

**Deutsches
Steuerrecht**

DStR

Wochenschrift & umfassende Datenbank für Steuerberater

Sonderdruck aus Heft 41/2018

Peter W. Plagens und Dr. Dennis J. Hartmann

**Anwendung von Algorithmen zur Ermittlung der
(retrograden) Zahlungsunfähigkeit iSd § 17 InsO**

Unter Einbeziehung der BGH-Rechtsprechung v. 19.12.2017

Verlag C.H.BECK München und Frankfurt a. M.

Impressum

Redaktion: Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München. Telefon: (089) 3 81 89-334, Telefax: (089) 3 81 89-468. E-Mail: dstr@beck.de. Verantwortlich für den Textteil: Steuerberater *Dr. Christian Korn*, LL.M. Redaktion: Dipl.-Kfm. und Rechtsanwalt *Alexander Wenzel* (Stv.), Ass. iur. *Verena Christmann*, Ass. iur. *Sabine Leistner*, Ass. iur. *Vanessa Pelkmann*, M.A. (Taxation), Rechtsanwalt *Bernd Riegel*. Redaktionssekretariat: *Gabriele Eggert*, M.A., *Andrea Hesse*, *Annette Nolden*, M.A. Verantwortlich für den berufsrechtlichen Teil: Steuerberater Dipl.-Ing.-Ök. *Dr. Holger Stein*, Lange Straße 1a, 18055 Rostock.

Anzeigenabteilung: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München. Media-Beratung: Telefon (089) 3 81 89-687, Telefax (089) 3 81 89-589.

Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten: Telefon (089) 3 81 89-598, Telefax (089) 3 81 89-599, E-Mail: anzeigen@beck.de

Anzeigenpreise: Zurzeit gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 49. Anzeigenschluss: Ca. 9 Tage vor Erscheinen. Verantwortlich für den Anzeigenteil: *Bertram Götz*.

Verlag: Verlag C.H.BECK oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 400340, 80703 München, Telefon: (089) 3 81 89-0, Telefax: (089) 3 81 89-398, Postbank München IBAN: DE82 7001 0080 0006 2298 02, BIC: PBNKDEFFXXX. Der Verlag ist oHG. Gesellschafter sind *Dr. Hans Dieter Beck* und *Dr. h. c. Wolfgang Beck*, beide Verleger in München.

Manuskripte: Manuskripte sind an die Redaktion zu senden. Der Verlag haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss schriftlich erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag C.H.BECK

an seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Erscheinungsweise: Wöchentlich an jedem Freitag.

Bezugspreis 2018: DStR incl. Online-Fachdienst und Beck SteuerDirekt (Online-Datenbank). Halbjährlich € 215,- (inkl. MwSt.); Vorzugspreis für Mitglieder der dem Rahmenabkommen über Herausgabe und Bezug des Organs beigetretenen Steuerberaterkammern und für Steuerberater in Ausbildung (gegen Nachweis) halbjährlich € 169,- (inkl.

MwSt.); Vorzugspreis für Studenten (fachbezogener Studiengang) und Referendare (gegen Nachweis) halbjährlich € 59,- (inkl. MwSt.; dieser Preis berechtigt nicht zur Netzwerknutzung der Datenbank). Einzelheft € 10,50 (inkl. MwSt.). Die Nutzung der Datenbank Beck SteuerDirekt entfällt mit Beendigung des Abonnements. Im Bezugspreis enthalten sind die als Beilagen erscheinenden DStR-Entscheidungsdienst (DStRE) und Steuerrechtliche Rechtsprechung kurzgefasst (DStRK). Die Rechnungsstellung erfolgt zu Beginn eines Bezugszeitraumes. Abonnement und Bezugspreis beinhalten die Printausgabe sowie eine Lizenz für die Online-Ausgabe. Die Bestandteile des Abonnements sind nicht einzeln kündbar.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Jahrestitelei und -register sind nur noch mit dem jeweiligen Heft lieferbar.

Versandkosten jeweils zuzüglich. Bestellungen nehmen entgegen: jede Buchhandlung und der Verlag. Abbestellungen zum Halbjahresende mit Sechswochenfrist.

KundenServiceCenter:

Telefon: (089) 3 81 89-750, Telefax: (089) 3 81 89-358. E-Mail: kundenservice@beck.de.

Adressenänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an. Hinweis gemäß § 7 Abs. 5 der Postdienste-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Beziehers kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Hefes beim Verlag widersprechen.

Druck: Druckerei C.H.Beck, Bergerstraße 3-5, 86720 Nördlingen.

Anwendung von Algorithmen zur Ermittlung der (retrograden) Zahlungsunfähigkeit iSd § 17 InsO

Unter Einbeziehung der BGH-Rechtsprechung v. 19.12.2017

Peter W. Plagens und Dr. Dennis J. Hartmann*

Durch die seit 2005 gefestigte Rechtsprechung der Zivilsenate des BGH ist die Neuorientierung des Begriffes der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO weitgehend abgeschlossen. Das letzte Urteil des II. Senats v. 19.12.2017 hat hierzu durch die Klarstellung zur Einbeziehung der sog. Passiva II wesentlich beigetragen. Für die Praxis ergeben sich jedoch gleichwohl noch offene Fragen, insbesondere im Vergleich zur Berechnungsmethode des IDW S 11. Nachstehend wird der Versuch unternommen, die Vor- und Nachteile der verschiedenen Rechenwege zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit darzulegen und unter Anwendung von mathematisch ausgerichteten Algorithmen die retrograde Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit auf den frühestmöglichen Zeitpunkt abzubilden.

1. Problemstellung

Aufgrund der Entscheidung des II. Zivilsenats des BGH v. 19.12.2017 (II ZR 88/16) ist nunmehr klargestellt worden, dass bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 InsO neben den sog. Aktiva I und Passiva I (Stufe I) in der Stufe II nicht nur die Aktiva II, sondern auch die Passiva II zu berücksichtigen sind.¹ Dies ergibt sich aus dem zweiten Leitsatz der ob. Entscheidung. Das Interessante daran ist hier, dass die Entscheidung nicht vom IX., sondern vom II. Zivilsenat des BGH getroffen wurde und dieser im Laufe der Urteilsbegründung ausführt, dass sich seine Ansicht zur Einbeziehung der Passiva II in die Ermittlung der Liquiditätslücke auf Stufe II nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH befindet und im Übrigen auch nicht zu den Urteilen der Strafsenate des BGH. Somit ist davon auszugehen, dass der II. Zivilsenat im Vorfeld eine entsprechende Abstimmung innerhalb des BGH-Kollegiums herbeigeführt hat.

Wichtig dürfte in diesem Zusammenhang ferner sein, wie sich diese Rechtsprechung nach dieser „Klarstellung“ nunmehr tatsächlich auf die Berechnung der Liquiditätslücke gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 InsO auf den Stufen I und II auswirkt und – was auch von besonderem Interesse sein dürfte – ob diese nunmehr vorliegende Rechtsprechung ohne Weiteres kompatibel zu den Ausführungen im IDW S 11 zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen mit dem Stand v. 22.8.2016 ist, der somit vor der zuletzt genannten BGH-Entscheidung vom IDW veröffentlicht wurde.²

Neben diesen allgemeinen Erörterungen, die insbesondere für die Ermittlung der prospektiven Zahlungsunfähigkeit

von Bedeutung sein dürften, erhebt sich auch die Frage, inwieweit sich Auswirkungen auf die Ermittlung der retrograden Zahlungsunfähigkeit ergeben, insbesondere im Lichte der zunehmenden Möglichkeiten mittels Massendatenanalyse auf die durch den Insolvenzverwalter gesicherten Datenbestände der Finanzbuchhaltung bzw. des gesamten kaufmännischen Rechnungswesens zurückzugreifen. In diesem Zusammenhang kann durch Einsatz von – nach mathematischen Prinzipien definierten – Algorithmen die Ermittlung der retrograden Zahlungsunfähigkeit auch für mehrere zurückliegende Jahre gemessen zum Antragszeitpunkt zur Insolvenzeröffnung erfolgen.

Damit dürfte die Ermittlung der retrograden objektivierten Zahlungsunfähigkeit für den zurückliegenden Zeitraum, nach dem hier vorzustellenden Modell – eine entsprechende Sicherung der Datenbestände vorausgesetzt – künftig möglich sein. Die zum Teil durch die Rechtsprechung entwickelten, oftmals nicht präzisen Indikationen zur Ermittlung des spätesten Zeitpunkts der Zahlungsunfähigkeit könnten damit durch eine weitaus systematischere und in einem hohen Maß sichere Ermittlungsmethode ersetzt werden, die nicht den spätesten, sondern den frühesten Zeitpunkt der tatsächlich eingetretenen Zahlungsunfähigkeit ermittelt.³

Sofern diese Erkenntnisse zur Ermittlung der frühesten objektiven Zahlungsunfähigkeit aus Sicht der insolventen Gesellschaft darüber hinaus kombiniert werden mit einem Screening/Matching des kaufmännischen Schriftverkehrs (hier insbesondere des E-Mail-Verkehrs), den die Insolvenzschuldnerin mit den Gläubigern geführt hat, ergibt sich auch eine Auswertungsmöglichkeit, um Anfechtungsansprüche nach § 133 InsO durch den Insolvenzverwalter aufzugreifen und durchzusetzen.

2. Ausgangslage/Einführung

Bevor wir jedoch auf die neuen Lösungsansätze zu sprechen kommen, die sich durch Anwendung eines mathematisch definierten Algorithmus auf die Rechnungswesenbestände der betroffenen Insolvenzschuldnerin ergeben, soll zuvor die aktuelle Rechtspraxis cursorisch dargestellt werden.

2.1 Definition des § 17 InsO

Im § 17 InsO heißt es zur Zahlungsunfähigkeit, dass gemäß § 17 Abs. 1 InsO die Zahlungsunfähigkeit als ein allgemeiner Eröffnungsgrund gilt. In § 17 Abs. 2 InsO wird dann näher ausgeführt, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist, wenn er nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Als besonderer Fall wird die Zahlungseinstellung in S. 2 aufgeführt.

* Peter W. Plagens, WP/StB, und Dipl.-Kfm. Dr. Dennis J. Hartmann, WP/StB, Isernhagen/Hannover (Gehrke Econ GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft).

1 BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, DStR 2018, 478.

2 IDW S 11 idF v. 22.8.2016, IDW Life 3/2017, 332 ff.

3 Kuna DStR 2018, 693.

AUFSATZ

Somit lässt sich festhalten, dass ein Schuldner nach § 17 Abs. 2 InsO dann zahlungsunfähig ist, wenn er seine fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht zu erfüllen vermag und dieses Unvermögen auf dem Mangel an Zahlungsmitteln beruht.⁴

Von der Zahlungsunfähigkeit ist die Zahlungsstockung abzugrenzen. Zahlungsstockung ist nur die vorübergehende Unfähigkeit, die fälligen Verbindlichkeiten vollständig zu begleichen; demgegenüber liegt Zahlungsunfähigkeit und nicht nur Zahlungsstockung in der Regel nur dann vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen innerhalb eines absehbaren Zeitraums (hier im Regelfall drei Wochen) zu begleichen. Ist er jedoch in der Lage, eine sich ergebende Liquiditätslücke innerhalb eines 3-Wochen-Zeitraums vollständig zu schließen, liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor. Hiervon gibt es eine Reihe von Ausnahmen und Besonderheiten, auf die in der nachfolgenden Ziff. 2.2 eingegangen wird.⁵

2.2 Rechtsprechung des IX. Senats v. 24.5.2005

In der richtungsweisenden Entscheidung des IX. Senats v. 24.5.2005 hat sich der BGH erstmals mit der Neufassung der Insolvenzordnung, die seit dem 1.1.1999 in Kraft getreten ist, zum Thema der Zahlungsunfähigkeit in systematischer Form auseinandergesetzt. Hiernach ist gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 und 2 InsO zwischen der eigentlichen Zahlungsunfähigkeit und der Zahlungsstockung zu differenzieren. Danach ist der Schuldner – wie weiter oben definiert – zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.

Hiervon ist jedoch die Zahlungsstockung abzugrenzen. Zahlungsstockung ist eine nur vorübergehende Unfähigkeit, die fälligen Verbindlichkeiten vollständig zu begleichen. Auch im Falle einer Zahlungsstockung muss der Schuldner aber in der Lage sein, in einem „überschaubaren“ Zeitraum seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Dieser „überschaubare“ Zeitraum wurde durch die BGH-Entscheidung v. 24.5.2005 auf einen 3-Wochen-Zeitraum begrenzt (nicht zu verwechseln mit der 3-wöchigen Insolvenzantragsfrist gemäß § 15a InsO).⁶

Beträgt jedoch die Liquiditätslücke am Ende des 3-Wochen-Zeitraums 10 % oder mehr der fälligen Verbindlichkeiten, ist nach der Rechtsprechung des BGH im Regelfall von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zumutbar ist. Die Literatur geht davon aus, dass dieser erweiterte Zeitraum maximal drei – in Ausnahmefällen auch bis zu sechs Monaten – betragen kann.⁷

Sofern die Liquiditätslücke am Ende des 3-wöchigen Zeitraums weniger als 10 % beträgt, ist im Regelfall davon auszugehen, dass nur eine Zahlungsstockung vorliegt und somit

keine Zahlungsunfähigkeit iSd Insolvenzordnung. Gleichwohl ist es ratsam, auch in diesen Fällen einen Liquiditätsplan zu erstellen, aus dem die weitere Entwicklung der Liquiditätslücke hervorgeht. Stellt sich nunmehr heraus, dass sich in Folge des zu erstellenden Finanzplans die ursprünglich innerhalb des 3-Wochen-Zeitraums geschlossene Liquiditätslücke erneut öffnet oder sogar noch vertieft wird, ist gleichwohl Zahlungsunfähigkeit gegeben. Der durch den BGH v. 24.5.2005 entschiedene Fall beinhaltet genau diese Ausgangslage.⁸

2.3 Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach IDW-Standard S 11

Das IDW hat in seinem Standard S 11 eine Auswertung der bis dato bekannten BGH-Rechtsprechung vorgenommen und Empfehlungen erarbeitet, wie das Vorliegen von Insolvenzeröffnungsgründen ermittelt und beurteilt werden sollte. Diese Empfehlungen sind für den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer grundsätzlich bindend. Aber auch über den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer hinaus hat der IDW S 11 mittlerweile als Standard in der allgemeinen Beratungs-, Sanierungs- und Insolvenzpraxis – ebenso wie der IDW Standard 6 zu den Sanierungsgutachten – erhebliche praktische Bedeutung gewonnen. Der Standard soll allen am Sanierungsprozess Beteiligten die möglichst fehlerfreie Ermittlung von Insolvenzantragsgründen erleichtern.⁹

Die Beurteilung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit wird in der Ziff. 4 ff. des IDW S 11 zusammengefasst dargestellt. Nach einer Darstellung der Rechtsprechung des BGH v. 24.5.2005 zur Definition der Zahlungsunfähigkeit, und hier insbesondere zur Abgrenzung der Zahlungsstockung sowie möglicher Ausnahmen (siehe Ziff. 2.2 zuvor), wird in Ziff. 4.1.2 die Zahlungseinstellung, in 4.2 der Finanzstatus und der Finanzplan als Grundlage zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit abgehandelt.¹⁰

Danach stellt sich die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit (sofern keine Zahlungseinstellung vorliegt) so dar, dass auf einer Stufe I die stichtagsbezogene Liquidität anhand eines Finanzstatus dargestellt wird, um zu ermitteln, dass den zum Stichtag fälligen Zahlungsverpflichtungen die Finanzmittel (Cash-Bestände und nicht ausgenutzte Kreditlinien) gegenübergestellt werden. Ergibt sich hieraus keine Liquiditätslücke, dh, die Cash-Bestände inkl. der nicht ausgenutzten Kreditlinien decken die fälligen Verbindlichkeiten vollständig ab, liegt keine Zahlungsunfähigkeit zu dem zu betrachtenden Stichtag vor. Die Prüfung könnte dann nach diesem Ergebnis zwar beendet werden, jedoch ist den Organvertretern der betroffenen Kapitalgesellschaft in Krisensituationen dringend zu empfehlen, diesen Finanzstatus periodisch zu erstellen und die Ergebnisse und den Erstellungsprozess zu dokumentieren, um sicherzustellen, dass auch in der weiteren Abfolge keine Liquiditätslücke auftritt. Ein wöchentlicher Turnus für die Erstellung dieses stichtagsbezogenen Liquiditätsstatus dürfte im Regelfall ausreichen.

4 IDW S 11 idF v. 22.8.2016, IDW Life 3/2017, 332 ff.

5 BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, DStR 2005, 1616.

6 BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, DStR 2005, 1616.

7 Brahmstedt/Klopp DB 2018, 307.

8 IDW S 11 idF v. 22.8.2016, IDW Life 3/2017, 332 ff.; BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, DStR 2005, 1616.

9 Crone/Werner, Modernes Sanierungsmanagement, 5. Aufl. 2017, 42.

10 IDW S 11 idF v. 22.8.2016, IDW Life 3/2017, 332 ff.

AUFSATZ

Sollten jedoch die Finanzmittel nicht ausreichen, die fälligen Verbindlichkeiten zu dem jeweils zu betrachtenden Stichtag abzudecken, ergibt sich jedoch eine Liquiditätslücke, die eine – vorläufige – Zahlungsunfähigkeit signalisiert.

In diesem Fall müssen dann auf einer Stufe II mit Hilfe eines Finanzplans die künftigen Zahlungseingänge und -ausgänge der kommenden drei Wochen ab dem zuvor betrachteten Stichtag aus dem Rechnungswesen, den Planungsunterlagen und sonstigen Informationen des Unternehmens abgeleitet werden, um dann zum Ende der 3-Wochen-Frist festzustellen, ob die Liquiditätslücke geschlossen wurde oder nicht.¹¹

Sofern innerhalb des 3-Wochen-Zeitraums die Liquiditätslücke nicht nahezu vollständig geschlossen werden kann, ist – aufgrund der Ausnahmetatbestände in dem Urteil des BGH v. 24.5.2005 – der Betrachtungszeitraum ggf. nochmals zu erweitern (im Regelfall auf 13 Wochen). Auf der Grundlage des nunmehr erweiterten Finanzplans muss die Liquiditätslücke mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vollumfänglich geschlossen werden können und den Gläubigern muss – gegen ihren Willen – ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten sein; nur wenn diese beiden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, kann von einer Zahlungsfähigkeit ausgegangen werden, obwohl die bestehende Liquiditätslücke in der „überschaubaren“ 3-Wochen-Frist nicht geschlossen werden kann.¹²

Im Übrigen wird auf die weiteren Bestimmungen des IDW S 11 in Kapitel 4 verwiesen, die im Wesentlichen die bis dato geltende Rechtsprechung abgebildet haben. Wobei das IDW bereits zum damaligen Zeitpunkt davon ausgegangen ist, dass eine Liquiditätslücke vollständig zu schließen sei und ein „permanentes Vor-sich-Herschieben“ einer Liquiditätslücke (sog. „Bugwelle“) nicht zu akzeptieren sei.¹³ Diese strengere Auslegung des IDW, gemessen an der bis dato geltenden Rechtsprechung, wurde nunmehr in der BGH-Entscheidung v. 19.12.2017 – durch die Berücksichtigung der sog. Passiva II und einer klaren Absage an die sog. Bugwellen-Theorie – bestätigt.¹⁴

Interessant ist jedoch in diesem Zusammenhang, dass der Berechnungsmodus zur Ermittlung der prozentualen Liquiditätslücke, wie sie sich aus Tz. 24 letzter Satz des IDW S 11 ergibt, nicht identisch ist mit der gerade zitierten Rechtsprechung des BGH v. 19.12.2017; dazu mehr unter Kapitel 3.1.

2.4 Rechtsprechung des II. Senats v. 19.12.2017

Das Urteil v. 19.12.2017 gliedert sich in zwei große Blöcke:

- Angaben/Hinweise zur Beweisführung und zur Darlegungslast des Beklagten und des Klägers zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit und

- dem expliziten Hinweis, dass die sog. Passiva II in eine die Zahlungsunfähigkeit überprüfende Liquiditätsbilanz einzubeziehen sind; Letzteres war bisher in der Literatur umstritten und auch der wegweisenden Entscheidung des IX. Senats v. 24.5.2005 nicht zu entnehmen.¹⁵

2.4.1 Erkenntnisse zur Beweisführung und Darlegungslast des Klägers (im Regelfall Insolvenzverwalter) und Beklagten (Geschäftsführer, Berater der Insolvenzschriftstellerin) – eine kursorische Zusammenfassung

Für die Alltagspraxis sowohl des Insolvenzverwalters als auch der vertretungsberechtigten Organe künftiger Insolvenzschriftstellerinnen kann festgehalten werden, dass eine gerichtsrelevante Erschütterung der vom klagenden Insolvenzverwalter zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit vorgelegten Finanzbuchhaltung der Insolvenzschriftstellerin an ziemlich hohe Hürden geknüpft wird, da die Finanzbuchhaltung in den maßgeblichen Verantwortungsbereich des GmbH-Geschäftsführers fällt (vgl. §§ 41, 43 GmbHG) und dieser für die Buchführung zumindest bis zur Insolvenzantragstellung nun mal allein verantwortlich ist und zwar auch dann, wenn er die Erledigung der Finanzbuchhaltungsaufgaben im Innenverhältnis an entsprechendes (Fach-)Personal delegiert hat.¹⁶

Wie soll der Geschäftsführer einer GmbH – und insbesondere wenn sich diese in einer Krise befindet – sicherstellen, dass die Finanzbuchhaltung (immer noch) ordnungsgemäß ist? Bei kleineren Gesellschaften (beispielsweise mit bis zu einstelligen Millionenumsätzen) mag dies noch mit hinreichender Sicherheit zu bewerkstelligen sein, bei größeren Gesellschaften (im entschiedenen Fall ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft ein Umsatzvolumen von > 50 Mio. € gehabt hat) wird dies deutlich schwieriger; bei noch größeren Gesellschaften fast unmöglich. Dem Geschäftsführer, wenn er nicht zufällig aus dem Rechnungswesen kommt, fehlt im Regelfall die erforderliche buchhalterische Expertise; regelmäßig besitzt er ebensowenig die IT-Kompetenz, um komplexe IT-Systeme, die in größeren Unternehmen zur Bewältigung des Rechnungswesens erforderlich sind, in ihrer Prozesslogik zu durchschauen, geschweige denn zu bedienen. Dies gilt umso mehr, wenn der Vorgang mehrere Jahre zurückliegt und zwischenzeitliche Veränderungen der Buchhaltungsunterlagen und des IT-Systems nicht ausgeschlossen werden können oder deren Vollständigkeit unter Umständen zweifelhaft ist.

Für den Geschäftsführer bleibt in einer solchen Situation nur die Möglichkeit den Datenbestand der Finanzbuchhaltung – zeitnah zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung – auf einem externen Datenträger außerhalb der Gesellschaft zu sichern, um überhaupt eine qualifizierte Beweisführung in einem Haftungsprozess (wie im vorliegenden Fall nach § 64 GmbHG) zu ermöglichen.

Im vorliegenden Fall fällt auf, dass nach Erwidern des Beklagten viele noch offene Kreditorenrechnungen im Buchhaltungswerk zu dem fraglichen Stichtag (1.12.2008) vorlagen. Dies kann seinen Grund nur darin haben, dass

11 IDW S 11 idF v. 22.8.2016, IDW Life 3/2017, 332 ff., Tz. 22–24.

12 IDW S 11 idF v. 22.8.2016, IDW Life 3/2017, 332 ff. sowie BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, DStR 2005, 1616.

13 IDW S 11 idF v. 22.8.2016, IDW Life 3/2017, 332 ff., Tz. 17.

14 Vgl. ua K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Tz. 5.28.

15 BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, DStR 2018, 478.

16 BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, DStR 2018, 478.

AUFSATZ

entweder Zahlungen anfangs nicht mehr gebucht wurden oder bisher unberücksichtigte Eingangsrechnungen eingebucht wurden. Bei Gesellschaften in der Krise kommt es häufiger vor, dass Eingangsrechnungen der Buchhaltung vorenthalten werden (zB mit der Begründung noch ausstehender Überprüfung) und der buchhalterische Kreditorenbestand somit tendenziell eher zu niedrig als zu hoch dargestellt wird.

Abhilfe kann hier nur ein Vergleich der Kreditorenliste zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung sowie zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung mit dem Gläubigerverzeichnis nach § 152 InsO schaffen. Entsprechende Differenzen sind aufzuklären, soweit dies möglich ist. Sofern Stundungsabsprachen mit Lieferanten oder anderen Gläubigern (zB FA) bestehen, sind diese außerhalb der Buchhaltung zu dokumentieren (zB anhand von E-Mail-Verkehr), um dem Argument des „ernstlichen Einforderns“ gemäß § 271 BGB erfolgreich entgegenzutreten zu können. Dass diese Stundungsabsprachen – bei erfolgter späterer Bezahlung – unter Umständen Anfechtungsansprüche nach § 133 InsO zu Lasten der jeweiligen Gläubiger auslösen können, muss der Geschäftsführer zur Abwehr eigener Haftungsansprüche ggf. in Kauf nehmen.

Auch von hohem Interesse dürfte die Aussage des BGH im vorliegenden Fall sein, wonach eine – jederzeit kündbare – Darlehensforderung gegenüber einem Verbundunternehmen (hier „Verbundgesellschaft“) unter Umständen bei den Aktiva II zu berücksichtigen ist. Das Vorliegen der Voraussetzungen hierfür muss im Entscheidungsfall noch das Instanzgericht klären. Dies betrifft etwa die Frage, ob die Darlehensforderung innerhalb der 3-Wochen-Frist der aufzustellenden Liquiditätsbilanz tatsächlich realisierbar war oder nicht.¹⁷ Wäre sie das nicht, würde sich das Volumen der Aktiva II im vorliegenden Fall signifikant verringern und möglicherweise würde der Geschäftsführer auch nach §§ 30, 31 GmbHG haften.

2.4.2 Einbeziehung der Passiva II in das Ermittlungsschema zur Berechnung der Liquiditätslücke

Erstmals hat nunmehr ein Zivilsenat des BGH explizit betont, dass die sog. Passiva II in der Liquiditätsbilanz zur Berechnung der Liquiditätslücke zu berücksichtigen sind. Damit bestätigt der II. Senat die überwiegende Meinung der Literatur zu einer Berechnungsfrage, die die Entscheidung des IX. Senats v. 24.5.2005 noch offengelassen hatte.¹⁸

Um im Sprachgebrauch des BGH zu bleiben, soll das Schema und der Berechnungsweg dieser Liquiditätsbilanz kurz skizziert werden:

Legende

LQL = Liquiditätslücke

GE = Geldeinheiten

M_{V, t_0} = verfügbare Mittel zum Zeitpunkt t_0

V_{f, t_0} = fällige Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt t_0

$\Sigma E_{t_1 - t_n}$ = Einzahlungen im Zeitraum $t_1 - t_n$

$\Sigma A_{t_1 - t_n}$ = Auszahlungen im Zeitraum $t_1 - t_n$

Stufe I	
A	P
Aktiva I	Passiva I
ΣA_I	ΣP_I
$\Delta \Sigma A_I - \Sigma P_I$	

Stufe II	
A	P
Aktiva I + Aktiva II	Passiva I + Passiva II
ΣA_I und A_{II}	ΣP_I und P_{II}
$\Delta \Sigma A_I + \Sigma A_{II} - (\Sigma P_I + \Sigma P_{II})$	

In Stufe I wird nur eine rein stichtagsbezogene Liquiditätslücke ermittelt, indem den Aktiva I (Cash-Bestand zzgl. jederzeit verfügbare nicht ausgenutzte Kreditlinien, die nicht gekündigt sind) die Passiva I (zum Stichtag fällige Verbindlichkeiten zB aus Lieferungen und Leistungen, Steuern, Sozialversicherungsbeiträgen, fälligem Nettolohn etc) gegenübergestellt werden. Sind $P_I > A_I$ liegt eine Liquiditätslücke vor, deren Relation zu der am Stichtag fälligen Verbindlichkeiten wie folgt ermittelt wird:

$$LQL = \frac{A_I - P_I}{P_I} \times 100$$

Ist diese Liquiditätslücke $\geq 10\%$, liegt auf Stufe I Zahlungsunfähigkeit vor, die jedoch von der Zahlungsstockung abzugrenzen ist (§ 17 Abs. 2 S. 1 InsO).

Ist die Liquiditätslücke $< 10\%$, liegt im Regelfall keine Zahlungsunfähigkeit vor, von den Ausnahmefällen lt. BGH-Rechtsprechung v. 24.5.2005 abgesehen. Ist die Liquiditätslücke $\geq 10\%$, muss auf Stufe II die Berechnung der Stufe I um die zu erwartenden Zahlungseingänge (nicht Einnahmen) – sog. Aktiva II – und die zu erwartenden Zahlungsausgänge (nicht Ausgaben) – sog. Passiva II – ergänzt werden; Letzteres war bis zur Entscheidung v. 19.12.2017 umstritten. Wegen der Begründung wird auf die Ausführung zu Ziff. 2 der zitierten BGH-Entscheidung verwiesen.

Wie bedeutsam der Unterschied zwischen alter und neuer Rechtslage sein kann, wird anhand eines einfachen Zahlenbeispiels deutlich:

Stufe I	
A	P
(GE*)	
100	120
100	120
$\Delta -20$	

Stufe II	
A	P
(GE*)	
100	120
60	80
160	200
$\Delta -40$	

ohne Einbeziehung der P_{II} ergäbe sich eine $\Delta +40$ GE

*Geldeinheiten

Die Liquiditätslücke beträgt auf Stufe I absolut 20 Geldeinheiten und prozentual bezogen auf die P_I -16,6%. Da die Liquiditätslücke nicht kleiner als 10% von P_I ist, läge Zahlungsunfähigkeit vor, sofern keine bloße Zahlungsstockung gegeben ist. Dies wird auf Stufe II überprüft.

Nach der bisherigen Rechtslage vermindert sich auf Stufe II die Liquiditätslücke um 60 Geldeinheiten und wird „positiv“, der Quotient wird positiv mit 33,3%, dh, die fälligen Verbindlichkeiten sind mit 133,3% quasi „überdeckt“; es läge keine Zahlungsunfähigkeit vor. Nach der neuen Rechtslage sind die P_I um P_{II} zu erhöhen, die Liquiditätslücke vergrößert sich also um 20 Geldeinheiten auf nunmehr 40 Geldeinheiten, der Quotient beträgt nunmehr 20% ($\geq 10\%$), damit liegt keine bloße Zahlungsstockung vor (von

¹⁷ BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, DStR 2018, 478.

¹⁸ BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, DStR 2005, 1616.

AUFSATZ

den bereits genannten Ausnahmen abgesehen, siehe BGH v. 24.5.2005), sondern definitiv Zahlungsunfähigkeit.

Die nunmehr vom BGH vorgegebene Berechnungsweise¹⁹ widerspricht im Übrigen der Berechnungsmethode des IDW S 11²⁰, worauf noch später einzugehen sein wird.

3. Neue Lösungsansätze

Aufgrund der zuvor zitierten Rechtsprechung, die die Zivilsenate des BGH zwischen dem 24.5.2005 und dem 19.12.2017 erlassen haben, in Verbindung mit dem IDW S 11, ergeben sich bestimmte mathematische Konsequenzen, wie sich die absolute Zahlungsunfähigkeit und ergänzend dazu die relative (gemeint prozentuale) Zahlungsunfähigkeit iSd BGH-Rechtsprechung und hier insbesondere die 10%ige Liquiditätslücke tatsächlich ermitteln lässt. Es wird nachstehend darzulegen sein, dass es hierfür verschiedene methodische Ansätze gibt, die bisher in der Literatur nicht hinreichend gewürdigt wurden. Die Festlegung auf einen bestimmten Ansatz ist jedoch gerade bei der Ermittlung und Auswertung der retrograden Zahlungsunfähigkeit mithilfe von mathematischen Modellen bzw. standardisierten Prozessabläufen (Algorithmen) im Zuge einer Massendatenanalyse unerlässlich.

3.1 Grundsätzliche und systematische Vorgehensweise zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit

Bevor auf die verschiedenen Lösungsansätze eingegangen wird, sei in einem Vorspann dargestellt, welche Berechnungsmethoden – die schlussendlich zum selben Ergebnis führen müssen – es gibt und wo deren Vor- und Nachteile liegen.

Zuerst ist zwischen der *direkten* und der *indirekten* Methode zur Ermittlung der relativen Zahlungsunfähigkeit zu differenzieren. Dazu ein Beispiel: Die verfügbaren Mittel im Zeitpunkt t_0 betragen 100 Geldeinheiten, die fälligen Verbindlichkeiten im Zeitpunkt t_0 betragen 120 Geldeinheiten.

Ermittlung der absoluten Liquiditätslücke:

$$\text{LQL (absolut)} = M_v t_0 - V_f t_0$$

$$100 - 120 = -20 \text{ (GE)}$$

Der Vorgang wird rechnerisch durch Subtraktion ermittelt und bedarf keiner weiteren Kommentierung.

Im Folgenden wird die Ermittlung der relativen Liquiditätslücke dargestellt.

3.1.1 Direkte Methode

$$\text{LQL (rel)} = \frac{M_v t_0 - V_f t_0}{V_f t_0} \times 100$$

$$\text{LQL} = \frac{100 - 120}{120} \times 100 = \frac{-20}{120} \times 100 = (-)16,67 \%$$

In diesem Fall ist leicht zu erkennen, dass auf der 1. Stufe zur Ermittlung der relativen Zahlungsunfähigkeit (# Zahlungsunfähigkeitsquotient) Zahlungsunfähigkeit iSd § 17

Abs. 2 InsO vorliegt, da die relative Liquiditätslücke $\geq 10 \%$ ist. Irritierend ist, dass der Zahlungsunfähigkeitsquotient negativ ist, als Folge der durchgeführten Rechenoperation, da der Zähler im Quotienten negativ ist (Regelfall).

3.1.2 Indirekte Methode und Vergleich zur direkten Methode

$$\text{LQL (rel)} = \frac{M_v t_0}{V_f t_0} \times 100$$

$$\text{LQL} = \frac{100}{120} \times 100 = 83,3 \%$$

Die indirekte Methode zeigt an, dass von 100 % der fälligen Verbindlichkeiten nur 83,3 % gedeckt sind und somit im Umkehrschluss die relative Liquiditätslücke $100 - 83,3 = 16,7 \%$ betragen muss. Die errechnete Zahl ist zwar eine andere, der Aussagewert ist jedoch grundsätzlich identisch – im Gegenteil, da ein Minuszeichen (im Regelfall) bei dieser Berechnungsmethode nicht auftreten wird, gibt es auch keine Missverständnisse.

Wie schnell diese entstehen können, kann aufgezeigt werden, wenn die Zahlen für M_v und V_f umgedreht werden (ergo: verfügbare Mittel sind höher als fällige Verbindlichkeiten).

$$\text{LQL} = \frac{120 - 100}{100} \times 100 = \frac{20}{100} = 20 \% \text{ (direkte Methode)}$$

$$\text{LQL} = \frac{120}{100} \times 100 = 120 \% \text{ (indirekte Methode)}$$

Bei der direkten Methode wurde eine „positive“ Liquiditätslücke gezeigt, die somit im semantischen Sinne keine „Lücke“, sondern einen Überschuss darstellt. In der ganzen BGH-Rechtsprechung und im IDW S 11 wird auf die Vorzeichenproblematik nicht eingegangen; dies kann zu Missverständnissen führen.

Bei der indirekten Methode wird angezeigt, dass die verfügbaren Mittel mit 120 % die fälligen Verbindlichkeiten zu mehr als 100 % abdecken.

Der Berechnungsmodus ist jedoch noch weiter zu differenzieren, da bisher nur die Ausgangsliquidität der Stufe I berücksichtigt wurde, also Aktiva I und Passiva I. Erweitert man das Rechenmodell nun um die Zahlungseingänge der kommenden drei Wochen ab dem Ausgangszeitpunkt t_0 (= Aktiva II) sowie um die Zahlungsausgänge für denselben Zeitraum (= Passiva II), so wird die statische Berechnungsmethode der Stufe I um ein dynamisches und damit zukunftsbezogenes Element auf Stufe II ergänzt. Es versteht sich von selbst, dass die Passiva II nur zusätzliche fällige Verbindlichkeiten umfassen kann und nicht die schon als Passiva I benannten. Auch hier differenzieren wir zwischen der direkten und der indirekten Methode zur Ermittlung der absoluten und relativen Liquiditätslücke.

Direkte Methode:

$$\text{LQL} = \frac{M_v t_0 \pm (\sum E t_1 - t_n) - V_f t_0 - (\sum A t_1 - t_n)}{V_f t_0 + (\sum A t_1 - t_n)} \times 100$$

Zur Erläuterung ergänzen wir unser oa Beispiel um weitere Einzahlungen im Zeitraum $t_1 - t_n$ um 60 Geldeinheiten

19 BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, DStR 2018, 478.

20 IDW S 11 idF v. 22.8.2016, IDW Life 3/2017, 332 ff.

AUFSATZ

und um weitere Auszahlungen im selben Zeitraum $t_1 - t_n$ um 80 Geldeinheiten.

$$\text{LQL} = \frac{100 + 60 - 120 - 80}{120 + 80} = \frac{-40}{200} \times 100 = (-)20\%$$

Erkenntnis: Die relative Liquiditätslücke ist von 16,67 % auf 20 % angestiegen. Dies ist auch folgerichtig, da die Auszahlungen im Zeitraum $t_1 - t_n$ die Einzahlungen um (weitere) 20 Geldeinheiten übersteigen, also vertieft sich die Liquiditätslücke.

Indirekte Methode

$$\text{LQL} = \frac{M_v t_0 \pm (\sum E t_1 - t_n)}{V_f t_0 + (\sum A t_1 - t_n)} \times 100$$

$$\text{LQL} = \frac{100 + 60}{120 + 80} = \frac{160}{200} \times 100 = 80\%$$

Auch die indirekte Methode kommt zu einem wirtschaftlich identischen Ergebnis, da der zu erwartende höhere Geldabfluss binnen der kommenden drei Wochen dazu führt, dass statt 83,3 % nur noch 80 % der fälligen Verbindlichkeiten abgedeckt sind.

Ergebnis: Die relative Liquiditätslücke in Stufe II nach der direkten Methode führt zum wirtschaftlich gleichen Ergebnis wie die indirekte Methode.

3.1.3 Exkurs – Berechnungsmethodik zur relativen Liquiditätslücke nach IDW S 11 vs. BGH-Rechtsprechung v. 19.12.2017

In diesem Zusammenhang von Bedeutung ist, dass der II. Zivilsenat in der Entscheidung v. 19.12.2017 (erstmalig soweit ersichtlich) die relative Liquiditätslücke anhand konkreter Zahlen berechnet hat.²¹ So stellt er die im fraglichen Betrachtungszeitraum eingegangenen liquiden Mittel von 4.517 T€ (Anfangsbestand an liquiden Mitteln zzgl. Einzahlungen im darauffolgenden 3-Wochen-Zeitraum) den zu Beginn des Betrachtungszeitraums fälligen Verbindlichkeiten von 3.517 T€ zzgl. der im Betrachtungszeitraum (weiteren) fälligen Auszahlungen von 2.946 T€ gegenüber und ermittelt eine absolute Liquiditätslücke von

$$4.517 \text{ T€} - (3.517 \text{ T€} + 2.946 \text{ T€}) = \underline{\underline{-1.946 \text{ T€}}}$$

und errechnet darauf den „Liquiditätsdeckungsgrad“ mit knapp 70 % wie folgt

$$100 - \left(\frac{1.946 \text{ T€}}{3.517 \text{ T€} + 2.946 \text{ T€}} \times 100 \right) = 100\% - 30\% = 70\%$$

Der „Liquiditätsdeckungsgrad“ ist jedoch nichts anderes als die Komplementärgröße zur relativen Liquiditätslücke von 30 %, die man erhält, wenn man in der obenstehenden Formel den Wert „100“ (# 100 % der erforderlichen Liquidität, um alle Verbindlichkeiten im Betrachtungszeitraum zu bedienen) weglässt. Dies entspricht exakt der von den Verfassern favorisierten indirekten Methode.²²

Im IDW S 11 Tz. 24 wird die „prozentuale“ Liquiditätslücke (gemeint: relative Liquiditätslücke) anders berechnet.²³ Danach wird die Liquiditätslücke zum Ende des Betrachtungszeitraums (im hier entscheidenden Fall 1.946 T€) nur mit den fälligen (Gesamt-)Verbindlichkeiten zu Beginn des Betrachtungszeitraumes (also t_0) ins Verhältnis gesetzt (hier: 3.517 T€) anstatt mit der Summe sämtlicher Verbindlichkeiten am Ende des dreiwöchigen Betrachtungszeitraumes. Der rechnerische Unterschied ist durchaus signifikant:

$$\text{BGH: } 100 - \left(\frac{1.946 \text{ T€}}{3.517 \text{ T€} + 2.946 \text{ T€}} \times 100 \right) \approx 70\%$$

$$\text{IDW S 11: } \left(\frac{1.946 \text{ T€}}{3.517 \text{ T€}} \right) \times 100 \approx 55\%$$

Umrechnung der IDW-Methode auf die indirekte Methode:

$$100 - 55 = 45\%$$

Der Unterschied wird dadurch deutlich, dass der BGH und der IDW S 11 bei der Quotientenberechnung vom gleichen Zähler ausgehen, aber der Nenner bei der BGH-Berechnung um die Passiva II ergänzt wird. Erhöht sich der Nenner in einem Quotienten bei konstantem Zähler, muss sich das Ergebnis verringern.

Der Rechenmethodik der BGH-Rechtsprechung ist zuzustimmen, da die Liquiditätslücke des gesamten Betrachtungszeitraums konsequenterweise auch in Relation zu den gesamten abzudeckenden fälligen Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt $t_0 - t_n$ anzusetzen ist (voll-dynamische Methode).

Würde man dem IDW S 11-Berechnungsmodus folgen, wäre Zahlungsunfähigkeit iSd § 17 Abs. 2 InsO zu einem früheren Zeitpunkt gegeben als nach dem Berechnungsmodus des BGH v. 17.12.2017, da bei der Ermittlung der relativen Liquiditätslücke im Nenner des Quotienten die künftigen fälligen Verbindlichkeiten (= Auszahlungen) schlicht weggelassen wurden (semi-dynamische Methode). Unklar ist auch, warum der IDW S 11 in Tz. 25 von „fälligen Gesamtverbindlichkeiten“ spricht; möglicherweise ist hier eine andere Auslegung vom IDW intendiert.

Nach der Rechtsprechung sollte nunmehr auch das IDW klarstellen, ob die Passiva II nur „über“ dem Strich bei der Fortentwicklung der verfügbaren Zahlungsmittel anzusetzen sind (dynamisches Element der Stufe II: Einzahlungen und Auszahlungen der kommenden drei Wochen) oder ob die Passiva II auch die Bezugsgröße der fälligen Verbindlichkeiten im Nenner (quasi zeitgleich) erhöhen oder nicht. UE kann nur die Bezugnahme auf die „gesamten“ fälligen Verbindlichkeiten im Zeitraum $t_0 - t_3$ richtig sein (und nicht nur auf den Zeitpunkt t_0 , da das dynamische Element der Stufe I des Berechnungsschemas konsequenterweise auch auf eine Betrachtung bis zum Ende des 3-Wochen-Zeitraums abstellen muss). Anderenfalls kombiniert man ein statisches Element (fällige Verbindlichkeiten im Zeitpunkt t_0) mit der dynamischen Entwicklung der künftigen Ein- und Auszahlungen, um eine Aussage zum Ende des 3-Wochen-Zeitraumes

21 BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, DStR 2018, 478.

22 Vgl. auch bereits *Plagens/Wilkes* ZInsO 2010, 2115.

23 IDW S 11 idF v. 22.8.2016, IDW Life 3/2017, 332 ff.

AUFSATZ

zu erhalten. Für die Berechnung der absoluten Liquiditätslücke (zB im Rahmen eines Finanzplans) ist dies folgerichtig, jedoch inkonsequent bei der Berechnung der relativen Liquiditätslücke.

3.2 Prospektive Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit

Zur prospektiven Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit werden die zukünftigen Ein- und Auszahlungen mindestens für die kommenden drei (regelmäßig aber für die kommenden 13) Wochen gegenübergestellt. Dabei sind die bestehenden Verbindlichkeiten dahingehend zu unterscheiden, ob sie zum Zeitpunkt der Erstellung fällig sind oder nicht und ob

über bereits fällige Verbindlichkeiten Zahlungsvereinbarungen mit den Lieferanten abgeschlossen wurden, so dass sie aus den fälligen Verbindlichkeiten herausgerechnet werden können.

Anschließend erfolgt zunächst in Form eines Finanzstatus eine Ermittlung der Liquiditätslücke durch Gegenüberstellung der zum Stichtag freien Liquidität im Verhältnis zu den fälligen Verbindlichkeiten. Sofern dort eine Liquiditätslücke ausgewiesen wird, ist über einen Finanzplan zu ermitteln, ob diese Liquiditätslücke innerhalb der 3-Wochen-Frist geschlossen werden kann. Ein Beispiel eines einfach gehaltenen Finanzplans ist nachstehend abgebildet:

Liquiditätsstatus auf Wochenbasis								
	IST	FORECAST				PLAN		
	KW 01	KW 02	KW 03	KW 04	KW 05	KW 06	Σ KW 07-12	KW 13
Bezeichnung	EUR	EUR	EUR	EUR	EUR	EUR	EUR	EUR
Einzahlungen								
1. Forderungen aus OPOS Liste								
a) Erwartete Einzahlungen aus OPOS-Liste	100.000	50.000	30.000	0	0	0	0	0
2. Sonstige operative Einzahlungen								
a) Erwartete Einzahlungen aus Planumsätzen	10.000	40.000	40.000	40.000	40.000	40.000	240.000	40.000
b) Sonstige operative Einzahlungen	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000	6.000	1.000
3. Finanzbereich								
a) Zinseinzahlungen	0	0	0	0	0	0	0	0
b) Darlehensgewährungen	0	0	0	0	0	0	0	0
4. Sonstiges								
a) Vorsteuererstattungen	0	0	0	0	0	0	0	0
b) Sonstige neutrale Einzahlungen	0	0	0	0	0	0	0	0
SUMME Einzahlungen	111.000	91.000	71.000	41.000	41.000	41.000	246.000	41.000
Auszahlungen								
1. Verbindlichkeiten aus OPOS-Liste								
a) zum Stichtag <i>fällige</i> Auszahlungen lt. OPOS-Liste	200.000	0	0	0	0	0	0	0
b) zum Stichtag fällige Auszahlungen mit Zahlungsvereinbarungen	0	50.000	30.000	0	0	0	0	0
c) zum Stichtag noch nicht fällige Verbindlichkeiten	0	20.000	30.000	50.000	0	0	0	0
2. Sonstige operative Auszahlungen								
a) Personalaufwendungen	30.000	5.000	0	0	30.000	5.000	35.000	30.000
b) Raumkosten	200	2.000	200	200	200	2.000	3.000	200
d) Leasing/Mietkauf	0	500	0	0	0	500	500	0
e) Sonstige Auszahlungen (pauschal)	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000	6.000	1.000
f) Steuern (KSt, GewSt)	0	0	0	0	0	0	0	0
3. Finanzbereich								
a) Investitionen	0	0	0	23.800	0	0	0	0
b) Darlehensrückzahlungen	0	12.000	0	0	0	12.100	12.200	0
c) Zinszahlungen	0	1.000	0	0	0	900	800	0
4. Sonstiges								
a) USt-Zahlungen	0	0	1.000	0	0	0	2.000	0
b) Privatentnahmen	0	0	0	0	0	0	0	0
c) Sonstige neutrale Auszahlungen	0	0	0	0	0	0	0	0
SUMME Auszahlungen	231.200	91.500	62.200	75.000	31.200	21.500	59.500	31.200
ÜBER-/UNTERDECKUNG	AB -120.200	-500	8.800	-34.000	9.800	19.500	186.500	9.800
KUMUL. ÜBER-/UNTERDECKUNG	-520.000	-640.200	-640.700	-631.900	-665.900	-656.100	-636.600	-450.100
Kreditlinie	600.000	600.000	600.000	600.000	600.000	600.000	600.000	600.000
nicht ausgeschöpfte Kreditlinie	80.000	-40.200	-40.700	-31.900	-65.900	-56.100	-36.600	159.700

Im oben aufgeführten Beispiel liegt zum Stichtag eine Liquiditätslücke von 60 % vor (Finanzstatus). Somit ist von einer „vorläufigen“ Zahlungsunfähigkeit auszugehen und ein Finanzplan zu erstellen. Auch dieser weist für die Zeit nach drei Wochen nach der voll-dynamischen Methode eine Liquiditätslücke von 16 % aus, so dass der Betrachtungszeitraum auf 13 Wochen zu erweitern ist (vgl. 2.3). Aufgrund der geplanten Einzahlungen, die in den Wochen 4–13 die Auszahlungen überstiegen, kann die Liquiditätslücke im obigen Beispiel vollständig geschlossen werden.

3.3 Retrograde Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit

Die retrograde Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit spielt insbesondere bei Haftungs- und Anfechtungsprozessen des Insolvenzverwalters gegen die Vertretungsorgane der insolventen Gesellschaft sowie gegen die Gläubiger eine entscheidende Rolle. Aufgrund bestimmter Indikationen (zB der ältesten nicht bezahlten Rechnung) kann häufig der Insolvenzverwalter den spätesten Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit abschätzen. Dieser liegt vielfach deutlich vor der 3-Wochen-Frist des § 15a InsO, welche sich auf das tatsächliche Datum der Insolvenzantragstellung bezieht.²⁴

Dieser spätestmögliche Zeitpunkt sagt jedoch nichts darüber aus, zu welchem frühestmöglichsten Zeitpunkt die Zahlungsunfähigkeit iSd einschlägigen BGH-Rechtsprechung mit hinreichender Sicherheit bereits vorgelegen hat. Die jetzt weiter unten darzustellende Methode, die auf einem mathematischen Algorithmus basiert, zeigt jedoch auf, dass bei Sicherstellung des entsprechenden Datenmaterials hinreichende Erkenntnisse über den frühestmöglichsten Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit gewonnen werden können.

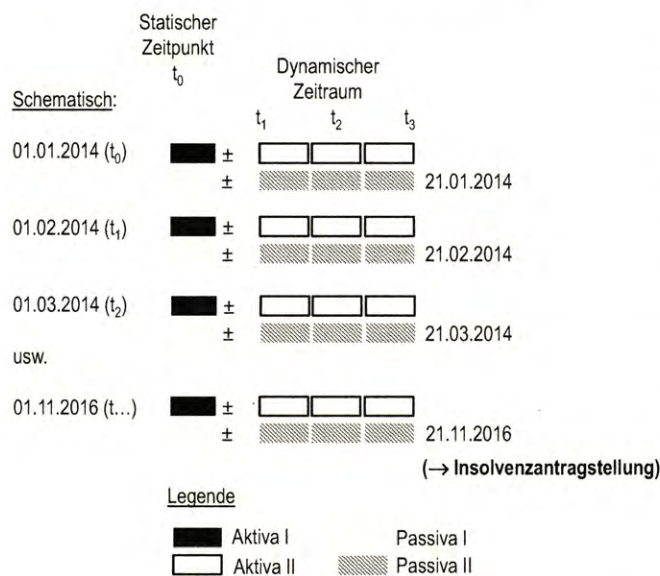


Abb. 1: Schematische Darstellung der Zusammensetzung von Aktiva I und II zu Passiva I und II im Zeitraum t_0-t_3

Ausgehend von einem konkreten Fall einer insolventen Metallverarbeitungsgesellschaft (Rechtsform GmbH), bei

der ein Zugriff auf die Datenbestände der Buchhaltung der letzten drei Jahre vor Insolvenzeröffnung möglich war, soll die Methodik der retrograden Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit und das Ergebnis in cursorischer Form dargestellt werden.

In dem Berechnungsmodell wurde der Zeitraum Januar 2014 bis November 2016 (= 35 Monate) zugrunde gelegt. Hierbei werden die Bankbestände (unter Berücksichtigung der Kreditlinien), die sofort fälligen kurzfristigen sonstigen Verbindlichkeiten (Umsatzsteuer, Lohnsteuer, Sozialabgaben, Lohnzahlungen etc) sowie diverse Debitoren- und Kreditorenbestände jeweils zum Monatsultimo und damit an 35 aufeinanderfolgenden Stichtagen aus dem Datenbestand der Finanzbuchhaltung herausgefiltert.

Schematisch lässt sich dies wie in Abb. 1 darstellen.

Mit anderen Worten: Es erfolgt eine überlappende Ermittlung für 35 3-Wochen-Zeiträume, die eine Ermittlung eines einzelnen 3-Wochen-Zeitraums somit erübrigen. Gleichwohl erfolgt somit auch eine retrograde Erfassung der Aktiva I und II sowie der Passiva I und II, wie es nunmehr in der Rechtsprechung v. 19.12.2017 auch tatsächlich bestätigt wurde.

Auf dieses Schema wird nun die sog. indirekte Methode zur Berechnung der Zahlungsunfähigkeit entsprechend der BGH-Rechtsprechung v. 19.12.2017 angewandt, wobei im Zähler neben den Aktiva I auch die Aktiva II und im Nenner neben den Passiva I auch die Passiva II angesetzt werden (voll-dynamische Methode). Das Berechnungsergebnis ist dann nicht die Liquiditätslücke, sondern die Komplementärgröße, der Liquiditätsdeckungsgrad.²⁵

Zuvor muss jedoch noch eine Vereinfachungsregel für den Debitoren- und Kreditorenbereich definiert werden. Im Debitoren- und Kreditorenkontokorrent sind die Ausgangs- und Eingangsrechnungen mit Datum und Belegnummer erfasst (Regelfall). Es wird nun vereinfachend unterstellt, dass die Ausgangsrechnungen wie auch die Eingangsrechnungen standardisiert 30 Tage nach ihrer Erstellung (Ausgangsrechnungen) bzw. ihrem Eingang (Eingangsrechnungen) bezahlt werden und somit das dynamische Element der Aktiva II und Passiva II Einbeziehung in den Algorithmus finden kann.²⁶

Im vorliegenden Fall soll dies beispielhaft für den Stichtag 31.3.2014 dargestellt werden. Neben den statisch ermittelten Aktiva I (Stand Finanzbuchhaltung 31.3.2014) werden im Rahmen der standardisierten 30-Tage-Fälligkeit alle zum Stichtag offenen Debitoren wie folgt als fällig unterstellt werden (und damit bei den Aktiva II berücksichtigt sind).

- Alle überfälligen Debitoren
- Alle Ausgangsrechnungen aus der Zeit v. 1.3.–7.3.
- Alle Ausgangsrechnungen aus der Zeit v. 8.3.–14.3.
- Alle Ausgangsrechnungen aus der Zeit v. 15.3.–22.3.
- Die Ausgangsrechnungen ab dem 23.3. bis Monatsultimo werden nicht als Einzahlungen im aktuellen, sondern erst im darauffolgenden 3-Wochen-Zeitraum unterstellt.

Schematisch lässt sich dies wie in Abb. 2 darstellen.

25 BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, DStR 2018, 478.

26 So auch *Hermanns/Wachter ZInsO* 2018, 1589.

24 *Kuna DStR* 2018, 693.

AUFSATZ

Die folgende Darstellung zeigt die Ermittlung der Einzahlung t_1 bis t_3 (3-Wochen-Zeitraum) grafisch beispielhaft anhand eines angenommenen Monatsultimos zum 31.3.:

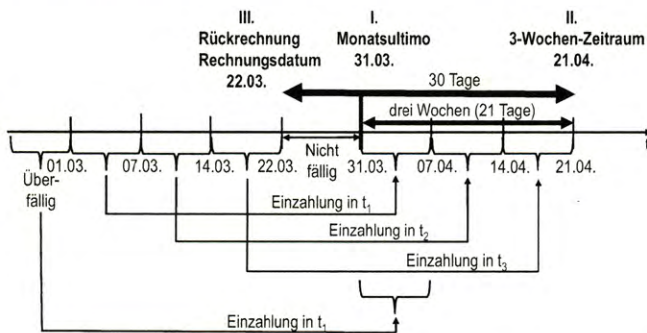


Abb. 2: Schematische Darstellung von standardisierten Zahlungseinzügen von Debitoren im 3-Wochen-Zeitraum

Für den Kreditorenbereich gilt dies vice versa zur Behandlung der am Stichtag noch offenen Eingangsrechnungen, die im 30-Tage-Rhythmus als fällige Passiva II unterstellt werden.

Dieses Rechenmodell und der zugrunde liegende Algorithmus (Rechenprozess) vereinfacht und typisiert die im 3-Wochen-Zeitraum zu erwartenden Ein- und Auszahlungen aus dem Debitoren- und Kreditorenbereich. Die Vereinfachung wäre angreifbar, wenn sie sich nur auf ein oder zwei Stichtage bezöge. Im vorliegenden Fall wurden jedoch 35 aufeinanderfolgende Stichtage dem Berechnungsmodell zugrunde gelegt. Damit wird eine eventuelle Fehlannahme revolvierend zu jedem neuen Monatsultimo automatisch überprüft und korrigiert sich quasi von selbst.

Beispiel:

Eine vom 10.3.2014 datierte noch offene Ausgangsrechnung würde als Einzahlung bei den Aktiva II zum Stichtag 31.3. berücksichtigt werden. Geht die Zahlung bis zum 30.4.2014 ein, fällt diese Ausgangsrechnung aus dem Debitorenbestand und hat den Cash-Bestand zum 30.4.2014 erhöht (oder einen negativen Banksaldo vermindert). Geht die Zahlung bis zum 30.4. nicht ein, wird diese Ausgangsrechnung im Rahmen der Debitorensalden als „überfällig“ gekennzeichnet und geht erneut in die Aktiva II – nunmehr des Folgezeitraums ab dem 30.4.2014 – ein. Fazit: Es wird zugunsten der Insolvenzschuldnerin ein Zahlungseingang unterstellt. Dieser Vorgang wiederholt sich so oft, bis die Ausgangsrechnung entweder binnen der 35 Monate (irgendwann) bezahlt wurde oder zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch offen war.

Dies gilt sinngemäß auch für den Kreditorenbereich. Sofern eine im 3-Wochen-Zeitraum der Passiva II fällige Eingangsrechnung (Zahlungsrhythmus vereinfacht 30 Tage) als Auszahlung unterstellt wird und tatsächlich auch gezahlt wurde, hat diese Auszahlung den Cash-Bestand vermindert oder den negativen Banksaldo erhöht. Wird die Eingangsrechnung nicht bis zum nächsten Monatsultimo (hier 30.4.) bezahlt, „wandert“ sie in den Bereich „überfällige“ Eingangsrechnungen; die Auszahlung wird nunmehr im folgenden 3-Wochen-Zeitraum unterstellt.

Wurde beispielsweise eine Eingangsrechnung (nachweisbar) um drei Monate gestundet, wird zwar der Monatssaldo für drei Monate einen (überfälligen) Auszahlungsanspruch infolge der Vereinfachungsregel indizieren; nach drei Monaten wird dieser „Fehler“ jedoch bereinigt, wenn die Eingangsrechnung dann absprachegemäß tatsächlich bezahlt wird. Das Modell kann auch dahingehend variiert werden, dass die Fälligkeiten der Debitoren und Kreditoren asymmetrisch determiniert werden (zB Debitoren fällig nach 30 Tagen, Kreditoren erst nach 60 Tagen).

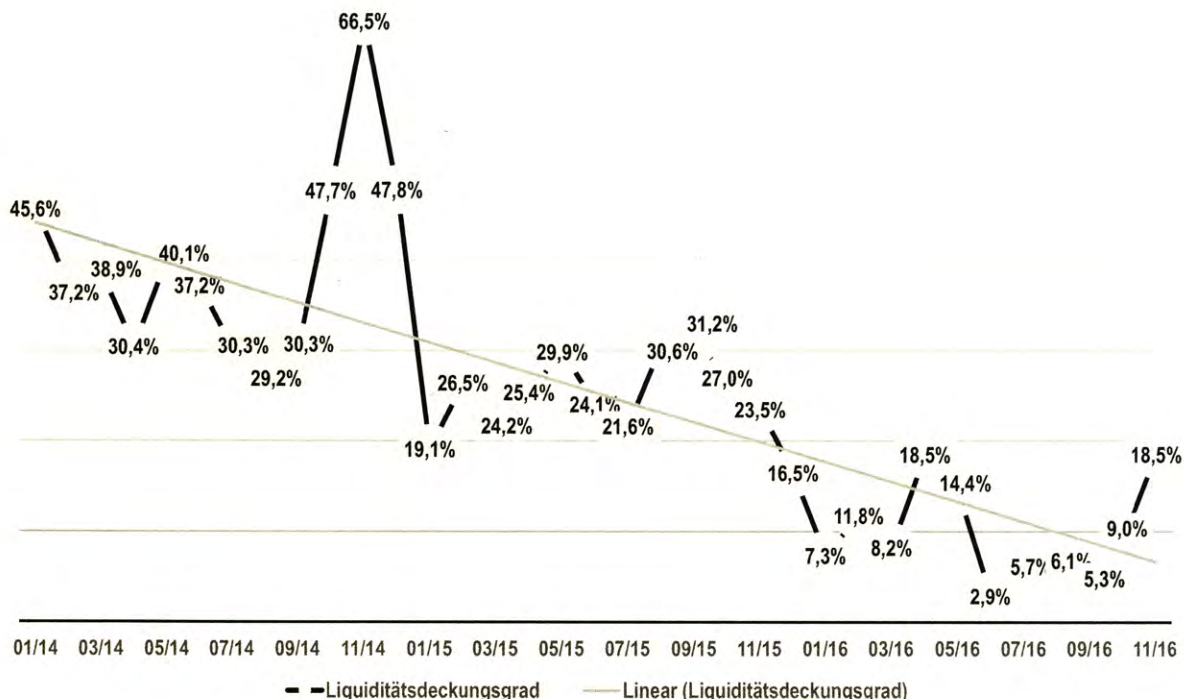


Abb. 3: Darstellung des Liquiditätsdeckungsgrades auf einer Zeitachse (Schema BGH-Urt. v. 19.12.2017)

AUFSATZ

Als weiterer Einwand könnte angeführt werden, dass beispielhaft Kapitaleinzahlungen der Gesellschafter, Umschuldungen von Darlehen, Sale-and-Lease-Back-Maßnahmen etc in dem Rechenmodell nicht explizit berücksichtigt werden. Diese werden aber sehr wohl implizit berücksichtigt, indem sich mit Durchführung dieser Aktionen zwangsläufig der Cash-Bestand verbessern (oder im umgekehrten Fall verschlechtern) muss. Gegenteilig werden zugunsten der Insolvenzschuldnerin beispielsweise fällige Tilgungsraten von Darlehen bei der Fälligkeitsberechnung nicht berücksichtigt; sie schlagen sich aber im Fälligkeitsdatum ohnehin im Cash-Bestand nieder. Kreditlinienänderungen werden dagegen unmittelbar berücksichtigt. Ferner ist es möglich, auch komplexe Tilgungspläne fälligkeitsgenau zu hinterlegen und in das Rechenmodell einfließen zu lassen.

Wie sich der Liquiditätsdeckungsgrad im 35-Monats-Zeitraum in dem hier untersuchten Fall entwickelt hat, zeigt die Abb. 3 auf S. 2169.

Man erkennt eindrucksvoll den Niedergang der Gesellschaft bereits im vorinsolvenzrechtlichen Zeitraum von 35 (!) Monaten. Wahrscheinlich war die Zahlungsunfähigkeit auch schon vor 2014 faktisch eingetreten. Der höchste Liquiditätsdeckungsgrad wird im Monat 11/2014 mit ca. 60 % erreicht; ab 2016 standen fast keine liquiden Mittel mehr zur Verfügung; es wurde im Ergebnis im vorliegenden Fall nur noch der Notstand verwaltet. Somit lag objektive Zahlungsunfähigkeit iSd BGH-Rechtsprechung bereits Anfang 2014 und somit fast drei Jahre vor der tatsächlichen Insolvenzantragstellung vor.

Die Vertretungsorgane der Insolvenzschuldnerin können punktuell den Gegenbeweis antreten (zB Vorlage von Stundungsvereinbarungen). Entsprechende Maßnahmen hätten sich aber regelmäßig in signifikanter und nachhaltiger Weise an einzelnen Stichtagen des 35-Monats-Zeitraums niederschlagen müssen; dieser Gegenbeweis dürfte nur in Ausnahmefällen gelingen.

Sofern zu den jeweiligen Stichtagen und zu den jeweiligen Zahlungsterminen auch nachgewiesen werden kann, dass Gläubiger von der Liquiditätsschwierigkeit der späteren Insolvenzschuldnerin wussten und die Zahlungstermine außerhalb der 30-Tage-Frist des Bargeschäftsprivilegs liegen (§§ 133, 142 InsO), sind regelmäßig die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung erfüllt.

4. Zusammenfassung und Ausblick

Die zuvor beschriebene Methode zur Ermittlung der relativen Liquiditätslücke basiert auf der BGH-Rechtsprechung v. 19.12.2017 und dem sog. „Liquiditätsdeckungsgrad“ (als Komplementärgröße zur der relativen Liquiditätslücke). Mit Hilfe der sog. indirekten Methode der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit wird ein operationaler Weg aufgezeigt, anhand von Algorithmen Liquiditätsdeckungsgrade retrograd mittels Massendatenanalyse zum Monatsultimo zu bestimmen.

Hierbei wird vereinfachend ein bestimmtes Rechenmodell und insbesondere standardisierte Fälligkeiten der offenen Debitoren- und Kreditorenbestände zum jeweiligen Monatsultimo unterstellt. Selbstverständlich können die tatsächlichen Fälligkeiten von den unterstellten Annahmen abweichen. Auf einer Zeitachse von zwei, drei oder gar vier Jahren und damit von 24, 36 oder 48 Monatsbeständen spielen jedoch einzelne tatsächliche Abweichungen keine entscheidende Rolle, sofern nicht auf Dauer zu den Monatsultimos Liquiditätsdeckungsgrade von mehr als 90 % erzielt werden.

Im Gegenteil: Die Praxis zeigt, dass die Zahlungsunfähigkeit iSd aktuellen BGH-Rechtsprechung v. 19.12.2017 oftmals schon zu einem weitaus früheren Zeitpunkt eingetreten ist, als der Ausfall der ersten nicht mehr gezahlten Rechnung dies indiziert. Dem Insolvenzverwalter wird mit dieser Rechenmethode – entsprechende Sicherung der Datenbestände vorausgesetzt – ein systematisches auf Algorithmen beruhendes Rechenmodell an die Hand gegeben, die Zahlungsunfähigkeit der Insolvenzschuldnerin bereits mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auf den frühesten Zeitpunkt zu ermitteln. Welche Konsequenzen sich hieraus für mögliche Haftungsansprüche gegenüber den Vertretungsorganen sowie mögliche Anfechtungsansprüche gegenüber den Gläubigern ergeben, liegt auf der Hand.

Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang außerdem, dass die Berechnungsmethode, die in der BGH-Entscheidung v. 19.12.2017 zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit unter Berücksichtigung der Aktiva II und der Passiva II angewandt wurde, nicht identisch ist mit den Ausführungen des IDW S 11. Hierzu sollte es entweder auf Seiten des BGH und/oder auf Seiten des IDW noch zu einer Klärung kommen, da die Berechnungsmethode nach IDW S 11 wegen eines geringer ausfallenden Nenners in dem Quotienten zwangsläufig zu einem (noch) ungünstigeren Ergebnis kommen muss, als der vom BGH nunmehr vorgenommene Rechenweg.