapitalisierte und damit insolvenzreife Unternehmen, denen ausreichendes Eigenkapital fehle.¹⁵ Die vom BGH gewählte Formulierung wird als „redaktioneller Missgriff“ verstanden.¹⁶

Für diese Auffassung sprechen auch folgende Überlegungen:

- Der BGH wollte vermutlich keinen Tatbestand schaffen, der faktisch zu einer ständigen Verschleppung der Insolvenz führt.
- Auch wenn der BGH eine Unterdeckung von weniger als 10 % als „unschädliche Liquiditätslücke“ bezeichnet, betont er gleichzeitig, dass ein Unternehmen, das dauerhaft eine – wenngleich geringfügige – Liquiditätslücke aufweise, nicht erhaltungswürdig erscheint. Demnach bedeutet dies, dass diese Liquiditätslücke nicht unbegrenzt bestehen darf. Gerade im Interesse des Gläubigerschutzes ist eine dauerhafte Unterdeckung bedenklich.
- Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Auf die Merkmale der „Dauer“ und der „Wesentlichkeit“ hat der Gesetzgeber der InsO bei der Umschreibung zwar verzichtet, jedoch versteht es sich nach der Gesetzesbegründung von selbst, dass eine vorübergehende Zahlungsstockung keine Zahlungsunfähigkeit begründet. Andererseits hat der Gesetzgeber auch darauf verzichtet, das Erfordernis der andauernden Unfähigkeit zur Erfüllung der fälligen Zahlungspflichten zu betonen, weil dies dahin gehend hätte verstanden werden können, den Begriff der Zahlungsunfähigkeit stark einzuengen und damit eine möglicherweise über Wochen oder gar Monate fortbestehende Illiquidität zur rechtlich unerheblichen Zahlungsstockung zu erklären.¹⁷

2. Aktueller IDW Standard S 11 erteilt Bugwelleneffekt Absage

Die herrschende Literaturmeinung findet sich auch in dem vom Institut der Wirtschaftsprüfer veröffentlichten *IDW S 11*

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

10 *Fischer*, FS Ganther, 2010, S. 153, 158 f.; *Bruns*, EWIR 2005, 767, 768.

11 *Fischer* (Fn. 10), S. 153, 158, 159.

12 *Kayser*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 1.

13 MünchKomm-InsO/*Eilenberger* (Fn. 6), § 17 Rn. 18 ff., 20; HambKomm-InsO/*Schröder*, § 17 Rn. 16; *H. Hess*, InsO, § 17 Rn. 15; *Frystatzki*, NZI 2010, 389, 391 f.; *Pape*, WM 2008, 1949, 1952; *Bork*, ZIP 2007, 1749, 1752 f.

14 *Schmidt*, InsO, 19. Aufl., § 17 Rn. 29.

15 MünchKomm-InsO/*Eilenberger* (Fn. 6), § 17 Rn. 22.

16 *Hötzle*, ZIP 2007, 613, 615.

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

Standard von 2015 zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen wieder. In diesem Standard werden die Anforderungen an die Beurteilung einer Insolvenzreife unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtslage und Rechtsprechung festgelegt. Die IDW Standards entfalten zwar keine unmittelbare Rechtsbindung für den Rechtsverkehr, binden aber in einer Selbstverpflichtung die Mitglieder nach § 4 Abs. 9 ihrer Satzung.

Das Institut der Wirtschaftsprüfer spricht sich im aktuellen IDW Standard S 11¹⁸ ausdrücklich gegen die Bugwelle aus: „*Ergibt sich aus dem Finanzstatus, dass der Schuldner seine fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllen kann, hat er ausgehend vom Finanzstatus am Stichtag zusätzlich die im Prognosezeitraum erwarteten Ein- und Auszahlungen in einer Liquiditätsplanung zu berücksichtigen.*“ Begründet wird diese Regelung damit, dass der BGH¹⁹ von einer sog. Liquiditätsbilanz spreche, bei der aktuell verfügbare und kurzfristig verfügbar werdende Finanzmittel sowie zum Stichtag fällige Verpflichtungen und auch – gemäß einer weiteren Entscheidung des BGH²⁰ – die im Prognosezeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten zu berücksichtigen sind.

3. BGH-Strafsenat beendet Bugwelleneffekt

Der IDW Standard S 11 bezieht sich dabei auf eine Entscheidung des Strafsenats des BGH²¹ aus dem Jahr 2013, in der ebenfalls zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen der Strafbarkeit hinsichtlich einer Insolvenzverschleppung Stellung genommen wurde. Der BGH grenzt in diesem Urteil ebenfalls die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung ab. Er definiert eine Zahlungsstockung hier auch als kurzfristig behebbarer Mangel an flüssigen Finanzmitteln, der in einem Zeitraum von maximal 3 Wochen zu beseitigen sein müsse, da eine kreditwürdige Person in der Lage sei, sich binnen dieser Frist die benötigten Beträge darlehensweise zu beschaffen, sonst liege Zahlungsunfähigkeit vor,²² die mittels der sog. betriebswirtschaftlichen Methode festgestellt werden müsse. Dafür müsse eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits²³ erfolgen.

Zur Abgrenzung von der bloßen Zahlungsstockung ist diese Methode laut BGH um eine weitere Prognose zu ergänzen – nämlich, „*ob innerhalb der Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist, etwa durch Kredite, Zuführung von Eigenkapital, Einnahmen aus dem normalen Geschäftsbetrieb oder der Veräußerung von Vermögensgegenständen. Das soll durch eine Finanzplanrechnung geschehen, aus der sich die hinreichend konkret zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben der nächsten 21 Tage ergeben*“.

Schließt sich auch der ZS dieser Entscheidung an, wäre damit die aus der BGH-Rechtsprechung v. 24.5.2005 resultierende Problematik des Bugwelleneffekts beendet.

4. Neuere Rechtsprechung des Insolvenzrechtssenats spricht sich gegen die Bugwelle aus

In diesem Sinne könnte eine neuere Entscheidung des BGH²⁴ zur Insolvenzanfechtung zu verstehen sein. Der BGH beschäftigt sich hier mit der Frage, wie anhand von Indizien eine Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO – und somit eine Zahlungsunfähigkeit – nachgewiesen werden kann. Im Rahmen eines Insolvenzanfechtungsprozesses ist eine Liquiditätsbilanz oft nicht notwendig, wenn auf andere Weise – etwa anhand von Indizien – festgestellt werden kann, ob der Schuldner einen wesentlichen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlen konnte.²⁵

Der Insolvenzrechtssenat nennt hier explizit eine Reihe von Indizien, die auf eine Zahlungseinstellung hinweisen. Dabei vertritt er die Ansicht, dass das Vor-sich-Herschieben von fälligen und nicht bezahlten Verbindlichkeiten („Bugwelle“) ein sicheres Indiz für die Annahme einer Zahlungseinstellung und damit auch einer Zahlungsunfähigkeit darstellt.²⁶ Ein Unternehmen, das ständig Verbindlichkeiten verspätet begleicht und somit einen „Verbindlichkeitsstau“ vor sich herschiebt, operiere am Rande des finanzwirtschaftlichen Abgrunds.²⁷

I.Ü.: Liegen Indizien für eine Zahlungseinstellung vor, kommt es bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit nicht auf die 10 %-Grenze an, vielmehr ist die Gesamtschau des Gerichts maßgeblich.²⁸

V. Prüfung der Zahlungsunfähigkeit in der Praxis

Aus kaufmännischer Sicht dürfte die Bugwelle bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens keine Rolle spielen. In der Praxis werden, wie es auch der IDW Standard S 11 vorgibt, die kurzfristig fällig werdenden Verbindlichkeiten mit in den Finanzplan einbezogen. Da die Buchhaltung i.d.R. zum Monatsende erstellt wird, wird der vom BGH festgelegte Dreiwochenzeitraum aus Gründen der besseren Praktikabilität i.d.R. auf 4 Wochen ausgedehnt, wenn dies im Hinblick auf die Anforderungen bzw. den Prüfungszweck vertretbar ist. Dies ist vor allem dann sinnvoll, wenn die Beurteilung der Liquiditätslage eines Unternehmens über einen längeren Zeitraum erfolgen soll. Bei einem

18 IDW S 11, S. 8, Rn. 24.

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

20 BGH, Beschl. v. 21.8.2013 – I StR 665/12, ZInsO 2013, 2107.

21 BGH, Beschl. v. 21.8.2013 – I StR 665/12, ZInsO 2013, 2107.

22 BGH, Beschl. v. 23.5.2007 – I StR 88/07, ZInsO 2007, 1115.

23 BGH, Urt. v. 20.7.1999 – I StR 668/98.

24 BGH, Urt. v. 18.7.2013 – IX ZR 143/12, ZInsO 2013, 2109.

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

26 *Blöse*, GmbHR 22/2013, 1201 ff.

27 BGH, Urt. v. 18.7.2013 – IX ZR 143/12, ZInsO 2013, 2109; vgl. dazu MünchKomm-InsO/Eilenberger (Fn. 6), § 17 Rn. 30.

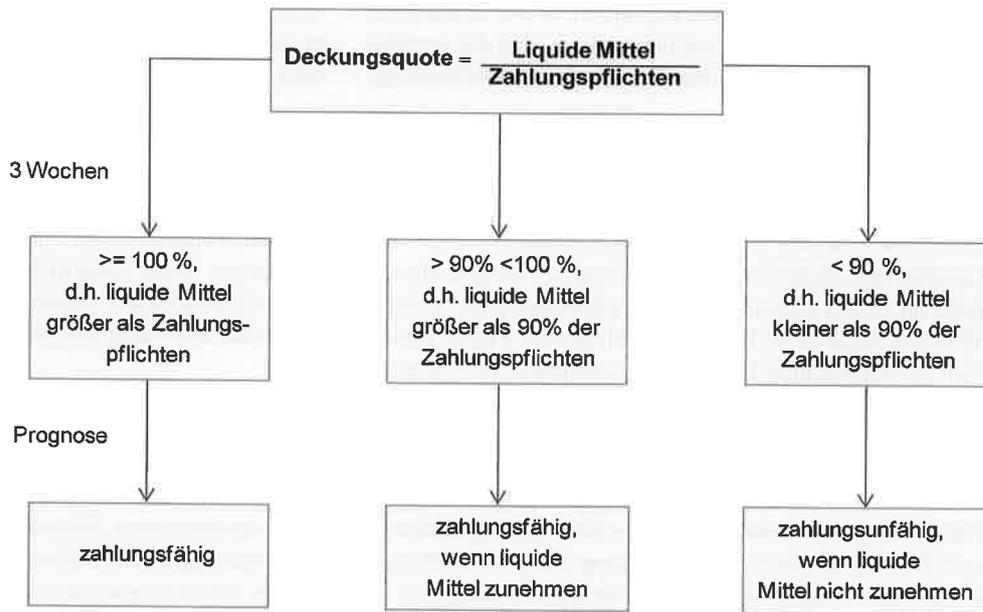
28 *Baumert*, NZI 21/2013, 919, 922; BGH, Urt. v. 18.7.2013 – IX ZR 143/12, ZInsO 2013, 2109.

Dreiwochenprognosezeitraum würden nämlich regelmäßig wiederkehrende Zahlungsverpflichtungen, wie z.B. Löhne, Mieten, Leasingverpflichtungen, Darlehensraten u.v.m., möglicherweise nicht in die Liquiditätsbetrachtung einbezogen, obwohl sie kurzfristig fällige Zahlungsverpflichtungen darstellen.

Die Beurteilung, ob bzw. ab wann bei einem Unternehmen die Zahlungsunfähigkeit vorliegt, erfordert in der Praxis grds. eine sehr detaillierte und handwerklich exakte Prüfung der Unterlagen, teilweise bis hin zur Einzelbelegprüfung. In der Buchhaltung und insbesondere in den Kreditoren-Saldenlisten bzw. Offene-Posten-Listen, lassen sich nämlich häufig die Fälligkeiten der Verbindlichkeiten nicht ableiten, da sie nicht eingepflegt wurden. Dann muss gutachterlich für jede einzelne Verbindlichkeit deren Fälligkeit anhand von Einzelbelegen, wie z.B. Lieferantenrechnungen, überprüft werden. Nur so können die Passiva I und II exakt ermittelt und in der Liquiditätsbetrachtung entsprechend berücksichtigt werden.

Einer sorgfältigen Überprüfung sind auch die ausgewiesenen Forderungen zu unterziehen. Häufig werden, gerade bei Unternehmen in der Krise, Alt-Forderungen ausgewiesen, deren Werthaltigkeit – jedoch zumindest deren kurzfristige Realisierbarkeit – fraglich ist. Demnach sind, ähnlich den Verbindlichkeiten, auch die Forderungen im Detail zu prüfen und daraufhin zu beurteilen, in welcher Höhe sie unter dem Aspekt der „Grundsätze der ordentlichen Geschäftsführung (GoF)“ aus der ex ante-Sicht realisierbar sein werden. Die Forderungen, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit als nicht kurzfristig realisierbar einzustufen sind, müssen beim Ansatz der Aktiva II außer Acht bleiben. In der Praxis fehlt es häufig an Informationen zur Identifizierung solcher Forderungen, mit deren Zahlungseingang kurzfristig nicht zu rechnen, bzw. deren Werthaltigkeit fraglich ist. In diesem Fall können hilfsweise Alt-Forderungen identifiziert werden, die bspw. bereits seit 6 Monaten mit einem unveränderten Saldo in der Buchhaltung ausgewiesen sind, und die dann in der Liquiditätsbetrachtung nicht mehr berücksichtigt werden. Auf diese Weise kann zumindest eine realistische näherungsweise Quantifizierung der Aktiva II erfolgen.

Nachfolgend sind die Prüfungsschritte zur Beurteilung der Liquiditätslage bzw. Feststellung der Zahlungsunfähigkeit schematisch dargestellt:



Der BGH klärt in einer weiteren Entscheidung²⁹ die in seinem Grundsatzurt. v. 24.5.2005 getroffenen Regelungen im Detail und korrespondiert damit zur oben dargestellten Vorgehensweise bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. So wird zum Ausdruck gebracht, dass bei der Überprüfung der Liquiditätslage nur diejenigen Verbindlichkeiten im Finanzplan anzusetzen sind, die fällig sind, d.h. das Erfordernis des „erstlichen Einforderns“ ist bereits regelmäßig bei Übersendung der Rechnung gegeben. Lediglich eine Stundungs- oder Ratenzahlungsvereinbarung mit dem Gläubiger kann den Zeitpunkt der Fälligkeit hinausschieben.

Demnach sind Verbindlichkeiten, die seitens der Gläubiger gestundet wurden, nicht zu berücksichtigen. Verbindlichkeiten, zu denen Ratenzahlungsvereinbarungen getroffen wurden, sind nur in Höhe der fälligen Rate einzubeziehen. Die Gutachtenerstellung ist häufig dadurch geprägt, dass die aus den Ratenzahlungsvereinbarungen resultierenden fälligen Raten nicht aus der Buchhaltung, wie etwa aus der Kreditoren-Saldenliste oder der Offene-Posten-Liste abzuleiten sind. Demnach müssen im Rahmen der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit die aufgrund der Ratenzahlungs- bzw. Stundungsvereinbarung getroffenen Stundungen für jeden einzelnen Gläubiger manuell erfasst werden. Eine weitere Besonderheit liegt darin, dass entsprechend der BGH-Rechtsprechung die Verbindlichkeiten, zu denen Ratenzahlungen vereinbart wurden, bereits ab Beginn des Betrachtungszeitraums nicht als fällig anzusetzen sind, unabhängig vom Zeitpunkt der Entstehung der Ratenzahlungsvereinbarung.³⁰

Wurde demnach eine Ratenzahlungsvereinbarung getroffen, sind diese Verbindlichkeiten bereits vom Zeitpunkt ihrer Entstehung an nicht mehr als fällige Verbindlichkeiten, also weder unter den Passiva I noch den Passiva II zu berücksichtigen, bzw. lediglich in Höhe der fälligen Rate. Schließlich ist

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

30 BGH, Urt. v. 20.12.2007 – IX ZR 93/06, ZInsO 2008, 273.

dann gutachterlich detailliert zu prüfen, ob die vereinbarten Raten fristgerecht bezahlt wurden und wie sich die kurzfristig fälligen (restlichen) Verbindlichkeiten im Zeitablauf entwickelten.

Neben den kurzfristig realisierbaren Forderungen und kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten, die sich zum Monatsultimo aus der Buchhaltung ableiten lassen, müssen auch Ein- und Auszahlungen in den Finanzplan einbezogen werden, die zum Betrachtungsstichtag noch keine Forderungen oder Verbindlichkeiten darstellten. In der gutachterlichen Praxis werden diese zu erwartenden Ein- und Auszahlungen als „sonstige Einzahlungen“ bzw. „sonstige Auszahlungen“ bezeichnet und als Aktiva II und Passiva II im Finanzplan berücksichtigt. Bei zu erwartenden Einzahlungen handelt es sich bspw. um die Einzahlung von Geldern der Gesellschafter zur Stärkung der Liquidität oder die Ausdehnung eines Kontokorrentkredits. Je nach Branche ist die Berücksichtigung dieser Einzahlungen von zentraler Bedeutung, so etwa die Berücksichtigung der Barumsätze in Schnellrestaurants. Demnach sind sämtliche zu erwartenden Einzahlungen im Finanzplan zu beachten. Ebenso verhält es sich bei den künftig zu erwartenden Zahlungsverpflichtungen. Hierbei handelt es sich um regelmäßig wiederkehrende Zahlungen, wie z.B. Lohn- und Gehaltszahlungen, Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge, Zahlung der Steuern, Mietzahlungen, Zahlung der Darlehensraten, Leasingverpflichtungen etc. Nur aufgrund der detaillierten und handwerklich exakten Prüfung der zum Betrachtungsstichtag bereits vorhandenen liquiden Mittel (Aktiva I) und „überfälligen“ Verbindlichkeiten (Passiva I) sowie der zu erwartenden Ein- und Auszahlungen im Betrachtungszeitraum (Aktiva II und Passiva II) ist die Beurteilung der Liquiditätslage nach der betriebswirtschaftlichen Methode aussagefähig und führt zu eindeutigen Ergebnissen.

VI. Zusammenfassung

Der Bugwelleneffekt im Rahmen der Zahlungsunfähigkeitsprüfung resultiert aus einer BGH-Entscheidung, die die Zah-

lungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung abgrenzen sollte, letztlich aber aufgrund einer nicht eindeutigen Formulierung zu heftigen Diskussionen im Schrifttum führte.

Unter dem o.g. Bugwelleneffekt versteht man, dass im Rahmen einer Finanzplanaufstellung die kurzfristig fällig werdenden Verbindlichkeiten (Passiva II) nicht berücksichtigt werden, gleichwohl die kurzfristig verfügbar werdenden finanziellen Mittel (Aktiva II) einbezogen werden und es so beim Unternehmen zu einem Vor-sich-Herschieben einer Bugwelle von fällig werdenden Verbindlichkeiten kommt.

Die neuere Rechtsprechung des BGH legt die Vermutung nahe, dass dieser Bugwelleneffekt nicht beabsichtigt war. An einer eindeutigen Positionierung des BGH fehlt es bislang allerdings. Diese wäre gerade aus Gründen der Rechtssicherheit wünschenswert. Etwa für die Beurteilung der Geschäftsführerhaftung ist es nicht unerheblich, ob der Geschäftsführer bei seiner Liquiditätsbetrachtung im Voraus die Passiva II zu berücksichtigen hat, oder nicht.

Für die wirtschaftliche Praxis dürfte die Bugwelle bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens keine Rolle spielen. Sie bezieht, wie es auch der IDW Standard S 11 vorgibt, die kurzfristig fällig werdenden Verbindlichkeiten mit in den Finanzplan ein.

Die deutschen Gerichte haben diese wirtschaftliche Praxis in den letzten 12 Jahren akzeptiert und zum ganz überwiegenden Teil sogar gefordert. Und dies macht aus betriebswirtschaftlicher Sicht Sinn: Würden nur Aktiva II, aber nicht Passiva II berücksichtigt, käme es zu einer Inkongruenz von verfügbaren Zahlungsmitteln und fälligen Zahlungsverpflichtungen und damit zu einer Schieflage der Risikoabwägung. Der Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit würde dadurch weiter in die Zukunft verlagert, obwohl er faktisch schon längst gegeben ist. Das Ziel einer rechtzeitigen Verfahrenseröffnung würde gefährdet, der Gläubigerschutz wäre nicht mehr gewährleistet.

Die Begründung von Masseverbindlichkeiten im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO – a never ending story?

Zugleich Anmerkung zu AG Hannover, Beschl. v. 1. 7. 2016 – 908 IN 460/16, AG Hannover, Beschl. v. 15. 7. 2016 – 908 IN 460/16, ZInsO 2016, 1535 und LG Hannover, Beschl. v. 22. 8. 2016 – 11 T 30/16, ZInsO 2016, 1861

von Rechtsanwalt Dr. Artur M. Swierczok LL.M. (UCL), MSt. (Oxford), Frankfurt/M.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Masseverbindlichkeiten im vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO begründet werden können, ist mittlerweile ein echter Dauerbrenner des Insolvenzrechts. Die Bandbreite an Meinungen hierzu ist groß. Höchstrichterlich geklärt ist die Frage bisher nicht. Der BGH hat bereits im Jahr 2013 (BGH, ZInsO 2013, 460) und erst kürzlich wieder (BGH, ZInsO 2016, 903) die Möglichkeit nicht genutzt, um zumindest in Form eines obiter dictum zu der Thematik Stellung zu nehmen. Die untergerichtliche Rechtsprechung und Beratungspraxis bleibt daher weiterhin auf sich allein gestellt. Wie unberechenbar die gegenwärtige Rechtslage für Schuldner und Gläubiger ist,