

Praxis der Sanierung und Insolvenz

Beck / Depré / Ampferl

4. Auflage 2023
ISBN 978-3-8006-6673-7
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

auch wenn die Arbeitnehmer stillhalten.¹⁹¹ Insbesondere die Nichtabführung von Sozialversicherungsabgaben stellt ein starkes Indiz dar, weil diese Forderungen aufgrund ihrer Strafbewehrtheit in § 266a StGB im Regelfall vorrangig bedient werden.

- Unterlassene Rückzahlungen auf die von der Hausbank gekündigten Kredite.¹⁹²
- Nichtzahlung der Umsatz- und Gewerbesteuer.¹⁹³
- Gegen den Schuldner betriebene Vollstreckungsverfahren.¹⁹⁴
- Mehrere Haftbefehle zur Erzwingung der Vermögensauskunft.¹⁹⁵
- Vermögensauskunft des Schuldners nach § 802c ZPO.¹⁹⁶
- Häufung von Pfändungen,¹⁹⁷ Arresten und Insolvenzanträgen.
- Wiederholte oder zunehmende Wechselproteste.¹⁹⁸
- Nichteinlösung von Schecks.¹⁹⁹
- Unpfändbarkeitsbescheinigungen des Gerichtsvollziehers.²⁰⁰

- 86 c) Ungenügende Umstände für eine Zahlungseinstellung.** Eine Zahlungseinstellung scheidet dann aus, wenn der Schuldner das Bestehen der Zahlungsverpflichtung dem Grunde oder der Höhe nach mit rechtserheblichen Einwendungen bestreitet. Auch der Umstand, dass ein Schuldner unpünktlich oder nur auf Drängen hin Zahlungen leistet, reicht für die Annahme einer Zahlungseinstellung nicht.²⁰¹ Ebenfalls unschädlich ist, wenn ein Schuldner nach eigenem Bekunden zwar nicht aktuell, aber innerhalb der nächsten drei Wochen zur Zahlung in der Lage ist.²⁰²
- 87** Lediglich interne Arbeitsanweisungen an Mitarbeiter, keine Zahlungen mehr zu leisten, scheiden mangels Außenwirkung schon per definitionem als relevantes Indiz aus.²⁰³ Ebenso unbeachtlich ist der – unternehmensinterne – Umstand, dass der Schuldner Waren unter dem Selbstkostenpreis veräußert.²⁰⁴

4. Beseitigung der Zahlungseinstellung

- 88** Eine einmal eingetretene Zahlungseinstellung kann nur dadurch wieder beseitigt werden, dass der Schuldner seine Zahlungen an die Gläubiger im Allgemeinen wieder aufnimmt.²⁰⁵ Stärke und Dauer der Vermutung hängen aber davon ab, in

¹⁹¹ BGH Urt. v. 14.2.2008 – IX ZR 38/04, NZI 2008, 299 Rn. 20.

¹⁹² Frege/Keller/Riedel InsR-HdB Teil 2 Rn. 81.

¹⁹³ MüKoInsO/Eilenberger § 17 Rn. 29.

¹⁹⁴ BGH Beschl. v. 15.11.2018 – IX ZR 81/18, BeckRS 2018, 32036 Rn. 5.

¹⁹⁵ Uhlenbruck/Mock InsO § 17 Rn. 169.

¹⁹⁶ OLG Celle Beschl. v. 29.10.2001 – 2 W 114/01, ZInsO 2001, 1106.

¹⁹⁷ BGH Beschl. v. 13.4.2006 – IX ZB 118/04, NZI 2006, 405 (406).

¹⁹⁸ MüKoInsO/Eilenberger § 17 Rn. 29.

¹⁹⁹ BGH Urt. v. 30.6.2011 – IX ZR 134/10, NZI 2011, 589.

²⁰⁰ LG Mannheim Urt. v. 17.9.1974 – 12 T 146/74, MDR 1975, 767.

²⁰¹ BGH Urt. v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20, NZI 2021, 720 Rn. 41.

²⁰² Kayser/Thole/Rüntz InsO § 17 Rn. 32.

²⁰³ Kayser/Thole/Rüntz InsO § 17 Rn. 32.

²⁰⁴ Kayser/Thole/Rüntz InsO § 17 Rn. 34.

²⁰⁵ An dieser Vermutung festhaltend: BGH Urt. v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20, NZI 2021, 720 Rn. 43; BGH Urt. v. 10.2.2022 – IX ZR 148/19, NZI 2022, 397 Rn. 17; zur bisherigen Rspr.: BGH Urt. v. 16.6.2016 – IX ZR 23/15, NZI 2016, 739.

welchem Ausmaß die Zahlungsunfähigkeit zutage getreten ist.²⁰⁶ Insbesondere im Anfechtungsprozess, bei dem die Zahlungseinstellung aus der Nichtzahlung einer Verbindlichkeit abgeleitet wird, ergibt sich prozessual damit eine **abgestufte Darlegungs- und Beweislast**. Im ersten Schritt hat der Anspruchsteller – meist der Insolvenzverwalter – zur vollen Überzeugung des Gerichts (§ 286 ZPO) mittels der oben genannten Beweiszeichen den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt darzulegen und zu beweisen. Die Vermutung der Fortdauer der Zahlungseinstellung führt sodann auf der zweiten Stufe dazu, dass der Anspruchsgegner die Wiederaufnahme der Zahlungen im Allgemeinen darzulegen und zu beweisen hat,²⁰⁷ wenn er der Meinung ist, dass der Schuldner zu einem späteren Zeitpunkt wieder zahlungsfähig gewesen sei. Dazu genügt es aber, wenn der Anfechtungsgegner einen Umstand darlegt und beweist, der eine Wiederaufnahme der Zahlungen im Allgemeinen als möglich erscheinen lässt, insbesondere, wenn die Verbindlichkeit, deren Nichtzahlung zur Feststellung der Zahlungseinstellung herangezogen wurde, später bezahlt worden ist.²⁰⁸ Auf der dritten Stufe trifft dann den Insolvenzverwalter eine sekundäre Darlegungslast, zum Zahlungsverhalten des Schuldners vorzutragen, also zu den nicht bedienten Verbindlichkeiten, die die Fortdauer der Zahlungseinstellung belegen.²⁰⁹

VII. Feststellung der Zahlungsunfähigkeit ex post

Die wesentliche Bedeutung der Zahlungsunfähigkeit liegt darin, dass sie Tatbestandsvoraussetzung für Anfechtungsvorschriften, Haftungsnormen und Straf- 89 tatbestände ist. In diesen Fällen geht es darum, die Zahlungsunfähigkeit nachträglich für bereits vergangene Zeiträume mit den dann noch zur Verfügung stehenden (meist unzureichenden) Datenbeständen zu ermitteln.

1. Zahlungseinstellung

Im ersten Schritt ist stets zu prüfen, ob bereits eine **Zahlungseinstellung** im 90 Sinne des § 17 Abs. 2 S. 2 InsO vorliegt. Für diesen Fall ist die Aufstellung einer Liquiditätsbilanz (zunächst) entbehrlich.²¹⁰

Regelmäßig ist von einer Zahlungseinstellung auszugehen, wenn im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten erheblichen Umfangs bestanden, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden sind.²¹¹ Der BGH räumt dem Verwalter damit eine erhebliche Erleichterung hinsichtlich der Darlegungslast ein.

Dem **Anfechtungsgegner** bleibt es dann aber unbenommen, die Vermutung 91 für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu widerlegen. Er kann dazu den Antrag

²⁰⁶ BGH Urt. v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20, NZI 2021, 720 Rn. 43; BGH Urt. v. 10.2.2022 – IX ZR 148/19, NZI 2022, 397 Rn. 17; BGH Urt. v. 28.4.2022 – IX ZR 48/21, NJW 2022, 2411.

²⁰⁷ BGH Urt. v. 10.2.2022 – IX ZR 148/19, NZI 2022, 397 Rn. 18.

²⁰⁸ BGH Urt. v. 10.2.2022 – IX ZR 148/19, NZI 2022, 397 Rn. 18.

²⁰⁹ BGH Urt. v. 10.2.2022 – IX ZR 148/19, NZI 2022, 397 Rn. 18.

²¹⁰ BGH Urt. v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, NZI 2016, 588.

²¹¹ Für die Haftung des Geschäftsführers: BGH Urt. v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, NZI 2016, 588; für die Insolvenzanfechtung: BGH Urt. v. 8.1.2015 – IX ZR 203/12, NZI 2015, 369.

auf Einholung eines Sachverständigengutachtens stellen mit dem Ziel, dass zum fraglichen Zeitpunkt eine Liquiditätsbilanz erstellt wird.²¹² Soweit eine solche Bilanz nicht erstellt werden kann, geht dies zu Lasten des Prozessgegners.

Praxishinweis

- 92 Insolvenzverwalter können damit im Anfechtungsprozess bereits unter Zugrundelegung der zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen mit relativ geringem Aufwand darlegen, dass im anfechtungsrelevanten Zeitpunkt Zahlungsunfähigkeit vorlag. Zur Substantiierung reicht die Auflistung der Verbindlichkeiten nebst Beifügung von Rechnungskopien in geordneter Reihenfolge aus, sofern daraus die notwendigen Informationen über den jeweiligen Anspruch und seine Fälligkeit entnommen werden können.²¹³
- 93 Auch dem **Geschäftsführer** bleibt die Möglichkeit, im Haftungsprozess die bestehende Vermutung der Zahlungsunfähigkeit bei Zahlungseinstellung zu widerlegen, indem er vorträgt und beweist, dass eine Liquiditätsbilanz im maßgeblichen Zeitraum eine Deckungslücke von weniger als 10 % aufweist. Für ihn genügt jedoch die bloße unter Sachverständigenbeweis gestellte Behauptung nicht. Er muss zur Liquiditätsbilanz konkret vortragen, da er mit den finanziellen Verhältnissen der Gesellschaft vertraut ist.²¹⁴
- ### 2. Betriebswirtschaftliche Methode ex post
- 94 Bei der retrograden Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit steht die Entwicklung des verfügbaren Liquiditätsbestandes und der fälligen Verbindlichkeiten für die in der Vergangenheit liegenden Zeiträume fest. Für die Erstellung des **stichtagsbezogenen Liquiditätsstatus** ist damit auf die tatsächlich zu diesem Stichtag festgestellten **Ist-Werte** zurückzugreifen. Die Zahlungsunfähigkeit ist objektiv zu ermitteln. Es kommt daher nicht darauf an, von welchen fälligen Verbindlichkeiten und liquiden Mitteln der Geschäftsführer zum damaligen Zeitpunkt ausging oder ausgehen durfte. Dies ist allenfalls für die Erkennbarkeit der Zahlungsunfähigkeit von Relevanz.²¹⁵
- 95 Schwierigkeiten bereitet in der Praxis die **Abgrenzung zur Liquiditätsstoc** sowie die **Ermittlung unbeachtlicher Liquiditätslücken** für Zeiträume in der Vergangenheit. Für eine nach den Vorgaben des BGH zu entwickelnde Liquiditätsbilanz (vgl. oben → Rn. 66) wäre – um den Gleichklang mit der ex-ante-Prüfung zu erreichen – eine „simulierte ex-post-Prognose“ zu erstellen, also zu fragen, wie ein redlicher Geschäftsführer zum Stichtag des Liquiditätsstatus eine Prognose für die kommenden drei Wochen erstellt hätte.²¹⁶ Eine solche Prüfung würde aber die für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit entscheidende spätere objektive Liquiditätsentwicklung und deren Erkennbarkeit für den Geschäftsführer vermengen. Nach der Rechtsprechung des BGH sind daher in der **Liquiditätsbilanz** die tatsächlichen Mittelzuflüsse als Aktiva II und

²¹² BGH Urt. v. 30.6.2011 – IX ZR 134/10, NZI 2011, 589.

²¹³ BGH Beschl. v. 12.7.2007 – IX ZR 210/04, NZI 2007, 722.

²¹⁴ BGH Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, NZI 2018, 204 Rn. 66; BGH Urt. v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, NZI 2016, 588.

²¹⁵ BGH Urt. v. 24.2.2022 – IX ZR 250/20, NZI 2022, 425.

²¹⁶ K. Schmidt InsO/K. Schmidt § 17 Rn. 32.

die tatsächlich fällig gewordenen Verbindlichkeiten als Passiva II einzustellen. Neben dieser im Einzelfall sehr aufwendigen Ermittlungsmethode erachtet es der BGH aber auch für zulässig, wenn ausgehend von einem Liquiditätsstatus zu einem bestimmten Stichtag ein **Finanzplan** mit den taggenauen Einzahlungen und Auszahlungen der folgenden drei Wochen gegenübergestellt wird oder wenn ausgehend von einer erheblichen Unterdeckung eines Liquiditätsstatus zum ersten Stichtag **mehrere weitere Liquiditätsstatus** in ausreichender Zahl aufgestellt werden, in denen an keinem im Prognosezeitraum liegenden Tag die Liquiditätslücke in relevanter Weise geschlossen werden kann.²¹⁷ Dieser Rechtsprechung liegt folgende richtige Überlegung zu Grunde. Wenn ausgehend von einem ersten Liquiditätsstatus mit erheblicher Unterdeckung nach drei Wochen ein weiterer Liquiditätsstatus immer noch eine erhebliche Deckungslücke aufweist, dann ist eine ggf. zu Beginn des Zeitraums erstellte Prognose zu deren Schließung jedenfalls in der Realität nicht eingetreten. Die Prognose war damit falsch. Zum Zeitpunkt des ersten Liquiditätsstatus lag Zahlungsunfähigkeit vor, geleistete Zahlungen wurden aber ggf. unverschuldet gezahlt.²¹⁸ Die drei Methoden unterscheiden sich aber danach, welche Bezugsgröße zur Ermittlung der erlaubten bis zu 10 %-igen Liquiditätslücke herangezogen wird. Bei der Liquiditätsbilanz des BGH ist dies die Summe aus Passiva I und II, was zu einem „Volumeneffekt“ führt. Ein stichtagsbezogener Status kann naturgemäß nur auf die zum Stichtag fälligen Verbindlichkeiten als Bezugsgröße abstellen. Für den Haftungsprozess gegen das Mitglied des Vertretungsorgans kann man damit – unter Berücksichtigung der subjektiven Tatbestandsmerkmale – festhalten, dass mit dem zweiten unterdeckten Finanzstatus eine Haftung begründet werden kann, soweit sich der Geschäftsleiter nicht anderweitig entlastet und die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen.

3. Wirtschaftskriminalistische Methode

Im Strafrecht scheidet eine Vermutungswirkung mit Beweislastumkehr aus. Vielmehr kann im Strafprozess die Zahlungsunfähigkeit mit der wirtschaftskriminalistischen Methode nachgewiesen werden. Als wirtschaftskriminalistische Warnzeichen kommen ua die Erklärung des Schuldners, nicht zahlen zu können, das Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche, Nichtzahlen von Löhnen und Gehältern sowie Sozialversicherungsbeiträgen und Insolvenzanträge von Gläubigern in Betracht.²¹⁹ 96

C. Drohende Zahlungsunfähigkeit

I. Normzweck

Der Gesetzgeber hat bei Schaffung der Insolvenzordnung die in § 18 InsO 97 geregelte drohende Zahlungsunfähigkeit als neuen Insolvenzeröffnungstatbestand eingeführt. Damit sollte bei einer sich abzeichnenden Insolvenz frühzeitig die Möglichkeit geschaffen werden, verfahrensrechtliche Gegenmaßnahmen ein-

²¹⁷ BGH Urt. v. 28.6.2022 – II ZR 112/21, NZI 2022, 787.

²¹⁸ BGH Urt. v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, NZI 2016, 588.

²¹⁹ BGH Beschl. v. 11.7.2019 – 1 StR 456/18, BeckRS 2019, 27934; BGH Beschl. v. 21.8.2013 – 1 StR 665/12, NZI 2013, 970.

zuleiten.²²⁰ Ein Unternehmen hat damit die **Option**, sich rechtzeitig unter den Schutz des Insolvenzrechts zu stellen. Mit einem Eigenantrag kann der Schuldner im Ergebnis bewirken, dass Maßnahmen der Zwangsvollstreckung untersagt oder einstweilen eingestellt werden, § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 InsO, § 30d Abs. 4 ZVG²²¹. Der Schuldner kann somit selbst die Initiative ergreifen, um ein Auseinanderreißen des Unternehmens bzw. der Masse zu verhindern.

- 98 Der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit sollte zudem notleidenden Unternehmen den „Einstieg“ in eine Sanierung mittels eines Insolvenzplans und einer Eigenverwaltung bereiten (**Verbesserung der Sanierungsmöglichkeiten**) und einen Anreiz für eine möglichst frühzeitige Antragstellung bieten, um damit den Ausfall für die Gläubiger zu verringern (**Verbesserung der Befriedigungsaussichten**). Die Praxis hat von den sich durch § 18 InsO bietenden Möglichkeiten vor Einführung des ESUG im Jahre 2012, aber auch danach kaum Gebrauch gemacht.²²² Zwar wird eine Vielzahl von Eigenanträgen auf eine „drohende Zahlungsunfähigkeit“ gestützt. Damit soll aber idR nur die bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit kaschiert werden. Tatsächlich allein auf drohende Zahlungsunfähigkeit gestützte Insolvenzanträge bleiben in der Praxis die Ausnahme. Hintergrund hierfür ist unter anderem, dass eine frühzeitige Insolvenzantragstellung auch mit erheblichen Haftungsrisiken für die organ-schaftlichen Vertreter einer Gesellschaft verbunden ist, da damit eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis zu den Eignern der Gesellschaft verbunden sein kann.²²³
- 99 Der Anreiz zur frühzeitigen Einleitung eines Verfahrens sollte mit der Einführung des **Schutzschirmverfahrens** (nunmehr § 270d InsO) nochmals gesteigert werden. In diesem Zusammenhang gelangte die drohende Zahlungsunfähigkeit zu gewisser Bedeutung. Die Einleitung des Verfahrens setzt voraus, dass drohende Zahlungsunfähigkeit gegeben ist, gleichzeitig darf die Zahlungsunfähigkeit aber noch nicht eingetreten sein. Dies ist im Rahmen der Bescheinigung gem. § 270d Abs. 1 S. 1 InsO darzulegen.²²⁴
- 100 Bedeutung hat die drohende Zahlungsunfähigkeit mit Einführung des StaRUG erlangt. Der Zeitpunkt des Eintritts der drohenden Zahlungsunfähigkeit stellt das **maßgebliche Abgrenzungskriterium** dar, ab welchem Unternehmen in der Krise die verschiedenen **Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens** gem. § 29 Abs. 2 StaRUG in Anspruch nehmen können.

²²⁰ Begründung RegE zu § 18 (22), BT-Drs. 12/2443, 114.

²²¹ § 30d ZVG ist in praxi als Folge der masseauszehrenden Zahlungsaufgabe nach § 30e ZVG ineffizient und jedenfalls sehr selten.

²²² Ehlers ZInsO 2005, 169 (171); für das Schutzschirmverfahren: Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole, Bericht z. ESUG-Evaluierung, 100 ff.

²²³ Uhlenbruck/Mock InsO § 18 Rn. 4 f.

²²⁴ Zum Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit im Zusammenhang mit § 270b InsO: Ganter NZI 2012, 985.

II. Anwendungsbereich

1. Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Instrumenten des StaRUG

Die Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens gem. § 29 Abs. 2 StaRUG können zur nachhaltigen Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit in Anspruch genommen werden. Voraussetzung ist damit das Vorliegen einer (nur) drohenden Zahlungsunfähigkeit. Indes ist das Vorliegen der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht von Amts wegen bei Anzeige der Restrukturierungssache zu prüfen. Eine Prüfung erfolgt nur, soweit sie gesetzlich vorgeschrieben ist, etwa im Rahmen der gerichtlichen Planbestätigung.²²⁵ Diese hat das Gericht zu versagen, wenn der Schuldner zur vollen richterlichen Überzeugung²²⁶ nicht drohend zahlungsunfähig ist, § 63 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG. Beim Erlass einer Stabilisierungsanordnung dürfen dem Gericht keine Umstände bekannt sein, aus denen sich ergibt, dass der Schuldner noch nicht zahlungsunfähig ist, § 51 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StaRUG. Die Restrukturierung nach dem StaRUG ist aber stets von dem „Trigger“ der drohenden Zahlungsunfähigkeit abhängig, da in den Restrukturierungsplan inkludierte „Planbetroffene“ (§ 6 Abs. 1 S. 2 StaRUG, §§ 8–10 StaRUG), aber dissentierende Gläubiger, nur gebunden werden können, wenn der Plan **gerichtlich bestätigt** wurde (§ 67 Abs. 1 S. 2 StaRUG, vgl. zudem § 17 Abs. 1 S. 1 StaRUG). Der mit dem StaRUG umgesetzte unionsrechtlich determinierte „präventive Restrukturierungsrahmen“ zur Abwendung der Insolvenz nach der Richtlinie 2019/1023/EU („RL“) setzt die „wahrscheinliche Insolvenz“ voraus (Art. 4 Abs. 1 RL). In Deutschland ist dies die drohende Zahlungsunfähigkeit des § 18 InsO.

2. Bedeutung im Rahmen der Insolvenzantragstellung

a) Antragsgrund nur bei Eigenantrag. Anders als die übrigen Insolvenzauslösetatbestände beschränkt § 18 Abs. 1 InsO die drohende Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungsgrund auf **Eigenanträge** des Schuldners. Dadurch soll vermieden werden, dass dieser Insolvenzgrund von den Gläubigern als Druckmittel zur Erzwingung von (Teil-)Zahlungen gegen den Schuldner missbraucht wird. Daneben sollen Versuche einer außergerichtlichen Sanierung in einer noch frühen Phase der Krise nicht durch Insolvenzanträge von Gläubigern verhindert werden.²²⁷

b) Keine Antragspflicht. Die drohende Zahlungsunfähigkeit löst noch **keine Insolvenzantragspflicht** (iSd § 15a InsO) des Schuldners aus, der Antrag ist vielmehr fakultativ.²²⁸ Trotz Vorliegen der Voraussetzungen der drohenden Zahlungsunfähigkeit müssen die „antragspflichtigen“ Organe einer juristischen Person noch nicht wegen verschleppter Antragstellung haften oder einen Anspruch aus § 26 Abs. 3 InsO befürchten.²²⁹ Diese Rechtsfolgen sind erst ab Eintritt der Überschuldung oder der Zahlungsunfähigkeit einschlägig.

²²⁵ Morgen StaRUG/Hirschberger/Siepmann § 29 Rn. 31.

²²⁶ AG Köln Beschl. v. 3.3.2021 – 83 RES 1/21, NZI 2021, 433.

²²⁷ Bork InsR Rn. 106.

²²⁸ K. Schmidt InsO/K. Schmidt § 18 Rn. 10.

²²⁹ Grundlegend zu den „Insolvenzstraftaten“: Wabnitz/Janovsky/Schmitt WirtschaftsStrafR-HdB/Köhler 7. Kapitel.

3. Tatbestandsmerkmal für Straftatbestände und Anfechtungsrechte

- 104 Die Definition der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist bedeutsam für die §§ 283 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1, Abs. 5 Nr. 1, 283d Abs. 1 Nr. 1 StGB. Insoweit soll die Begriffsbestimmung des § 18 Abs. 2 InsO für das Insolvenzstrafrecht größere Klarheit bringen.²³⁰ Ferner stellen die Anfechtungsnormen des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO und des § 3 Abs. 1 Nr. 2 AnfG auf den Begriff ab.²³¹

III. Besonderheiten bei Antragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit

1. Antragsrecht bei Mehrheit von Vertretungsorganen

- 105 a) **Alleinvertretungsberechtigung.** Die Vorschrift des § 18 Abs. 3 InsO enthält für **juristische Personen** und **Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit** eine Einschränkung hinsichtlich der Berechtigung zur Stellung eines auf drohende Zahlungsunfähigkeit gestützten Eigenantrages. Unproblematisch ist zunächst die Konstellation, dass alle Mitglieder des Vertretungsorgans, alle persönlich haftenden Gesellschafter oder alle Abwickler den Antrag stellen, dieser ist ohne weiteres zulässig. Wird hingegen der Eigenantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit nur von einem Vertretungsorgan, einem persönlich haftenden Gesellschafter oder einem Abwickler gestellt, so ist der Antrag nur dann zulässig, wenn der Antragsteller **alleinvertretungsberechtigt** ist. Mit der Regelung sollen missbräuchliche, voreilige oder unabgestimmte Insolvenzanträge vermieden werden.²³²
- 106 b) **Glaubhaftmachung.** Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans oder allen persönlich haftenden Gesellschaftern gestellt, ist zudem die Vorschrift des § 15 Abs. 2 InsO zu beachten. Danach ist der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit vom (alleinvertretungsberechtigten) Antragsteller glaubhaft zu machen.²³³ Es reicht damit in dieser Konstellation nicht, dass der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit nur dargelegt wird. Ferner sind die übrigen Vertretungsbefugten anzuhören. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sich vertretungsberechtigte Personen auch durch einen verführten Insolvenzantrag schadensersatzpflichtig machen können.²³⁴

2. Antragsrecht bei Führungslosigkeit

- 107 Bei einer **führungslosen** juristischen Person im Sinne des § 10 Abs. 2 S. 2 InsO ist gemäß § 15 Abs. 1 S. 2 InsO jeder Gesellschafter sowie bei einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft zudem auch jedes Mitglied des Aufsichtsrates zur Antragstellung berechtigt. Obwohl die Norm zunächst nur den Gleichlauf zur bei Führungslosigkeit bestehenden Antragspflicht schafft, ist nach dem Wortlaut auch ein Antragsrecht bei drohender Zahlungsunfähigkeit zu bejahen.

²³⁰ HambKommInsR./Schröder InsO § 18 Rn. 1.

²³¹ Einschränkung für den Schluss auf den Benachteiligungsvorsatz: BGH Urt. v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20, NZI 2021, 720 Rn. 39.

²³² Uhlenbruck/Mock InsO § 18 Rn. 64.

²³³ MüKoInsO/Schmahl § 15 Rn. 72, 74.

²³⁴ Uhlenbruck/Mock InsO § 18 Rn. 75.

Voraussetzung bei einer Mehrheit von Antragsberechtigten ist, dass gleichzeitig die Führungslosigkeit glaubhaft gemacht wird, § 15 Abs. 2 S. 2 InsO. Allerdings sehen die gesetzlichen Regelungen, etwa § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG bei Führungslosigkeit nur eine Passivvertretung der Gesellschaft vor. Eine aktive Vertretungsberechtigung der juristischen Person ist nicht geregelt. Aufgrund dieser gesetzlichen Regelung scheidet daher eine Antragstellung bei Führungslosigkeit durch nur einen Antragsberechtigten gem. § 18 Abs. 3 InsO aus.

3. Nachlassinsolvenz

Auch für das Nachlassinsolvenzverfahren ist die drohende Zahlungsunfähigkeit 108 Insolvenzgrund, wenn der Antrag durch den Erben, Nachlassverwalter, Nachlasspfleger oder Testamentsvollstrecker gestellt wird, § 320 S. 2 InsO. Wird ein Insolvenzantrag nur von einem Miterben gestellt, so ist die drohende Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzgrund ebenfalls glaubhaft zu machen und die übrigen Erben sind zu hören, § 317 Abs. 2 S. 1 InsO.

IV. Grundlagen der Ermittlung der drohenden Zahlungsunfähigkeit

1. Legaldefinition

Nach der Legaldefinition des § 18 Abs. 2 InsO droht der Schuldner zahlungs- 109 unfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Dabei ist in der Regel ein Prognosezeitraum von 24 Monaten zu Grunde zu legen. Das Gesetz stellt damit für die Prüfung auf zwei Tatbestandsmerkmale ab: auf die zum Zeitpunkt der Prüfung bereits bestehenden Verbindlichkeiten und auf eine Prognose, ob diese im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit vom Schuldner erfüllt werden können. Das Wort „voraussichtlich“ ist dabei dahingehend zu verstehen, dass die Nichterfüllung wahrscheinlicher sein muss als die Erfüllung, also über 50 % liegen muss.²³⁵

Im Unterschied zur bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit wird nicht auf 110 die fälligen Verbindlichkeiten und ihre Abdeckung durch kurzfristig zur Verfügung stehende Mittel am Prüfungstichtag unter Einbeziehung des Dreiwochenzeitraums abgestellt. Im Rahmen der Prognose kommt es auf die künftige Liquiditätsentwicklung an. Bei der Ermittlung der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist im Rahmen der Betrachtung auf eine **Zeitraumilliquidität** abzustellen.

Die Methode der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist gesetz- 111 lich nicht festgelegt. Ob der Schuldner in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen, ist im Rahmen einer Prognose zu ermitteln, die aber nicht nur diese bestehenden Verbindlichkeiten einbezieht, sondern insgesamt die zukünftige Zahlungsfähigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit des Schuldners abbildet. Ohne Einbeziehung der gesamten Zahlungsströme des Schuldners würde die Prognose kein zutreffendes Bild von der Liquiditätslage abgeben. Die **Elemente der Zahlungsunfähigkeit** (Zahlungspflichten und Zahlungsmittel) sind im Rahmen der Prognose ebenfalls zu Grunde zu legen. Umstritten ist, ob die Grundsätze zur Abgrenzung der (eingel-

²³⁵ K. Schmidt InsO/K. Schmidt § 18 Rn. 21.

tretenen) Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung (**Drei-Wochen-Regel**) oder von geringfügigen Liquiditätslücken (**10 %-Regel**) heranzuziehen sind.²³⁶ Vom Grundsatz her besteht dafür kein Bedürfnis. Es ist mithin eine vollständige Abdeckung der bestehenden Verbindlichkeiten zu verlangen.²³⁷ Auch im Rahmen der Prognose kann es nicht darauf ankommen, jeweils für Dreiwochenzeiträume zu ermitteln, wie sich liquide Mittel und prognostizierte fällig werdende Verbindlichkeiten in dieser Zeitspanne verhalten. Vielmehr ist für den **gesamten Prognosezeitraum eine Liquiditätsplanung** zu erstellen, die wochengenau Einzahlungen und Auszahlungen gegenüberstellt. Die Frage ist dann, ob im Rahmen des Liquiditätsplans geringfügige Unterdeckungen oder kurzfristige Liquiditätslücken außer Betracht bleiben können. Dies ist zu bejahen. Weist die Planung in einer Woche eine Unterdeckung aus, die danach wieder behoben wird, droht damit noch keine Zahlungsunfähigkeit.

2. Zahlungspflichten des Schuldners

- 112 a) Bereits bestehende Zahlungspflichten.** Bei der Beurteilung der drohenden Zahlungsunfähigkeit sind nach dem Gesetzeswortlaut des § 18 Abs. 2 InsO zunächst nur die am Prüfungstichtag bereits bestehenden Zahlungspflichten zu ermitteln. Hierbei sind nur Geldforderungen zu berücksichtigen, die dem Grunde nach schon **bestehen**, dh der jeweils vom Gesetz zur Entstehung vorgesehene Tatbestand muss verwirklicht sein. Die Verbindlichkeiten müssen wenigstens künftig fällig werden und auch sonst frei von Einwendungen und Einreden sein.²³⁸
- 113** Zu den bestehenden Zahlungspflichten zählen bereits begründete Lieferanten-schulden mit vereinbartem Zahlungsziel, Zins- und Tilgungsverpflichtungen bei Kontokorrentkrediten, Darlehen entsprechend der Fälligkeit der vereinbarten Kapitaldienststraten, Gesellschafterdarlehen,²³⁹ die nach Anstellungs- und Tarifverträgen sowie nach Betriebsvereinbarungen begründeten und durch Kündigung nicht vermeidbaren Lohn- und Gehaltszahlungen sowie Nebenleistungen, Pensionsverpflichtungen, Zahlungszusagen auf Grund von Dauerschuldverhältnissen sowie aus schwebenden Geschäften. In Betracht kommen ferner Zahlungspflichten aus beschlossenen Maßnahmen (Stilllegung, Sozialplan) sowie bereits begründete Steuerverpflichtungen.
- 114** Die bereits begründeten Verbindlichkeiten sind in voller Höhe und ungeschmälert zum **Nennwert anzusetzen**. Es ist in aller Regel davon auszugehen, dass die künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten auch alsbald eingefordert werden. Vor dem Hintergrund des Gesetzeszwecks, nämlich einer möglichst frühen Verfahrenseröffnung, ist kein auf Erfahrungswerten basierender pauschaler Abzug für möglicherweise kreditierte Forderungen vorzunehmen.²⁴⁰ Für **streitige Zahlungspflichten** gelten die Ausführungen bei der Zahlungsunfähigkeit. Soweit sie nicht titulierte sind, kann ein Abschlag vorgenommen werden, je nach Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme.

²³⁶ K. Schmidt InsO/K. Schmidt § 18 Rn. 12.

²³⁷ K. Schmidt InsO/K. Schmidt § 18 Rn. 12.

²³⁸ Kayser/Thole/Rüntz InsO § 18 Rn. 7; HambKommInsR/Schröder InsO § 18 Rn. 7.

²³⁹ Gesellschafterdarlehen können nur dann außer Betracht bleiben, wenn ein Verzicht oder ein Rangrücktritt erklärt worden ist.

²⁴⁰ Kayser/Thole/Rüntz InsO § 18 Rn. 7.

b) Geplante, aber noch nicht begründete Verbindlichkeiten. Vom Grundsatz her sind nach dem Gesetzestext alle erst zukünftig begründeten Verbindlichkeiten im Rahmen der Prognose nicht zu berücksichtigen. Bereits der Gesetzgeber hat aber ausdrücklich betont, dass **in die Prognose**, die bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit anzustellen ist, die gesamte Entwicklung des Schuldners bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten einbezogen werden muss. Daher sind künftige Verbindlichkeiten zwar noch nicht in die bestehenden Zahlungsverpflichtungen einzustellen, sie finden jedoch bei der vorzunehmenden **Prognose** entsprechende Berücksichtigung. 115

3. Liquiditätsprognose

Der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit impliziert, dass die vorhandenen Finanzmittelpotenziale ermittelt werden, um so dem prognostizierten Liquiditätsbedarf die künftig verfügbaren Zahlungsmittel gegenüberstellen zu können. In diesem Rahmen finden Berücksichtigung die Forderungsbestände, die zu erwartenden Einzahlungen aus Umsatzprozessen, die erwarteten Zuflüsse aus der Veräußerung von Teilen des Betriebsvermögens, Finanzmittel aus geplanten Kreditaufnahmen, Kapitalerhöhungen, Einlagen, Verlustübernahmen und Gesellschafterzuschüssen, sofern diese mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind. 116

Die Prüfung der zukünftigen Zahlungsunfähigkeit erfolgt im Rahmen eines **Finanzplans (Liquiditätsplan)**.²⁴¹ In diesen ist die gesamte Liquiditätsentwicklung im Prognosezeitraum einzubeziehen. Der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit liegt dann vor, wenn sich aus der Gegenüberstellung der zu erwartenden Auszahlungen und Einzahlungen ergibt, dass die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit im Prognosezeitraum über 50 % liegt.²⁴² 117

4. Prognosezeitraum

Der Gesetzgeber hatte zunächst offen gelassen, auf welchen **Zeitraum** sich die **Prognose** erstrecken soll.²⁴³ In der Begründung zum Regierungsentwurf wird zwar ausgeführt, dass die Entwicklung der Finanzlage des Schuldners „bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten“ zu berücksichtigen ist.²⁴⁴ Dies würde jedoch – unter Berücksichtigung langfristiger (Bank-)Verbindlichkeiten – bedeuten, dass sich der Prognosezeitraum und damit der Finanzplan über einen Zeitraum von über 10 Jahren erstrecken müsste. Dass die Einbeziehung so langer Zeiträume keine verlässlichen Ergebnisse mehr zulässt, liegt auf der Hand.²⁴⁵ Nunmehr stellt § 18 Abs. 2 S. 2 InsO ausdrücklich klar, dass sich die Prognose „in aller Regel“ auf einen Zeitraum von 24 Monaten zu erstrecken hat. Damit wird zudem eine Abgrenzung zur Überschuldung erreicht, bei der gem. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO auf einen Prognosezeitraum von 12 Monaten abzustellen ist. 118

²⁴¹ Finanzpläne dienen der Messung der Liquidität. Sie bilden erwartete Ein- und Auszahlungen künftiger Perioden ab; vgl. MüKoInsO/Drukarczyk § 18 Rn. 15.

²⁴² Uhlenbruck/Mock InsO § 18 Rn. 26.

²⁴³ Hinsichtlich der Bestimmung des Zeitraumes liegt noch keine Rechtsprechung vor.

²⁴⁴ Vgl. Begründung RegE zu § 18 (22), BT-Drs. 12/2443, 114.

²⁴⁵ Ebenso Kölner Schrift InsO/Drukarczyk/Schüler S. 95 Rn. 43.

V. Ermittlung der drohenden Zahlungsunfähigkeit durch Liquiditätsplan

1. Aufsatzzpunkt

- 119 Zunächst ist in einem **ersten Schritt** als Grundlage ein **Finanzstatus** zum Stichtag zu erstellen.²⁴⁶ Dieser hat zunächst die Stichtagsliquidität auszuweisen, dh die vollständige Deckung der fälligen Verbindlichkeiten durch liquide Mittel.²⁴⁷ Zudem sind die finanziellen Potentiale des schuldnischen Unternehmens sowie dessen Verbindlichkeiten inventarmäßig zu erfassen und nach dem Grad der Liquidität bzw. Fälligkeit gegenüberzustellen. Die dafür erforderlichen Daten sind aus dem Rechnungswesen abzuleiten.

2. Planung

- 120 In einem **zweiten Schritt** sind die im Finanzstatus ausgewiesenen Positionen durch Darstellung der erwarteten Zahlungen in einem detaillierten Finanzplan fortzuentwickeln. Bei der Planung handelt es sich um eine Prognoserechnung,²⁴⁸ so dass zunächst die **Planungsprämissen** zu definieren und der Planung voranzustellen sind. Im Rahmen der Planung selbst sind die Ein- und Auszahlungen gegenüberzustellen.²⁴⁹ Es empfiehlt sich eine Planung auf Wochenbasis. In der Planung sind Einzahlungen und Auszahlungen getrennt auszuweisen, es erfolgt keine Saldierung.²⁵⁰
- 121 Sämtliche Ein- und Auszahlungen für den Planungszeitraum sind vollständig zu erfassen. Neben den Einzahlungen aus dem operativen Geschäftsbetrieb können auch Zuflüsse aus Kreditmitteln oder Zuwendungen von Gesellschaftern angesetzt werden, wenn ihre Realisierung überwiegend wahrscheinlich ist. Bei den Zahlungsausgängen sind auch die am Prüfungstichtag **noch nicht begründeten Zahlungspflichten** zu berücksichtigen. Überwiegend wahrscheinliche Sanierungsmaßnahmen, wie Kreditverlängerungen, Stundungen oder Laufzeitverlängerungen bei Anleihen können berücksichtigt werden, wenn sie außerhalb eines gerichtlichen Restrukturierungs- oder Insolvenzverfahrens umgesetzt werden können.

VI. Abgrenzung zur Überschuldung

1. Fortbestehensprognose

- 122 Die herrschende Ansicht geht davon aus, dass die im Rahmen der drohenden Zahlungsunfähigkeit zu erstellende Prognose identisch mit der Fortbestehensprognose bei der Prüfung der Überschuldung ist.²⁵¹ Dies hat zur Folge, dass bei negativer Zahlungsfähigkeitsprognose nicht nur drohende Zahlungsunfähigkeit mit Insolvenzantragsrecht, sondern Überschuldung mit Insolvenzantragspflicht

²⁴⁶ Nur in ganz klaren Fällen kann es genügen, den Nachweis durch Indizien zu führen, wie zB Kündigung der Kredite durch die Hausbank: FK-InsO/Schmerbach § 18 Rn. 9.

²⁴⁷ Für die Fortbestehensprognose bei der Überschuldung: IDW S 11 Stand 23.8.2021 Rn. 58.

²⁴⁸ Uhlenbruck/Mock InsO § 18 Rn. 28.

²⁴⁹ Uhlenbruck/Mock InsO § 18 Rn. 28.

²⁵⁰ Uhlenbruck/Mock InsO § 18 Rn. 29.

²⁵¹ IDW S 11 Stand 23.8.2021 Rn. 95; krit. K. Schmidt InsO/K. Schmidt § 18 Rn. 22.