



# Update Restrukturierung

Nr. 1/2018 • 19. März 2018

## Neues zur Zahlungsunfähigkeit – Passiva II BGH entscheidet gegen Bugwellentheorie

**Der für Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) hat mit kürzlich veröffentlichtem Urteil vom 19.12.2017 (II ZR 88/16) erstmalig entschieden, dass bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit anhand einer Liquiditätsbilanz auch die innerhalb von drei Wochen fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) einzubeziehen sind.**

Dr. Johan Schneider  
David Loszynski

Befindet sich ein Unternehmen in der Krise, gehört es – neben Restrukturierung und Sanierung des Unternehmens – zu den existentiellen Aufgaben der Geschäftsführung, fortlaufend Liquiditätsbilanzen zu erstellen. Anhand dieser betriebswirtschaftlichen Methode wird ermittelt, ob eine im Zeitraum von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke von mindestens 10 % und infolge dessen der Insolvenzeröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) vorliegt.

### Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit zur Zahlungsstockung

Nach der Rechtsprechung des BGH werden auf der Aktivseite der Liquiditätsbilanz in erster Linie das vorhandene Barvermögen – beispielsweise Bankguthaben und Kassenbestand – sowie alle anderen am maßgeblichen Stichtag verfügbaren liquiden Mittel (sog. Aktiva I) angesetzt. Hinzu werden die *innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden* Mittel – hierunter fallen vor allem die in den folgenden drei Wochen zu erwartenden Zahlungseingänge – in die Liquiditätsbilanz aufgenommen (sog. Aktiva II).

Die bisherige Rechtsprechung des BGH bot indes einen weiten Interpretationsspielraum bei der Frage, welche *Zahlungspflichten* (Passiva) den Aktiva I und II gegenüber gestellt werden müssen. So waren nach dem BGH zwar eindeutig die zum maßgeblichen Stichtag fälligen und ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva I) zu berücksichtigen. Ob dies aber auch für die innerhalb des Prognosezeitraums von

### Bisher: BGH-Rechtsprechung mit Interpretationsspielraum

Das Update Restrukturierung beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhaltes gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

drei Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) galt, war offen. Vieles deutete darauf hin, dass der BGH eine Einbeziehung der Passiva II bislang ablehnte.

Diese Frage hatte erhebliche Auswirkungen in der Praxis. **„Bugwelle von Schulden“**  
Denn ohne die Einbeziehung der Passiva II müssen Unternehmen am maßgeblichen Stichtag mit den Aktiva I *und* II lediglich die Passiva I zu mindestens 90 % decken können, um nicht zahlungsunfähig zu sein. Ein Unternehmen in der Krise konnte damit bisher eine „Bugwelle von Schulden“ vor sich herschieben, weiterhin am Markt operieren und neue Verbindlichkeiten eingehen. Der für bestimmte juristische Personen und Gesellschaften verpflichtende Insolvenzantrag bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (§ 15 a InsO) konnte so unter Umständen aufgeschoben werden.

Der II. Senat des BGH erteilt mit seiner aktuellen Entscheidung dieser sog. „Bugwellentheorie“ nunmehr eine deutliche Absage. Explizit urteilte der BGH nun erstmals, dass im Rahmen der Zahlungsunfähigkeitsprüfung auch die Passiva II in die Liquiditätsbilanz miteinbezogen werden müssen und begründet dies mit dem vom Gesetzgeber intendierten Ziel, den Rechtsverkehr vor tatsächlich insolventen Unternehmen zu schützen, frühzeitig eine Insolvenzverfahrenseröffnung zu ermöglichen und damit optimale Sanierungschancen zu bieten.

**Ab sofort: Einbeziehung auch der Passiva II**

Die Entscheidung des BGH ist unter dem Aspekt der Rechtssicherheit zu begrüßen. Für Geschäftsführer und Vorstände von Unternehmen in der Krise erhöht das Urteil zugleich die Anforderungen an die Zahlungsunfähigkeitsprüfung. In vielen Fällen wird damit der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit deutlich vorverlegt. Zum Schutz vor einer eigenen Haftung bleibt deshalb eine professionelle Krisen- und Sanierungsberatung unerlässlich.

**Praktische Auswirkungen**

Umgekehrt können Insolvenzverwalter in laufenden Insolvenzverfahren die persönliche Haftung von Geschäftsführern und Vorständen sowie die Anfechtung von Rechtsgeschäften noch einmal verstärkt in den Fokus nehmen. Durch die bisherige BGH-Rechtsprechung ist kein Vertrauensschutz in eine andere Bewertung entstanden; die jetzt vom BGH aufgestellten Grundsätze gelten damit grundsätzlich auch für „Altfälle“.



**Ihre Ansprechpartner  
zu diesem Thema**

Rechtsanwalt  
**Dr. Johan Schneider**  
T +49 40 35 52 80-30  
F +49 40 35 52 80-80  
j.schneider@heuking.de

Rechtsanwalt  
**David Loszynski**  
T +49 40 35 52 80-66  
F +49 40 35 52 80-80  
d.loszynski@heuking.de

Rechtsanwalt  
**Dr. Marcus Georg Tischler**  
T +49 40 35 52 80-30  
F +49 40 35 52 80-80  
m.tischler@heuking.de

Abonnentenservice: Update Restrukturierung

bestellen (kostenlos, unverbindlich, jederzeit kündbar)

abbestellen

Fax-Antwort an: +49 40 355280-80

E-Mail-Antwort an: [c.burmester@heuking.de](mailto:c.burmester@heuking.de)

**Versandservice und Kontakt**

Ihr Name: .....

.....

Ihre Email-Adresse: .....

.....

Ihre Adresse: .....

.....

[www.heuking.de](http://www.heuking.de)

Berlin

Chemnitz

Düsseldorf

Frankfurt

Hamburg

Köln

München

Stuttgart

Brüssel

Zürich