

Feststellung der Zahlungsunfähigkeit:

Aktuelle Entwicklungen zur Berücksichtigung der Passiva II (Stichwort „Bugwelle“)

– Eine Würdigung der Rechtsprechung des BGH vom 19.12.2017
aus betriebswirtschaftlicher Sicht –

Dr. rer. pol. Michael Harz

Dipl.-Bw. Günther Conrad

Dipl.-Bw. Martina Bornmann

Saarbrücken, im Mai 2018

Inhaltsverzeichnis

Hintergrund der Thematik des Bugwelleneffektes, BGH-Urteil vom 24.05.2005	3
Auswirkungen des BGH-Urteils vom 24.05.2005	4
Beispiel aus der Praxis der Gutachtertätigkeit	5
BGH-Urteil vom 19.12.2017	7
Feststellungen zu den Passiva II und der Bugwelle	7
Feststellungen zur Fälligkeit der Verbindlichkeiten	8
Reaktionen auf das BGH-Urteil vom 19.12.2017	9
Gutachterliches Fazit zur Rechtsprechung des BGH vom 19.12.2017	11

In dem BGH-Urteil des II. Zivilsenats (II ZR 88/16) vom 19.12.2017 wurde insbesondere der vielfach diskutierte Bugwelleneffekt aufgegriffen (der BGH hat entschieden, dass die Passiva II im Rahmen der Feststellung, ob ein Schuldner seinen Zahlungsverpflichtungen innerhalb der kommenden drei Wochen nachkommen kann oder nicht, zu berücksichtigen sind).

Hintergrund der Thematik des Bugwelleneffektes, BGH-Urteil vom 24.05.2005

Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens bedarf es der Aufstellung eines Liquiditätsstatus und eines Finanzplanes (bzw. einer Liquiditätsbilanz), um eine Prognose darüber abgeben zu können, wie sich die Liquidität der Gesellschaft im Planungszeitraum (meist 3 Wochen) entwickelt hat bzw. entwickeln wird.

Bei der Erstellung eines Liquiditätsstatus (1. Schritt, Zeitpunkt Betrachtung) und eines Finanzplans (2. Schritt, Zeitraumbetrachtung) ist zu differenzieren zwischen den sogenannten **Aktiva I, Aktiva II, Passiva I und Passiva II** eines Unternehmens.

Im Liquiditätsstatus sind die zum Stichtag verfügbaren Zahlungsmittel (Aktiva I) den fälligen Zahlungsverpflichtungen (Passiva I) gegenüberzustellen.¹

Im Finanzplan sind die im Liquiditätsstatus ausgewiesenen Positionen dahingehend fortzuentwickeln, dass auch die im Planungszeitraum zu erwartenden Einzahlungen (sogenannte Aktiva II, d.h. Einzahlungen, bei denen es sich im Wesentlichen um Einzahlungen aus dem operativen Geschäft handelt) aufzunehmen sind.²

Bislang strittig gewesen ist, ob auch die sogenannten Passiva II (d.h. die innerhalb von drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten) im Finanzplan zur Feststellung, ob ein Schuldner seinen Zahlungsverpflichtungen innerhalb der kommenden drei Wochen nachkommen kann, zu berücksichtigen sind oder nicht.

¹ Vgl. dazu Schmidt, K. (2013): § 17, in: Schmidt, K. (Hrsg.): Insolvenzordnung, S. 204; Institut der Wirtschaftsprüfer (2015): IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), S. 8ff.

² Vgl. dazu Schmerbach, U. (2013): § 17, in: Wimmer, K. (Hrsg.): FK-InsO. Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, S. 320; Schröder, J. (2015): § 17, in: Schmidt, A. (Hrsg.): Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, S. 198ff.; Eilenberger, G. (2013): § 17, in: Kirchhof, H. et. al. (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. Band I, S. 491f.

Auslöser der Diskussion um den sogenannten Bugwelleneffekt war die Begründung des BGH zum Urteil vom 24.05.2005.³

Seit der Veröffentlichung dieses Urteils wurden zahlreiche Diskussionen darüber geführt, ob die Passiva II ebenfalls zu berücksichtigen sind oder nicht.

Auf das BGH-Urteil vom 24.05.2005 wurde in späteren BGH-Entscheidungen mehrfach verwiesen⁴ bzw. die Frage der Berücksichtigung der Passiva II wurde seitens des BGH bislang offengelassen.⁵ Auch durch den 1., 2. und 3. Strafsenat des BGH wurde die Frage zur Berücksichtigung der Passiva II bisher in unterschiedlicher Weise behandelt.⁶

Auswirkungen des BGH-Urteils vom 24.05.2005

Teilweise wurde aus der Formulierung im BGH-Urteil vom 24.05.2005 geschlossen, dass die Passiva II bei der Prüfung, ob eine im Status festgestellte nicht geringfügige Liquiditätslücke innerhalb des Betrachtungszeitraums beseitigt werden kann, nicht zu berücksichtigen seien.⁷

Aus Gutachtersicht führt dies jedoch zu der Problematik, dass den im Betrachtungszeitraum fällig werdenden Forderungen bzw. zu erwartenden Einzahlungen die im gleichen Zeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten bzw. fälligen Auszahlungen zwar gegenüberstehen, jedoch bei der Prüfung der Liquiditätslage nicht (als fällig) angesetzt werden. Bei dieser Vorgehensweise können tatsächlich fällige Verbindlichkeiten unberücksichtigt bleiben und so die Entstehung einer „Bugwelle“ gefördert werden.

³ BGH Urteil v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04: „Um dies festzustellen, werden im Rahmen einer Liquiditätsbilanz die aktuell verfügbaren und kurzfristig verfügbar werdenden Mittel in Beziehung gesetzt zu den an demselben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten.“

⁴ Vgl. dazu stellvertretend BGH Urteil v. 18.07.2013 – IX ZR 143/12.

⁵ Vgl. BGH Urteil v. 26.01.2016 – II ZR 394/13.

⁶ Vgl. Beschluss vom 21.08.2013 – 1 StR 665/12, Beschluss vom 16.05.2017 – 2 StR 169/15 bzw. Beschluss vom 23.07.2015 – 3 StR 518/14.

⁷ Vgl. Schmidt, K. (2013): § 17, in: Schmidt, K. (Hrsg.): Insolvenzordnung, S. 204.

Wenn im Finanzplan nur die im Planungszeitraum zu erwartenden Einnahmen, nicht aber die im gleichen Zeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten berücksichtigt werden, ergibt sich eine erhebliche Inkongruenz zwischen der Aktiv- und Passivseite.

Daher kann aus betriebswirtschaftlicher Sicht auf die Berücksichtigung der Passiva II nicht verzichtet werden.

Die Nichtberücksichtigung der Passiva II kann so zu einem ständigen Anstieg der Bugwelle führen, d.h. die fällig werdenden Verbindlichkeiten steigen im Zeitverlauf immer mehr an, ohne dass dies Auswirkungen auf das Ergebnis der Liquiditätsprüfung hat.

Hierauf wurde u.a. auch bereits in unserem Aufsatz „Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung - eine Betrachtung aus wirtschaftsforensischer Praxis“ im Mai 2015.⁸

Beispiel aus der Praxis der Gutachtertätigkeit

Ein Unternehmen hat in der Regel immer Verbindlichkeiten, die eine bestimmte Zahlungsfrist haben und die deshalb erst später fällig werden. Ein einfaches Beispiel soll den Unterschied der Berücksichtigung / Nichtberücksichtigung der Passiva II verdeutlichen:

Es soll beurteilt werden, ob zum 22.04.2018 eine Zahlungsunfähigkeit der Muster-mann GmbH vorlag. Davon ausgehend, dass wie üblich Löhne und Gehälter zum Ende eines jeden Monats (Gehälter) bzw. 10. des Folgemonats (Löhne) ausgezahlt werden, würde die Auszahlung sowohl der Löhne als auch der Gehälter in den Drei-Wochen-Zeitraum ab dem 22.04.2018 fallen (fällig werdende Verbindlichkeiten).

⁸ Vgl. NZI, Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht, Heft 18/2015 vom 09. September 2015, S. 737 bis 743.

Bei Nichtberücksichtigung der fällig werdenden Verbindlichkeiten hätten die Löhne und Gehälter damit keine Auswirkungen auf die Liquiditätsprüfung zum 22.04.2018, obwohl sie innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums ausgezahlt werden müssen.

Entwicklung der Liquiditätslage der Mustermann GmbH			
		Keine Berücksichtigung Passiva II [€]	Berücksichtigung Passiva II [€]
Aktiva I	Bankguthaben, Kasse, freie Kreditlinie	100.000,00	100.000,00
Aktiva II	zu erwartende Einzahlungen auf Forderungen LL	250.000,00	250.000,00
Aktiva II	Sonstige zu erwartende Einzahlungen	150.000,00	150.000,00
	Summe der verfügbaren Mittel	500.000,00	500.000,00
Passiva I	Zum Stichtag bereits fällige Verbindlichkeiten LL	330.000,00	330.000,00
Passiva I	Sonstige zum Stichtag bereits fällige Verbindlichkeiten	120.000,00	120.000,00
	Zwischensumme bestehende fällige Verbindlichkeiten	450.000,00	450.000,00
Passiva II	innerhalb von drei Wochen fällig werdende Löhne und Gehälter	0,00	180.000,00
	Zwischensumme fällig werdende Verbindlichkeiten	0,00	180.000,00
	Summe der anzusetzenden Verbindlichkeiten	450.000,00	630.000,00
	Ergebnis der Liquiditätsprüfung absolut	50.000,00	-130.000,00
	Überdeckung bzw. Unterdeckung in %	11,11	-20,63

Ergebnis:

- Ohne Berücksichtigung der Passiva II (in diesem Fall Löhne und Gehälter in Höhe von € 180.000,00) ist das Ergebnis der Liquiditätsprüfung positiv (Überdeckung in Höhe von € 50.000,00 bzw. 11,11 %).
- Bei Berücksichtigung der Passiva II ergibt sich hingegen ein negatives Ergebnis der Liquiditätsprüfung (Unterdeckung in Höhe von € 130.000,00 bzw. - 20,63 %).

Unter Umständen werden bei Nichtberücksichtigung der fällig werdenden Verbindlichkeiten noch verfügbare Mittel ausgewiesen, die tatsächlich (wegen der Notwendigkeit der Lohn- und Gehaltszahlungen) nicht mehr vorhanden sind, so dass gegebenenfalls bereits Zahlungsunfähigkeit vorliegt, die jedoch aufgrund der Nichtberücksichtigung der fällig werdenden Verbindlichkeiten nicht erkannt wird.

Bereits die Nichtberücksichtigung der innerhalb von drei Wochen fällig werdenden Löhne und Gehälter führt in obigem Beispiel zu einer Deckungslücke von € 130.000,00 bzw. 20,63 %, was faktisch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bedeutet.

Anmerkung:

In der Praxis handelt es sich bei den in einem Unternehmen anfallenden Passiva II nicht nur um Löhne und Gehälter, sondern diese Position setzt sich darüber hinaus auch aus Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen und sonstigen Verbindlichkeiten zusammen.

BGH-Urteil vom 19.12.2017

Feststellungen zu den Passiva II und der Bugwelle

Im BGH-Urteil vom 19.12.2017 heißt es:

In die zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit aufzustellende Liquiditätsbilanz sind auf der Aktivseite neben den verfügbaren Zahlungsmitteln (sog. Aktiva I) die innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel (sog. Aktiva II) einzubeziehen und zu den am Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva I) sowie den innerhalb von drei Wochen fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) in Beziehung zu setzen.

Auch die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden Verbindlichkeiten (Passiva II) sind bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen.⁹

Hierbei folgt man der Auffassung, dass die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten in Abgrenzung zu der bloßen Zahlungsstockung zu berücksichtigen sind.

In seiner Urteilsbegründung führt der BGH u.a. folgendes aus:

- Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist nicht rein stichtagsbezogen zu verstehen.¹⁰

⁹ BGH Urteil v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, Rn. 33.

¹⁰ Vgl. BGH Urteil v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, Rn. 41, 42, 43.

- Die Einbeziehung der Passiva II führt nicht zu Abgrenzungsproblemen gegenüber der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO, es verbleibt auch bei Berücksichtigung der Passiva II im Rahmen des § 17 InsO ein davon abgrenzbarer Anwendungsbereich des § 18 InsO in der Zeit vor und nach Ablauf des dreiwöchigen Prognosezeitraums.¹¹
- Für eine Einbeziehung der Passiva II spricht außerdem das in der Gesetzesbegründung zur Insolvenzordnung ausgedrückte Regelungsziel, wonach man mit der Insolvenzordnung eine im Vergleich zur Konkursordnung frühzeitigere Verfahrenseröffnung zur Verbesserung der Sanierungsmöglichkeiten bzw. der Erhaltung der Insolvenzmasse erreichen möchte.
Wenn im Rahmen der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit jedoch lediglich die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag flüssig zu machenden Mittel, nicht aber die in diesem Zeitraum fälligen Verbindlichkeiten berücksichtigt werden (Folge: Entstehung der Bugwelle), so steht dies dem o.a. Ziel der Insolvenzordnung entgegen.¹²
- Es kann nicht einerseits der Zahlungsmittelbestand dynamisch (d.h. zeitraumbezogen) und andererseits der Bestand an fälligen Verbindlichkeiten statisch (stichtagsbezogen) ermittelt werden.¹³

Insbesondere die zuletzt genannte Argumentation des BGH (d.h. die Betonung der Notwendigkeit einer gleichen Beurteilung des Zahlungsmittelbestands und des Bestands an fälligen Verbindlichkeiten) ist aus Sicht des betriebswirtschaftlichen Sachverständigen von erheblicher Bedeutung.

Feststellungen zur Fälligkeit der Verbindlichkeiten

Auch die Thematik des „ernsthaften Einforderns“ ist im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Passiva II von Bedeutung. Im BGH-Urteil vom 19.12.2017 wird auf die Fälligkeit einer Verbindlichkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO eingegangen.

¹¹ Vgl. BGH Urteil v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, Rn. 44, 46.

¹² Vgl. BGH Urteil v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, Rn. 48, 49, 50.

¹³ Vgl. BGH Urteil v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, Rn. 53.

Es wird hierbei festgestellt, dass eine Gläubigerhandlung („ernsthaftes Einfordern“) zwar die Voraussetzung zur Fälligkeit einer Verbindlichkeit darstellt, eine Übersendung der Rechnung hierzu jedoch nicht erforderlich ist.¹⁴

Bereits mit der Einbuchung der Verbindlichkeit in die Buchhaltung ist von einem ernsthaften Einfordern auszugehen.¹⁵

Der pauschale Einwand, die zugrunde gelegte Buchhaltung sei unrichtig, genüge nicht als substantiiertes Vortrag des Bestreitens. Auch die Berufung darauf, dass eine eigene Kenntnis von den Buchungsvorgängen nicht vorhanden ist, ist nicht als ausreichend anzusehen, denn ein Geschäftsführer ist zwar nicht zur eigenhändigen Buchführung verpflichtet, aber er trägt grundsätzlich die Verantwortung für eine ordnungsgemäße Buchführung.¹⁶

Reaktionen auf das BGH-Urteil vom 19.12.2017

Die bisherigen Reaktionen auf das Urteil des BGH vom 19.12.2017 sind im Wesentlichen positiv und entsprechen auch der bislang herrschenden Meinung zur Thematik des Bugwelleneffektes, der Berücksichtigung der Passiva II sowie zur Thematik des „ernsthaften Einforderns“ / der Fälligkeit von Verbindlichkeiten im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO:

- Nach Mylich sind nicht nur die in den nächsten drei Wochen zu beschaffenden liquiden Mittel (Aktiva II), sondern auch die bis dahin fällig werdenden Verbindlichkeiten (Passiva II) einzubeziehen. Hinsichtlich der Fälligkeit bzw. des Einforderns der Verbindlichkeiten sind keine Spekulationen/Prognosen abzugeben, sondern es ist vom ernsthaften Einfordern durch alle Gläubiger auszugehen. Verbindlichkeiten sind nur dann nicht anzusetzen, wenn ein Stillhalteabkommen mit dem Gläubiger vereinbart wurde. Wesentliches Kriterium ist, dass hinsichtlich der künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten und der künftigen Liquidität ein gleicher Maßstab angelegt wird.¹⁷

¹⁴ Vgl. BGH Urteil v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, Rn. 16.

¹⁵ Vgl. BGH Urteil v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, Rn. 17.

¹⁶ Vgl. BGH Urteil v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, Rn. 21, 25.

¹⁷ Vgl. Mylich, Falk in ZIP 2018, 514-519

- Nach Münnich ist die jetzige Position des II. Zivilsenats nicht überraschend und fügt sich nahtlos ein in die für betroffene Geschäftsleiter strenge Linie des BGH zur Innenhaftung nach § 64 S. 1 GmbHG.¹⁸
- Der BGH stellt „endlich“ nach dem BGH-Urteil vom 24.05.2005 – IX ZR 123/04 klar: In eine Liquiditätsbilanz zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit sind nicht nur die sog. Aktiva I + II und die Passiva I, sondern auch die Passiva II einzustellen.¹⁹
- Bislang hatte der BGH wiederholt entschieden, dass die Passiva II nicht zu berücksichtigen seien. In der Literatur ist dies auf heftige Kritik gestoßen. Insbesondere in den IDW Standards zur Ermittlung der Insolvenzgründe wurden die Passiva II entgegen der bisherigen Rechtsprechung mitbetrachtet. Durch die neue Rechtsprechung wird der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit deutlich früher eintreten.²⁰
- Die fehlende Erwähnung der Passiva II war bislang überwiegend so verstanden worden, dass diese nicht zu berücksichtigen seien mit der Folge, dass der Schuldner mitunter eine sog. Bugwelle vor sich herschieben konnte ohne zahlungsunfähig zu sein. Dieser in der juristischen Literatur seit langem kritisierten Auffassung hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nunmehr eine Absage erteilt. Die Entscheidung vom 19.12.2017 und damit die Abkehr von der Bugwellentheorie haben erhebliche Auswirkungen auf die Praxis. Der Geschäftsführer einer GmbH, UG (haftungsbeschränkt) oder GmbH & Co. KG, wie auch der Vorstand einer AG, hat zukünftig bei der Prüfung der Liquiditätssituation der von ihm geführten Gesellschaft stets zu berücksichtigen, welche Verbindlichkeiten in den kommenden drei Wochen ab dem Prüfungsstichtag fällig werden.²¹

¹⁸ Vgl. Münnich, Lutz in GmbHR 6/2018, S. 299ff.

¹⁹ Vgl. <https://www.schneidergeiwitz.de/aktuell/bgh-zum-begriff-der-zahlungsunfaehigkeit-aenderung-der-rechtsprechung/>

²⁰ Vgl. <http://lws-rechtsanwaelte.de/rechtsprechung/2201/2-zivilsenat-des-bgh-kippt-rechtsprechung-zur-feststellung-der-zahlungsunfaehigkeit/>

²¹ Vgl. <https://www.whpra.de/Bugwellentheorie-BGH-Ablehnung.html>

Gutachterliches Fazit zur Rechtsprechung des BGH vom 19.12.2017

Die im aktuellen Urteil des II. Zivilsenats vorgetragene Vorgehensweise (Berücksichtigung der Passiva II im Rahmen der Feststellung, ob ein Schuldner seinen Zahlungsverpflichtungen innerhalb der kommenden drei Wochen nachkommen kann oder nicht) entspricht der bereits bislang herrschenden Meinung zu dieser Thematik und ist daher zu begrüßen.

Auf der Grundlage der bisherigen Urteile bestand Uneinigkeit darüber, ob die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden Verbindlichkeiten in einem Finanzplan zu berücksichtigen sind oder nicht.

In der gutachterlichen Praxis stellte die Berücksichtigung bzw. Nicht-Berücksichtigung der Passiva II im Finanzplan einen häufigen und auch wesentlichen Streitpunkt dar, da bei einer Nicht-Berücksichtigung der Passiva II die Feststellungen zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des betrachteten Unternehmens erheblich abweichen konnten.

Die aktuelle Entscheidung wirkt dieser Problematik entgegen und bedeutet somit eine Abkehr von der sogenannten Bugwellentheorie.

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist die Berücksichtigung der Passiva II in Liquiditätsbilanz/Finanzplan unerlässlich, weil nicht einerseits die im Planungszeitraum zu erwartenden Einnahmen unstrittig berücksichtigt werden müssen, während andererseits die im gleichen Zeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten unberücksichtigt bleiben (Problem der erheblichen Inkongruenz zwischen der Aktiv- und Passivseite, auf das auch im Urteil vom 19.12.2017 hingewiesen wird).

Die oftmals im Rahmen der Gutachtenerstellung aufgetretene Diskrepanz zwischen der juristischen und betriebswirtschaftlichen Sichtweise besteht aufgrund des Urteils vom 19.12.2017 nicht mehr. Für die gutachterliche Praxis ist dies eine wesentliche Veränderung. Denn vielfach stieß die gutachterliche, betriebswirtschaftliche Sichtweise auf die juristische, am Wortlaut des BGH-Urteils vom 24.05.2005 angelegte Auslegung. Diese Problematik ist nunmehr im Wesentlichen ausgeräumt.

In den bisherigen Kommentaren zum Urteil des II. Zivilsenats vom 19.12.2017 wird die Entscheidung des BGH überwiegend positiv beurteilt.

Es handelt sich bei dem BGH-Urteil vom 19.12.2017 um ein Urteil des II. Zivilsenats (zuständig für Gesellschaftsrecht, Vereinsrecht). Der IX. Zivilsenat (zuständig für Insolvenzrecht, Anwaltshaftung, Steuerberaterhaftung) hat sich hierzu bislang noch nicht in dieser Form geäußert.