

Probleme der Zahlungsfähigkeitsprüfung ex ante

Köln. Die Verfasser gehen auf typische praktische »Stolpersteine« der Zahlungsfähigkeitsprüfung aus der Sicht ex ante ein. Die Prüfung der Zahlungsfähigkeit verlangt ex ante von Geschäftsführern und Beratern regelmäßig schwierige Prognoseentscheidungen. Dies betrifft z. B. die voraussichtlichen Zahlungseingänge im Drei-Wochen-Zeitraum. Da eine spätere Insolvenz fast immer bessere Erkenntnisse als im Zeitpunkt der Prognoseentscheidung zutage fördert, kann das Fehlerrisiko sehr hoch sein. Verschiedene Abgrenzungsfragen werden erörtert, z. B. die Grenze zwischen der drohenden und der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit, die insbesondere für das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO relevant ist. Die Verfasser vertreten die These, dass eine Zahlungsfähigkeitsprüfung regelmäßig nur mit einer integrierten Planung sinnvoll möglich ist.

Text: Ingeborg Karin Leib, Dipl.-Ökonomin (Sozietät KÜBLER, Köln), WP/StB Karsten Zabel (RST HANSA GmbH, Essen) und RA Dr. jur. Dietmar Rendels (Sozietät KÜBLER, Köln)



I. Zahlungsunfähigkeit: Definition gem. BGH-Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04¹

In der zitierten Grundsatzentscheidung hat der BGH bekanntlich die drei nachfolgenden amtlichen Leitsätze aufgestellt. Bei der Definition der Zahlungsunfähigkeit ging es dem BGH insbesondere um die Abgrenzung zur Zahlungsstockung. Leitsätze (wörtlich wiedergegeben):

1. Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.
2. Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10% erreichen wird.
3. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 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 wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist.

Der BGH hat damit keine starren Lücken- und Zeitgrenzen zur Zahlungsunfähigkeit definiert. Der Gesetzgeber habe bewusst, so der vormalige Vorsitzende des IX. Zivilsenats des BGH, Dr. Gero Fischer, davon abgesehen, starre zahlenmäßige Grenzen einzuführen². Sinn und Zweck des Gesetzes sei, »bei nicht lebensfähigen Unternehmen eine rasche Einleitung des Insolvenzverfahrens zu gewährleisten«.³

Weitere vormalige oder aktuelle Senatsvorsitzende des IX. Zivilsenats, des Insolvenzrechtssenats, haben sich mit dieser Rechtsprechung interpretierend befasst⁴.

In den nachfolgenden Ausführungen sollen ausgewählte praktische Probleme, die sich bei einer Zahlungsfähigkeitsprüfung aus der Sicht ex ante ergeben haben, behandelt werden.

II. Einzelne Problembereiche

1. Lückengröße: Dauerhafte Bugwelle von knapp unter 10%?

Wie die soeben (I.) wiedergegebenen Leitsätze des BGH zeigen, muss zunächst eine Stichtagsbetrachtung erfolgen. Ist die Liquiditätslücke zum Stichtag größer oder gleich 10%, schließt an die Stichtagsbetrachtung zunächst die Betrachtung des Drei-Wochen-Zeitraums an (zum Prognosezeitraum unten II. 2.).

Fehlerhafter IDW PS 8005: Vollständige Lückenschließung verlangt

Zur Zehn-Prozent-Regelgrenze des BGH vertritt das IDW – unter angeblicher Berufung auf den BGH und in (fehlerhafter) Interpretation der BGH-Rechtsprechung – unter Tz. 11 des PS 800 folgende These: »Auch bei kleineren Deckungslücken von bis zu 10% ist allerdings von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, wenn die Lücke im vom BGH zugestandenen Zeitraum nicht geschlossen wird. **Ein Unternehmen, das dauerhaft eine – auch nur geringfügige – Liquiditätslücke aufweist, erscheint nicht erhaltungswürdig.**« (Hervorhebung nur diesseits).

Für die These der dauerhaften Lückenschließung nach (angeblicher) BGH-Rechtsprechung zitiert das IDW in der Fußnote 14 des Standards die BGH-Entscheidung vom 24.05.2005, dort II. 3 a) der Urteilsgründe⁶. Dabei verkennt das IDW, dass der BGH unter II. 3 a) der Urteilsgründe zunächst die Argumente der Vertreter des sog. Null-Toleranz-Prinzips (Lückenschließung zu 100% erforderlich) erörtert⁷. Der BGH lehnt dann aber diese Auffassung unter II. 3. b) der Gründe ausdrücklich ab⁸. Was der BGH an der angegebenen Stelle unter »zulässigem geringfügigen Rest« versteht, wird an der angegebenen BGH-Stelle nicht näher erörtert. Aufgrund des Gesamtzusammenhangs (grundsätzlich eine Zehn-Prozent-Lücke zulässig, wozu der BGH keine starre Grenze der Zahlungsfähigkeit definieren will) ergibt sich aber, dass der BGH jedenfalls keine



vollständige Lückenschließung – anders als das IDW in angeblicher Interpretation der BGH-Rechtsprechung unter Tz. 14 des PS 800 meint – in der Entscheidung vom 24.05.2005 fordert⁹.

In einer Entscheidung zur Insolvenzanfechtung vom 25.10.2012 – IX ZR 117/11 formuliert der BGH unter Tz. 19:

»Schiebt der Schuldner ständig einen Forderungsrückstand vor sich her, den er nur schleppend abträgt, verwirklicht sich ein typisches Merkmal einer Zahlungseinstellung.«

Vor dem Hintergrund, dass die vorstehende Entscheidung eine einmal festgestellte Zahlungseinstellung betraf, mit weiter geschobenen Sozialversicherungsverbindlichkeiten, kann auch diesem Passus u.E. nicht entnommen werden, dass zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit irgendwann eine vollständige Lückenschließung erforderlich ist¹⁰.

Insgesamt kann deshalb festgehalten werden, dass der BGH die Frage, ob eine dauerhafte Bugwelle von unter 10% zulässig ist oder nicht, bisher nicht ausdrücklich entschieden hat. Die Frage ist auch zu differenzieren vom notwendigen Prognosezeitraum (dazu sogleich unter II. 2.) und von Einzelfragen der Berechnung (dazu sogleich unter II. 3.). Zudem sei nochmals darauf hingewiesen, dass der BGH zur Zahlungsfähigkeitsdefinition nur »Regel-Beispiele« aufgestellt hat, keine starren Lücken- oder Zeitgrenzen (s. eingangs unter I. mit dortigen Nachweisen).

Nach diesseitiger Auffassung dürfte es darauf ankommen, ob das Unternehmen aufgrund einer integrierten Unternehmensplanung – ggf. in Kombination mit einem tragfähigen Sanierungs- und Fortführungskonzept – eine dauerhafte Überlebensfähigkeit nachweisen kann (dazu unten II. 5.).

2. Prognosezeitraum nur drei Wochen?

Kann die Prüfung der Zahlungsfähigkeit nach drei Wochen beendet werden, wenn sich im Drei-Wochen-Zeitraum eine Schließung der Zehn-Prozent-Lücke ergibt, oder muss die Prognoserechnung –

insbesondere, weil der BGH im zweiten amtlichen Leitsatz bei Lücken von »demnächst« größer oder gleich 10% von einer Zahlungsunfähigkeit ausgeht – auf einen Zeitraum von länger als drei Wochen erstreckt werden?

Dabei ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass in der Ausgangsentscheidung vom 24.05.2005¹¹ der BGH mit dem Ausnahmetatbestand nach dem zweiten Leitsatz – »demnächst« größere Lücke als 10% erst außerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums – gearbeitet hat. So betraf die Entscheidung zum Prüfungsstichtag (09.09.1999) eine Lücke von »mindestens 9,2%«, wobei der BGH im Anschluss an die Ausführungen des Berufungsgerichts von einer auf unstreitigen Tatsachen beruhenden »schlechten Zukunftsprognose« für eine spätere Phase als die nächsten drei Wochen ausging¹². Der BGH beantwortet in der Ausgangsentscheidung vom 24.05.2005 nicht ausdrücklich die Frage, ob bei einer Lückenschließung im Drei-Wochen-Zeitraum »vorsichtshalber« ein weiterer Anschlusszeitraum betrachtet werden muss.

Vor dem Hintergrund, dass für die – ausnahmsweise – gegebene Zahlungsunfähigkeit »demnächst« (zweiter BGH-Leitsatz) derjenige darlegungs- und beweisbelastet ist, der sich auf diese Ausnahme beruft, dürfte ein Abbruch der Darstellung mit Ablauf des Prognosezeitraums nach drei Wochen (bei einer Lückenschließung innerhalb von drei Wochen) jedenfalls unter drei Voraussetzungen zulässig sein: Erstens muss der Ersteller der Prognoserechnung wohl vorsichtshalber – wenn keine Anschlussprüfung stattfindet – eine Aussage zu den generellen Aussichten des Unternehmens für die Zeit nach Beendigung des Prüfungszeitraums (Drei-Wochen-Zeitraum) treffen. Diese Aussage dürfte zweitens nur auf der Grundlage eines schriftlich dokumentierten Unternehmenskonzepts in Kombination mit einer integrierten Unternehmensplanung bei dokumentierten Planprämissen möglich sein (dazu sogleich unter II. 5.). Drittens muss – sofern die Zahlungsfähigkeit nicht unzweifelhaft ist und keine generelle Aussage zu den Unternehmensaussichten getätigt wird – empfohlen werden, dass nach Ablauf des Drei-Wochen-Zeitraums eine erneute Zahlungsfähigkeitsprüfung stattfindet. Die Zahlungsfähigkeitsprüfung ist also nach drei Wochen zu wiederholen und fortzuschreiben bis

– z.B. aufgrund von Sanierungsmaßnahmen – der Bereich einer unzweifelhaften Zahlungsfähigkeit erreicht ist.

Das IDW geht in dem PS 800 – aufgrund des fehlerhaft vertretenen Null-Toleranz-Prinzips – von der Notwendigkeit einer kontinuierlichen Fortschreibung der Zahlungsfähigkeitsprüfung – und damit von einem längeren Prognosezeitraum als von drei Wochen – aus (vgl. u.a. Tz. 24, 25 des PS 800).

3. Einzelfragen zur Berechnungstechnik

3.1 Zeitraumliquidität und Forderungen

Ergibt die Stichtagsprüfung, dass die Lücke 10 % oder mehr beträgt, ist in einer zweiten Stufe in die Zeitraumprüfung »einzusteigen« (s.o. I.). Vorsichtshalber sollte sich auch bei Lücken unter 10 % am Stichtag eine zusätzliche Zeitrumbetrachtung anschließen¹³. Problematisch zu beantworten ist ex ante häufig die Frage, ob aufgrund von voraussichtlichen Forderungseingängen die notwendige Zeitraumliquidität zur Lückenschließung gegeben ist.

Geht es um Forderungen, die ex ante zu beurteilen sind, so wird der Ersteller der Zahlungsfähigkeitsprüfung sowohl das Zahlungsverhalten des Drittschuldners in der Vergangenheit als auch aktuelle Ereignisse (z.B. Korrespondenz zur Forderung) berücksichtigen müssen. Der Ersteller der Zahlungsfähigkeitsprüfung muss sich bewusst sein, dass nach Ablauf des Drei-Wochen-Zeitraums aufgrund der tatsächlich realisierten Zahlungseingänge im Nachgang kritische Fragen gestellt werden, wenn die tatsächlichen Zahlungseingänge hinter der Prognosebeurteilung zurückbleiben. Bei einer Fortschreibung der Zahlungsfähigkeitsprüfung (s.o. II. 2.) wird man die im ersten Prüfungszeitraum gewonnenen Erkenntnisse besonders kritisch – ggf. liquiditätsmindernd – berücksichtigen müssen.

Dies gilt gerade auch für Forderungen gegen andere Konzerngesellschaften. Bekanntlich besteht im Konzern oft das Risiko, dass die Geschäftsführung einer Konzerngesellschaft geneigt ist, durch eine großzügige Bewertung von Forderungen gegen andere

Konzerngesellschaften eine »Reich-Rechnung« der jeweils eigenen Gesellschaft herbeizuführen (z.B. durch Überbewertung von Forderungen gegen Konzerngesellschaften).

Konzernliquiditätsplanung, Cash Pool

Forderungen gegen Konzerngesellschaften, insbesondere auch bei Cash-Pool-Abreden, können deshalb nur unter Berücksichtigung der Konzernliquiditätsplanung zutreffend bewertet werden.

Eine ordnungsgemäße Konzernliquiditätsplanung erfordert, dass auf einer ersten Stufe zunächst die Einzelgesellschaften Liquiditätsplanungen aufstellen, die sodann unter Berücksichtigung der Gesamt-Konzern-Liquidität in eine Gesamt-Konzern-Liquiditätsplanung überführt werden. Daneben spielt auch hier bei der Bewertung von Konzernforderungen das Zahlungsverhalten von Konzerngesellschaften in der Vergangenheit eine maßgebliche Rolle. Insbesondere ist bei Fortschreibung der Zahlungsfähigkeitsprüfung das Zahlungsverhalten einer Konzerngesellschaft in einem vorangegangenen Prüfungszeitraum von erheblicher Relevanz (zum Prognosezeitraum s.o. II. 2.).

3.2 (Zeit-)Raumliquidität durch kündbare Patronatserklärung?

Mit einer Entscheidung vom 20.09.2010 – II ZR 296/08 (= ZIP 2010, 2092 ff.) hat der BGH die Kündbarkeit einer »harten« konzerninternen Patronatserklärung aufgrund der Abreden im konkreten Fall anerkannt. Die Möglichkeit, eine Patronatserklärung kündbar zu vereinbaren, wird in der Praxis teilweise als – taugliches – Sanierungsinstrument auch zur vorübergehenden Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung verstanden¹⁴.

Zu den Anforderungen, mittels Patronatserklärung eine Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden, ist die weitere Entscheidung des BGH vom 19.05.2011 – IX ZR 9/10 zu beachten¹⁵. Danach ist auch bei »harten« konzerninternen Patronatserklärungen nicht nur eine Verpflichtung maßgeblich, sondern vielmehr müssen die benötigten Mittel auch tatsächlich fließen (Tz. 21 des bezeichneten

Urteils). Zudem hat der BGH in dem weiteren Fall entschieden, dass bei einer »harten« konzerninternen Patronatserklärung, um die Eignung zu einer Zahlungsunfähigkeitsbeseitigung anzunehmen, auch der Insolvenzmasse und dem Insolvenzverwalter ein Anspruch eingeräumt werden muss (Tz. 19). In der Praxis sind zu den genannten Punkten häufig schwer verständliche Formulierungen anzutreffen, die manchmal darauf abzielen, die effektive Liquiditätszufuhr zu vermeiden und einen potenziellen Insolvenzverwalter »auszubooten«. In Subsumtion der allgemein anerkannten Prüfungsschritte und Definitionen zur Zahlungsfähigkeit (s.o. I) sind solche Unklarheiten häufig nicht geeignet, eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Die Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 20.09.2010¹⁶ betraf überdies nur die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen – in Ausübung der Privatautonomie des Zivilrechts – eine harte Patronatserklärung kündbar ist. Mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine kündbare oder befristete Patronatserklärung Insolvenzgründe beseitigt, hat sich der II. Zivilsenat in der Entscheidung vom 20.09.2010 nicht befasst.

Überdies ist mit Blick auf eine mögliche Überschuldungsprüfung nicht erkennbar, inwieweit eine (kurz) befristete oder jederzeit kündbare »harte« konzerninterne Patronatserklärung zu einer positiven Fortbestehens- und/oder Fortführungsprognose führen kann¹⁷. Vorbehaltlich etwaiger Einzelfallumstände ist deshalb eine jederzeit kündbare, harte Patronatserklärung nicht geeignet, eine ansonsten festgestellte Überschuldung zu beseitigen¹⁸.

3.3 Zeitraumliquidität durch Veräußerung von »Tafelsilber«?

Manchmal argumentieren ex ante bei fehlenden Geldmitteln im Drei-Wochen-Zeitraum Geschäftsführer damit, man könne zumindest in kürzester Zeit Anlagevermögen veräußern¹⁹.

Auch insoweit dürfte es sinnvoll sein, wenn – ausnahmsweise – diese Liquiditätsbeschaffungsmaßnahme erörtert wird, auf die integrierte Unternehmensplanung nebst Planprämissen abzustellen (zur notwendigen Parallelität der Zahlungsfähigkeitsprüfung mit einer integrierten Unternehmensplanung vgl. unten II. 5).

Ist z.B. ein bestimmtes Fahrzeug nach dem Unternehmenskonzept für die Betriebsfortführung erforderlich, macht es keinen Sinn – z.B. durch Verursachung von Auslaufkosten, wie etwa die Freistellung eines Lkw-Fahrers nebst dessen Kündigung – einen für die Betriebsfortführung sinnvoll einsetzbaren Lkw zu veräußern und den Veräußerungserlös als Liquidität einzustellen²⁰. Auch hier gilt es, wie so oft bei der Ex-ante-Betrachtung, dem Mandanten druck nicht nachzugeben. Ggf. kommt eine liquiditätSENTlastende Kreditaufnahme gegen Sicherheit im Drei-Wochen-Zeitraum als Alternative zur Veräußerung in Betracht.

3.4 Fällig werdende Verbindlichkeiten (sog. Passiva II)

Bisher war streitig, ob von der im Betrachtungszeitraum generierbaren Liquidität (s. oben II. 3.1 bis II. 3.3) die Beträge abzuziehen sind, die für die im Betrachtungszeitraum – nach dem Stichtag – fällig werdenden Verbindlichkeiten bei rechtmäßiger Erfüllung eingesetzt werden müssen²¹. Insoweit dürfte inzwischen weitgehend anerkannt sein, dass von der Prognose-Zeitraum-Liquidität die im Prognose-Zeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten liquiditätsmindernd abzuziehen sind²².

Dafür spricht tendenziell auch die im Zusammenhang mit der Insolvenzanfechtung ergangene Entscheidung des BGH vom 25.10.2012 – IX ZR 117/11²³. Jedenfalls zur Beseitigung der Zahlungseinstellung hat es der BGH in der zitierten Entscheidung nicht genügen lassen, wenn der Schuldner auf »Dauer zu einer allgemeinen Begleichung seiner alsbald fälligen Verbindlichkeiten« nicht in der Lage ist (Tz. 19). Insoweit hat der BGH deshalb fällig werdende Verbindlichkeiten als liquiditätsmindernd eingestellt.

3.5 Fälligkeit: böswilliges Bestreiten

Werden die Liquiditätsverhältnisse »eng«, ist ex ante häufig zu beobachten, dass der (potenzielle) Insolvenzschuldner und seine Geschäftsführungsorgane objektiv fällige Verbindlichkeiten einfach – mehr oder weniger unqualifiziert – bestreiten. So sollen häufig unangenehme Liquiditätsminderungen vermieden werden. Erstellt der Berater eine Zahlungsfähigkeitsprüfung (zum Auf-



tragsinhalt s.u. II. 9.) oder überprüft der Berater zumindest die Plausibilität der von der Geschäftsführung aufgestellten Zahlungsfähigkeitsprüfung, ist ein Bestreiten von Verbindlichkeiten kritisch zu hinterfragen. Im Zweifel sollte von einem Rechtsanwalt, der in das Bestreiten involviert ist, eine Bestätigung mit detaillierter Begründung dazu verlangt werden, warum das Bestreiten überwiegend aussichtsreich erscheint.

3.6 Ernsthaftes Einfordern

Erhebliche Rechtsunsicherheiten entstehen (auch) bei der Ex-ante-Betrachtung häufig dadurch, dass die Frage, ob eine bestimmte Verbindlichkeit ernsthaft eingefordert ist oder nicht, nicht sicher beantwortet werden kann.

Der BGH betont, dass die Anforderungen an die Annahme eines »ernsthaften Einforderns« grundsätzlich sehr gering sind²⁴.

Bei der Ex-ante-Betrachtung sollte sich der Ersteller der Zahlungsfähigkeitsprüfung nach Möglichkeit auf das Auslegungs-»Glatteis« erst gar nicht begeben und vielmehr versuchen, vom Forderungsgläubiger eine ausdrückliche und schriftliche Stundung oder Fälligkeitsregelung zu erhalten, damit Rechtsklarheit herrscht.

Dies gilt auch für die Bereiche »branchenübliche Zahlungsziele«, »Stundung kraft faktischer Übung«, für Konzernverbindlichkeiten und/oder für Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern²⁵.

In allen genannten Bereichen neigen Geschäftsführer – oft fehlerhaft – dazu, zu meinen, aufgrund einer praktischen Handhabung oder »freundschaftlicher Näheverhältnisse« das ernsthafte Einfordern verneinen zu können.

3.7 Befristete Kredite und Prolongationstaktik

Zur »Fälligkeit« (vgl. vorstehend II. 3.5) und zum »ernsthaften Einfordern« (vgl. vorstehend II. 3.6) treten häufig Probleme im Zusammenhang mit dem (bevorstehenden) Auslaufen befristeter Kredite auf. So werden oft kurz vor oder nach Auslaufen einer

befristeten Kreditlinie mehr oder weniger aussichtsreiche Umschuldungs- und Sanierungsverhandlungen geführt. Es entwickelt sich oft eine Korrespondenz zwischen dem Kreditinstitut und dem (potenziellen) Insolvenzschuldner kurz vor oder nach Ablauf der Befristung, aus der sich der Rechtswille des Kreditinstituts manchmal nicht klar entnehmen lässt²⁶.

Sofern sich hier keine eindeutigen Erklärungen des Kreditinstituts während der Erstellung der Zahlungsfähigkeitsprüfung erlangen lassen, trägt der Ersteller der Zahlungsfähigkeitsprüfung das Risiko einer falschen Subsumtion. Jedenfalls gilt der Grundsatz, dass mit Ablauf einer Befristung grundsätzlich von der Fälligkeit und dem ernsthaften Einfordern des Darlehens auszugehen ist²⁷.

Zudem stellen sich für Zins- und Tilgungsleistungen während eines solchen »Schwebezustands« – insbesondere, wenn die Umschuldungs- und/oder Sanierungsverhandlungen wie oft wenig aussichtsreich erscheinen – zu Lasten des Zahlungsempfängers erhöhte Anfechtungsrisiken insbesondere nach § 133 InsO (zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit)²⁸.

Beachte: Prüfung der Überschuldung nicht vergessen!

Schließlich dürfte bei einem unklaren Schwebezustand kurz vor oder nach Ablauf einer befristeten Kreditlinie oft – wegen negativer Fortbestehensprognose – der Insolvenzantragsgrund der Überschuldung nach § 19 InsO gegeben sein²⁹. Der Ersteller einer Zahlungsfähigkeitsprüfung sollte deshalb nicht vergessen, den Mandanten in Bezug auf eine greifbare Überschuldungssituation zu informieren. So kann der Fall eintreten, dass die isolierte Überprüfung der Zahlungsfähigkeit – ohne gleichzeitige Überprüfung und Ausräumung der Überschuldung – als Beratungsfehler zu qualifizieren ist. Gerade bei einem kurz bevorstehenden oder bereits eingetretenem Ablauf einer befristeten Kreditlinie ist der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Kann nämlich eine positive Fortführungs- und Fortbestehensprognose³⁰ nicht festgestellt werden, ist nach wie vor durch Vergleich von Aktiva und Passiva – unter Einstellung der Auslaufkosten – ein Überschuldungsstatus aufzustellen.

4. Abgrenzung zur drohenden Zahlungsunfähigkeit

4.1 Definitionsgrauzonen betr. drohende Zahlungsunfähigkeit

Die Definition der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 Abs. 2 InsO ist in Einzelheiten strittig und höchstrichterlich nicht vollständig geklärt.

Prognose-Zeitraum?

So ist zur notwendigen zeitraumbezogenen Prognosebetrachtung die Länge des Prognosezeitraums strittig. Die Ansichten variieren von der Notwendigkeit der Betrachtung weniger Monate bis zu maximal drei Jahren³¹.

Prognose-Gegenstand?

Neben dem Prognosezeitraum ist der Prognosegegenstand strittig. Nach wohl überwiegender Auffassung in der Literatur kommt es auf die im Prüfungszeitraum bereits dem Rechtsgrunde nach bestehenden Verbindlichkeiten an. Drohende Zahlungsunfähigkeit ist gegeben, wenn diese Verbindlichkeiten bei Eintritt der Fälligkeit voraussichtlich nicht beglichen werden können. Künftige – im Prognosezeitraum erst entstehende und danach fällig werdende – Verbindlichkeiten sollten nach verbreiteter Auffassung keine Berücksichtigung finden³².

4.2 BGH v. 24.05.2005: Zahlungsunfähigkeit »demnächst«

Beträgt die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke weniger als 10%, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Dies gilt aber dann nicht, wenn bereits absehbar ist, dass die Lücke »demnächst« mehr als 10% erreichen wird (Ausnahmetatbestand gem. zweitem Leitsatz des BGH v. 24.05.2005 und oben I.).

Der Ausgangsfall des BGH vom 24.05.2005 betraf eine Konstellation, in der der BGH mit Zahlungsunfähigkeit – aufgrund einer Prognose außerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums – »demnächst« argumentiert hat. Zum Prüfungstichtag (09.09.2009) betraf die aktuelle

Lücke (möglicherweise) »nur« 9,2%. Unter II. 5) der Entscheidungsgründe argumentiert der BGH, zum Stichtag sei gleichwohl eine Zahlungsunfähigkeit anzunehmen, weil »eine auf unstreitigen Tatsachen gegründete schlechte Zukunftsprognose« vorgelegen habe. Weiter spricht der BGH von »schlechten Zukunftsaussichten« (vgl. II. 5 a) der Gründe). Der vormalige Vorsitzende des IX. Zivilsenats, Dr. Gero Fischer, spricht in diesem Zusammenhang von der Notwendigkeit einer »sehr sorgfältigen Sachverhaltsauswertung« unter Heranziehung zahlreicher Einzelfallumstände (s.o. I.)³³. Was der BGH in betriebswirtschaftlicher Hinsicht gemeint hat, ist unscharf (handelsrechtliche Fortführungsprognose i. S. d. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB oder insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 InsO³⁴ oder Prognose sui generis?).

Ganter, ehemaliger Vorsitzender des IX. Zivilsenats des BGH, will die Abgrenzung drohende Zahlungsunfähigkeit/Ausnahmetatbestand gemäß zweitem Leitsatz des BGH vom 24.05.2005 wie folgt vornehmen: Weise der Schuldner am Prüfungstichtag (»heute«) eine Liquiditätslücke auf und sei »die Prognose schlecht«, sei von Zahlungsunfähigkeit am Stichtag auszugehen. Sei der Schuldner dagegen am Prüfungstichtag noch zu 100% (!) liquide, sei aber eine »schlechte Prognose« gegeben, sei er zum Prüfungstichtag noch nicht zahlungsunfähig. Der Schuldner sei dann nur von der Zahlungsunfähigkeit bedroht. Kann also der Schuldner zum Prüfungstichtag noch 100% seiner Verbindlichkeiten begleichen, weiß er aber, dass er in einigen Tagen nicht die Löhne bezahlen kann, sei drohende Zahlungsunfähigkeit gegeben³⁵.

Weitere Beispiele: Weist der Schuldner zum Prüfungstichtag (»heute«) etwa eine Lücke von 5% auf, bei »schlechter Prognose« (z.B. Lohnzahlungen in ein paar Tagen nicht möglich), so dürfte diese Auffassung dahingehend zu verstehen sein, dass bereits zum Prüfungstichtag eine – eingetretene – Zahlungsunfähigkeit vorliegt³⁶.

Wird z.B. ein Bankkredit in vier Wochen – also außerhalb des grundsätzlichen Prüfungszeitraums von drei Wochen (zum Prognosezeitraum vgl. zweiten Leitsatz des BGH v. 24.05.2005 und oben II. 2.) – fällig, würde dies Folgendes bedeuten: Können zum Prüfungstichtag 100% oder zumindest 99% aller fälligen Verbindlichkeiten sofort beglichen werden, stellt das Auslaufen der



Foto: ISO K/Fotoira

Kreditlinie nach vier (!) Wochen nur einen Grund dar, der die drohende Zahlungsunfähigkeit verursacht. Beträgt die Stichtagslücke schon mehr als 1% – z.B. 5% – und laufen die Linien nach vier Wochen aus, so ist bereits zum Stichtag die Zahlungsunfähigkeit eingetreten!

Die derart schwierige Grenzziehung drohende/eingetretene Zahlungsunfähigkeit würde dann auch über die Frage entscheiden, ob z.B. das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO (nur bei drohender Zahlungsunfähigkeit) noch erlaubt ist oder nicht³⁷.

4.3 Keine Zahlungsunfähigkeit wegen Zumutbarkeit des Zuwartens?

Nach dem dritten Leitsatz (s.o. I.) kann ausnahmsweise – trotz grundsätzlich gegebener Zahlungsunfähigkeit – bei einer Lücke von über 10%, die im Drei-Wochen-Zeitraum nicht geschlossen werden kann, noch von Zahlungsfähigkeit auszugehen sein. Erforderlich ist, dass die Lücke vollständig geschlossen wird, und zwar »mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit« und »demnächst«. Zudem muss den Gläubigern aufgrund der Einzelfallumstände das Zuwarten »zumutbar« sein.

Diese Ausnahme ist – insbesondere bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung ex ante – mit besonderer Skepsis zu sehen. Es ist schon wenig nachvollziehbar, dass einem Gläubiger, der einen einrede-freien Anspruch hat, ein – vertragswidriges – Zuwarten zugemutet wird. Zudem sind die Definitionsmerkmale des dritten Leitsatzes so »weich«, dass bei einer Ex-ante-Prüfung immer das Risiko einer Fehleinschätzung besteht, die dann ex post z.B. durch die Rechtsprechung aufgedeckt wird³⁸.

4.4 § 270b InsO und gezielte Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit?

Eng mit vorstehender Abgrenzungsfrage »eingetretene/drohende Zahlungsunfähigkeit« hängt die Frage zusammen, ob im Rahmen des § 270b InsO – nach festgestellter, eingetretener Zahlungsunfähigkeit – der Antragsteller diese Zahlungsunfähigkeit nur vorübergehend beseitigen kann, um so wegen nur drohender Zahlungsunfähigkeit den Schutzschirm nach § 270b InsO zu erreichen.

Insoweit müssen zwei Fragen voneinander getrennt beantwortet werden nämlich, ob a) in Anwendung der §§ 17, 18 InsO die Zahlungsunfähigkeit tatsächlich beseitigt wurde und ob b) Sinn und Zweck des § 270b InsO bei einer solchen Beseitigung den Weg in den »Schutzschirm« rechtfertigen. Auch bei § 270b InsO muss zur Frage a) die gleiche Abgrenzung zwischen § 17 InsO (eingetretene Zahlungsunfähigkeit) und § 18 InsO (lediglich drohende Zahlungsunfähigkeit) stattfinden wie in allen anderen Fällen auch.

Zur Frage a) hat der BGH wiederholt entschieden, dass die Zahlungsunfähigkeit nur dann beseitigt ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen allgemein und nachhaltig wieder aufnimmt³⁹. Die zitierte Entscheidung betraf den Fall einer (nach außen in Erscheinung tretenden) Zahlungseinstellung.

Hat der Schuldner bei – zunächst eingetretener – Zahlungsunfähigkeit z.B. ein Moratorium für einige Tage bewirkt, um unter § 270b InsO zu gelangen, so dürfte im Zweifelsfall eine »nachhaltige« Wiederaufnahme der Zahlungen eher zu verneinen sein. Dies spricht gegen die Anwendung des § 270b InsO.

5. Prognoseanforderungen und integrierte Planung

Vorstehende Ausführungen sowohl zur eingetretenen Zahlungsunfähigkeit als auch zu einer drohenden Zahlungsunfähigkeit haben gezeigt, dass sich schwierige Prognosefragen stellen (zum Prognosezeitraum bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung s.o. II. 2., zum Prognosezeitraum bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit vgl. II. 4.1 und zum Prognosegegenstand wegen »schlechter Zukunftsprognose demnächst« nach BGH vgl. II. 4.2). Die beim Prognosegegenstand notwendige »sehr sorgfältige Sachverhaltsauswertung« läuft oft auf eine subtile und schwierige Einzelfallbewertung hinaus⁴⁰.

Die bezeichneten Schwierigkeiten bei der Einzelfallbewertung drängen – in betriebswirtschaftlicher Hinsicht (!) – zur Frage, mit welchem »Handwerkszeug« die »schlechte« oder »gute« Prognose untermauert werden muss. Dies gilt auch schon deshalb, weil die Darstellung der Liquiditätsentwicklung (von Einzahlungen und Auszahlungen im Verhältnis zu den fälligen Verbindlichkeiten)

jedenfalls dann bei größeren Unternehmen zu einer komplexen Angelegenheit wird, wenn man den Prognosezeitraum auf länger als drei Wochen erstreckt oder erstrecken muss (s.o. II. 2.).

»Handwerklich« werden bei der Zahlungsunfähigkeit »demnächst« entsprechend dem zweiten Leitsatz des BGH aus der Entscheidung vom 24.05.2005 die Prüfungen einfacher und nachvollziehbarer, wenn eine integrierte Unternehmensplanung auf der Grundlage dokumentierter Planprämissen vorhanden ist. Auch der Standard IDW S6 zur Sanierung von Unternehmen geht grundsätzlich von der Verpflichtung zur Aufstellung und Fortschreibung einer integrierten Unternehmensplanung aus. Bei dieser sind die Planung der Gewinn- und Verlustrechnung, die Bilanzplanung und die Cash-Planung miteinander verknüpft. So wird Transparenz geschaffen und Fehler werden vermieden.

Eine transparente Darstellung bei einer möglichen Zahlungsunfähigkeit »demnächst« ist deshalb in betriebswirtschaftlicher Hinsicht nur dann gegeben, wenn eine integrierte Unternehmensplanung parallel zur Zahlungsfähigkeitsprüfung durchgeführt wird⁴¹. Im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der Prognoserechnungen – auch mit Blick auf den Überschuldungstatbestand – wäre es wünschenswert, wenn sich die höchstrichterliche Rechtsprechung dazu durchringen könnte, in betriebswirtschaftlicher Hinsicht klare Planungsstandards zumindest für Unternehmen ab einer gewissen Größenordnung zu definieren⁴². Da es sich insoweit um rechtssatzähnliche Prüfungsmerkmale handelt, sind nicht nur »bloß« Tatsachenfragen betroffen.

BGH: Klares Bekenntnis zur integrierten Planung fehlt

Zwar hat der BGH in ständiger Rechtsprechung bestimmte Planungsstandards zumindest für Unternehmen ab einer gewissen Größenordnung anerkannt und definiert⁴³. Ein ausdrückliches Bekenntnis zur Notwendigkeit einer integrierten Unternehmensplanung enthält diese Rechtsprechung des BGH aber nicht⁴⁴.

Zeitprobleme

Hat das Unternehmen vor Beginn der Erstellung der Zahlungsfähigkeitsprognose noch keine integrierte Unternehmensplanung erstellt, dürfte in der Regel die Zeit fehlen, anlässlich der Zah-

lungsfähigkeitsprüfung eine integrierte Unternehmensplanung zu erstellen. Auch dies spricht für die Notwendigkeit, ab einer gewissen Unternehmensgröße eine Pflicht zur integrierten Unternehmensplanung anzunehmen.

6. Aktualität des Datenmaterials

Eigentlich sollte selbstverständlich sein, dass im Zeitraum der Durchführung der Zahlungsfähigkeitsprüfung tag-aktuelles Datenmaterial vorliegt. Die Praxis sieht aber manchmal anders aus.

In einem Beispiel (aus der hiesigen Prozesspraxis) hatte der Berater auf Datenbasis 30.06. eines Jahres Anfang Oktober desselben Jahres die Zahlungsunfähigkeit per 30.06. festgestellt. Bei einem derartigen zeitlichen Auseinanderfallen zwischen dem Prüfungsergebnis und Prüfungsstichtag wurde – unfreiwillig – die Insolvenzsverschleppung eindrucksvoll dokumentiert.

Manchmal verfügen Unternehmen auch aufgrund der Monatsabschlüsse nur über vollständiges Datenmaterial zum jeweiligen Monatsende. Auch hier besteht die Gefahr, dass – bei entsprechend langer Prüfungsdauer zur Zahlungsfähigkeit – im Falle der Zahlungsunfähigkeit eine Insolvenzsverschleppung dokumentiert wird.

Auch solche Risiken werden in der Regel vermieden, wenn das Unternehmen über eine aktuelle und fortgeschriebene integrierte Unternehmensplanung verfügt (vgl. hierzu oben II. 5.).

BGH: Schnelle Erstellung erforderlich

Zudem hat der BGH entschieden, dass die Geschäftsführung – nach Beauftragung eines Beraters zur Erstellung einer Zahlungsfähigkeitsprüfung durch den Berater – auf eine schnelle Abarbeitung des Auftrags hinzuwirken hat⁴⁵.

7. Stichproben-Tiefe?

Durch die Mitarbeiter des Rechnungswesens werden in den Buchhaltungssystemen grundsätzlich Fälligkeitszeitpunkte sowohl zu den Forderungen als auch zu den Verbindlichkeiten eingegeben. Da die Mitarbeiter des Rechnungswesens in der Regel nicht über juristische Kenntnisse verfügen, können die eingegebenen Fällig-



keitszeitpunkte fehlerhaft sein. Manchmal – wenn erste Liquiditätsengpässe drohen – werden auch mehr oder weniger unbewusst bei den Forderungen zu frühe Fälligkeiten eingegeben und bei den Verbindlichkeiten zu späte Fälligkeiten, um so »Liquidität zu schaffen«.

Vor diesem Hintergrund darf die Zahlungsfähigkeitsprüfung nicht nur ausschließlich aus den Daten des Rechnungswesens entwickelt werden. Vielmehr sind Stichproben zu wesentlichen Liquiditäts-, Forderungs- und Verbindlichkeitsposten erforderlich, die in juristischer Hinsicht u. a. mit Bezug auf die Begriffe »Fälligkeit« und »ernsthaftes Einfordern« beurteilt werden müssen (s. hierzu oben II. 3.5 und 3.6). Die Anzahl der Stichproben ist kaum justiziabel. Jedenfalls zu den größeren Liquiditäts-, Forderungs- und Verbindlichkeitsposten sollten Stichproben – d. h. z. B. die juristischen Abreden – überprüft werden. Ergeben die ersten Stichproben – aufgrund intensiver juristischer Parallelprüfung –, dass das Rechnungswesen zutreffende Fälligkeiten berücksichtigt hat, kann die Stichproben-Beurteilung beendet werden. Ergeben sich Fehleranhaltspunkte, sind weitere Stichproben zu beurteilen und die Fehlerursachen zu klären sowie zu beseitigen.

8. Geschickte Stichtagswahl?

Zuweilen – ex ante – sind Geschäftsführer bemüht, dem Ersteller der Zahlungsfähigkeitsprüfung einen taktisch gewählten Stichtag vorzugeben. Sind z. B. die Löhne gerade bezahlt worden, mag es sein, dass zwischen dem 1. und dem 21. eines Monats viel Liquidität generiert wird, dafür aber wenig fällige Verbindlichkeiten beglichen werden müssen. Durch eine geschickte Stichtagswahl – einzelfallabhängig – lässt sich deshalb das Ergebnis der Zahlungsfähigkeitsprüfung, wenn man die Prüfung auf einen Drei-Wochen-Zeitraum beschränkt, beeinflussen.

Da es aber auch eine Zahlungsunfähigkeit »demnächst« außerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums bereits zum Stichtag gibt (s. o. II. 4.2 und I.), hat der BGH in rechtlicher Hinsicht einer solchen Stichtagswahl grundsätzlich einen »Riegel vorgeschoben«. Geht man zudem von der Notwendigkeit einer integrierten Unternehmensplanung ab einer gewissen Unternehmensgröße aus (s. o. II. 5.), macht auch diese transparent, ob eine Stichtagsmanipulation angestrebt wird oder nicht.

9. Arbeitsteilung zwischen Berater/Geschäftsführungsorgan?

9.1 Berater: Erstellung, Prüfung oder prüferische Durchsicht?

Der Auftragsinhalt, den der Berater abzuarbeiten hat, ist genau zu definieren. Manchmal bestehen schon Unklarheiten, ob der Berater oder die Geschäftsführung das Datenmaterial für die Zahlungsfähigkeitsprüfung erstellt oder/und zusammenstellt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH muss ein Geschäftsführer, der nicht über die notwendigen Kenntnisse verfügt, sich zur Zahlungsfähigkeitsprüfung beraten lassen⁴⁶. Bei der Komplexität der Probleme, die eine ordnungsgemäße Zahlungsfähigkeitsprüfung verursacht, dürfte davon auszugehen sein, dass fast ausnahmslos kein Geschäftsführungsorgan über ausreichende Kenntnisse verfügt, die Zahlungsfähigkeit durch eine eigene Aufstellung zutreffend nachzuweisen.

IDW PS 800: »Beurteilung«

Zur Arbeitsaufteilung zwischen Geschäftsführung und Berater enthält der IDW PS 800 keine Kriterien. In der Überschrift des Standards und mehrfach im Text (vgl. z. B. Tz. 3) ist regelmäßig von »Beurteilung« (der Zahlungsfähigkeit) die Rede. Grundsätzlich kennen Wirtschaftsprüfer die Kategorien »Erstellung« und »Prüfung« sowie »prüferische Durchsicht« (vgl. auch Tz. 5 des PS 800). In welche dieser Kategorien sich die »Beurteilung« (s. Überschrift des PS 800) einordnen soll, bleibt nach dem IDW PS 800 offen. Tendenziell dürfte davon auszugehen sein, dass dann, wenn ein Wirtschaftsprüfer vom Mandanten mit der »Beurteilung« der Zahlungsfähigkeit beauftragt werden soll, dass hier die Erstellung durch den beauftragten Wirtschaftsprüfer erfolgt.

9.2 Plausibilitätskontrolle der Beraterleistung erforderlich

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH muss die Beraterleistung – also ggf. die erstellte Zahlungsfähigkeitsprognose – von den Geschäftsführungsorganen auf Plausibilität kontrolliert werden⁴⁷.

Wie intensiv diese Plausibilitätskontrolle sein muss, ist in der Rechtsprechung noch nicht abschließend konkretisiert worden. Grundsätzlich dürfte davon auszugehen sein, dass sich die Ge-

schäftsführung auf das Ergebnis eines erfahrenen Beraters mit ausgewiesener Sachkunde (z. B. insolvenz erfahrener Wirtschaftsprüfer) verlassen können muss.

Vollständigkeitserklärung

Dem Berater ist ggf. anzuraten, in seinem Erstellungs-Ergebnis auf die Elemente, die die Geschäftsführung abschließend geprüft und bewertet hat, ausdrücklich hinzuweisen. Zu den Auskünften, die die Geschäftsführung erteilt hat, sollte von dieser eine Vollständigkeitserklärung verlangt werden.

9.3 Arbeitsgeschwindigkeit des Beraters

Zur Notwendigkeit, dass der Berater nach der BGH-Rechtsprechung die Zahlungsfähigkeitsprüfung zügig erstellen muss, wird auf obige Ausführungen verwiesen (s. o. II. 6.).

9.4 Arbeitsergebnis trägt keine Prämissen

Die erstellte Zahlungsfähigkeitsprüfung muss insbesondere zu einem eindeutigen Ergebnis kommen. Arbeitsergebnisse, die z. B. an »Bedingungen« knüpfen, helfen der Geschäftsführung nicht. Einschränkungen, wie etwa dass Zahlungsfähigkeit für den Fall gegeben ist, dass im Prognosezeitraum eine bestimmte Forderung realisiert wird, stellen kein ausreichend klares Arbeitsergebnis dar. Hier müssen sich Berater und Geschäftsführung gemeinsam zu einer endgültigen Prognose-Entscheidung durchringen, weil anderenfalls keine ausreichende Subsumtion der Zahlungsfähigkeitskriterien vorliegt.

10. Fazit

10.1 Wie vorstehende Ausführungen zeigen, ist eine zutreffende Zahlungsfähigkeitsprüfung derart komplex, dass die Geschäftsführung regelmäßig Berater hinzuziehen muss. Wegen der zahlreichen Schnittstellen zwischen Betriebswirtschaft und rechtlichen Fragen (vgl. z. B. zur »Fälligkeit« und zum »ernsthaften Einfordern« oben II. 3.5 und 3.6) ist in der Regel bei der Erstellung einer Zahlungsfähigkeitsprüfung eine interdisziplinäre Zusammenarbeit unerlässlich.

10.2 Da schon die Definition der Zahlungsfähigkeit schwierig und unscharf ist, wundert es nicht, dass es zahlreiche unklare Abgrenzungsfragen zwischen eingetretener und (nur) drohender

Zahlungsunfähigkeit gibt. Insbesondere kann die Abgrenzung zum Problem werden, weil nach der Rechtsprechung des BGH bei einer Zahlungsunfähigkeit außerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums, nämlich »demnächst« gemäß zweitem Leitsatz der BGH-Entscheidung vom 24.05.2005, bereits aktuell zum Stichtag eine Zahlungsunfähigkeit gegeben sein kann (s. o. II. 4.2).

10.3 Wegen der Komplexität des zu verarbeitenden Zahlenmaterials, insbesondere wenn ein längerer Prognosezeitraum als von nur drei Wochen zu betrachten ist (s. o. II. 2.), kann eine zutreffende Zahlungsfähigkeitsprüfung nur in Kombination mit einer integrierten Unternehmensplanung erfolgen. Es wäre wünschenswert, wenn sich der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung dazu entschließen könnten, ab einer gewissen Unternehmensgröße eine Pflicht zur integrierten Unternehmensplanung ausdrücklich anzuerkennen. Die von der Rechtsprechung zur Zahlungsfähigkeit geforderte prognostische Gesamtbetrachtung verlangt in der Regel eine integrierte Planung.

10.4 Die Beratungsleistung, deren Plausibilität die Geschäftsführung prüfen muss, ist zügig zu erbringen (s. o. II. 6.). Anderenfalls besteht die Gefahr, dass der Berater die Insolvenzverschleppung manifestiert. Ist das Datenmaterial nicht aktuell oder fehlt eine integrierte Unternehmensplanung vor Beginn der Erstellung der Zahlungsfähigkeitsprüfung, ist eine ordnungsgemäße und zeitnahe Erstellung für den Berater oft nahezu unmöglich. Auch dies spricht für eine Pflicht zur integrierten Planung (s. o. II. 5).

10.5 Bei einer Ex-ante-Prüfung übt der Mandant manchmal an verschiedenen Punkten der Prüfung Druck aus, um die Aufarbeitung des Zahlenmaterials in seinem Sinne – aber objektiv unzutreffend – positiv zu beeinflussen (vgl. u. a. oben II. 3.5 zum böswilligen Bestreiten und II. 3.6 zum ernsthaften Einfordern sowie zur Liquiditätsphantasie der Geschäftsführung oben II. 3.2).

10.6 Bei Konzernstrukturen sind häufig Gefahren einer gegenseitigen »Reich-Rechnung« zu beobachten (zu Forderungsbewertung und Konzernliquiditätsplanung s. o. II. 3.1 sowie zu Patronatserklärungen s. o. II. 3.2 u. a.).

10.7 Der Standard IDW PS 800 sollte an einigen Stellen – zur Höhe der Deckungslücke und zum Zeitraum, der zu betrachten ist – überprüft werden (s. o. II. 1. und II. 2.). Der IDW PS 800 gibt vor, die Rechtsprechung des BGH zutreffend zu interpretieren.



Diesen Anspruch erfüllt der Standard nicht durchgängig. Weiter ist nach dem Standard nicht klar, wie die Verantwortung zwischen Geschäftsführungsorganen und Berater zu verteilen ist (s.o. II. 9. zum »Beurteilen«).

10.8 Während der Zahlungsfähigkeitsprüfung sollten Berater und Geschäftsführer eine mögliche Überschuldung – unter Einstellung

der Auslaufkosten (!) – nicht vergessen. Dies betrifft insbesondere den Zeitraum kurz vor oder nach Ablauf einer befristeten Bankkreditlinie und das Gerangel um eine Prolongation (s.o. II. 3.7). Der Berater als Ersteller der ZU-Prüfung tut ggf. gut daran, seinen Auftrag auf die Zahlungsfähigkeit zu beschränken, hat aber gleichwohl – je nach Einzelfall – Warnpflichten in Bezug auf eine mögliche Überschuldung. «

- 1 ZIP 2005, 1426.
- 2 Gero Fischer, ZGR 2006, 403, 407.
- 3 Gero Fischer, ZGR 2006, 403, 405 a.E.; vgl. auch Rechtsprechungsübersicht bei Kayser, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 6. A. Rz. 11 ff. (S. 5 ff.).
- 4 Vgl. zur (möglichen?) »Bugwelle« Ganter, ZInsO 2011, 2297 ff.; zu verschiedenen Prüfungsschritten Kayser, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 6. A. 2011, Rz. 16 ff.
- 5 Vgl. IDW PS 800 vom 06.03.2009: »Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen«, WPg Supplement 2/2009, S. 42 ff.
- 6 Vgl. BGH, ZIP 2005, 1426, 1429 li.
- 7 ZIP 2005, 1426, 1429 li.
- 8 BGH, ZIP 2005, 1426, 1429 li.: b) Indes überwiegen die Gründe, einen Schuldner, der seine Verbindlichkeiten bis auf einen geringfügigen Rest bedienen kann, nicht als zahlungsunfähig anzusehen...; Fischer ZGR 2006, 403, 407.
- 9 So auch zutreffend Frystatzki, NZI 2010, 389, 391 unter bb).
- 10 Zur vollständigen Lückenschließung wird u.a. in der Literatur auf die Rechtsprechung OLG Rostock, ZInsO 2006, 1109 ff. verwiesen; vgl. hierzu Bußhardt, in: Braun, InsO, 5. A.; § 17, Tz. 11; die Entscheidung betraf aber geschobene Sozialversicherungsbeiträge, die für einen Schuldner ein brisanteres Problem darstellen als eine generelle Lücke unter 10%.
- 11 ZIP 2005, 1426.
- 12 Vgl. unter II. 5. der Entscheidung = ZIP 2005, 1426, 1430 re.; vgl. auch Kayser a.a.O., Rz. 16, S. 7, der auf eine »günstige Liquiditätsprognose« von bis zu 6 Wochen abstellt mit Hinweis auf bisher fehlende BGH-Rechtsprechung zu diesem Punkt.
- 13 Die BGH-Rechtsprechung könnte so interpretiert werden, dass bei einer Liquiditätslücke unter 10% die Prüfung beendet ist; vgl. hierzu Kayser, Höchststrichterliche (a.a.O.), Rz. 16 (S. 7 »2. Prüfungsschritt«); Stichtagsmanipulationen ist aber entgegenzuwirken, s.u. II. 7, was auch bei Lücken unter 10% zumindest für eine Prüfung des Drei-Wochen-Zeitraums spricht.
- 14 Vgl. die Besprechung bei Raeschke/Kessler, NZG 2010, 1361 ff., dort u.a. 1366 unter Ziff. 8.
- 15 ZIP 2011, 1111 ff.
- 16 II ZR 296/08 = ZIP 2010, 2092 ff.
- 17 Siehe auch Tetzlaff, DZWIR 2011, 181 ff.
- 18 Zu Problemen befristeter/kündbarer Patronatserklärungen vgl. weiter Heeg BB 2011, 1160 ff.; Tetzlaff, WM 2011, 1016 ff.; Maier-Reimer/Etzbach, NJW 2011, 1110 ff.; Lange, BB 2010, 2720 ff.
- 19 Grundsätzlich ist die Veräußerungsfähigkeit von Anlagevermögen im Prognosezeitraum nicht zu berücksichtigen, es sei denn, eine Veräußerung in kürzester Frist ist möglich; vgl. in diesem Sinne: Bußhardt in: Braun, Kommentar zur InsO, 5. A. (2012), § 17, Rz. 21 sowie BGH, Beschl. v. 19.07.2007, IX ZR 36/07, NZI 2007, 579 ff., 581 (veräußerungsfähige Immobilie = ggf. Zeitraumliquidität).
- 20 Nach Kayser, Höchststrichterliche Rechtsprechung (a.a.O.), Rz. 16 a.E. setzt Zeitraumliquidität »sichere« Zahlungseingänge voraus. Dazu, so Kayser a.a.O., könne aber auch die Veräußerung »betriebsnotwendigen« Anlagevermögens gehören.
- 21 Zur Frage der Berücksichtigung der sog. Passiva II vgl. zusammenfassend Ganter, ZInsO 2011, 2297 ff., dort 2298 zur bisherigen insoweit – mangels Fallrelevanz – unergiebigsten BGH-Rechtsprechung; vgl. weiter Kayser, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, 6. A. Rz. 16 (S. 7 Mitte); Bork, ZIP 2008, 1749, 1751 ff. sowie weitere Nachweise bei Ganter, a.a.O. dort in Fußnote 18.
- 22 Ganter, ZInsO 2011, 2297 ff., 2302; vgl. hierzu auch Kayser, a.a.O., Rz. 16, S. 7 (Mitte).
- 23 NZI 2012, 963 = ZIP 2012, 2355.
- 24 Vgl. u.a. BGH, Urt. v. 22.11.2012 – IX ZR 62/10, ZIP 2013, 79, dort unter Tz. 2; Rechtsprechungsübersicht vgl. Kayser, a.a.O., ab Rz. 17 ff.
- 25 Da es das alte Eigenkapitalersatzrecht nicht mehr gibt, ist grundsätzlich von der Fälligkeit einer Forderung gegenüber einem Gesellschafter auszugehen, vgl. BGH v. 09.10.2012 – II ZR 298/11 = NZI 2012, 1009, 1011 (Tz. 15).
- 26 Vgl. wiederum den Fall BGH, Urt. v. 22.11.2012 – IX ZR 62/10, ZIP 2013, 79, dort Tz. 2 ff.
- 27 Vgl. BGH, Urt. v. 22.11.2012 – IX ZR 62/10 unter Tz. 2 mit Hinweis auf § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB.
- 28 Vgl. wiederum BGH, Urt. v. 22.11.2012 – IX ZR 62/10, ZIP 2013, 79, ab Tz. 2 ff.
- 29 Nach § 19 Abs. 2 InsO der aktuellen Fassung ist bei negativer »Fortführungsprognose« ein Überschuldungsstatus erforderlich. Zur Entfristung des aktuellen Überschuldungsbegriffs vgl. Art. 18 d Gesetzes zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess, BGBl I 2012, 2418.
- 30 Zum Unterschied zwischen der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose und der handelsrechtlichen Fortführungsprognose vgl. Positionspapier des IDW v. 13.08.2012.
- 31 Vgl. zusammenfassend Bußhardt in: Braun, InsO, 5. A. (2012), § 18 Rz. 8 m.w.N.
- 32 Vgl. Karsten Schmidt, ZIP 2013, 485, 490 (im Zusammenhang mit der Abgrenzung der Prognoseanforderungen bei der Überschuldungsprüfung zu der Prognose bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit).
- 33 Vgl. Fischer, ZGR 2006, 403, 408.
- 34 Zu diesen verschiedenen Prognosebegriffen vgl. IDW Positionspapier v. 13.08.2012; Kayser, Höchststrichterliche Rechtsprechung, a.a.O., Rz. 16 (S. 7) stellt auf eine Liquiditätsprognose ab; vgl. zu den unterschiedlichen Prognosebegriffen auch Groß, KSI 2013, 64 ff.
- 35 Vgl. Ganter, NZI 2012, 985, 987.
- 36 Ganter a.a.O. akzeptiert nur, dass der Schuldner zum Stichtag 100% oder zumindest 99% seiner fälligen Verbindlichkeiten begleichen kann (= drohende ZU, falls die Löhne in den nächsten Tagen nicht bezahlt werden können).
- 37 Zur Grenzziehung wiederum Ganter, NZI 2012, 985 ff.
- 38 Mögliches Beispiel einer zulässigen Bejahung einer fehlenden Zahlungsunfähigkeit gem. 3. Leitsatz aus diesseitiger Praxis: Die Lücke kann am Prüfungsstichtag (04.12.) und danach nicht innerhalb von drei Wochen (bis zum 21.12.) geschlossen werden. Ein Factoring kann aber sicher (Stand: 04.12.) eingerichtet werden und nur wegen der Weihnachtsfeiertage kann eine Auszahlung durch die Factoringgesellschaft – zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit – nicht mehr innerhalb von 3 Wochen stattfinden. Nach den Weihnachtsferien, am 3. Werktag des Folgejahres, zahlt dann auch die Factoringgesellschaft wie am 04.12. prognostiziert Ankaufserlöse, die die relevante Liquiditätslücke schließen.
- 39 Vgl. u.a. BGH, Urt. v. 25.10.2012 – IX ZR 117/11, NZI 2011, 963, 964 (Tz. 19).
- 40 S. wiederum G. Fischer, ZGR 2006, 403, 408 und oben II. 4.1.
- 41 Zutreffend: Plagens/Wilkes, ZInsO 2010, 2107 ff., 2120 ff.
- 42 So verweist z.B. Karsten Schmidt, ZIP 2013, 485, 489 im Zusammenhang mit der Überschuldung auf die »Unentbehrlichkeit der Prognose« hin. In juristischer Hinsicht – da der Jurist regelmäßig nicht betriebswirtschaftlich ausgebildet ist – fehlt es aber bisher an klaren Prognose-Definitionen der höchstrichterlichen Rechtsprechung oder des Gesetzgebers.
- 43 Vgl. BGH, Urt. v. 04.12.1997 – IX ZR 47/97, ZIP 1998, 248, 251 ff.
- 44 Anders das OLG Köln, Urt. v. 24.09.2009 – 18 U 134/09, welches in einem Einzelfall ausdrücklich die Vorlage einer integrierten Planung (»Planverprobungsrechnungen«) im Anschluss an ein Sachverständigengutachten verlangt (Fall zu FAR 1/1991).
- 45 BGH, Urt. v. 27.03.2012 – II ZR 171/10; dort Beauftragung zur Erstellung der ZU-Prüfung im August 2003 und Vorlage des Arbeitsergebnisses erst am 09.11.2003.
- 46 S. oben II. 6. und BGH u.a. Urt. v. 27.03.2012 – II ZR 171/10.
- 47 S. oben II. 6. sowie u.a. BGH, Urt. v. 27.03.2012 – II ZR 171/10, dort unter II. 2. b) aa) der Gründe »Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gebietet es zudem, das Prüfungsergebnis einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.«