

06.21

KSI

Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

Wirtschaft Recht Steuern

17. Jahrgang

November/Dezember 2021

Seiten 257–304

www.KSIdigital.de

Herausgeber:

Peter Depré, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

Dr. Lutz Mackebrandt, Unternehmensberater

Gerald Schwamberger, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

Herausgeberbeirat:

Prof. Dr. Markus W. Exler, Fachhochschule Kufstein

Prof. Dr. Paul J. Groß, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth, Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

Dr. Harald Krehl, Senior Advisor, Wendelstein

Prof. Dr. Jens Leker, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Andreas Pinkwart, HHL Leipzig Graduate School of Management

Prof. Dr. Florian Stapper, Rechtsanwalt, Stapper/Jacobi/Schädlich Rechtsanwälte-Partnerschaft, Leipzig

Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Richter a. D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

Prof. Dr. Henning Werner, Dekan der Fakultät für Wirtschaft, SRH Hochschule Heidelberg

Strategien Analysen Empfehlungen

Krisenresilienz von Unternehmen [Prof. Dr. Stefan Müller / Mark Uschkurat, 261]

Prüfung auf Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO [Prof. Andreas Crone / Prof. Dr. Henning Werner, 268]

StaRUG-Wirkungen im KMU-Bereich [Christian Hidding / Markus Freitag, 275]

Corporate Social Performance und Insolvenzwahrscheinlichkeit [Felix B. Fischer / Florian Habermann / Prof. Dr. Anton A. Burger, 279]

Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Vorteile, Risiken und Nebenwirkungen beim Restrukturierungsplan [Prof. Dr. Florian Stapper, 283]

Corona und die Restrukturierungsbranche [Burkhard Jung / Sarah Haan / Fritz Krech, 284]

Nachgefragt: Restrukturierungs- und Sanierungspraxis vor neuen Herausforderungen [289]

Komplexitätsbeherrschung: Ergebnisse einer Experten-Umfrage [Thomas Möllers / Dr. Hans-Jürgen Hillmer, 292]

Prüfung auf Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO

Zur Bedeutung der prozentualen Liquiditätslücke und der unterschiedlichen Berechnungsmethoden nach IDW und BGH

Prof. Andreas Crone und Prof. Dr. Henning Werner*

In Zusammenhang mit der Prüfung auf Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO kommt der prozentualen Liquiditätslücke in der Praxis als Indikator dafür, ob eine rechtlich unbedenkliche Zahlungsstockung oder eine rechtlich relevante Zahlungsunfähigkeit vorliegt, eine hohe Bedeutung zu. In diesem Beitrag wird dargelegt, wie bei der Prüfung auf Zahlungsunfähigkeit vorgegangen ist und inwieweit sich die Berechnungsmethoden zur Ermittlung der prozentualen Liquiditätslücke nach IDW und BGH unterscheiden.¹

1. Rechtliche Rahmenbedingungen

Werden Krisensymptome nicht oder zu spät durch das Management erkannt und/oder sind alle bisherigen Sanierungsbemühungen letztendlich gescheitert, droht die Insolvenzreife. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt die betriebswirtschaftliche Krise in eine insolvenzrechtliche Krise übergeht.²

Im Zusammenhang mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens geht es grundsätzlich um die Frage, ob, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Krisenunternehmen aus dem Markt auszuscheiden hat, weil das unternehmerische Risiko auf die Gläubiger verlagert wird.³ Die Insolvenzordnung (InsO) sieht drei Insolvenzgründe vor, deren Definition weitgehend an Gläubigerschutzinteressen ausgerichtet ist:

- (eingetretene) Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO,
- drohende Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO,
- Überschuldung gem. § 19 InsO.

Die Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO ist allgemeiner Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren und verpflichtet bzw. berechtigt sowohl den Schuldner als auch seine Gläubiger gleichermaßen zur Stellung eines Insolvenzantrags; speziell ist die Zahlungsunfähigkeit Insolvenzantragsgrund für alle natürlichen Personen, Personengesellschaften, Kapitalgesellschaften sowie Genossenschaften und nicht rechtsfähige Vereine sowie Nachlässe. Hintergrund ist, dass in Abhängigkeit von der Rechtsform des Schuldners gesellschaftsrechtliche und haftungsrechtliche Vorschriften für den Schuldner eine Insolvenzantragspflicht bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit normieren, für juristische Personen gilt § 15a InsO.

Die drohende Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO begründet hingegen lediglich ein Insolvenzantragsrecht, welches ausschließlich durch den Schuldner geltend gemacht werden kann. Im Falle der drohenden Zahlungsunfähigkeit sind Gläubigeranträge ausgeschlossen, insolvenzrechtlich oder strafrechtlich relevante Antragspflichten bestehen nicht.

Die Überschuldung gem. § 19 InsO ist Insolvenzgrund für alle juristischen Personen (§ 15a InsO) und für solche Gesellschaften, bei denen der persönlich haftende Gesellschafter

keine natürliche Person ist (z. B. GmbH & Co. KG). Antragsverpflichtet bzw. antragsberechtigt sind analog § 17 InsO Schuldner und Gläubiger gleichermaßen. Die Überschuldung kann dabei kumulativ zur Zahlungsunfähigkeit oder als alleiniger Insolvenzgrund vorliegen.

Zur Stellung eines Insolvenzantrags sind grundsätzlich die gesetzlichen Vertreter (Geschäftsführer/Vorstände) des Unternehmens berechtigt und verpflichtet (Insolvenzantragspflicht).

* Prof. Andreas Crone ist Gesellschafter der CT Managementpartners GmbH, Mannheim, einer auf Sanierung und Interimsmanagement spezialisierten Unternehmensberatung. Er ist zudem Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in eigener Praxis, Honorarprofessor an der SRH Hochschule Heidelberg und Referent am IfUS-Institut für Unternehmenssanierung. E-Mail: andreas.crone@wp-crone.de; Prof. Dr. Henning Werner ist Professor für Restrukturierung & Sanierung an der SRH Hochschule Heidelberg und leitet das an der Hochschule ansässige IfUS-Institut für Unternehmenssanierung. E-Mail: www.ifus-institut.de, henning.werner@ifus-institut.de.

1 Dieser Beitrag basiert auf Kap. 4 des im Aug. 2021 erschienenen Buchs „Modernes Sanierungsmanagement“ (Crone/Werner), 6. Aufl. 2021. In diesem von den o. g. Verfassern herausgegebenen Buch werden die Rahmenbedingungen und Möglichkeiten der außergerichtlichen Sanierung, der Sanierung durch ein Insolvenzverfahren sowie der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen als neue, eigenständige Sanierungsoption praxisorientiert dargestellt.

2 Vgl. Zöllner, in: Blöse/Kihm, Unternehmenskrisen, Ursachen, Sanierungskonzepte, Krisenvorsorge, Steuern, 2006, S. 27.

3 Vgl. Uhlenbruck, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, S. 404.

2. Insolvenzantragsfristen

Bei Vorliegen der Antragsvoraussetzungen gem. § 17 InsO (Zahlungsunfähigkeit) und/oder gem. § 19 InsO (Überschuldung) haben die gesetzlichen Vertreter des Schuldners ohne schuldhaftes Zögern einen Eröffnungsantrag zu stellen. Der Antrag ist spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung zu stellen (vgl. § 15a Abs. 1 InsO). Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) zum 1. 1. 2021 und damit einhergehender Änderungen der InsO wurde die bisher für § 17 InsO und § 19 InsO einheitliche Insolvenzantragsfrist von drei Wochen im Falle der Überschuldung auf sechs Wochen verlängert, um dem Schuldner ausreichend Zeit für die Vorbereitung eines Restrukturierungsvorhabens im Rahmen des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens zu geben.

Geschäftsführer haben in der Krise eine Insolvenzerkennungspflicht.⁵ Dies bedeutet, dass sie die Finanzlage der Gesellschaft stets sorgfältig zu prüfen und zu überwachen haben, sodass sie das Eintreten eines Insolvenztatbestands frühzeitig erkennen können.

Für die Beurteilung des Beginns der Insolvenzantragspflicht ist es unerheblich, ob das Vorliegen der Insolvenzgründe durch den Schuldner erkannt wird oder nicht. Entscheidend für die Antragspflicht ist der Eintritt der Insolvenzreife, also das objektive Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung.⁶ Dabei sind die in § 15a InsO Abs. 1 normierten Fristen als Maximalfristen anzusehen. Zwar soll den Vertretungsorganen des Schuldners die Chance eingeräumt werden, Sanierungsmöglichkeiten zu prüfen; ist jedoch erkennbar, dass keine (objektiven) Sanierungschancen bestehen, z. B. weil die finanzierenden Kreditinstitute die Ausreichung von Überbrückungs- und/oder Sanierungskrediten endgültig abgelehnt haben, so hat der Schuldner unverzüglich einen Insolvenzantrag zu stellen.

3. Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO

3.1 Allgemeine Voraussetzungen

Nach § 17 Abs. 1 InsO ist der allgemeine Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit ge-

	§ 17 InsO Zahlungsunfähigkeit	§ 19 InsO Überschuldung	§ 18 InsO Drohende Zahlungsunfähigkeit
	<ul style="list-style-type: none"> - Fällige Zahlungspflichten können nicht erfüllt werden - Keine Zahlungsstockung 	<ul style="list-style-type: none"> - Negative Fortbestehensprognose (Prognosezeitraum: 12 Monate) - Und: negatives Reinvermögen zu Liquidationswerten 	<ul style="list-style-type: none"> - Keine akute Zahlungsunfähigkeit - Aber: im Prognosehorizont (i. d. R. 24 Monate) können künftige Zahlungspflichten nicht erfüllt werden
Juristische Personen und Gesellschaften i. S. d. § 15a Abs. 1 u. 2 InsO (keine natürliche Person als haftender Gesellschafter)	Antragspflicht		Antragsrecht
Natürliche Person und sonstige Gesellschafter	Antragsrecht	Kein Eröffnungsgrund, aber Antragsrecht bei negativer Fortbestehensprognose	Antragsrecht

Abb. 1:
Überblick über die
Insolvenzeröffnungs-
gründe⁴

geben, wenn der betroffene Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Entsprechend dieser statischen Liquiditätsbetrachtung handelt es sich bei der Zahlungsunfähigkeit grundsätzlich um eine Zeitpunkt-Illiquidität aufgrund eines Mangels an Zahlungsmitteln bzw. aufgrund des Unvermögens, die benötigte Liquidität kurzfristig (innerhalb von maximal drei Wochen) zu beschaffen. Diese in der InsO definierte Zeitpunkt-Illiquidität ist jedoch durch höchstrichterliche Rechtsprechung⁷ im Hinblick auf die Frage, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt, zu einer Zeitraum-Illiquidität weiterentwickelt worden.

In § 17 Abs. 2 InsO hat der Gesetzgeber dazu ergänzend die widerlegbare Vermutung aufgestellt, dass Zahlungsunfähigkeit i. d. R. dann anzunehmen ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Vereinzelt Zahlungen, auch in beachtlicher Höhe, stehen dieser Annahme nicht entgegen; es genügt, dass der Schuldner außerstande ist, den erheblichen Teil seiner Verbindlichkeiten zu erfüllen.⁸

Ebenso unbeachtlich ist, ob die Forderungen durch den Gläubiger ausdrücklich eingefordert sind. Zahlungsunfähigkeit setzt nicht voraus, dass alle Gläubiger ständig und rücksichtslos auf die Begleichung ihrer Forderungen drängen.⁹ Eine „stillschweigende“ Duldung bzw. das Stillhalten der Gläubiger sind für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit nicht relevant, da sich die Fälligkeiten der Verbindlichkeiten nicht verändert haben. Dies muss durch explizite

4 Vgl. IDW, Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzgründen, IDW ES 11 n. F., Rz. 1 (Stand: 8. 1. 2021), nachfolgend IDW ES 11 n. F.

5 Vgl. MünchKomm - Klöhn, InsO, § 15a Rn. 173 ff.

6 Vgl. BGH-Urteil v. 9. 7. 1979 - ZR 118/77, BGHZ 75 S. 96, 111.

7 Vgl. BGH-Urteil v. 24. 5. 2005 - IX ZR 123/04, dazu Heublein, KSI 2006 S. 12 ff.

8 Vgl. Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 13. Aufl. 2010, § 17 InsO Rz. 29.

9 Vgl. ebenda, Rz. 17.

Die Abgrenzung der Zahlungsstockung zur Zahlungsunfähigkeit soll verhindern, dass dem Grunde nach gesunde Schuldner in ein Insolvenzverfahren getrieben werden.

KSI 6/21 270 Prüfung auf Zahlungsunfähigkeit

Stundungsvereinbarungen erreicht werden, die zur Abwehr möglicher Haftungsansprüche empfehlenswerter Weise schriftlich einzuholen oder zumindest ausreichend zu dokumentieren sind.

Dabei ist zu beachten, dass bereits relativ geringe Zahlungsrückstände als Alarmzeichen zu werten sind. Entsprechend der Gesetzesbegründung zur InsO gilt ein Unternehmen auch dann bereits als (eingetreten) zahlungsunfähig, wenn nur geringe Teile seiner bestehenden und fälligen Verbindlichkeiten nicht bedient werden können.¹⁰ Keine Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner nur unpünktlich oder auf Drängen der Gläubiger zahlt (Zahlungsunwilligkeit).¹¹

3.2 Schwellenwerte gem. BGH-Rechtsprechung

In der Literatur und Rechtsprechung herrschte lange Uneinigkeit bei der Festlegung von konkreten Schwellenwerten, bei deren Unterschreitung von Unwesentlichkeit und damit von einer insolvenzrechtlich unbeachtlichen Liquiditätslücke auszugehen ist. Der BGH hat diese Frage geklärt und hierzu in seinem Urteil vom 24.5.2005¹² wie folgt Stellung genommen: *„Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners 10 % oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist“*.¹³

Nach der BGH-Rechtsprechung wird demnach der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit widerlegbar vermutet, wenn der Schuldner innerhalb eines Zeitraums von drei Wochen nicht in der Lage ist, 90% der fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Der BGH hat somit die nachfolgenden Beweislastregeln entwickelt:¹⁴

(1) Liegt eine liquiditätsmäßige Unterdeckung von weniger als 10% vor, kann dennoch Zahlungsunfähigkeit unterstellt werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die diesen Standpunkt stützen. Ein solcher Um-

stand kann insbesondere die auf Tatsachen gegründete Erwartung sein, dass sich der bisherige Niedergang des Schuldnerunternehmens fortsetzen wird.

(2) Beträgt die liquiditätsmäßige Unterdeckung 10% und mehr, müssen umgekehrt für die Annahme der Zahlungsfähigkeit entsprechende Indizien vorgetragen und diese bewiesen werden. Dazu ist die Benennung konkreter Umstände erforderlich, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, dass die bestehende Liquiditätslücke zwar nicht innerhalb eines Zeitraums von zwei bis drei Wochen, jedoch in überschaubarer Zeit beseitigt werden wird.

3.3 Abgrenzung zur Zahlungsstockung

Von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit ist die sog. „Zahlungsstockung“, d.h. das Nichtbegleichen fälliger Verbindlichkeiten aufgrund eines kurzfristigen finanziellen Engpasses, zu unterscheiden. Dieser muss jedoch innerhalb eines angemessenen Zeitraums beseitigt werden können. Dies kann dann unterstellt werden, wenn der Schuldner nach Zahlungseinstellung innerhalb von drei Wochen die Zahlungen im Allgemeinen wieder aufnimmt.¹⁵ Die Zahlungseinstellung wird regelmäßig nur dann beseitigt, wenn der Schuldner nicht nur einzelne Zahlungen leistet, sondern seine Zahlungen an die Gesamtheit seiner Gläubiger aufnimmt, d.h. auch die Verbindlichkeiten bedient, die nach Zahlungseinstellung fällig geworden sind.¹⁶ Nur wenn eine Gläubigergefährdung praktisch ausgeschlossen ist, kann das Vorliegen einer rechtlich relevanten Zahlungsunfähigkeit verneint werden.

Zahlungsstockungen können in der Praxis durch unerwartete Forderungsausfälle oder zeitlich verzögerte Zahlungseingänge von Kunden verursacht werden. Die Abgrenzung der Zahlungsstockung zur Zahlungsunfähigkeit soll verhindern, dass dem Grunde nach gesunde Schuldner in ein Insolvenzverfahren getrieben werden.

4. Prüfung der Zahlungsunfähigkeit gem. IDW

4.1 Überblick

Die Zahlungsunfähigkeitsprüfung basiert also auf dem Grundsatzurteil des BGH vom 24.5.2005, welches jedoch keinerlei Vorgaben zur rechnerischen Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit enthält.¹⁷ Ergänzend ist das BGH-Urteil vom 19.12.2017 zu berücksichtigen, in

¹⁰ Vgl. AG Köln v. 9.7.1999 – 73 IV 16/99, ZInsO 2001 S. 769, 771.

¹¹ Vgl. Uhlenbruck, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, S. 425.

¹² Vgl. BGH-Urteil v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04.

¹³ Vgl. ebenda.

¹⁴ Vgl. ebenda; Nickert/Lamberti, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung im Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2016, S. 35 ff.

¹⁵ Vgl. Uhlenbruck, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, S. 420.

¹⁶ Vgl. Steffan, ZIP 2016 S. 2149; IDW ES 11 n.F., Rz. 21, Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzgründen (Stand: 8.1.2021).

¹⁷ Vgl. BGH-Urteil v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04 – OLG Hamm, LG Dortmund.

dem klargestellt wird, wie bei der Berechnung der prozentualen Liquiditätslücke vorzugehen ist und welche Positionen einzubeziehen sind.¹⁸

Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat mit dem Entwurf des Prüfungsstandards IDW S 11¹⁹ einen überarbeiteten Leitfaden zur Prüfung der Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen in der Praxis vorgelegt. Grundsätzlich ist bei der Prüfung auf Zahlungsunfähigkeit in drei Schritten vorzugehen. Die Abb. 2 gibt einen Überblick über das Prüfungsschema.

4.2 Einzelne Prüfschritte

Die einzelnen Schritte werden nachfolgend anhand eines Beispiels näher erläutert.

4.2.1 Schritt 1: Stichtagsbezogener Finanzstatus

Im Rahmen des Finanzstatus (auch Liquiditätsstatus oder Liquiditätsbilanz genannt) wird die stichtagsbezogene Liquiditätsüber-/unterdeckung ermittelt, indem die verfügbaren liquiden Finanzmittel den fälligen Verbindlichkeiten gegenübergestellt werden. Als verfügbare Finanzmittel sind die tatsächlich am Stichtag vorhandenen liquiden Mittel (Barkasse, Bankguthaben, Schecks und sofort veräußerbare Wertpapiere) sowie freie und verfügbare Kreditlinien zu berücksichtigen. Kurzfristig, zukünftig verfügbare liquide Mittel (z. B. erwartete Kundenzahlungen) sind nicht an dieser Stelle, sondern erst im Rahmen des zukunftsbezogenen Finanzplans zu erfassen (siehe Prüfschema Schritt 2).

Im Rahmen der Ermittlung der Vergleichsbasis sind nicht alle Verbindlichkeiten des Unternehmens, sondern lediglich alle fälligen Verbindlichkeiten zu erfassen. Fällig bedeutet dabei, dass der Gläubiger die Zahlung rechtlich verlangen kann. Demzufolge sind gestundete Verbindlichkeiten nicht im Finanzstatus aufzunehmen. Da verbindliche Stundungsvereinbarungen auch durch konkludentes Handeln oder Handelsbrauch zustande kommen können, ist eine Dokumentation der getroffenen Abreden empfehlenswert, denn auch in diesen Fällen obliegt dem Schuldner der Nachweis, dass eine Stundung verbindlich vereinbart wurde.²⁰

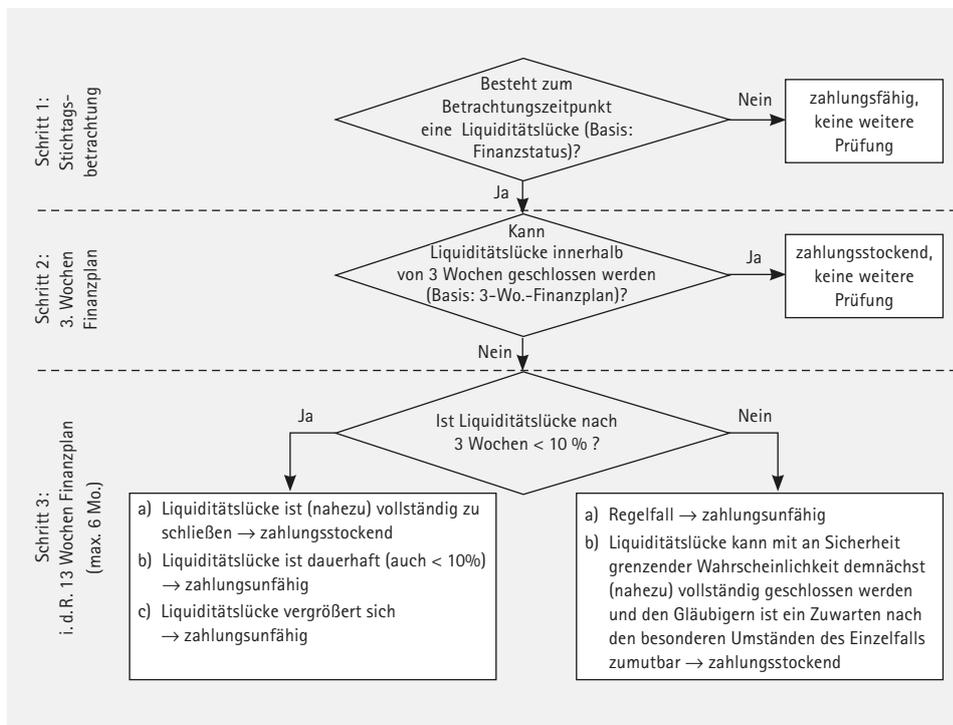


Abb. 2:
Schematische Vorgehensweise bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit

4.2.2 Schritt 2: Drei-Wochen-Finanzplan

4.2.2.1 Vorgehensweise

In dem Drei-Wochen-Finanzplan werden die in diesem Zeitraum zu erwartenden Mittelzuflüsse und -abflüsse erfasst. Die erwarteten Einzahlungen ergeben sich aus den bereits zum Stichtag bestehenden (einbringlichen) Forderungen sowie aus den im Prognosezeitraum neu entstehenden Forderungen entsprechend ihrer innerhalb des Betrachtungszeitraums erwarteten Geldeingänge. Daneben sind entsprechend ihrer Realisierbarkeit sonstige finanzwirtschaftliche Maßnahmen (z. B. Aufnahme von Gesellschafter- oder Drittdarlehen, Factoring, etc.) sowie weitere zahlungswirksame Effekte aus Sanierungsmaßnahmen zu berücksichtigen, wenn diese Maßnahmen hinreichend konkretisiert sind und ihre Umsetzung überwiegend wahrscheinlich ist.

Die erwarteten Auszahlungen ergeben sich aus den bereits zum Stichtag bestehenden fälligen Verbindlichkeiten sowie aus den im Prognosezeitraum neu entstehenden Verbindlichkeiten entsprechend ihrer Fälligkeit in diesem Zeitraum. Hierzu gehören Auszahlungen für Löhne und Gehälter, für geschuldete Sozialversicherungsbeiträge, für Miet- und Leasingkosten, für Steuern, Zinsen sowie Tilgungen. Über den Betrachtungszeitraum hinaus gestundete Beträge sind nicht zu erfassen.

¹⁸ Vgl. BGH-Urteil v. 19. 12. 2017 – II ZR 88/16, DStR 2018 S. 478.

¹⁹ Vgl. IDW ES 11 n. F., Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzgründen (Stand: 8. 1. 2021).

²⁰ Vgl. BGH-Urteil v. 19. 7. 2007 – IX ZB 36/07, ZIP 2007 S. 1666.

Aus den abweichenden Berechnungsmethoden von BGH und IDW ergibt sich, dass die prozentuale Liquiditätslücke nach BGH immer kleiner ist als die prozentuale Liquiditätslücke nach IDW.

Zeigt sich am Ende des Drei-Wochenzeitraums, dass die Liquiditätslücke geschlossen werden konnte, so liegt zum Stichtag lediglich eine Zahlungsstockung, aber keine rechtlich relevante Zahlungsunfähigkeit vor. Eine weitere Prüfung ist nicht erforderlich. Zeigt sich jedoch am Ende des Drei-Wochenzeitraums, dass die Liquiditätslücke nicht geschlossen werden konnte, sind folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- Beträgt die prozentuale Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochenzeitraums weniger als 10% der fälligen Verbindlichkeiten, so ist regelmäßig zunächst von einer Zahlungsstockung auszugehen. In diesem Fall ist jedoch die weitere Liquiditätsentwicklung in einem erweiterten Betrachtungszeitraum zu prüfen (siehe Prüfungsschema Schritt 3).
- Beträgt die prozentuale Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochen-Betrachtungszeitraumes 10% oder mehr der fälligen Verbindlichkeiten, so ist im Regelfall von Zahlungsunfähigkeit zum Betrachtungsstichtag auszugehen.

Der erweiterte Betrachtungszeitraum, in dem die Liquiditätslücke plangemäß geschlossen sein muss, kann drei bis maximal sechs Monate²¹ umfassen. In der Praxis findet regelmäßig eine Ausweitung des Betrachtungszeitraums auf 13 Wochen statt.

4.2.2.2 Bedeutung der prozentualen Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochenzeitraums

Die Höhe der prozentualen Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochenzeitraums ist also zunächst relevant für die Frage, ob regelmäßig zunächst von einer Zahlungsstockung (< 10%) oder regelmäßig von einer Zahlungsunfähigkeit (>= 10%) auszugehen ist. Dabei ist festzustellen, dass sich die Berechnungsmethoden zur Ermittlung der prozentualen Liquiditätslücke nach BGH und nach IDW unterscheiden.

(1) **Berechnungsmethodik BGH:** In der Entscheidung des II. Zivilsenats vom 19. 12. 2017 hat der BGH erstmals dargelegt, wie die prozentuale Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochenzeitraums zu berechnen ist. Danach sind die zum Stichtag vorhandenen liquiden Mittel (Aktiva I) sowie die im Drei-Wochen-Zeitraum zu erwartenden Zahlungseingänge

(Aktiva II) ins Verhältnis zu setzen zu den zum Stichtag vorhandenen fälligen Verbindlichkeiten (Passiva I) sowie den im Drei-Wochen-Zeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten (Passiva II).²² Nach der BGH-Rechtsprechung berechnet sich die prozentuale Liquiditätslücke zum Ende des Drei-Wochenzeitraums demnach wie folgt:

$$\text{Prozentuale Liquiditätslücke nach BGH (t}_2\text{) in \%} = \frac{(\text{Aktiva I (t}_0\text{)} + \text{Aktiva II (t}_1 \text{ bis t}_{21}\text{)}) - (\text{Passiva I (t}_0\text{)} + \text{Passiva II (t}_1 \text{ bis t}_{21}\text{)})}{\text{Passiva I (t}_0\text{)} + \text{Passiva II (t}_1 \text{ bis t}_{21}\text{)}}$$

(2) **Berechnungsmethodik IDW:** Gemäß IDW ist die prozentuale Liquiditätslücke zum Ende des Drei-Wochenzeitraums zu berechnen, indem die absolute Liquiditätslücke zum Ende des Drei-Wochenzeitraums ins Verhältnis gesetzt wird zu den zum Stichtag vorhandenen fälligen Verbindlichkeiten.²³ Nach der IDW-Methodik berechnet sich die prozentuale Liquiditätslücke zum Ende des Drei-Wochenzeitraums demnach wie folgt:

$$\text{Prozentuale Liquiditätslücke nach IDW (t}_2\text{) in \%} = \frac{(\text{Aktiva I (t}_0\text{)} + \text{Aktiva II (t}_1 \text{ bis t}_{21}\text{)}) - (\text{Passiva I (t}_0\text{)} + \text{Passiva II (t}_1 \text{ bis t}_{21}\text{)})}{\text{Passiva I (t}_0\text{)}}$$

Aus den abweichenden Berechnungsmethoden von BGH und IDW ergibt sich, dass die prozentuale Liquiditätslücke nach BGH immer kleiner ist als die prozentuale Liquiditätslücke nach IDW. Somit wird die 10%-Schwelle nach dem IDW-Ansatz zu einem früheren Zeitpunkt erreicht als nach dem Berechnungsmodus des BGH vom 19. 12. 2017, da bei der Ermittlung der prozentualen Liquiditätslücke im Nenner des Quotienten die künftigen fälligen Verbindlichkeiten (Passiva II) unberücksichtigt bleiben.²⁴

4.2.3 Schritt 3: Ausweitung des Betrachtungszeitraums (auf i.d.R. 13 Wochen)

Beträgt die prozentuale Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochenzeitraums weniger 10%, sind im erweiterten Betrachtungszeitraum folgende Szenarien denkbar:

- Die Liquiditätslücke kann (nahezu) vollständig geschlossen werden. Damit liegt zum Betrachtungsstichtag lediglich eine rechtlich unbedenkliche Zahlungsstockung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vor.
- Die Liquiditätslücke besteht dauerhaft (auch kleiner als 10%). Damit liegt zum Betrachtungsstichtag Zahlungsunfähigkeit vor.
- Die Liquiditätslücke vergrößert sich. Damit liegt zum Betrachtungsstichtag Zahlungsunfähigkeit vor.

Beträgt die prozentuale Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochenzeitraumes 10% oder mehr, so ist im Regelfall von Zahlungsunfähigkeit zum Betrachtungsstichtag auszugehen. Nur wenn die Liquiditätslücke im erweiterten Betrachtungszeitraum mit an Sicherheit

21 Vgl. IDW ES 11 n.F., Tz. 16, Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzgründen (Stand: 8. 1. 2021).

22 Vgl. BGH-Urteil v. 19. 12. 2017 – II ZR 88/16, Tz. 33, 34, DStR 2018 S. 478.

23 Vgl. IDW ES 11 n.F., Tz. 25 (letzter Satz), Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzgründen (Stand: 8. 1. 2021).

24 Vgl. Plagens/Hartmann, Anwendung von Algorithmen zur Ermittlung der (retrograden) Zahlungsunfähigkeit i.S.d. § 17 InsO, DStR 2018 S. 2166.

grenzender Wahrscheinlichkeit demnächst (nahezu) vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zumutbar ist, ist von einer Zahlungsstockung auszugehen.

5. Schlussfolgerungen

Der vorliegende Beitrag erläutert, wie bei der Prüfung auf Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO vorzugehen ist. Im Rahmen dieser Prüfung ist die Höhe der prozentualen Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochenzeitraums zunächst relevant für die Frage, ob regelmäßig zunächst von einer Zahlungsstockung (< 10%) oder regelmäßig von einer Zahlungsunfähigkeit (>= 10%) auszugehen ist.

Dabei ist festzustellen, dass sich die Berechnungsmethoden zur Ermittlung der prozentualen Liquiditätslücke nach BGH und nach IDW unterscheiden. Während gemäß der vom BGH definierten Berechnungslogik die zum Stichtag vorhandenen liquiden Mittel (Aktiva I) sowie die im Drei-Wochenzeitraum zu erwartenden Zahlungseingänge (Aktiva II) ins Verhältnis zu setzen sind zu den zum Stichtag vorhandenen fälligen Verbindlichkeiten (Passiva I) sowie den im Drei-Wochenzeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten (Passiva II),²⁵ bleiben die Passiva II in der Berechnungsmethodik des IDW unberücksichtigt.²⁶

Daraus resultiert, dass die 10%-Schwelle nach dem IDW-Ansatz zu einem früheren Zeitpunkt erreicht wird als nach der Berechnungsmethode des BGH. Da bei einer prozentualen Liquiditätslücke >= 10% am Ende des Drei-Wochenzeitraums regelmäßig von einer Zahlungsunfähigkeit auszugehen ist, greift diese nach dem IDW-Ansatz früher als nach der BGH-Berechnungsmethodik.

Der Rückgriff auf die prozentuale Liquiditätslücke im Rahmen der BGH-Rechtsprechung als Bezugsgröße weist grundsätzlich zwei Schwächen auf. Zum einen kommt ein Volumeneffekt zum Tragen. Dies bedeutet, dass eine in absoluten Zahlen gleichhohe Liquiditätslücke in Abhängigkeit der Höhe der fälligen Verbindlichkeiten (im Nenner) zu einer unterschiedlichen prozentualen Liquiditätslücke führt.²⁷ Das folgende Beispiel verdeutlicht diese Problematik:

	Fall A	Fall B (plus 1.000 Geldeinheiten)
Liquide Mittel $t_{(0)}$	80	1.080
Fällige Verbindlichkeiten $t_{(0)}$	100	1.100
Absolute Liquiditätslücke	20	20
Prozentuale Liquiditätslücke	20%	1,8%

Tab. 1: Beispiel 1 zur Berechnung der Liquiditätslücke

Zum anderen ist die prozentuale Liquiditätslücke als Bezugsgröße anfällig für Gestaltungs- bzw. Missbrauchsspielräume.²⁸ Werden die liquiden Mittel nicht eingesetzt, um fällige Verbindlichkeiten zu bezahlen, kann durch diese „Manipulation“ des Nenners die prozentuale Liquiditätslücke verringert werden. Dies kann aber nicht im Sinne der Gläubiger und damit nicht im Sinne der Rechtsprechung sein. Das folgende Beispiel verdeutlicht diese Problematik:

	Fall A (Liquide Mittel werden „gehört“)	Fall B (90 Geldeinheiten der liquiden Mittel werden zur Zahlung fälliger Verbindlichkeiten eingesetzt)
Liquide Mittel $t_{(0)}$	95	5
Fällige Verbindlichkeiten $t_{(0)}$	100	10
Absolute Liquiditätslücke	5	5
Prozentuale Liquiditätslücke	5%	20%

Tab. 2: Beispiel 2 zur Berechnung der Liquiditätslücke

Beide Effekte werden durch die Einbeziehung der Passiva II nach dem BGH-Urteil aus dem Jahr 2017 verschärft.

6. Ergebnis

Für die Praxis stellt sich nun die Frage, wie vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Berechnungsmethoden vorzugehen ist. Im Hinblick auf die abzuleitenden Schlussfolgerungen unproblematisch sind solche Fälle, in denen die prozentuale Liquiditätslücke nach BGH- und IDW-Berechnungsmethodik jeweils entweder < 10% oder >= 10% sind.

Problematisch erscheinen also nur solche Fälle, bei denen nach der IDW-Berechnungslogik die prozentuale Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochenzeitraums >= 10% und nach der BGH-Methodik < 10% liegt. Während nach IDW die Regelvermutung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit greift, ist nach BGH zunächst von einer Zahlungsstockung auszugehen, nun ist aber der Betrachtungszeitraum auf drei bis max. sechs Monate (in der Praxis regelmäßig 13 Wochen) auszudehnen. Kann die Liquiditätslücke in diesem Zeitraum nicht oder nicht nahezu vollständig geschlossen werden, liegt ebenfalls Zahlungsunfähigkeit vor.

25 Vgl. BGH-Urteil v. 19. 12. 2017 – II ZR 88/16, Tz. 33, 34, DStR 2018 S. 478.

26 Vgl. IDW ES 11 n.F., Tz. 25 (letzter Satz), Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzgründen (Stand: 8. 1. 2021).

27 Vgl. Steffan, in: WPH Edition Sanierung und Insolvenz, 2017, Rn. 66; Gutmann, Die rechnerische Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit, NZI 2021 S. 476.

28 Vgl. ebenda, S. 475.

Vor dem
Hintergrund der
strafrechtlichen
Relevanz wäre
eine abgestimmte
Berechnungs-
methodik
wünschenswert.

KSI 6/21 274 Prüfung auf Zahlungsunfähigkeit

Da aus der Höhe der prozentualen Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochenzeitraums nur eine „Regelvermutung“, aber kein abschließendes Ergebnis abgeleitet werden kann, ist in der Praxis der Betrachtungszeitraum immer auszudehnen, sofern sich eine prozentuale Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochenzeitraums einstellt. Innerhalb dieses erweiterten Betrachtungszeitraums muss die Liquiditätslücke dann (nahezu) vollständig geschlossen werden, um zum

Stichtag zahlungsstockend und nicht zahlungsunfähig zu sein. Insofern relativiert sich die praktische Bedeutung der unterschiedlichen Berechnungsmethoden des BGH und des IDW. Vor dem Hintergrund der strafrechtlichen Relevanz (Thema: Haftung der Geschäftsführung bei Insolvenzverschleppung) wäre, wie im Falle der lange durch den BGH vertretenen „Bugwellentheorie“, eine klarstellende und mit dem IDW abgestimmte Berechnungsmethodik wünschenswert, wobei unter Gläubigerschutzgesichtspunkten die IDW-Berechnungsmethodik zu präferieren ist. Nach Auffassung der Autoren ist es nur eine Frage der Zeit, bis dieses brisante Thema die Gerichte neuerlich beschäftigen wird.