

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 Begriffs 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 Zeitraumliquidität | 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 „ernsthaften Einforderns“ | 78 |
| (a) Das Verständnis des § 271 BGB als Maßstab der Fälligkeit..... | 79 |
| (b) Rechtliche Existenz einer „stillschweigenden Stundung“ | 80 |
| (c) Bedeutung für das „ernstliche 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 Schuldnerotypen..... | 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: Unbestimbarkeit 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 Zeitraumbetrachtung 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. Liquiditätssmessung 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 |