

Schriftenreihe des

Centrum

für Deutsches & Europäisches

Insolvenzrecht

Herausgegeben von Stefan Smid, Silke Wehdeking
und Mark Zeuner



Band 5

Christoph Pabst

**Materielle Insolvenz –
Die retrograde Ermittlung
der Zahlungsunfähigkeit**

Inhaltsverzeichnis

A. Kapitel 1: Einführung	15
I. Fragestellung der „Materiellen Insolvenz“ und ihrer tatsächlichen Ermittlung	15
1. Zu den Begriffen der „Formellen“ und der „Materiellen Insolvenz“	15
2. Bedeutung der „Materiellen Insolvenz“ für das gerichtliche Verfahren	18
II. Der zentrale Begriff der Zahlungsunfähigkeit	20
III. Bedürfnis der retrograden Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit	21
1. Bedeutung für die Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. InsO	23
2. Bedeutung für die Geschäftsführerhaftung nach § 64 GmbHG	25
3. Bedeutung für die Straftatbestände der §§ 283 ff. StGB	26
4. Feststellung der materiellen Insolvenz in der Praxis	26
a. Gutachterpraxis – mangelnde Feststellung in Gutachten	26
b. Der abgelehnte Vorschlag des § 157 RegE-InsO	28
IV. Chronologische Einordnung des Zeitpunktes und erste Gedanken zu der Materiellen Insolvenz	31
V. Vorgehen im Rahmen der Arbeit	33
 Teil 1: Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit	35
B. Kapitel 2: Die Zahlungsunfähigkeit unter Geltung der Konkursordnung	37
I. Die Einführung des Begriffes durch den Gesetzgeber	37
II. Die Zahlungseinstellung	39
1. Bestimmung über § 113 Preußische Konkursordnung	40
2. Ansatz über den Entwurf für ein Handelsgesetzbuch der preußischen Staaten von 1875	41
3. Wert für die retrograde Ermittlung	41
III. Fortentwicklung des Begriffes der Zahlungsunfähigkeit durch die Rechtsprechung und die Wissenschaft	43
1. Prägen einer Definition - Delegation des Gesetzgebers an die Praxis	43
2. Der Weg der Entwicklung einer Definition	44
a. Das Merkmal der „Fälligkeit“	45
aa) Zeitpunkt- oder Zeitraumilliquidität	45
bb) Die Einführung des ernstlichen Einforderns	47
b. Das Merkmal der „Dauer“ bzw. der Begriff der Zahlungsstockung	50
aa) Die Zahlungsstockung	50
bb) Der Meinungsstand zur Dauer einer Zahlungsstockung	52

(a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.....	52
(b) Für 10 Tage	53
(c) Sechs Wochen als angemessene Frist.....	53
(d) Zwei Monate als Dauer	54
cc) Auswertung der verschiedenen Auffassungen.....	54
c. Das Merkmal der „Wesentlichkeit“.....	55
aa) Erforderlichkeit und Entwicklung einer Wesentlichkeitsgrenze	55
bb) Schwierigkeit der Bestimmung einer solchen Grenze	57
(a) Für eine Spanne von 10 bis 20 %	57
(b) Für eine Annahme von 15 bis zu 25 %	58
(c) Aus der strafrechtlichen Sicht für 25 %	58
(d) Für die Unbestimmbarkeit einer Grenze	59
cc) Bestimmung einer Wesentlichkeitsgrenze – Problemstellung, zu berücksichtigende Faktoren und der Vorschlag einer solchen Grenze.....	59
IV. Essenz der unter Geltung der Konkursordnung gewonnenen Erkenntnisse – Vielfalt als Grenze des Begriffes der Zahlungsunfähigkeit?	62
 C. Kapitel 3: Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit unter Geltung der Insolvenzordnung	65
I. Reform des Begriffes mit Einführung der InsO, oder Bevormundung der Praxis?	65
II. Die Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO	68
1. „Fällige Zahlungspflichten“ - Eine Frage des Maßstabs	68
a. Die Frage nach dem Illiquiditätsbegriff.....	68
aa) Aufnahme der Zeitraumilliquidität in dem Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit	69
bb) Anhaltspunkte aus § 157 RegE-InsO	71
cc) Verständnis als „weiche Zeitpunktilliquidität“.....	72
b. Das „ernsthafte Einfordern“ und seine Bedeutung de lege lata für das Merkmal der „Fälligkeit“	74
aa) Entfall des Erfordernisses des ernsthaften Einforderns – ein Überblick über die Literatur	75
bb) Die Wiedereinführung des Erfordernisses durch den BGH	77
cc) Sinnhaftigkeit und Existenz eines „ernsthafte Einforderns“	78
(a) Das Verständnis des § 271 BGB als Maßstab der Fälligkeit.....	79
(b) Rechtliche Existenz einer „stillschweigenden Stundung“	80
(c) Bedeutung für das „ernsthafte Einfordern“	83

2. Die Zahlungsstockung versus Zahlungseinstellung – neue und zugleich altbekannte Methoden der Abgrenzung	84
a. Abschaffung der Merkmale unter gleichzeitiger Beibehaltung.....	85
b. Das Merkmal der „Dauer“ unter der InsO	86
aa) Eine Woche als anzunehmender Zeitraum	87
bb) Für einen Zeitraum von wenigen Wochen	87
cc) Zwei Wochen als Höchstfrist.....	88
dd) Drei Wochen als angemessene Dauer	89
ee) Ein Monat als Frist – Die frühere Ansicht des BGH	89
ff) Begründung einer Dauer über den Verzug und somit für 30 Tage	90
gg) Für 3 Monate als Zeitraum	90
hh) Bestimmung einer Frist – Stellungnahme	91
(a) Einzubeziehende Faktoren - Maßstabsbildung.....	91
(b) Differenzierung nach Schuldnerarten.....	92
(c) Bestimmung einer sinnvollen Frist.....	92
c. Das Tatbestandsmerkmal der „Wesentlichkeit“ unter der InsO	94
aa) Erforderlichkeit einer Wesentlichkeitsgrenze.....	94
(a) Die Konsequenzen aus der KO: Unbestimmbarkeit einer Grenze	94
(b) Neue Betrachtungsweisen unter der InsO	95
bb) Der Meinungsstand zu der Grenze der Wesentlichkeit	96
(a) Null Toleranz – Für maximal 1 %.....	96
(b) 5 % als fester Richtwert	96
(c) Wesentlichkeitsannahme ab einem Wert von 10 %	97
(d) Für 20 bis sogar 25 %.....	97
cc) Auswertung der Meinungen und Bestimmung einer Grenze	98
D. Kapitel 4: Die „neue Formel“ zur Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit – Der Weg des BGH und seine Urteile vom 24.05.2005, 12.10.2006 und 19.07.2007	101
I. Die Drei-Wochen-Frist.....	103
1. Begründung der Drei-Wochen-Frist	104
a. Historie und rechtliche Bedeutung des § 64 GmbHG a.F.	104
b. Die Deutung der Frist und die Parallelen zur InsO	106
2. Stellungnahme zu der Entscheidung des BGH	108
a. Drei Wochen als „richtige Dauer“?	108
b. Warnung vor einem zu starren Verständnis	109
c. Ergebnis	110
II. Die 10 % - Grenze.....	111

1. Die Begründung des BGH – Praxis versus Theorie.....	111
2. Keine starre Grenze.....	112
3. Stellungnahme zu der Wesentlichkeitsgrenze des BGH.....	113
III. Prognostisches Element und die zeitliche Ausdehnung der Prognose	114
1. Zeitliche Grenzen der Prognose.....	114
2. Das Aufweichen der Definition durch den BGH – Eine Einschränkung von Gläubigerrechten?	115
a. Zumutbarkeit eines Zuwartens der Gläubiger	117
b. Stellungnahme zu der Zumutbarkeit eines Zuwartens	119
aa) Allgemeine Zweifel an der Zumutbarkeit eines Zuwartens	119
bb) Zeitliche Dimension eines zumutbaren Zuwartens	120
E. Kapitel 5: Ende des ersten Abschnittes - Erkenntnisse zu dem Begriff der „Materiellen Insolvenz“	123
I. Widerstreitende Meinungen als Abbild der Gegensätzlichkeit von Theorie und Praxis.....	123
1. Versäumnis der früheren Festlegung auf allgemein definierte Grenzwerte	123
2. Erforderlichkeit eines Machtwortes – Schaffung eines Maßstabs für die Praxis	124
3. Kontinuität der Definition als Indiz der Qualität des deutschen Insolvenzrechts.....	126
II. Zahlungsunfähigkeit contra Materielle Insolvenz – Ein Fazit des ersten Teils	128
Teil 2: Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit und Methoden der retrograden Ermittlung	131
F. Kapitel 6: Allgemeines zu der Feststellung und dem Nachweis der Zahlungsunfähigkeit.....	133
I. Allgemeines zu der retrograden Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit.....	134
1. Differenzierung nach dem Zweck des Nachweises	134
2. Unterschiede zwischen natürlichen und juristischen Personen	135
II. Liquiditätsbegriffe.....	136
G. Kapitel 7: Die Bewertung von Schuldnervermögen – Betriebswirtschaftliche Methoden.....	139
I. Bewertungsmethoden und ihre Problemstellungen.....	139
1. Liquiditätsbilanz zum Stichtag mit gleichzeitiger Zeiträumbetrachtung nach dem BGH.....	139
a. Der BGH und das Fehlen der Passiva II.....	141
aa) Berechtigtes Auslassen der Passiva II? – Die sog. Bugwellentheorie und der Versuch einer Begründung	143
bb) Die Kritik der h.M. und die Auswirkungen des Fehlens der Passiva II	145

b. Ein Fürsprechen für die Berücksichtigung der Passiva II und Kritik an der Feststellungsmethode der Liquiditätsbilanz	148
aa) Die Einbeziehung der Passiva II.....	148
bb) Mehrstufige Prüfung	153
(a) Unterschiedliche Auffassungen über die Prüfung	153
(b) Stellungnahme zum Stufenverhältnis.....	154
2. Liquiditätsstatus und Finanzplan	156
a) Typisierung und Aufgabenstellung innerhalb der Zahlungsunfähigkeitsprüfung.....	156
b) Prognostisches Element	158
3. Anzuwendende Methode	159
II. Finanzstatus und Finanzplan zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit.....	160
1. Zugrundeliegendes Datenmaterial	161
a. Datenmaterial für einen Finanzstatus	161
b. Datenmaterial bei einem Finanzplan.....	162
2. Passiva.....	163
a. Besonderheiten bei einzelnen Passivpositionen	164
aa) Durchsetzbarkeit der fälligen Forderung und Subjekthandeln des Schuldners	164
bb) Die Behandlung von streitigen Forderungen	165
(a) Literaturauffassungen	166
(b) Überblick über die Judikatur des BGH	168
(c) Stellungnahme	169
cc) Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern - Gesellschafterdarlehen	174
dd) Nachrangige Verbindlichkeiten - § 39 InsO	175
3. Aktiva.....	176
4. Stufenfolge der Bilanzierung innerhalb der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit.....	178
III. Auswertung des Finanzstatus und des Finanzplans.....	179
1. Betriebswirtschaftliche Kennzahlen	180
a. Liquiditätsgrade als kurzfristige Kennzahlen	180
b. Kritische Betrachtung der Aussagekraft der Kennzahlen	182
2. Insolvenzrechtliche Liquiditätskennzahl	184
3. Messung der Liquidität	187
a. Liquiditätsmessung anhand eines Finanzplans und zeitliche Komponente.....	187
b. Ermittlungen unter Zuhilfenahme des Finanzplans.....	192
aa) Anterograde Ermittlung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit.....	192
bb) Retrograde Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit.....	195

IV. Bewertung der Methode	196
H. Kapitel 8: Die wirtschaftskriminalistische Methode und die gesetzliche Regelvermutung der Zahlungseinstellung aus § 17 Abs. 2 S. 2 InsO	199
I. Konzept der wirtschaftskriminalistischen Methode	199
II. Die Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO	200
1. Formen der Äußerung einer Zahlungseinstellung.....	203
a. Ausdrückliche Schuldnererklärungen.....	204
b. Konkludente Handlungen des Schuldners und mit ihm in Verbindung stehender Dritter	204
2. Feststellung der Zahlungsunfähigkeit anhand der Zahlungseinstellung und ihre praktische Bedeutung.....	206
3. Die retrograde Ermittlung unter Anwendung der Zahlungseinstellung - § 17 Abs. 2 S. 2 InsO.....	209
III. Der Insolvenzantrag als Beleg der Zahlungsunfähigkeit.....	212
I. Kapitel 9: Die materielle Insolvenz und ihre retrograde Ermittlung - Conclusio.....	217
I. Problemstellungen der retrograden Ermittlung und ihre Auswirkungen – Unterschiede zwischen Theorie und Praxis.....	217
II. Eigene Vorschläge zur retrograden Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit	220
1. Vorliegen eines ordentlichen Rechnungswesens	221
2. Nicht oder nur spärlich vorhandenes Rechnungswesen.....	223
III. Conclusio	224