

## **Vereinfachter Nachweis der Zahlungsunfähigkeit nach dem Urteil des BGH vom 28.06.2022 (II ZR 112/21) - Kritische Auseinandersetzung aus sachverständiger Sicht**

*von Dipl.-Betrw. Sandra Comtesse, ö.b.u.v. Sachverständige für Insolvenzuntersuchungen, Saarbrücken*

Der II. Zivilsenat des BGH hat sich in seiner jüngeren Rechtsprechung dafür ausgesprochen, die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 InsO auch auf andere Weise als zulässig zu erachten und rückt damit von der bisherigen Rechtsprechung ab, die bei Feststellung einer Unterdeckung im Liquiditätsstatus eine Liquiditätsbilanz bzw. einen Finanzplan über einen Zeitraum von drei Wochen fordert, in welchem die Aktiva I und Aktiva II den Passiva I und Passiva II gegenüberzustellen sind.

Mit dem Urteil des II. Zivilsenats vom 28.06.2022 (II ZR 112/21) können sich für die Zukunft wesentliche Änderungen bei der Prüfung und Feststellung der Zahlungsunfähigkeit ergeben.<sup>1</sup>

In dem Fall, der dem Urteil vom 28.06.2022 zugrunde lag, ging es um die Klage eines Insolvenzverwalters, der vom Geschäftsführer einer an einem Cash-Pool beteiligten Tochtergesellschaft die Erstattung zweier Überträge vom Konto der Tochtergesellschaft auf das Masterkonto der Muttergesellschaft forderte. Laut Insolvenzverwalter sei die Gesellschaft bereits am 31.12.2012 zahlungsunfähig gewesen. Die Zahlungen vom Konto der Tochtergesellschaft auf das Masterkonto erfolgten im November und Dezember 2013.

Die Klage des Insolvenzverwalters wurde vom Landgericht und Oberlandesgericht abgewiesen, da der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft nicht erbracht worden sei. Der vom Kläger vorgelegte Bericht einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft genüge nicht, weil er keine Gesamtliquiditätsbetrachtung der Unternehmensgruppe enthalte und die Forderungen aus dem Cash-Pooling nicht berücksichtige.

---

<sup>1</sup> vgl. BGH-Urteil vom 28.06.2022 – II ZR 112/21

Dass der Kläger den vollen freien Kreditrahmen auf dem Masterkonto in Ansatz gebracht habe, genüge nicht, weil der freie Kreditrahmen die Downstream-Loans (Zahlungen vom Masterkonto an die Tochtergesellschaft) im fraglichen Zeitraum unterschreite.

Es müsse zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft am 31.12.2012 aufgrund des Cash-Poolings eine Gesamtliquiditätsplanung der Unternehmensgruppe erfolgen.

Nach dem BGH habe das Berufungsgericht die Anforderungen an den Vortrag des Klägers zur Zahlungsunfähigkeit überspannt.

Der Kläger habe eine erhebliche Liquiditätslücke für einen Zeitraum von drei Wochen ab dem 31.12.2012 festgestellt und damit die Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft dargetan.

So sei regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, wenn die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners 10 % oder mehr betrage, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sei, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen werde und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten sei.

Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 InsO müsse nicht durch Aufstellung einer Liquiditätsbilanz, sondern könne auch mit anderen Mitteln dargelegt werden.

So werde es nach der Rechtsprechung des BGH für zulässig erachtet, die Zahlungsunfähigkeit durch einen Liquiditätsstatus auf den Stichtag in Verbindung mit einem Finanzplan für die auf den Stichtag folgenden drei Wochen, in dem tagesgenau Einzahlungen und Auszahlungen gegenübergestellt werden, darzutun (BGH-Urteil vom 28.04.2022, IX ZR 48/21).

**Ebenso spräche nichts dagegen, mehrere tagesgenaue Liquiditätsstatus in aussagefähiger Anzahl aufzustellen, in denen ausgehend von dem am Stichtag eine erhebliche Unterdeckung ausweisenden Status an keinem der im Prognosezeitraum liegenden bilanzierten Tag die Liquiditätslücke in relevanter Weise geschlossen werden kann.**

Diese Anforderungen habe der Kläger erfüllt, indem er einen Liquiditätsstatus zum 31.12.2012 sowie drei weitere Status zum 07.01., 16.01. und 21.01.2013 erstellt habe.

Die Liquiditätsstatus hätten gezeigt, dass die zum 31.12.2012 festgestellte Liquiditätslücke in Höhe von 54,80 % nicht innerhalb der nächsten drei Wochen zurückgeführt werden konnte, dass nur noch eine unerhebliche Lücke bestanden habe. Am 21.01.2013 habe die Lücke immer noch 45,70 % betragen. Damit habe der Kläger die Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft dargelegt.

Der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft durch den Insolvenzverwalter erfolgte ausschließlich anhand von Liquiditätsstatus, also reinen Stichtagsbetrachtungen, während des Drei-Wochen-Zeitraums. Ein Finanzplan, der die zu erwartenden Ein- und Auszahlungen im Drei-Wochen-Zeitraum ausweist, wurde nicht erstellt. Dadurch, dass die zum 31.12.2012 festgestellte Liquiditätslücke gemäß der im Drei-Wochen-Zeitraum erstellten Liquiditätsstatus nicht auf eine unerhebliche Lücke zurückgeführt werden konnte, war die Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft laut BGH nachgewiesen.

Das Urteil des II. Zivilsenats kann für die zukünftige Feststellung der Zahlungsunfähigkeit wesentliche Änderungen zur Folge haben, wenn bei der Prüfung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit keine Liquiditätsbilanz bzw. kein Finanzplan mehr erforderlich ist und stattdessen Liquiditätsstatus zu unterschiedlichen Stichtagen im Drei-Wochen-Zeitraum ausreichen.

Nachfolgend wird aus sachverständiger Sicht aufgezeigt, wo es in der Praxis bei der Umsetzung der im Urteil vom 28.06.2022 beschriebenen Methodik ggfls. zu Schwierigkeiten kommen könnte bzw. welche Auswirkungen und Folgen die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens nach dieser Methode haben kann.

#### Wegfall des Prognoseelements

Mit dem Urteil vom 28.06.2022 rückt der BGH von einem wesentlichen Bestandteil der bisherigen Praxis der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit, dem Prognoseelement, ab.

In Anlehnung an das Urteil des BGH vom 24.05.2005 erfolgte die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit nach der betriebswirtschaftlichen Methode bisher grundsätzlich in zwei Schritten.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> vgl. BGH-Urteil vom 24.05.2005– IX ZR 123/04

Im ersten Schritt war ein Liquiditätsstatus zu erstellen, in welchem die zum Stichtag verfügbaren Zahlungsmittel den fälligen Zahlungsverpflichtungen gegenüber zu stellen waren.

In einem zweiten Schritt waren die im Liquiditätsstatus ausgewiesenen Positionen in einem Finanzplan bzw. einer Liquiditätsbilanz fortzuentwickeln. Neben den zum Stichtag des Liquiditätsstatus ermittelten verfügbaren Zahlungsmitteln und fälligen Zahlungsverpflichtungen waren in den Finanzplan auch die im Planungszeitraum zu erwartenden Einzahlungen und die zu erwartenden Auszahlungen aufzunehmen.

Der Finanzplan stellte bisher einen wesentlichen Bestandteil der Zahlungsunfähigkeitsprüfung dar, dem insbesondere bei der Frage der Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO ein besonderer Stellenwert zukam.

Abzuwarten bleibt, ob und wenn ja, wie sich die Strafsenate des BGH in Bezug auf die künftige Feststellung der Zahlungsunfähigkeit äußern werden.

Haben sie doch in der Vergangenheit wiederholt betont, dass bei der Frage, ob eine Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO besteht, eine prognostische Beurteilung dahingehend erforderlich ist, ob innerhalb der Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist, etwa durch Kredite, Zuführung von Eigenkapital etc.<sup>3</sup> Dies geschehe durch eine Finanzplanrechnung aus der sich die hinreichend konkret zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben der nächsten 21 Tage ergeben.

Im Anfechtungsprozess konnte die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit schon in der Vergangenheit dadurch erfolgen, dass auf den Zeitpunkt abgestellt wurde, zu dem fällige Verbindlichkeiten erheblichen Umfangs bestanden, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr beglichen worden sind.<sup>4</sup>

Die Strafsenate hatten dagegen immer eine prognostische Beurteilung gefordert und eben nicht auf die Erstellung eines Finanzplans bzw. einer Liquiditätsbilanz verzichtet.

---

<sup>3</sup> vgl. BGH-Urteil vom 12.04.2018 - 5 StR 538/17, BGH-Urteil vom 04.12.2018 - 4 StR 319/18, BGH-Urteil vom 21.08.2013 - 1 StR 665/12

<sup>4</sup> vgl. BGH-Urteil vom 18.07.2013 - IX ZR 143/12

Aus sachverständiger Sicht ist dies auch logisch, denn der Geschäftsführer, der die Liquiditätslage seines Unternehmens an einem bestimmten Stichtag überprüfen möchte bzw. muss, um zu wissen, ob er möglicherweise insolvenzantragspflichtig ist, kennt weder die Kontostände der Bankkonten und die Kassenguthaben noch die fälligen Verbindlichkeiten zu den entsprechenden Stichtagen im darauffolgenden Drei-Wochen-Zeitraum.

Die im Urteil vom 28.06.2022 geschilderte Methodik kann deshalb nur bei einer rückblickenden (ex post) Betrachtung der Liquiditätslage eines Unternehmens in Frage kommen. Bei einer ex ante Betrachtung, wie sie im Strafrecht vorrangig Anwendung findet, kann aus sachverständiger Sicht nicht auf das prognostische Element verzichtet werden.

#### Vorverlegung des Zeitpunktes des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit

Die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit anhand von Liquiditätsstatus könnte in Zukunft dazu führen, dass der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens vorverlegt wird.

Durch den Verzicht auf die Liquiditätsbilanz bzw. Finanzplanung werden Sachverhalte, mit denen am Bewertungsstichtag noch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu rechnen war, die aber in der Folgezeit tatsächlich nicht eingetreten waren, nicht mehr berücksichtigt.

Kann ein Unternehmen am Bewertungsstichtag noch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass der Kunde X seiner Zahlungsverpflichtung in den nächsten drei Wochen nachkommen wird, erfolgt eine entsprechende Berücksichtigung dieser Kundenforderung in der Liquiditätsbilanz bzw. im Drei-Wochen-Finanzplan.

Wird die Forderung gegen den Kunden X aufgrund eines Ereignisses, welches am Bewertungsstichtag noch nicht abzusehen war, innerhalb der drei Wochen wertlos und somit nicht ausgeglichen, bleibt sie bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung, die ausschließlich auf Liquiditätsstatus abstellt, außer Berücksichtigung.

Bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung unter Aufstellung eines Finanzplans bzw. einer Liquiditätsbilanz würde diese Forderung unter den geplanten Einnahmen ausgewiesen werden, da am Bewertungsstichtag mit dem Eingang dieser Forderung innerhalb des Planungszeitraums von drei Wochen noch sicher zu rechnen war.

### Überschuldungsprüfung versus Zahlungsunfähigkeitsprüfung

Mit dem Verzicht auf die Erstellung einer Liquiditätsbilanz bzw. Finanzplanung wird bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit von dem Prognoseelement Abstand genommen, welchem bei der Prüfung der Überschuldung seit Ende 2008 ein hoher Stellenwert zukommt.

So erfuhr die Fortbestehensprognose mit der Änderung des Überschuldungsbegriffs im Jahr 2008 eine wesentliche Aufwertung.<sup>5</sup> Während die Fortbestehensprognose nach der zuvor geltenden zweistufigen Methode der Überschuldungsprüfung nur die Funktion erfüllte, die Grundlagen für die Bewertung im Überschuldungsstatus festzustellen, kann eine positive Prognose nach der seit Ende 2008 geltenden modifizierten zweistufigen Methode eine Überschuldung des Unternehmens ausschließen. Der Fortbestehensprognose kommt somit im Rahmen der Überschuldungsprüfung ein wesentlicher Stellenwert zu.

Bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit soll nunmehr nach dem Urteil des BGH vom 28.06.2022 auf die prognostische Betrachtung verzichtet werden können.

Mit dem neuen Überschuldungsbegriff im Jahr 2008 und der damit verbundenen „Aufwertung“ der Fortbestehensprognose wollte der Gesetzgeber Unternehmen vor der Insolvenz bewahren, wenn eine vorübergehende Überschuldungssituation vorliegt, die Liquidität aber mittelfristig gesichert ist.

Mit der Streichung des Prognoseelements bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung könnte es zukünftig zu einer Vorverlegung des Zeitpunktes des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit und einem Anstieg der Insolvenzen wegen Zahlungsunfähigkeit kommen.

### Erleichterung der Prüfung sowie des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit

Der Wegfall des Prognoseelements (Finanzplan /Liquiditätsbilanz) stellt sicherlich eine Erleichterung bei der (rückblickenden) Prüfung bzw. Feststellung der Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens dar, insbesondere für Insolvenzverwalter und Sachverständige.

---

<sup>5</sup> § 19 Abs. 2 S. 1 InsO und § 19 Abs. 2 InsO a.F.

Die Schwierigkeiten, mit denen eine Prognoserechnung verbunden ist, die im Nachhinein zu einem Zeitpunkt in der Vergangenheit erstellt werden muss, ohne dass tatsächliche Ereignisse berücksichtigt werden dürfen, die am Bewertungsstichtag noch nicht abzusehen waren, fallen bei der ausschließlichen Betrachtung von Liquiditätsstatus weg.

Es ist davon auszugehen, dass Insolvenzverwaltern in Zukunft Klagen gegen Geschäftsführer im Zusammenhang mit der Insolvenzverschleppungshaftung erleichtert werden. Das Urteil vom 28.06.2022 bezog sich zwar noch auf § 64 GmbHG a.F., allerdings ist damit zu rechnen, dass die Entscheidung auch auf Fälle des § 15b InsO Anwendung finden wird.

#### Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen sowie Schutzschirmverfahren

Mit dem durch das StaRUG geschaffenen Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen wird das Ziel verfolgt, Sanierungen außerhalb und unter Vermeidung eines Insolvenzverfahrens mit Zustimmung der Mehrheit der betroffenen Gläubiger zu ermöglichen.<sup>6</sup> Die Instrumente des StaRUG stehen den Unternehmen allerdings nur dann zur Verfügung, wenn sie noch nicht zahlungsunfähig sind.

Die Vorverlagerung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit kann dazu führen, dass vielen Unternehmen die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens entgeht. Dadurch wird das eigentliche Ziel, welches mit dem Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen verfolgt wird, nämlich die Sanierung eines Unternehmens vor Eintritt der Insolvenz, verfehlt.

Ebenso wird Unternehmen mit der Vorverlagerung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit das Schutzschirmverfahren nach § 270d InsO verwehrt, welches Unternehmen durch einen möglichst frühzeitigen Insolvenzantrag in Eigenverwaltung die Möglichkeit einer Sanierung bietet.<sup>7</sup>

Das Schutzschirmverfahren kann nur eingeleitet werden, wenn das Unternehmen zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht zahlungsunfähig ist.

---

<sup>6</sup> vgl. <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw51-de-insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz-saninsfог-812886>, aufgerufen am 23.09.2022

<sup>7</sup> § 270 d InsO

### Gefahr der Fehlinterpretation bezüglich der Behandlung eines Cash-Pools

Der BGH führt im Urteil vom 28.06.2022 aus, dass es für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit des am Cash-Pool beteiligten Unternehmens nicht auf eine Darlegung „der im Beurteilungszeitraum vorhandenen Liquidität des Cash-Pool-Systems im Sinne einer konsolidierten Gesamtbetrachtung (Gesamtliquiditätsplanung der Unternehmensgruppe)“ ankomme.<sup>8</sup> Dadurch, dass der Kläger den vollen freien Kreditrahmen auf dem Masterkonto als liquide Mittel der Schuldnerin in Ansatz gebracht habe, seien alle im Cash-Pool verfügbaren Mittel, die die Schuldnerin zur Tilgung ihrer fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten hätte erlangen können, berücksichtigt worden. Die im Drei-Wochen-Zeitraum erfolgten Downstream-Loans (Zahlungen vom Masterkonto auf das Bankkonto der Tochtergesellschaft), welche der Schuldnerin zugeflossen seien und den freien Kreditrahmen auf dem Masterkonto überschritten hätten, seien im Rahmen der drei vom Kläger erstellten Liquiditätsstatus im Drei-Wochen-Zeitraum vollumfänglich berücksichtigt.

In dem Fall, der dem Urteil vom 28.06.2022 zugrundelag, war die beschriebene Vorgehensweise (Berücksichtigung des vollen freien Kreditrahmens) vertretbar, weil der Kläger auch unter Berücksichtigung der kompletten Cash-Pool-Kreditlinie bei der hier zu prüfenden Tochtergesellschaft jeweils deutliche Unterdeckungen festgestellt hat.

Er hat bei seiner Betrachtung die für das Unternehmen „günstigste“ Alternative dargestellt, nämlich, dass die Gesellschaft allein auf die komplette freie Kreditlinie zurückgreifen konnte. Trotzdem ergaben sich in den Liquiditätsstatus der Tochtergesellschaft nicht unerhebliche Unterdeckungen.

Das Urteil sollte nicht so verstanden werden, dass grundsätzlich die freie Kreditlinie auf dem Masterkonto komplett bei einer der am Cash-Pool beteiligten Gesellschaften berücksichtigt werden darf.

Im hier vorliegenden Fall war die Vorgehensweise vertretbar, da die vom Kläger erstellten Liquiditätsstatus auch unter Berücksichtigung der vollen freien Kreditlinie auf dem Masterkonto bei der Tochtergesellschaft zu Unterdeckungen geführt haben.

---

<sup>8</sup> vgl. BGH-Urteil vom 28.06.2022 – II ZR 112/21

Anders sieht es aus, wenn das Ergebnis der Liquiditätsstatus von der Höhe der freien Kreditlinie abhängt, d.h. wenn sich je nach Höhe der freien Kreditlinie eine Überdeckung oder eine Unterdeckung in den Liquiditätsstatus ergibt.

In einem solchen Fall muss eine Gesamtbetrachtung der Liquidität der Unternehmensgruppe erfolgen, um die Zahlungsunfähigkeit der am Cash-Pool beteiligten Gesellschaft ordnungsgemäß feststellen zu können.

Denn wenn es bei einem Cash-Pool-System weitere Tochtergesellschaften mit Liquiditätsbedarf gibt, kann die freie Kreditlinie auf dem Masterkonto nicht nur einer Gesellschaft in voller Höhe zugerechnet werden.

#### Mögliche Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung

Nach dem Urteil vom 28.06.2022 spräche nichts dagegen, die Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens in der Art und Weise nachzuweisen, dass mehrere tagesgenaue Liquiditätsstatus in aussagefähiger Anzahl aufgestellt werden, in denen ausgehend von dem am Stichtag eine erhebliche Unterdeckung ausweisenden Status an keinem der im Prognosezeitraum liegenden bilanzierten Tag die Liquiditätslücke in relevanter Weise geschlossen werden kann.<sup>9</sup>

Aus sachverständiger Sicht können sich bei der Umsetzung dieser Methodik in der Praxis in einzelnen Fällen Schwierigkeiten bei der Auswertung der Ergebnisse zeigen.

Zur Veranschaulichung sollen die nachfolgend dargestellten Fallbeispiele dienen. Alle Beispiele gehen von einer Liquiditätslücke zum 31.12.2021 in Höhe von € 650.000,- bzw. 54,17 % aus. Die Ergebnisse der auf den Liquiditätsstatus zum 31.12.2021 folgenden drei Liquiditätsstatus im Drei-Wochen-Zeitraum zum 07.01., 14.01. und 21.01.2022 unterscheiden sich in den vier Fallbeispielen und führen damit zu unterschiedlichen Beurteilungen bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit.

---

<sup>9</sup> vgl. BGH-Urteil vom 28.06.2022 – II ZR 112/21

	Stichtag	<- Drei-Wochen-Zeitraum ->		
	Liquiditätsstatus zum 31.12.2021	Liquiditätsstatus zum 07.01.2022	Liquiditätsstatus zum 14.01.2022	Liquiditätsstatus zum 21.01.2022
	€	€	€	€
<b>Fallbeispiel 1</b>				
liquide Mittel (freie Kreditlinien, Bank- u. Kassenguthaben)	550.000,00	675.000,00	450.000,00	500.000,00
fällige Verbindlichkeiten	1.200.000,00	1.150.000,00	800.000,00	950.000,00
<b>Über-/Unterdeckung in %</b>	<b>-650.000,00 -54,17%</b>	<b>-475.000,00 -41,30%</b>	<b>-350.000,00 -43,75%</b>	<b>-450.000,00 -47,37%</b>
<b>Fallbeispiel 2</b>				
liquide Mittel (freie Kreditlinien, Bank- u. Kassenguthaben)	550.000,00	700.000,00	650.000,00	550.000,00
fällige Verbindlichkeiten	1.200.000,00	900.000,00	600.000,00	1.000.000,00
<b>Über-/Unterdeckung in %</b>	<b>-650.000,00 -54,17%</b>	<b>-200.000,00 -22,22%</b>	<b>50.000,00 -</b>	<b>-450.000,00 -45,00%</b>
<b>Fallbeispiel 3</b>				
liquide Mittel (freie Kreditlinien, Bank- u. Kassenguthaben)	550.000,00	700.000,00	500.000,00	750.000,00
fällige Verbindlichkeiten	1.200.000,00	1.000.000,00	650.000,00	900.000,00
<b>Über-/Unterdeckung in %</b>	<b>-650.000,00 -54,17%</b>	<b>-300.000,00 -30,00%</b>	<b>-150.000,00 -23,08%</b>	<b>-150.000,00 -16,67%</b>
<b>Fallbeispiel 4</b>				
liquide Mittel (freie Kreditlinien, Bank- u. Kassenguthaben)	550.000,00	775.000,00	800.000,00	750.000,00
fällige Verbindlichkeiten	1.200.000,00	850.000,00	650.000,00	950.000,00
<b>Über-/Unterdeckung in %</b>	<b>-650.000,00 -54,17%</b>	<b>-75.000,00 -8,82%</b>	<b>150.000,00 -</b>	<b>-200.000,00 -21,05%</b>

### Fallbeispiel 1

Das Fallbeispiel 1 beschreibt eine ähnliche Situation wie im Urteil vom 28.06.2022.

Der Liquiditätsstatus zum 31.12.2021 zeigt eine nicht mehr geringfügige Liquiditätslücke in Höhe von € 650.000,- bzw. 54,17 %. Die zu den Stichtagen 07.01., 14.01. und 21.01.2022 erstellten Liquiditätsstatus weisen Unterdeckungen von über 40 % aus. Die Liquiditätsstatus machen deutlich, dass die zum 31.12.2021 festgestellte Liquiditätslücke in Höhe von € 650.000,- bzw. 54,17 % nicht innerhalb der nächsten drei Wochen ausgeglichen und in diesem Zeitraum auch nicht so weit zurückgeführt werden konnte, dass nur noch eine unerhebliche Lücke bestand.

Gemäß Urteil vom 28.06.2022 lag somit Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zum 31.12.2021 vor.

Auch nach der Leitsatzentscheidung des BGH vom 24.05.2005 ist bei einer innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigenden Lücke von 10 % oder mehr regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Eine Ausnahme wird aber dann gesehen, wenn diese Lücke mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden konnte. Aus diesem Grund ist die Finanzplanung deshalb auch bei einer Lücke von 10 % und mehr auf längere Zeiträume auszudehnen, um sicherzustellen, dass alle Umstände, die zu einer erheblichen Verbesserung der Liquidität führen können, ausreichend berücksichtigt werden. Die zeitliche Höchstgrenze wird nach der hM überwiegend zwischen drei und sechs Monaten gesehen.<sup>10</sup>

Das Urteil vom 28.06.2022 beschränkt die Betrachtung auf den Drei-Wochen-Zeitraum. Eine über diesen Zeitraum hinausgehende Überprüfung der Liquiditätslage wird nicht erwähnt. Dadurch können sich in Zukunft deutliche Unterschiede bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit ergeben.

### Fallbeispiel 2

Im Fallbeispiel 2 weist der Liquiditätsstatus zum 07.01.2022 eine Unterdeckung in Höhe von nur noch € 200.000,- bzw. 22,22 % aus. Am 14.01.2022 war die Liquiditätslücke sogar in voller Höhe ausgeglichen. Der Liquiditätsstatus zum 21.01.2022 führte dann wieder zu einer Unterdeckung in Höhe von € 450.000,- bzw. 45 %.

---

<sup>10</sup> vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer (2021): IDW Standard: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), S. 6

Bei diesem Beispiel konnte die Liquiditätslücke während des Drei-Wochen-Zeitraums beseitigt werden, allerdings nur für kurze Zeit.

Die beiden Liquiditätsstatus zum 07.01. und 14.01.2022 zeigen eine Verbesserung der Liquiditätslage und eine Beseitigung der Liquiditätslücke in den ersten beiden Wochen des Monats Januar 2022. Am Ende des Drei-Wochen-Zeitraums war die Liquiditätslage jedoch wieder deutlich negativ und es lag eine Liquiditätslücke in Höhe von € 450.000,- bzw. 45 % vor.

Im Urteil vom 28.06.2022 wurde ausgeführt, dass die Zahlungsunfähigkeit dargelegt worden sei, weil die vom Kläger im Drei-Wochen-Zeitraum vorgetragene Unterdeckung nicht so weit zurückgeführt werden konnte, dass nur noch eine unerhebliche Lücke bestand, sondern nach drei Wochen immer noch 45,7 % betragen habe.

Eine durchgehende, nicht unerhebliche Unterdeckung ist im Fallbeispiel 2 nicht gegeben. Stattdessen zeigen die ersten beiden Status eine Verbesserung der Liquiditätslage und eine Beseitigung der Liquiditätslücke.

Aus sachverständiger Sicht müsste in einem solchen Fall eine nähere Überprüfung dahingehend erfolgen, was zu der Verbesserung der Liquiditätslage in den ersten beiden Wochen des Monats Januar 2022 geführt und wie sich die Liquidität in der Folgezeit entwickelt hat. So kann die finanzielle Lage durch einmalige, außerordentliche Einflüsse beeinflusst worden sein, die nur zu einer kurzfristigen Erholung der Liquiditätslage geführt, aber keine nachhaltige Verbesserung der Liquidität zur Folge haben.

In diesem Zusammenhang müsste auch hier eine Ausdehnung des Drei-Wochen-Zeitraums erfolgen.

### Fallbeispiel 3

Im Fallbeispiel 3 weisen die drei Liquiditätsstatus im Drei-Wochen-Zeitraum durchgehende Unterdeckungen aus, die sich allerdings von Woche zu Woche reduziert haben. Der Status zum 07.01.2022 führte zu einer Unterdeckung in Höhe von € 300.000,- bzw. 30 %, der Status zum 14.01.2022 zeigt eine Unterdeckung in Höhe von € 150.000,- bzw. 23,08 % und der Status zum 21.01.2022 hat eine Unterdeckung in Höhe von € 150.000,- bzw. 16,67 % zum Ergebnis.

Im BGH-Urteil vom 28.06.2022 wird von einer Schließung der Liquiditätslücke „in relevanter Weise“ gesprochen (Rn. 14).<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> BGH-Urteil vom 28.06.2022 - II ZR 112/21

Des Weiteren führt der BGH aus, dass die vom Kläger für einen Zeitraum von drei Wochen vorgetragene, 40 % nicht unterschreitende Unterdeckung „weder unerheblich noch vorübergehend“ gewesen sei.

Der BGH macht hinsichtlich der Höhe der Liquiditätslücke keine konkreten, zahlenmäßigen Angaben. Was unter „in relevanter Weise“ oder „unerheblich“ genau zu verstehen sein soll, bleibt offen.

Unter Rn. 12 nimmt der BGH allerdings Bezug auf die Leitsatzentscheidung vom 24.05.2005, in welchem der Schwellenwert von 10 % zur Abgrenzung ganz geringfügiger Liquiditätslücken bestimmt wurde.<sup>12</sup> Demzufolge war davon auszugehen, dass mit „unerheblich“ oder „in relevanter Weise“ dieser Schwellenwert gemeint ist.

Im Fallbeispiel 3 führten die im Drei-Wochen-Zeitraum erstellten Liquiditätsstatus zu Unterdeckungen in Höhe von 30 %, 23,08 % und 16,67 %. Die Liquiditätslücken lagen demnach z.T. deutlich über 10 %, so dass an keinem der im Drei-Wochen-Zeitraum geprüften Stichtage die Liquiditätslücke „in relevanter Weise“ geschlossen werden konnte bzw. „unerheblich“ war. Demzufolge könnte nach dem Urteil vom 28.06.2022 von Zahlungsunfähigkeit ab dem 31.12.2021 ausgegangen werden.

Die Ergebnisse der Liquiditätsstatus lassen allerdings einen Trend erkennen, der auf eine zunehmende Verbesserung der finanziellen Lage hindeutet.

Auch in diesem Fall wäre die Betrachtung eines längeren Zeitraums erforderlich, um überprüfen zu können, ob die Liquiditätslücke in naher Zukunft ggfls. ausgeglichen werden konnte.

So hatte der BGH in seiner Leitsatzentscheidung vom 24.05.2005 ausgeführt, dass bei einer Liquiditätslücke von 10 % oder mehr zwar regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen sei, eine Ausnahme aber dann gesehen werde, wenn diese Lücke mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden kann.

#### Fallbeispiel 4

Im Fallbeispiel 4 weist der Liquiditätsstatus zum 07.01.2022 eine Liquiditätslücke in Höhe von € 75.000,- bzw. 8,82 % aus. Zum 14.01.2022 ergab sich eine Überdeckung in Höhe von € 150.000,- im Liquiditätsstatus, während am 21.01.2022 wieder eine Unterdeckung in Höhe von € 200.000,- bzw. 21,05 % festzustellen war.

---

<sup>12</sup> BGH-Urteil vom 24.05.2005 - IX ZR 123/04

Die Liquiditätslücke konnte somit in der zweiten Woche vollständig ausgeglichen werden. Bereits in der ersten Woche war die Liquiditätslücke auf unter 10 % gesunken. In der dritten Woche verschlechterte sich die Liquiditätslage dann wieder und der Liquiditätsstatus zum 21.01.2022 wies eine Unterdeckung in Höhe von € 200.000,- bzw. 21,05 % aus.

In diesem Fallbeispiel hatte sich die Liquiditätslage der Gesellschaft in den ersten beiden Wochen wesentlich verbessert, so dass es zu einer Beseitigung der Liquiditätslücke gekommen war.

Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zum 31.12.2021 ist in diesem Fall nicht eindeutig. Zum 31.12.2021 lag zwar eine nicht mehr geringfügige Liquiditätslücke in Höhe von € 650.000,- bzw. 54,17 % vor, aber in den darauffolgenden zwei Wochen war es zu einer wesentlichen Verbesserung der finanziellen Lage gekommen, die zu einer Beseitigung der Liquiditätslücke geführt hat. Der Gesellschaft war es gemäß den Liquiditätsstatus zum 07.01. und 14.01.2022 gelungen, liquide Mittel zu beschaffen, um die fälligen Verbindlichkeiten auszugleichen. Spätestens zum 14.01.2022 lagen die liquiden Mittel über den fälligen Verbindlichkeiten und die Liquiditätslage war ausgeglichen. Aus sachverständiger Sicht dürfte am 31.12.2021 keine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft vorgelegen haben.

Dadurch, dass es in der dritten Woche wieder zu einer Verschlechterung der Liquiditätslage gekommen war und der Liquiditätsstatus zum 21.01.2022 zu einer Unterdeckung in Höhe von € 200.000,- bzw. 21,05 % geführt hat, müsste folgerichtig eine erneute Prüfung der Zahlungsunfähigkeit auf den Stichtag 21.01.2022 erfolgen.

## Fazit

Die dargestellten Fälle sowie die zuvor aufgezeigten Kritikpunkte verdeutlichen, dass die Anwendung der im Urteil vom 28.06.2022 ausgeführten Methodik in der Praxis zu Schwierigkeiten bei der Einschätzung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit führen kann. Dies zeigt sich zum einen in der Nichtberücksichtigung geplanter Einnahmen, die aus für das Unternehmen unverschuldeten Gründen ausfallen oder sich verspäten. Zum anderen kann die Begrenzung auf den Drei-Wochen-Zeitraum ein Problem darstellen.

Es bleibt abzuwarten, ob sich die im Urteil des II. Zivilsenats des BGH geschilderte Methodik zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durchsetzen kann bzw. inwieweit es hierzu Ergänzungen geben wird.

Für die Praxis wird auch entscheidend sein, wie die Strafsenate des BGH die im Urteil des II. Zivilsenats dargestellte Methodik bewerten werden.