

Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit und die Prognoseproblematik

von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenzrecht Dr. Peter Neu, Remscheid und
Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Dr. Mark Ebbinghaus, Solingen*

Sowohl Unternehmen als auch Insolvenzverwalter sehen sich nach den Urteilen des BGH zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 Abs. 2 InsO¹ mit der Frage konfrontiert, wie die Zahlungsunfähigkeit im Einzelfall zu ermitteln ist. Die juristische und betriebswirtschaftliche Literatur hat in zahlreichen Artikeln versucht, ein Verfahren für die Praxis abzuleiten, welches in allen Fällen eine Kombination aus statischem Liquiditätsstatus und dynamischen Liquiditätsplan darstellt. Der vorliegende Aufsatz stellt eine neue Vorgehensweise auf Basis einer statischen Betrachtungsweise dar. Das in der Literatur diskutierte Element der Liquiditätsprognose tritt als Konsequenz in den Hintergrund.

I. Einleitung

Die Zahlungsunfähigkeit stellt nach *Fischer* das zentrale Element des Insolvenzrechts dar und hat, im Gegensatz zum Überschuldungsbegriff gem. § 19 InsO, eine umfangreiche Rechtsprechung des BGH vorzuweisen.² Ein konkretes Verfahren zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit in der Pra-

xis ist weder vom BGH noch von der Literatur verabschiedet worden.

* *Dr. Peter Neu* ist Partner der Kanzlei d'Avoine Teubler Neu; *Dr. Mark Ebbinghaus* ist Partner der Kanzlei Hermann, Ebbinghaus & Partner.

¹ Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807 ff.; Urt. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210 ff.; Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, ZInsO 2007, 939 ff.

² *Fischer*, FS Ganter, S. 153.

Der vorliegende Artikel leitet in Kapitel II. den Begriff der Zahlungsunfähigkeit aus den Grundsatzurteilen des BGH der Jahre 2005, 2006 und 2007 ab und stellt in Kapitel III. exemplarisch Literaturbeiträge sowie die Sichtweise des Instituts der Wirtschaftsprüfer vor. Die theoretischen und praktischen Konsequenzen werden am Ende des Kapitels III. kritisch beurteilt.

Das Kapitel IV. stellt einen eigenen Vorschlag zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit vor. Das eigene Verfahren basiert auf der Liquidität 1. Grades (Barliquidität), den am selben Tag fälligen Verbindlichkeiten und verzichtet auf das Element der Prognose. Stattdessen werden zwei Liquiditätsbilanzen, jeweils am 1. Tag sowie am 22. Tag, aufgestellt, die die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auf eine statische Sichtweise reduzieren und nach Ansicht der Verfasser die Grundsätze des BGH berücksichtigen. Es handelt sich folglich um eine zeitpunktgebundene Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit.

II. Rechtsprechung des BGH zur Zahlungsunfähigkeit

Die gesetzliche Definition führt in § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO aus, was unter Zahlungsunfähigkeit zu verstehen ist: Zahlungsunfähig ist derjenige, der „nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.“ Diese Definition hat der BGH im Hinblick auf die Erfordernisse der Praxis zeitlich und quantitativ eingegrenzt. Die InsO soll einerseits kranke Unternehmen zügig zur Antragspflicht führen, andererseits sollen kurzfristige Liquiditätsengpässe nicht das definitive Ende des Unternehmens bedeuten. Folglich soll das Ziel erreicht werden, „notwendige Insolvenzverfahren zwar nicht voreilig, so aber doch möglichst frühzeitig zu eröffnen, also marktuntaugliche Unternehmen möglichst früh aus dem Markt zu nehmen.“³ Gleichzeitig sollen im Kern gesunde Unternehmen, die aufgrund der Risiken ihrer Branche, geringer Größe oder Saisonabhängigkeit⁴ in Liquiditätsengpässe geraten können, aber grds. leistungsfähig sind, nicht aufgrund kurzfristig auftretender Umstände Insolvenz anmelden müssen. Um hier eine übereilte Insolvenzantragspflicht aufgrund von Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden, hat der BGH zwischen Zahlungsunfähigkeit und rechtlich unerheblicher Zahlungsstockung zu unterscheiden.⁵ Die Praxis hat aus den Leitsätzen der BGH-Urteile die Schlussfolgerung gezogen, dass – auf das wesentliche verkürzt – ein Unternehmen dann zahlungsunfähig ist, wenn es nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Verbindlichkeiten innerhalb von 3 Wochen zu mindestens 90 % zu erfüllen.⁶

Der BGH hat sich einerseits um eine Konkretisierung des Begriffs Zahlungsunfähigkeit bemüht, indem er den Dreiwochenzeitraum sowie die Liquiditätslücke von 10 % einführte. Gleichwohl sollten diese Merkmale nicht als starre Werte, sondern mit einer „gewissen Flexibilität“⁷ ausgelegt werden. Es muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung getragen werden.⁸ Die Grundregel besagt, dass eine Unterdeckung von mehr als 10 % Zahlungsunfähigkeit (Grundfall 1), eine solche von weniger als 10 % Zahlungsfähigkeit

(Grundfall 2) bedeutet. Ausnahmsweise kann im Grundfall 1 (Liquiditätslücke > 10 %) nicht von einer Zahlungsunfähigkeit ausgegangen werden, wenn „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.“⁹ Auch im Grundfall 2 (Liquiditätslücke < 10 %) kann keine Zahlungsfähigkeit vorliegen, wenn „[...] bereits absehbar [ist], dass die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird.“¹⁰

Der BGH setzt sich intensiv mit der Komplexität des Begriffs Zahlungsunfähigkeit auseinander und weist mehrfach auf die Problematik hin, diesen Begriff auf zwei oder drei harte Merkmale zu reduzieren. Gleichwohl fordert der BGH eine zahlenmäßige Vorgabe, um die Zahlungsunfähigkeit an objektiven Umständen festmachen zu können. Hierbei sind folgende Merkmale hervorzuheben:

- *Dreiwochenfrist:* Bzgl. des Zeitraums wird in Anlehnung an mögliche Erfordernisse in der Praxis eine Frist von 3 Wochen als erforderlich, aber auch als ausreichend angesehen.¹¹ Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass der BGH dies als Mindestfrist einstuft und diese Frist dem sich in Zahlungsschwierigkeiten befindlichen Unternehmen auch zugestehen will.
- *Tag der ersten Liquiditätslücke:* Die Gewährung einer Dreiwochenfrist beginnt mit dem Stichtag, für den „erstmalig rechnerisch eine erhebliche Liquiditätslücke ermittelt wurde ... Die Dreiwochenfrist beim späteren Fälligwerden neuer Verbindlichkeiten von Neuem laufen zu lassen, verbietet sich deshalb von selbst. Werden solche Verbindlichkeiten während der Dreiwochenfrist fällig, startet der Schuldner – insolvenzrechtlich betrachtet – nicht vom ‚Punkt Null‘.“¹² Insofern beginnt die Prüfung

3 Bork, ZIP 2009, 1749, 1753, unter Verweis auf BGH, ZInsO 2007, 939 Rn. 13 sowie BT-Drucks. 12/2443, S. 80 f.

4 BGH, Ur. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807, unter II.3b).

5 Ausführlicher zur teilweise auf die Gesetzesbegründung zu § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO gestützten Argumentation des BGH *Nickert/Kriegel*, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung im Insolvenzrecht, Rn. 37 – 44. Kritisch zu Begriff und Konstruktion der Zahlungsstockung *Münch-Komm-InsO/Eilenberger*, § 17 Rn. 22.

6 Entwickelt aus BGH, Ur. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807 LS a) und b).

7 BGH, Ur. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807, unter II.4a).

8 Zitat BGH, Ur. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807, unter II.4a): „Daher kommt die Einführung eines prozentualen Schwellenwerts nur in der Form in Betracht, dass sein Erreichen eine widerlegbare Vermutung für die Zahlungsunfähigkeit begründet.“; und ebda. unter II.4b): „Liegt eine Unterdeckung von weniger als 10 % vor, genügt sie allein nicht zum Beleg der Zahlungsunfähigkeit. Wenn diese gleichwohl angenommen werden soll, müssen besondere Umstände vorliegen, die diesen Standpunkt stützen.“

9 BGH, Ur. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210, unter III.1.

10 BGH, Ur. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210, unter III.1.

11 BGH, Ur. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807, unter II.1b und 2.a).

12 *Ganter*, ZInsO 2011, 2297, 2300.

der Zahlungsunfähigkeit auf den Tag 1, an dem erstmals eine Liquiditätslücke besteht.

- *Zahlungsstockung*: Die Unterscheidung zwischen Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit kommentiert auch *Ganter*. Er verweist in seinem Aufsatz auf die vom BGH erarbeitete „Fiktion“: „Der BGH bedient sich einer Fiktion. Eine Zahlungsunfähigkeit, die sich voraussichtlich innerhalb kurzer Zeit beheben lässt, ‚gilt‘ lediglich als Zahlungsstockung.“¹³ *Ganter* interpretiert die richtungsweisenden Urteile des BGH dahin gehend, als dass grds. jedes Nicht-Zahlen-Können Zahlungsunfähigkeit bedeutet. Lediglich bei einem Zeitraum von weniger als 3 Wochen gilt die vorhandene Zahlungsunfähigkeit nicht als solche, sondern als unerhebliche Zahlungsstockung. Aus diesen Ausführungen lässt sich ableiten, dass das Unternehmen zunächst die oben beschriebene Dreiwochenfrist in Anspruch nehmen darf, da in dieser Zeit fiktiv von einer Zahlungsstockung ausgegangen werden kann.

III. Beiträge der Literatur und des Instituts der Wirtschaftsprüfer

Die Literatur hat sich intensiv mit der Erarbeitung eines Verfahrens zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auseinandergesetzt.¹⁴ Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat den Prüfungsstandard PS 800 auf Grundlage der ergangenen BGH-Urteile aktualisiert und eine eigene Vorgehensweise entwickelt.¹⁵ Im Folgenden werden die Verfahren von *Uhlenbruck*, des IDW sowie von *Plagens/Wilkes* und *Kayser* vorgestellt. Im Anschluss werden die Vorschläge einer kritischen Würdigung unterzogen.

1. Uhlenbruck

*Uhlenbruck*¹⁶ fordert in Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung je nach Sachverhalt eine bis zu fünfstufige Prüfung. In der 1. Stufe sind die aktuell sowie die binnen 3 Wochen fällig werdenden Zahlungspflichten zu ermitteln. In der 2. Stufe sind demgegenüber die liquiden Mittel sowie die innerhalb von 3 Wochen beschaffbaren Mittel festzustellen. In der so bezeichneten 3. Stufe erfolgt die Gegenüberstellung der Ergebnisse aus Stufe 1 und Stufe 2. Bei einer vollständigen Deckung ist die Prüfung in dieser 3. Stufe beendet. Ergibt sich dagegen eine Liquiditätslücke, schließt sich die 4. Stufe an: Bei einer Unterdeckung von 10 % oder mehr nach einer ersten Prognoserechnung über einen Zeitraum von 3 Wochen unter Einbeziehung der fällig werdenden Verbindlichkeiten soll die Antragspflicht nach § 15a InsO bestehen. Beträgt die festgestellte Liquiditätslücke im Dreiwochenzeitraum weniger als 10 %, ist diese „unwesentlich“ und es soll dagegen die Antragspflicht nach § 15a InsO grds. nicht bestehen, es sei denn, es ist absehbar, dass in Zukunft eine Liquiditätslücke von mehr als 10 % gegeben ist. Ferner soll bei einer „unschädlichen geringfügigen“ Liquiditätslücke keine Zahlungsunfähigkeit gegeben sein, wenn der Schuldner sämtliche Forderungen in spätestens 3 – 6 Monaten ausgleichen kann.¹⁷ In der 5. Stufe soll bei einer festgestellten Liquiditätslücke von über 10 % (4. Stufe, 1. Fall)

eine zweite Prognoserechnung stattfinden. Hier ist innerhalb eines überschaubaren, den Gläubigern zuzumutenden Zeitraums („drei Monate, allenfalls 6 Monate“),¹⁸ zu prüfen, ob der Schuldner die Deckungslücke schließen kann. Ist das der Fall, soll ausnahmsweise keine Zahlungsunfähigkeit vorliegen.

2. Institut der Wirtschaftsprüfer

Der Prüfungsstandard PS 800 des IDW wird auch im Rahmen einer Abschlussprüfung oder der prüferischen Durchsicht eines Zwischenabschlusses zur Beurteilung der Unternehmensfortführungsfähigkeit eingesetzt und soll Grundsätze für die Beurteilung von Zahlungsunfähigkeit aufstellen. Die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit beginnt mit der Aufstellung eines Finanzstatus auf den relevanten Stichtag.¹⁹ Dieser enthält fällige Verbindlichkeiten sowie liquide Finanzmittel. Sofern zum Stichtag keine Unterdeckung vorhanden ist, liegt Zahlungsfähigkeit vor. Im Fall einer Unterdeckung ist eine integrierte Unternehmensplanung (Erfolgs-, Vermögens- und Liquiditätsplanung) für einen Dreiwochenzeitraum zu erstellen.

Unter Berücksichtigung von Ausgleichs- und Anpassungsmaßnahmen ermittelt der Unternehmensplan für jedes Zeitintervall den Zahlungsmittelbestand, der als Liquidität in Prozent festgehalten wird. Sofern am Ende des Planungszeitraums feststeht, dass die Liquiditätslücke beseitigt ist, liegt eine bloße Zahlungsstockung vor, die Prüfung ist zu Ende.²⁰ Besteht diese Unterdeckung nach dem Dreiwochenzeitraum weiterhin, muss die Planung auf einen Zeitraum von 3 – 6 Monaten ausgedehnt werden.²¹

Das Verfahren im IDW PS 800 unterscheidet den stichtagsbezogenen Finanzstatus und den zeitraumbezogenen Finanzplan und ist insofern nachvollziehbar. Aus Sicht der Verfasser bleibt jedoch das Prognoseelement problematisch, welches im eigenen Verfahren nicht berücksichtigt wird.

Schließlich ist die Anwendbarkeit des IDW-Verfahrens auf die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne der InsO und der Rechtsprechung des BGH zweifelhaft. Der BGH spricht von einer 10 %-Grenze und bezieht diesen Richtwert auf das Verhältnis von fälligen Verbindlichkeiten und

13 *Ganter*, ZInsO 2011, 2297, 2302; Originalzitat beim BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807, unter II.2.: „Nach Auffassung des Senats ist daran festzuhalten, dass eine Zahlungsunfähigkeit, die sich voraussichtlich innerhalb kurzer Zeit beheben lässt, lediglich als Zahlungsstockung gilt und keinen Insolvenzgrund darstellt.“

14 Zu nennen sind u.a. *Uhlenbruck*, InsO, § 17 Rn. 39 – 45; *Nickert/Kriegel* (Fn. 5), Rn. 1 ff.; *MünchKomm-InsO/Eilenberger*, § 17 Rn. 6 ff.; *Staufbiell/Hoffmann*, ZInsO 2008, 785 ff.; 838 ff.; 891 ff.; *Wolff/Kurz*, DSStR 2006, 1339 ff.

15 IDW PS 800 i.d.F. v. 6.3.2009, Rn. 21 ff.

16 *Uhlenbruck* (Fn. 14), Rn. 39 – 45.

17 *Uhlenbruck* (Fn. 14), Rn. 44.

18 *Uhlenbruck* (Fn. 14), § 17 Rn. 45

19 IDW PS 800, Rn. 20, 21.

20 IDW PS 800, Rn. 24.

21 IDW PS 800, Rn. 26 ff.

liquiden Mitteln.²² Sofern die fälligen Verbindlichkeiten die liquiden Mittel um mehr als 10 % übersteigen, liegt gemäß BGH eine Unterdeckung vor. Eine Saldierung erfolgt beim BGH nicht. Das IDW bildet fiktive Zwischenabschlüsse für den gesamten Planungshorizont und verrechnet Einzahlungen mit Auszahlungen. Der Überschuss je Zeitintervall kann zwar methodisch in Relation zu den fälligen Verbindlichkeiten gesetzt werden; diese Kennzahl entspricht jedoch nicht den Leitsätzen des BGH.²³ Folglich setzt das IDW die Rechtsprechung des BGH nicht angemessen um, da die Richtwerte von 10 % Unterdeckung eine andere Darstellung erfahren.

Darüber hinaus arbeitet der IDW PS 800 mit einem Planungszeitraum, auf den Tag 1 bezogen, von bis zu 6 Monaten. Gerade dies führt zu mehr oder weniger beliebigen Ergebnissen.

3. Weitere Autoren

Plagens/Wilkes stellen in einer dreistufigen Prüfung zunächst einen Liquiditätsstatus auf. Dieser wird „durch eine Planungsrechnung dynamisch fortentwickelt“,²⁴ und zwar unter Berücksichtigung der positiven wie negativen Zahlungsströme über einen Zeitraum von 3 Wochen. Die Prüfung endet mit einem weiteren Liquiditätsstatus und ggf. der Feststellung einer quotal entsprechend der BGH-Rechtsprechung zu ermittelnden Liquiditätslücke.²⁵ In der 3. Stufe finden dann die von der BGH-Rechtsprechung entwickelten Ausnahmen Berücksichtigung. Diese Prüfung ist an sich schlüssig und entspricht im Prinzip der Vorgehensweise des IDW. Die Fortschreibung des zeitpunktbezogenen Liquiditätsstatus zu einem zeitraumbezogenen „dynamischen Liquiditätsplan“²⁶ als Prognose für einen Dreiwochenzeitraum erscheint auf den ersten Blick als theoretische und logische Umsetzung der Vorgaben des BGH. Konsequenz dieser Auffassung ist aber, dass am Tag der Erstellung des 1. Liquiditätsstatus bei einer ungünstigen Prognoserechnung anhand eines Liquiditätsplans für die kommenden 3 Wochen eine endgültige Aussage über das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit und damit der Antragspflicht zu treffen ist. Nach Ansicht dieser Autoren setzt die derart festgestellte Zahlungsunfähigkeit erst die (weitere) Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO in Gang.²⁷

Eine vergleichbare Vorgehensweise findet sich auch bei *Kayser*.²⁸ Auch hier findet eine dreigliedrige Prüfung mit Liquiditätsstatus und ggf. Feststellung der nach der Rechtsprechung des BGH ermittelten quotalen Liquiditätslücke statt. Beträgt diese mehr als 10 %, ist aus ex-ante-Sicht eine Liquiditätsplanung unter Einbeziehung fällig werdender Verbindlichkeiten von 3 (BGH-Rechtsprechung) bis 6 (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO) Wochen vorzunehmen. Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Zustand der Unterdeckung über diesen Zeitraum voraussichtlich anhält. In der 3. Stufe finden die Ausnahmen der BGH-Rechtsprechung Anwendung.

4. Auswertung und Kritik

Die in der Literatur vorgestellten Beiträge berücksichtigen ausnahmslos ein Prognoseelement, welches bereits bei der Aufstellung des ersten Liquiditätsstatus zum Tragen kommt. Insofern kann sich bereits im ersten Liquiditätsstatus, und zwar auf Grundlage der Prognose, eine Aussage zur Zahlungsfähigkeit bzw. zur Zahlungsunfähigkeit ableiten lassen, die dann eine Entscheidung über die Insolvenzantragspflicht nach sich zieht: „Fällt die Prognose negativ aus, ist die Insolvenz sofort zu beantragen und das Verfahren auch zu eröffnen.“²⁹ An Tag 1 kann demzufolge die Feststellung einer Liquiditätslücke als auch gleichzeitig die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfolgen.

Für die Berücksichtigung des Prognoseelements sind einzelne Formulierungen innerhalb der BGH-Entscheidungen verantwortlich, die ein Prognoseelement nahelegen.³⁰ Ferner scheint bei einigen Autoren das Bemühen erkennbar, das für die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit betriebswirtschaftlich notwendige Instrument der Liquiditätsplanung auch für die Definition des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit heranzuziehen.³¹ Schließlich führen die mit einer verspäteten Antragstellung nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO verbundenen Haftungsrisiken zu dem Bestreben, möglichst frühzeitig die Antragspflicht zu erkennen und sich dafür prognostischer Instrumente zu bedienen.

Um den von den Verfassern entwickelten Ansatz zu verstehen, muss dem Sinn und Zweck der Dreiwochenfrist des BGH nochmals auf den Grund gegangen werden. Die erste Begründung liegt in den Folgen eines Insolvenzantrags, sodass der BGH die Entscheidung über Zahlungsfähigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit nicht nur von einem Zeitpunkt, sondern auch von einem Zeitraum abhängig machen wollte. Zweitens soll der Schuldner innerhalb dieser 3 Wochen Maßnahmen einleiten können, um die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen: „Dem Schuldner soll noch eine letzte Frist eingeräumt werden, um sich die erforderlichen liquiden Mittel doch noch zu beschaffen.“³²

Die in dem Dreiwochenzeitraum möglichen Sanierungsmaßnahmen zur Beschaffung der Liquidität sind also in der Prognoserechnung zu berücksichtigen. Dies sind erwartete

22 Zu dieser Problematik *Frystatzki*, NZI 2010, 389 ff.

23 *Frystatzki*, NZI 2010, 391 f.

24 *Plagens/Wilkes*, ZInsO 2010, 2107, 2111.

25 *Plagens/Wilkes*, ZInsO 2010, 2107, 2112.

26 *Plagens/Wilkes*, ZInsO 2010, 2107, 2112.

27 *Plagens/Wilkes*, ZInsO 2010, 2107, 2113 unter bb).

28 *Kayser*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, Rn. 19 ff.

29 *Uhlenbruck* (Fn. 14), Rn. 42; *Ganter*, ZInsO 2011, 2300; mit Gewährung einer weiteren Dreiwochenfrist des § 15a InsO *Kayser* (Fn. 28), Rn. 19; *Plagens/Wilkes*, ZInsO 2010, 2107, 2113 unter bb).

30 Z.B. BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX 123/04, ZInsO 2005, 807, unter II.2.: „Nach Auffassung des Senats ist daran festzuhalten, dass eine Zahlungsunfähigkeit, die sich voraussichtlich innerhalb kurzer Zeit beheben lässt, lediglich als Zahlungsstockung gilt und keinen Insolvenzeröffnungsgrund darstellt.“; BGH, Urt. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210, unter III.1.a): „Die vom Berufungsgericht geforderte Liquiditätsbilanz ist nötig, wenn eine Prognose erforderlich ist, also etwa im Rahmen der Frage, ob Insolvenzantrag zu stellen oder ein Insolvenzverfahren zu eröffnen ist.“

31 *Kayser* (Fn. 28), Rn. 19 m.w.N.

32 *Sikora*, NWB 2012, 308, 313.

Zahlungseingänge von Kunden, innerhalb der 3 Wochen veräußerbare Lagerbestände oder in diesem Zeitraum veräußertes, nicht benötigtes Anlagevermögen, Eigen- oder Fremdkapital-Erhöhungen, Ratenzahlungs- oder Stundungsvereinbarungen mit Kreditoren, Verhandlungen über verkürzte Zahlungsziele mit Debitoren und sonstige Finanzierungsmaßnahmen, wie etwa Factoring. Die aufgrund der Sanierungsmaßnahmen geplanten Zahlungseingänge müssen einer Überprüfung Stand halten, d.h. hieran sind hohe Anforderungen zu stellen.³³

Und genau diese hohen Anforderungen an die geplanten Zahlungseingänge stellen nach Ansicht der Verfasser das Kernproblem der Prognose dar. Die Praxis der außergerichtlichen Sanierung zeigt regelmäßig, dass am Tag der Erstellung der Prognose nicht zuverlässig vorherzusagen ist, ob die o.g. Maßnahmen umgesetzt werden können und die geplanten Ereignisse die Zahlungsfähigkeit wieder herstellen. Gerade die Verhandlungen über maßgebliche Geldbeträge mit Gesellschaftern, Banken, Kunden sowie Lieferanten müssten am Tag 1 mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit versehen werden, die nach obigen Ausführungen hohen Anforderungen genügen muss. Dies ist am Tag 1 seriös nicht darstellbar.

Folgt man den bisherigen Vorschlägen der Literatur, müsste am Tag der Prognoseerstellung bei Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit bereits Insolvenzantrag gestellt werden. *Plagens/Wilkes* (offengelassen: *Kayser*) wollen zumindest die Frist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO in Gang setzen.³⁴ Der Geschäftsführer ist also u.U. gehalten, an einem Tag aufgrund eines Liquiditätsplans für die nächsten 3 Wochen, der die o.g. Möglichkeiten zur Beschaffung von Liquidität mit hoher Wahrscheinlichkeit korrekt berücksichtigt, über seine Antragspflicht zu entscheiden. Diese Interpretation des BGH verkürzt den Sinn und Zweck der Dreiwochenfrist. Die zwei möglichen Folgen aus der obigen Problematik sind gleichsam ungünstig:

- Eine negative Prognose am Tag 1 führt konsequenterweise zur unverzüglichen Insolvenzantragspflicht, sodass auch sanierungsfähige Unternehmen in die Insolvenz gehen müssen. Diese Lesart kann nicht dem Willen von BGH und Gesetzgeber entsprechen.
- Eine negative Prognose am Tag 1 löst eine Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO aus. Dem Unternehmen soll in jedem Fall mit Feststellung der Zahlungsunfähigkeit noch die – interessanterweise dem Prognosezeitraum entsprechende – in § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO benannte Dreiwochenfrist gewährt werden, um etwaige Sanierungschancen auszuloten. Dies dürfe dann seitens der Rechtsprechung nicht als „schuldhaftes Zögern“ i.S.v. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO ausgelegt werden, da sich das Unternehmen in ernsthaften Sanierungsgesprächen befindet.³⁵

Folgt man der zweiten Variante, wird die Sinnhaftigkeit der Prognose fraglich. Dem Unternehmen sollen die 3 Wochen des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO in jedem Fall gewährt werden. Wieso aber soll eine Prognose erstellt werden, wenn

am Ende des Zeitraums eine erneute Prüfung der Zahlungsfähigkeit erfolgen kann? Was ist zu tun, wenn die Zahlungsunfähigkeit bis zum Ablauf der 3 Wochen entgegen der ursprünglichen Prognose doch noch beseitigt werden konnte? Es fragt sich auch, ob eine derartige Interpretation dem Sinn und Zweck des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO entspricht. Dieser soll doch vielmehr den zuständigen Organen die Zeit zur Vorbereitung des Antrags einschließlich der Information der Gremien einräumen. Ist dies nicht erforderlich, etwa bei einer GmbH mit einem Alleingesellschafter-Geschäftsführer, wird man „unverzüglich“ auch kürzer interpretieren müssen, als „spätestens in 3 Wochen“.

Schließlich muss die Frage beantwortet werden, welche Folgen zu ziehen sind, sofern sich eine positive Prognose im Nachhinein als nicht zutreffend herausstellt. Die Zahlungsunfähigkeit könnte dann rückwirkend auf den Tag 1 oder aber am Tag X festgestellt werden. Die Literatur sieht bei einer zunächst positiven Prognose, die sich später nicht realisiert, eine Zahlungsstockung und legt die Zahlungsunfähigkeit auf den Tag der Erkenntnis.³⁶ *Ganter* vertritt eine andere Meinung und sagt, dass nur die objektiven Umstände des Schuldners maßgeblich seien. Danach muss schon für den ersten Zeitpunkt Zahlungsunfähigkeit festgestellt werden.³⁷

An dieser Stelle ist auch Kritik an der Abgrenzung zwischen Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit mithilfe einer Prognose angezeigt. Der BGH arbeitet – wie *Ganter*³⁸ zutreffend herausgearbeitet hat – zunächst mit einer Fiktion: Das Nicht-Zahlen-Können (per Begriff eigentlich Zahlungsunfähigkeit) gilt nicht als Zahlungsunfähigkeit, sondern als Zahlungsstockung, wenn es in einem bestimmten Zeitraum wieder behoben werden kann. Der Zeitraum soll anhand einer Prognose antizipiert und überbrückt werden, sodass sich Fiktion und Prognose in der Definition der Zahlungsunfähigkeit miteinander verknüpfen. Es besteht Zahlungsunfähigkeit, aber aufgrund einer Prognose ist u.U. zu fingieren, dass diese nicht vorliegt – das klingt nicht nur vage, sondern ist es auch.

Jedenfalls hinterlassen die mit einer Liquiditätsprognose versehenen Ermittlungen der Zahlungsunfähigkeit große Unsicherheit, ob zu einem gegebenen Zeitpunkt eine Insolvenzantragspflicht besteht oder ob noch Zeit für Sanierungsversuche verbleibt.³⁹ Konkret: Was soll man dem Geschäftsführer einer GmbH, der im 1. Liquiditätsstatus eine Unterdeckung von mehr als 10 % feststellt, raten, wenn auch die Liquiditätsplanung der nächsten 3 Wochen negativ ausfällt, er aber noch nicht ernsthaft mit seinen Liefere-

33 Vgl. nur *Beck/Depré*, Praxis der Insolvenz, § 2 Rn. 69 f.

34 *Plagens/Wilkes*, ZInsO 2010, 2107, 2113 unter bb); *Kayser* (Fn. 28), Rn. 19.

35 Vgl. *Braun*, InsO, § 15a Rn. 9; *Uhlenbruck* (Fn. 14), § 15a Rn. 15 f.

36 *Fischer* (Fn. 2), S. 162.

37 So *Ganter*, ZInsO 2011, 2302.

38 *Ganter*, ZInsO 2011, 2302.

39 *Nerlich/Römermann* sprechen treffend von einer „Gratwanderung“, InsO, § 15a Rn. 12.

ranten über eine Stundung, mit seinem Gesellschafter über eine Eigenkapitalerhöhung oder ein Gesellschafterdarlehen, mit seiner Bank über die Erhöhung der Kreditlinie oder mit dem Kaufinteressenten über die nicht mehr benötigte CNC-Fräsmaschine verhandelt hat? Was, wenn der Einkäufer des Kunden, der auf die fristgerechte Belieferung dringend angewiesen ist, in einem ersten Gespräch in Aussicht stellt, höhere Preise und kürzere Zahlungsziele zu akzeptieren, dies aber – natürlich – nicht ohne eine interne Abstimmung mit seiner Geschäftsleitung entscheiden kann, die wiederum weitere Informationen für eine Entscheidung benötigt?

Die Lösung könnte in einem Verzicht auf das Prognoseelement liegen und dem Unternehmen einen Zeitraum von 3 Wochen für Maßnahmen zur Liquiditätsbeschaffung gewähren. Der Dreiwochenzeitraum müsste dann in die Definition des Gesetzes zu § 17 InsO mit aufgenommen werden. Dann handelt es sich erst bei einem Nicht-Zahlen-Können über einen Zeitraum von mehr als 3 Wochen um Zahlungsunfähigkeit; vorher liegt lediglich eine Zahlungsstockung vor.

IV. Eigener Vorschlag zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit

1. Aufstellung zweier Liquiditätsstati

Der eigene Vorschlag orientiert sich an zwei Liquiditätsbilanzen, mithin auf den 1. und den 22. Tag. Die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit wird im eigenen Vorschlag wie folgt definiert:

Liquidität	Fällige Verbindlichkeiten
Barliquidität am Tag 1: (Kasse, Bankguthaben, nicht ausgeschöpfter Kontokorrentrahmen, Wechsel, Schecks)	Am Tag 1 fällige Verbindlichkeiten

Erste Liquiditätsbilanz zum Tag 1

Der BGH spricht in seinen Urteilen von „Liquidität“ bzw. „Liquiditätslücke“. Die Liquidität im engeren Sinne sind die Barmittel, über die die Gesellschaft am Tag 1 verfügen kann: Kasse, Bankguthaben, Schecks, Wechsel, freie Kontokorrentkreditlinien. Diese Barmittel stehen der Gesellschaft am Tag 1 uneingeschränkt zur Verfügung. Betriebswirtschaftlich handelt es sich um die Liquidität 1. Grades, die am selben Tag zur Zahlung von Verbindlichkeiten genutzt werden kann. Der BGH spricht weiterhin in seinen Urteilen von „10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten“. Die fälligen Verbindlichkeiten sind diejenigen, die am Tag 1 zur Bezahlung anstehen.

Besteht am Tag 1 innerhalb der Liquiditätsbilanz eine vollständige Deckung oder geringfügige Unterdeckung, ist die Prüfung beendet. Ergibt sich aus der Aufstellung jedoch eine Unterdeckung von mehr als 10 %, beginnt (erstmal) die dreiwöchige Frist des BGH. Ab diesem Tag 1 ist der

Schuldner gefordert, diese Unterdeckung zu beseitigen. Hierfür hat er 3 Wochen Zeit.

Nach Ablauf der 3 Wochen wird eine weitere Liquiditätsbilanz erstellt. Am 22. Tag wird die Barliquidität mit den am 22. Tag fälligen Verbindlichkeiten verglichen. Sofern an diesem 22. Tag immer noch eine Unterdeckung von mehr als 10 % der fälligen Verbindlichkeiten besteht, ist Zahlungsunfähigkeit gegeben. Diese Momentaufnahme am 22. Tag kann im Hinblick auf die vom BGH vorgegebene Ausnahme⁴⁰ lediglich durch Maßnahmen zur Liquiditätsbeschaffung, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreffen werden und die der Gläubigerin zumutbar sind, korrigiert werden. Beträgt die Unterdeckung am 22. Tag weniger als 10 %, liegt dagegen Zahlungsfähigkeit vor. Im Hinblick auf die weitere Ausnahme des BGH⁴¹ ist es dann aber erforderlich, spätestens nach 3 Wochen eine erneute Liquiditätsbilanz aufzustellen. So wird gewährleistet, dass der Schuldner einerseits eine Dreiwochenfrist zur Verbesserung seiner Finanzlage nutzen kann und andererseits die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit anhand harter Kriterien in der zweiten Liquiditätsbilanz festgezurrt wird.

Liquidität	Fällige Verbindlichkeiten
Barliquidität am Tag 22: (Kasse, Bankguthaben, nicht ausgeschöpfter Kontokorrentrahmen, Wechsel, Schecks)	Am Tag 22 fällige Verbindlichkeiten
Konkrete, belegbare Umstände, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu außerordentlichen Einnahmen führen	

Zweite Liquiditätsbilanz zum 22. Tag

2. Widerlegung möglicher Einwände

Der von den Verfassern entwickelte Vorschlag gewährt dem Schuldner im Ergebnis eine Frist von 3 Wochen, in der er sich um die Beseitigung der Illiquidität kümmern kann. Ein Vorwurf gegen die entwickelte Methode könnte lauten, dass diese Methode auch Fällen einer Dreiwochenfrist gewährt, die von vornherein aussichtslos sind. Dies behindere das Ziel der InsO und bedeute somit für die Gläubiger erhebliche Nachteile. Dieses Argument ist dadurch zu entkräften,

40 BGH, Urt. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210, unter III.1.: „Beträgt die Liquiditätslücke der Schuldnerin 10 % oder mehr, ist dagegen regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.“

41 BGH, Urt. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210, unter III.1.: „Beträgt die innerhalb von 3 Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke weniger als 10 % ihrer fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird.“

dass es bei erstmaligem Vorliegen einer Liquiditätslücke regelmäßig keine aussichtslosen Fälle gibt. Ansonsten wird das erstmalige Vorliegen mit der davon in der Praxis vielfach abweichenden erstmaligen Feststellung einer Liquiditätslücke verwechselt. Diese erstmalige Feststellung kann aber für die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit und die damit verbundene Antragspflicht nicht maßgeblich sein.

Ein zweiter Kritikpunkt könnte sein, dass auch bei dieser Lösung nicht gänzlich auf eine Prognose verzichtet werden kann. Die Prognose ist jedoch stark eingegrenzt. Sie verbleibt lediglich für die von der BGH-Rechtsprechung definierte Ausnahmekonstellation⁴² und zwar nur für den Fall, dass zum Zeitpunkt der 2. Liquiditätsbilanz trotz einer immer noch bestehenden Unterdeckung von mehr als 10 % keine Zahlungsunfähigkeit vorliegen soll.

Der BGH geht auf diese Prognose in seinen Entscheidungen ein. Er bezeichnet sie als „konkrete Umstände, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, dass die Liquiditätslücke ... in überschaubarer Zeit beseitigt werden wird“. Im BGH-Urt. v. 19.7.2007 grenzt er diese Umstände ein, indem er auf eine konkrete Verkaufsmöglichkeit zu einem bestimmten Preis verweist. Insofern wird das Prognoseelement eng definiert. Und: „Je näher die konkret festgestellte Unterdeckung dem Schwellenwert kommt, desto geringere Anforderungen sind an das Gewicht der besonderen Umstände zu richten, mit denen die Vermutung entkräftet werden kann.“⁴³ Das ist eine andere Prognose als eine Liquiditätsplanung über einen Dreiwochenzeitraum. Hier geht es erkennbar um konkrete Maßnahmen zur Liquiditätsbeschaffung, die unmittelbar bevorstehen, im Dreiwochenzeitraum aber noch nicht umzusetzen waren. Beispielfhaft sei hier die schriftliche Zusage des Gesellschafters zur Bereitstellung eines Darlehens oder aber die schriftliche Bestätigung der Hausbank, dass die Erhöhung der Kreditlinie vorbehaltlich der Zustimmung weiterer Gremien in Aussicht gestellt wird.

Nun könnte man einwenden, dass diese Maßnahmen – mit der h.M. der Literatur – ja auch bereits in eine Liquiditätsplanung zum Tag 1 eingestellt werden könnten. Am Tag 1 ist aber eine zuverlässige und belegbare Aussage über diese Maßnahmen nicht möglich. Der Geschäftsführer einer GmbH wird am Tag 1 bei Feststellung einer Liquiditätslücke in den seltensten Fällen eine seriöse Liquiditätsplanung über einen Dreiwochenzeitraum abgeben können, in der eine Eigenkapitalerhöhung⁴⁴ oder Stundungsvereinbarung mit Lieferanten enthalten ist. Nach Ablauf der 3 Wochen aber, muss er dazu in der Lage sein. Dann genügt auch nicht mehr die bloße Möglichkeit, sondern für diesen Fall muss

eben mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Liquiditätszufluss auch tatsächlich erfolgen.

Schließlich könnte der hier erstellte Lösungsvorschlag im Hinblick auf die weitere, bis zu 3 Wochen währende Frist nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO kritisiert werden. Im Ergebnis könnten dem Schuldner so 6 Wochen Zeit ab dem Vorliegen einer Liquiditätslücke von mehr als 10 % bis zur Antragstellung verbleiben. Die wohl h.A. in der Literatur,⁴⁵ die demgegenüber den Dreiwochenzeitraum zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durch eine prognostische Liquiditätsplanung überbrückt, kann diese Zeitspanne auf maximal 3 Wochen verkürzen. Aber diese Verkürzung ist erkaufte auf Kosten der Genauigkeit und Rechtssicherheit. Ob mit der Verkürzung des Zeitraums dem Gläubigerschutz gedient ist, muss zudem bezweifelt werden. Denn es ist nicht auszuschließen, dass – insbesondere aufgrund der Haftungsrisiken des § 15a InsO – aufgrund einer übereilten, zu pessimistischen Prognose ein Insolvenzantrag gestellt wird, obwohl das Unternehmen eigentlich leistungsfähig ist und die Illiquidität durch Eigen- oder Fremdkapitalzufluss hätte beseitigt werden können. Zudem wird § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO hier so verstanden, dass die dort gewährte Frist lediglich zur Vorbereitung der Antragstellung, einschließlich der Information der Gremien dienen soll, nicht aber der Beseitigung des Insolvenzgrundes, sodass eine unverzügliche Antragstellung nicht in jedem Fall dazu berechtigt, die Dreiwochenfrist auszuschöpfen.

V. Zusammenfassung

Die bisher zu den richtungsweisenden BGH-Entscheidungen erschienene Literatur konnte der Praxis kein klares Vorgehen zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit und zum Zeitpunkt der Antragspflicht an die Hand geben. Der hier vorgeschlagene Weg zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit verzichtet deshalb auf eine über einen Dreiwochenzeitraum prognostizierte Liquiditätsplanung und stellt stattdessen auf zwei Liquiditätsbilanzen zum Tag 1 und Tag 22 ab. Liegt zum Zeitpunkt der Erstellung der zweiten Liquiditätsbilanz eine Unterdeckung von immer noch mehr als 10 % vor, ist Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 InsO gegeben. Die seitens des BGH in seinem Urt. v. 12.6.2006 postulierten Ausnahmen sind auf die 2. Liquiditätsbilanz zu beziehen und entsprechend zu berücksichtigen.

42 S. zum Ausnahmecharakter *Fischer* (Fn. 2), S. 153 – 168, 163.

43 BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2006, 1210, unter II.4b.

44 Vgl. zu diesem Problem auch *Uhlenbruck/Hirte* (Fn. 14), § 15a Rn. 17.

45 *Plagens/Willkes*, ZInsO 2010, 2107, 2113 unter bb).