

Immer aktuell informiert über relevante Entwicklungen und Entscheidungen:  
**Sanierung – Restrukturierung – Insolvenz – Steuern**

### **DIE BUGWELLE IST VEREBBT – WER SIE REITEN WOLLTE, GEHT UNTER**

Der BGH stellt in seiner jüngsten Entscheidung klar, welche Positionen in die Stichtagsbetrachtung zur Prüfung der Zahlungsunfähigkeit einzu beziehen sind. Bislang war strittig, ob parallel zu den innerhalb von drei Wochen fällig werdenden Forderungen des Schuldners (Aktiva II) auch die im selben Zeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten des Schuldners (Passiva II) in den Bestand aufzunehmen sind. Der BGH räumt diese Unsicherheit – bekannt als der „Bugwelleneffekt“ – nun aus dem Weg.

#### **Das Urteil**

Der BGH hat mit Urteil vom 19.12.2017 (II ZR 88/16) klargestellt, dass der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit früher vorliegen kann als mancher bisher gehofft hatte. Denn einige Stimmen in Literatur und Instanzenrechtsprechung waren der Auffassung, bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit könnten Verbindlichkeiten, die erst in den folgenden drei Wochen nach dem Beurteilungsstichtag fällig werden (sog. Passiva II), außer Acht bleiben. Dadurch entstünde eine Art „Bugwelle“ von erst künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten, die zwar vorhanden, aber insolvenzrechtlich unschädlich seien. Dem hat der BGH nun eine Absage erteilt. Nach dem jüngsten Urteil sind bei der Zahlungsunfähigkeitsprüfung auch die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden Verbindlichkeiten zu berücksichtigen. Die Bugwelle verebbt.

#### **Hintergründe**

Zum Verständnis, wie es überhaupt zu einer Bugwelle von Verbindlichkeiten kommen kann, ist etwas weiter auszuholen. Ausgangspunkt ist der Begriff der insolvenzrechtlichen Zahlungsunfähigkeit, die Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften dazu verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen. Gem. § 17 InsO ist Zahlungsunfähigkeit gegeben, wenn der Schuldner nicht in der Lage

ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Der BGH hat dies dahingehend konkretisiert, dass Zahlungsunfähigkeit dann vorliegt, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, zumindest 90 % seiner fälligen Verbindlichkeiten zu bedienen, und sich daran innerhalb von drei Wochen nichts ändern wird. Diese Aufweichung des Zahlungsunfähigkeitsbegriffs dient der Abgrenzung von einer bloßen Zahlungsstockung. Gäbe es sie nicht, müsste ein Schuldner, der auch nur für einen Tag nicht in der Lage ist, sämtliche fälligen Verbindlichkeiten zu bedienen, Insolvenzantrag stellen – und die haftungs- und strafrechtlichen Folgen tragen, falls er dies versäumt.

Einigkeit bestand bislang dahingehend, dass für die Stichtagsbetrachtung die aktuell fälligen Forderungen des Schuldners (**Aktiva I**), die innerhalb von drei Wochen fällig werdenden Forderungen des Schuldners (**Aktiva II**) sowie die aktuell fälligen Verbindlichkeiten des Schuldners (**Passiva I**) in Beziehung zu setzen sind.

Nicht abschließend geklärt war innerhalb dieser Betrachtung, ob auch die in den folgenden drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten (**Passiva II**) einzubeziehen sind. Falls nicht, was durchaus vertreten wurde, konnten die innerhalb eines Zeitraums von drei Wochen nach dem Beurteilungsstichtag fällig werdenden Aktiva II verwendet werden, um die zum Stichtag bestehenden fälligen Verbindlichkeiten zu bedienen, ohne dass dabei die während desselben Zeitraums fällig werdenden Verbindlichkeiten berücksichtigt werden mussten. Dies konnte den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit erheblich hinauszögern.

Anlass für diesen „Bugwelleneffekt“ war die Lesart der bisherigen BGH-Rechtsprechung. Diese hatte – insoweit nicht eindeutig – formuliert:

„Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO kann eine Liquiditätsbilanz aufgestellt werden. Dabei sind die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in

## SANIERUNGSNEWS NR. 01/2018

Beziehung zu setzen zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten.“

Die überwiegende Meinung ging allerdings davon aus, dass der BGH damit die Passiva II nicht ausklammern wollte, sondern die Formulierung nur nicht eindeutig gewählt war. Trotzdem zog sich der „Bugwelleneffekt“ seither durch die juristische Fachliteratur, da die Formulierung des BGH dem Wortlaut nach die Passiva II bisher nicht einschloss.

Mit der jüngsten Klarstellung ist die „Bugwellentheorie“ nunmehr Vergangenheit.

### Folgen für die Praxis

Für die Praxis bedeutet dies, dass bei der Aufstellung einer Liquiditätsplanung die Passiva II zu berücksichtigen sind. Insofern ist nunmehr eine Gegenüberstellung von Aktiva I, Aktiva II, Passiva I und Passiva II vorzunehmen.

Der BGH fordert deshalb in seinem Urteil vom 19.12.2017 dazu auf, folgende Prüfungstechnik anzuwenden:

„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.“ Überwiegt die Passiv-Seite, liegt in der Regel Zahlungsunfähigkeit vor.

Verfahren Geschäftsleiter und ihre Berater nicht nach dieser Vorgabe, drohen erhebliche insolvenzrechtliche Haftungsrisiken. Allerdings stellt sich die konkrete Umsetzung der Handlungsempfehlung des BGH praktisch komplexer dar, als sie sich zunächst liest. Sprechen Sie uns bei Interesse an weiteren Informationen gerne an!

### IHRE ANSPRECHPARTNER FÜR SANIERUNG UND RESTRUKTURIERUNG:

Dr. Michael Fritz  
Rechtsanwalt / Steuerberater  
SCHRADE & PARTNER RECHTSANWÄLTE PartmbB  
Max-Planck-Straße 11,  
78052 Villingen-Schwenningen/Germany  
Telefon: +49/7721/20626-420  
Telefax: +49/7721/20626-600  
E-Mail: michael.fritz@schrade-partner.de  
www.schrade-partner.de



Dr. Thilo Schülke  
Rechtsanwalt / Attorney-at-law  
SCHRADE & PARTNER RECHTSANWÄLTE PartmbB  
Hermann-Herder-Straße 4  
79104 Freiburg/Germany  
Telefon: +49/761/389469-0  
Telefax: +49/761/389469-99  
E-Mail: thilo.schuelke@schrade-partner.de  
www.schrade-partner.de



## SANIERUNGSNEWS NR. 01/2018

### ÜBER SCHRADE & Partner / About SCHRADE & Partner:

SCHRADE & Partner berät Mandanten auf allen Gebieten des Wirtschaftsrechts an den Standorten Villingen-Schwenningen, Singen, Berlin, Tuttlingen, Freiburg und Lahr. Schwerpunkte der Tätigkeit von SCHRADE & Partner bilden das Gesellschafts- & Handelsrecht, Arbeitsrecht, Wettbewerbsrecht, Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht, Erbnachfolge, Sanierungs- und Restrukturierungsberatung und das Recht des Gesundheitswesens. Wir beraten unsere Mandanten insbesondere bei der Gründung oder bei dem Erwerb bzw. dem Verkauf von Unternehmen, Umstrukturierungs- und Umwandlungsvorgängen und dem Gang an die Börse sowie bei allen sonstigen Fragen der vertraglichen Gestaltung und der Rechtsberatung des laufenden Geschäftsbetriebs. Im internationalen Bereich beraten wir unsere Mandanten im Rahmen unseres Verbundes SCHRADE EWIV in Zusammenarbeit mit befreundeten Anwaltskanzleien in Österreich, Italien, Frankreich, Polen, Tschechien, Ungarn und der Slowakei sowie in Kooperation mit Steuerberatungs- bzw. Wirtschaftsprüfungsgesellschaften. Unsere tägliche Arbeit ist immer geprägt von unserem Credo:

# SCHRADE

Wir geben der Wirtschaft Recht.

*SCHRADE & Partner advises clients in all fields of business law with offices in Villingen-Schwenningen, Singen, Berlin, Tuttlingen, Freiburg and Lahr. Furthermore, we offer legal counsel within the legal framework of our network SCHRADE EEIG together with law firms in Austria, Italy, France, Poland, Czech Republic, Hungary and Slovakia and in co-operation with tax and auditing firms. Our daily work is guided by our principle:*

**“Helping businesses in enforcing their rights.”**