



Band 10

Schriftenreihe des
Centrum
für Deutsches & Europäisches
Insolvenzrecht

Herausgegeben von Stefan Smid, Silke Wehdeking
und Mark Zeuner

Karsten Andresen

**Die objektiven Kriterien
der Zahlungsunfähigkeit
nach der Rechtsprechung
des BGH und dem IDW**

Einleitung

I. Die Bedeutung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit

Die Bedeutung der Zahlungsunfähigkeit lässt sich anhand zweier Sachverhalte sehr gut verdeutlichen.

In dem ersten Sachverhalt wurde die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch einen Gläubiger aufgrund offener Forderungen aus Steuern und steuerlichen Nebenleistungen beantragt. Die vorläufige Insolvenzverwalterin ermittelte eine Unterdeckung, woraufhin es zu der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Insolvenzgericht kam. Der Schuldner legte hiergegen sofortige Beschwerde ein. Diese wurde jedoch hauptsächlich mit der Argumentation zurückgewiesen, dass aufgrund der Wirkung des § 41 Abs. 1 InsO nun eine erhebliche Darlehensforderung fällig geworden war, die es nun im Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung zu berücksichtigen galt. Im Eröffnungsverfahren war diese Forderung mangels Fälligkeit noch nicht zu berücksichtigen gewesen. War es zum Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung noch zweifelhaft, ob ein Eröffnungsgrund vorlag, so war es dies aufgrund dieser nun erheblichen und fälligen Forderung nach dem Eröffnungsbeschluss nicht mehr. Dem Schuldner drohte die Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz aufgrund der bis dahin vertretenen herrschenden Meinung hinsichtlich des relevanten Zeitpunkts für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit. Der BGH änderte seine bis dahin geltende Rechtsprechung und trat damit der herrschenden Meinung entgegen. Mit dieser Entscheidung kam es zu einer deutlichen Erhöhung des Schuldnerschutzes im Eröffnungsverfahren. Die nachträgliche Heilung eines an sich rechtswidrigen Eröffnungsbeschlusses wurde damit ein Riegel vorgeschoben.

In dem anderen Sachverhalt ging es um die Haftung des Geschäftsführers nach § 64 GmbHG. Diese Vorschrift regelt die Haftung im Falle von Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Auch diese Vorschrift hat als Tatbestandsvoraussetzung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Die später insolvente GmbH sollte einen großen Auftrag für ein Drittunternehmen in einer Größenordnung von 1.980.000,00 DM erfüllen. Später kam es zum Streit zwischen den Parteien, woraufhin ein gerichtlicher Vergleich geschlossen wurde, der äußerst nachteilig für die später insolvente GmbH war. Zum Zeitpunkt des Vergleichs lag eine erhebliche Unterdeckung vor. Verbindlichkeiten in Höhe von 2.659.151,25

DM standen lediglich Aktiva in Höhe von 1.122.323,04 DM gegenüber. Das Berufungsgericht ermittelte schließlich eine Unterdeckung in Höhe von 9,2 %. Dennoch wurden später weiterhin Zahlungen an Gläubiger durch den Geschäftsführer in beträchtlicher Höhe geleistet. Die Parteien stritten über das Vorliegen der Voraussetzungen der Zahlungsunfähigkeit. Bis zu dieser BGH Entscheidung waren die objektiven Kriterien der Zahlungsunfähigkeit in der InsO nicht genau definiert. Es stellte sich die Frage, inwiefern noch Grundsätze zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit aus der Konkursordnung zu übernehmen wären. Ferner gab es in der Literatur und Rechtsprechung erhebliche Unterschiede hinsichtlich einer noch zu tolerierenden Unterdeckungsquote, ob diese flexibel oder starr ausgestaltet werden müsse und natürlich die entsprechenden Zeiträume, innerhalb derer eine Unterdeckung noch hingenommen werden könne. Der BGH hat mit dieser Entscheidung diese Unklarheiten im Wesentlichen beseitigt.

Der unbestimmte Rechtsbegriff der Zahlungsunfähigkeit lässt Spielraum für Interpretationsmöglichkeiten. Wichtig dabei ist allerdings, dass man gewisse Grundprinzipien nicht außer Acht lassen darf. Zentraler Gedanke ist hier die verfassungskonforme Auslegung und die Grundrechte des Schuldners und deren Auswirkungen auf das gesamte Verständnis der Zahlungsunfähigkeit. Dies soll diese Studie aufzeigen.

II. Anliegen dieser Studie

Diese Studie gliedert sich in zwei Teile auf, die sich jeweils an zwei Entscheidungen des BGH orientieren. Sie beschäftigt zunächst sich mit der verfassungsrechtlichen Einordnung der Zahlungsunfähigkeit innerhalb der Insolvenzordnung¹.

Im Anschluss daran soll die Konkretisierung durch die Rechtsprechung diskutiert werden. Hierbei soll vor allem ein kritischer Blick auf die vom BGH entwickelten objektiven Kriterien zur Zahlungsunfähigkeit geworfen werden und ob diese Kriterien in der Lage sind, die eigentlichen Ziele der Insolvenzordnung zu erfüllen und einen Ausgleich der gegenläufigen Interessen herbeizuführen. Daran anschließend wird auf den Prüfungsstandard PS 800 des IDW eingegangen und wie dieser versucht, die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zu übernehmen und praktisch umzusetzen. Hierbei soll vor allem der Sinn und Zweck dieses Prüfungsstandards beleuchtet werden, wo dieser zum Einsatz kommt, was dieser in der Lage ist zu leisten, wer der Adressat ist und welche Konsequenzen dieser Prüfungsstandard hat.

1 Im Verlauf abgekürzt mit InsO.

Teil 1

A. Bedeutung und verfassungsrechtlicher Hintergrund der Eröffnungsgründe

I. Der entscheidungsrelevante Zeitpunkt für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit (BGH IX ZB 204/04)

Der BGH hatte am 27.7.2006 folgenden Sachverhalt zu entscheiden:

1. Sachverhalt

Mit Schreiben vom 17. 11. 2003 beantragte der (weitere) Beteiligte zu 1 nach erfolglosen Vollstreckungsversuchen wegen offener Forderungen aus Steuern und steuerlichen Nebenleistungen in Höhe von 12.833,12 Euro die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners. Die (weitere) Beteiligte zu 2 wurde zunächst mit der Erstattung eines Gutachtens zur Frage der Zahlungsunfähigkeit beauftragt. Am 13. 2. 2004 wurde sie zur vorläufigen Insolvenzverwalterin bestellt. Dem Schuldner wurde ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt; die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein Vermögen ging auf die Bet. zu 1 über. Am 3. 5. 2004 legte diese ein Gutachten vor, das den Schuldner mit folgender Begründung für zahlungsunfähig erklärte: Die freie Masse betrage 26464,20 Euro. Sie bestehe aus einem Konto des Schuldners von 212,17 Euro, dem Verwalterkonto von 24617,44 Euro, einem Bausparvertrag von 311,39 Euro, Anfechtungsansprüchen von 1309,20 Euro sowie Erinnerungswerten für das möglicherweise wertausschöpfend belastete Wohn- und Betriebsgrundstück, für die Geschäfts- und Betriebsausstattung, für zwei Fahrzeuge, deren Papiere der Schuldner nicht vorgelegt habe, für möglicherweise an Dritte abgetretene Lebensversicherungen sowie für verschiedene nicht nachprüfbare Forderungen aus einer Debitorenliste des Schuldners. Verbindlichkeiten bestünden in Höhe von 28303,14 Euro. Eine Kreditorenliste des Schuldners vom 2. 12. 2003 ende mit einem Betrag von 24959,76 Euro. Zwischenzeitliche Zahlungen des Schuldners seien anfechtbar und daher nicht zu berücksichtigen. Hinzu kämen Rücklastschriften aus dem Zeitraum 24. 2. bis 4. 3. 2004 in Höhe von 3337,98 Euro. Berücksichtige man zusätzlich noch die Kosten des Insolvenzgerichts für das Antragsverfahren sowie für die vorläufige Verwaltung in Höhe von 5997,32 Euro, betrage die Deckungsquote im Verhältnis zur Geldliquidität 65,78%, im Verhältnis zur errechneten freien Masse 72,3%. Am 4. 5. 2004 ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet und die (weitere) Bet. zu 2 zur Verwalterin bestellt worden.

2. Die Argumentation des BGH

Diese Entscheidung beschäftigt sich mit dem wesentlichen Zeitpunkt für das Vorliegen der Eröffnungsgründe. Diesen legt der BGH auf den Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses².

Die Begründung des BGH für den Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses kann man in drei Teile gliedern. Diese Argumentation soll im Folgenden dargestellt und anschließend die Konsequenzen diskutiert werden, die sich aus dieser Rechtsauffassung für die Eröffnungsgründe und ihr Verständnis und ihre Auslegung ergeben.

a) Wortlaut und systematische Auslegung der InsO

Der BGH beginnt seine Beschwerdebegründung mit der bisherigen herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung, die auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung für das Vorliegen der materiellen Eröffnungsvoraussetzungen abstellt.

Das Abstellen auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung ergäbe sich laut dieser Stimmen aus verfahrensrechtlichen Grundsätzen, wonach die Beschwerde gemäß § 4 InsO i.V.m. § 571 II ZPO auf neue Angriffs- und Verteidigungsmittel gestützt werden könne³. Dies würde als Konsequenz bedeuten, dass neue Umstände, die sich in irgendeiner Weise auf die Liquidität des Schuldners auswirken würden, zu dem späteren Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung immer vom Beschwerdegericht berücksichtigt werden müssten. Allerdings weist der BGH in seiner Begründung darauf hin, dass die vorliegende Fallkonstellation bisher nicht innerhalb dieser Meinung diskutiert worden wäre, nämlich das Entstehen der Eröffnungsvoraussetzungen nach dem Eröffnungsbeschluss⁴.

Gegen den Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung spräche laut BGH zunächst einmal der Wortlaut von § 16 InsO und § 27 II Nr. 3 InsO. Beide Normen würden schon allein vom Wortlaut her ein Abstellen auf den späteren Zeitpunkt her nicht zulassen⁵.

Des Weiteren werden als Argument der Wortlaut und die Systematik des § 212 InsO angeführt⁶. Eine Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses aufgrund

2 BGH IX ZB 204/04.

3 OLG Celle KTS 1957, S. 31, 32; OLG Celle KTS 1972, S 264; LG Braunschweig NJW 1961, 2316; Uhlenbruck InsO/Uhlenbruck (13. Aufl.) § 16, Rn. 16.

4 BGH IX ZB 204/04 Rn. 9.

5 BGH IX ZB 204/04 Rn. 11.

6 BGH IX ZB 204/04 Rn. 19.

des Wegfalls der Eröffnungsvoraussetzungen wäre nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eben nur über diese Vorschrift möglich⁷. Würde man der bisherigen Meinung folgen, dann könnte der Eröffnungsbeschluss und somit auch das Insolvenzverfahren durch die sofortige Beschwerde vom Beschwerdegericht aufgehoben werden⁸.

b) Teleologische verfassungsrechtliche Argumentation

In einem nächsten Schritt geht der BGH darauf ein, inwiefern sich die beiden unterschiedlichen Zeitpunkte auf die Situation des Schuldners auswirken.

Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens käme es für den Schuldner in der Regel zu einer erheblichen Verschlechterung seiner wirtschaftlichen und rechtlichen Lage, die, sofern noch keine Zahlungsunfähigkeit vorläge, dann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit alsbald einträte⁹. Besonders die Anwendung der ab Eröffnung geltenden insolvenzrechtlichen Vorschriften ändere die rechtliche Lage des Schuldners erheblich, so dass sich daraus als Folge die wirtschaftliche Lage bedeutend verschlechtere¹⁰. Als Beispielsnorm wird hier vom BGH § 41 InsO angesprochen¹¹. Allein durch die Anwendung dieser Vorschrift käme es in dem vorher erstellten Finanzstatus zu signifikanten Abweichungen¹². Zwar gäbe es Stimmen in der Literatur, die besagen, dass bei einer späteren Beurteilung keine aus der ursprünglichen Eröffnungsentscheidung abgeleiteten Rechtswirkungen berücksichtigt werden dürften¹³. Dieser Meinung begegnet der BGH aber damit, dass dies mit kaum überwindbaren Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden wäre¹⁴.

Im vorliegenden Fall ergab sich zu Beginn des Eröffnungsbeschlusses aus dem Finanzstatus noch der unrichtig vom Landgericht festgestellte Wert von 11,2%¹⁵. Liquide Mittel in Höhe von 25.141 € standen fälligen Verbindlichkeiten von 28.303,14 € gegenüber. Allein durch die Anwendung von § 41 InsO durch das Beschwerdegericht käme es laut BGH zu einer Erhöhung dieses Werts auf über 30%, da durch die sofortige Fälligkeit aller Forderungen sich die Zahl der fälligen

7 BGH IX ZB 204/04 Rn. 19.

8 BGH IX ZB 204/04 Rn. 19, Gruber DZWIR 2007, S. 151–157, II.

9 BGH IX ZB 204/04 Rn. 12.

10 BGH IX ZB 204/04 Rn. 12.

11 BGH IX ZB 204/04 Rn. 13.

12 BGH IX ZB 204/04 Rn. 13.

13 Gruber DZWIR 2007, 151–157, (über juris S. 7).

14 BGH IX ZB 204/04 Rn. 26.

15 BGH IX ZB 204/04 Rn. 17.

Verbindlichkeiten auf 81.510,66 € erhöhen würden, während sich die liquiden Mittel nur auf 56.249,71 € beliefen¹⁶. Durch die nachträgliche Beurteilung zum Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung würde somit dem Schuldner jegliche Möglichkeit genommen, die Zahlungsunfähigkeit noch zu beseitigen bzw. die Unterdeckung so zu minimieren, dass nur noch eine insolvenzrechtlich irrelevante Zahlungsstockung vorläge¹⁷.

c) Der Rechtsschutzgedanke Art 19 IV GG

Ebenfalls als Unterstützung für die Ansicht über den Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses führt der BGH den Gedanken des Rechtsschutzes des Schuldners an. Gemäß Art 19 IV GG habe der Schuldner sowohl das formelle Recht auf Rechtsschutz gegen Maßnahmen der öffentlichen Gewalt als auch ein Recht auf tatsächliche Kontrolle¹⁸. Daraus resultiere auch das Verfassungsgebot zu verhindern, dass durch eine hoheitliche Maßnahme eine Sachlage entstünde, die irreversibel für den Rechtsschutzsuchenden seien¹⁹.

Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde wäre laut BGH nahezu entwertet, da aufgrund der extremen Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation, die mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens verbunden sei, spätestens zum Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung eine Zahlungsunfähigkeit gegeben wäre²⁰. Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde würde somit leerlaufen.

3. Verfassungsrechtliche Einordnung der Eröffnungsgründe

Der BGH greift bei seiner Argumentation also auf verfassungsrechtliche Erwägungen zurück, wie die obige Darstellung zeigt. Diese Erwägungen unterstreichen die Bedeutung der grundrechtlichen Positionen des Schuldners im Eröffnungsverfahren und legen hier auch den Schwerpunkt in der Begründung. Dies wohl auch deshalb, weil die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens den zivilrechtlich schärfsten Eingriff bei einer Person darstellt²¹.

Um nun diese zuvor dargestellte teleologische bzw. verfassungsrechtliche Argumentation des BGH und deren Bedeutung im vorliegenden Fall verstehen zu können, bedarf es also einer genauen Bestimmung der Eröffnungsgründe. Dies

16 BGH IX ZB 204/04 Rn. 6.

17 BGH IX ZB 204/04 Rn. 16.

18 BGH IX ZB 204/04 Rn. 23.

19 BVerfGE 37 S. 151, 153; BGH IX ZB 204/04 Rn. 23.

20 BGH IX ZB 204/04 Rn. 24.

21 Smid PRaxisInsO § 8 Rn. 3 ff; Smid PraxisInsO § 14 Rn. 2 ff; Oetker, Grundbegriffe 1891, passim.; Pape/Uhlenbruck NJW Rn. 296.