

Bringt IDW ES 11 Klarheit zur Insolvenzreife?

Verstecktes Bekenntnis zur integrierten Unternehmensplanung?

Köln. Zur »Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen« hat der Fachausschuss Sanierung und Insolvenz (FAS) des Instituts der Wirtschaftsprüfer e. V. (IDW) am 06.05.2014 den Entwurf eines »IDW-Standards« vorgelegt. Anregungen und Ergänzungsvorschläge können bis zum 12.12.2014 an die Geschäftsstelle des IDW adressiert werden. Der IDW-Standard soll die bisherigen Ausführungen des IDW zur (drohenden) Zahlungsunfähigkeit (IDW PS 800) und zur Beurteilung des Vorliegens einer Überschuldung (IDW St/FAR 1/1996) ersetzen. Nach Ansicht der Verfasser leistet der vorliegende IDW ES 11 zwar einerseits einen wichtigen Beitrag, die Diskussion zur Beurteilung der Insolvenzgründe voranzutreiben. Andererseits wird jedoch noch weiterer Bedarf zum »Feinschliff« des IDW ES 11 gesehen. Dies betrifft insbesondere die Definition und Abgrenzung der drohenden Zahlungsunfähigkeit von anderen Insolvenzgründen sowie Hilfestellungen bei der praktischen Vorgehensweise, insbesondere in der Beurteilungssituation vor einer möglichen Insolvenz.

Text: WP/StB Karsten Zabel, RST-HANSA GmbH, Essen und Rechtsanwalt Dr. jur. Dietmar Rendels, Sozietät KÜBLER, Köln

A. »Rang« von Stellungnahmen berufsständischer Interessenverbände

Gerade im Insolvenz- und Sanierungsbereich häufen sich in den letzten Jahren Stellungnahmen berufsständischer Interessenverbände zu verschiedensten Problembereichen¹. Das IDW, das schon seit vielen Jahren immer wieder interessante Stellungnahmen und sog. »Standards« zu problematischen Fragen des Insolvenz- und Sanierungsrechts vorlegt, war in gewisser Weise Vorreiter dieser Entwicklung. Da diese Stellungnahmen öffentlich diskutiert werden und die Anmerkungen oft in die Endfassung einfließen, werden Rechtsmeinungen und Interessen gebündelt. Berufsträger, insbesondere sanierungserfahrene Wirtschaftsprüfer, sind grundsätzlich gehalten, sich bei ihrer Berufstätigkeit an diesen Standards zu orientieren. Bei Nichtbeachtung riskieren sie eventuell eine Pflichtverletzung.

So ist im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten – insbesondere vor dem Hintergrund der oft nur begrenzten betriebswirtschaftlichen Kenntnisse von Richtern und Rechtsanwälten – z. B. damit zu rechnen, dass Sachverständige vom Gericht zur Ermittlung der Insolvenzgründe beauftragt werden. Gerichtlich bestellte Sachverständige werden dann in der Regel veröffentlichte Standards »anwenden«, sodass mittelbar auch die Rechtsprechung von solchen Standards beeinflusst werden kann². Letztlich hat ein »Standard« den »Rang« einer Kommentierung mit besonderer Ausrichtung des IDW ES 11 auf Wirtschaftsprüfer und andere kaufmännisch ausgebildete Berufsträger, die die Insolvenzgrün-

de im Einzelfall ex ante oder ex post beurteilen sollen. Selbstverständlich stellen sich auch zahlreiche rechtliche Fragen (z. B. zur »Fälligkeit« einer Verbindlichkeit, vgl. Tz. 7, 25 ff. des IDW ES 11), sodass auch der Rechtsanwalt oder der »sonstige« Jurist vom IDW ES 11 angesprochen wird.

Vor diesem Hintergrund – »Rang« einer Kommentierung – würde man sich zu der einen oder anderen Streitfrage, die der IDW ES 11 anspricht, weitere Quellennachweise, auch aus der Literatur, zum Meinungsspektrum wünschen. So spricht sich der IDW ES 11 z. B. dafür aus, dass eine »Bugwelle« nicht zulässig ist (vgl. Tz. 17: »Daher liegt Zahlungsunfähigkeit ... vor, wenn eine auch nur geringfügige Liquiditätslücke voraussichtlich nicht innerhalb von drei Monaten, in Ausnahmefällen längstens sechs Monaten, nicht vollständig geschlossen werden kann.«) Diese Ansicht ist sicher gut vertretbar. Sie wird aber apodiktisch ohne Quellenangaben angeführt. Der BGH hat diese Rechtsfrage bisher nicht entschieden.

B. Ausgangsbasis: aktuelles und vollständiges Rechnungswesen; integrierte Unternehmensplanung?

I. Pflicht zur integrierten Unternehmensplanung?

Zutreffend betont der IDW ES 11 im Zusammenhang mit der Verantwortung von gesetzlichen Vertretern, dass ein »ordnungsgemäßes Finanz- und Rechnungswesen« vorliegen muss (vgl. Tz. 5) und »Systeme einzurichten (sein), mit denen (die

Geschäftsleitung) eine drohende Insolvenzreife erkennen könne« (vgl. ebenfalls Tz. 5). Da das Wörtchen »integrierte« (Unternehmensplanung) in allen Erläuterungen nur einmal – an »versteckter« Stelle (Tz. 33) – »auftaucht«, fragt man sich, ob es sich um ein Versehen handelt oder ob der IDW e. V. (zumindest ab einer bestimmten Unternehmensgröße) für die grundsätzliche Pflicht zur Erstellung einer integrierten Unternehmensplanung eintritt.

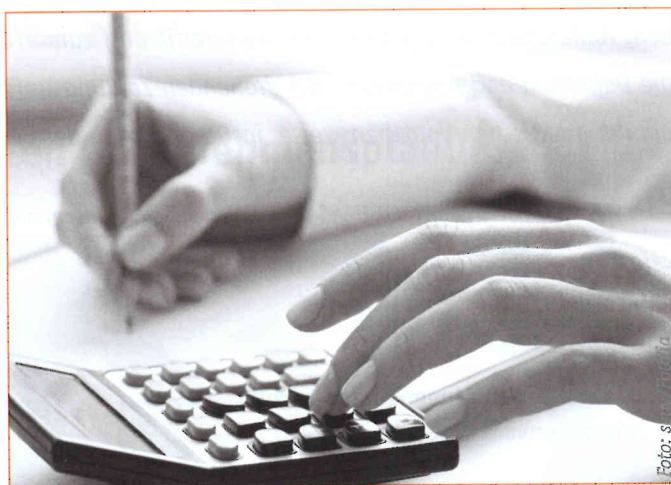
Die Verfasser dieses Beitrags würden sich jedenfalls für ein deutlicheres Plädoyer zugunsten einer integrierten Unternehmensplanung an exponierterer Stelle des IDW ES 11 einsetzen³. In der Praxis werden in diesem Zusammenhang immer wieder Diskussionen beobachtet, bei denen die Notwendigkeit von integrierten Unternehmensplanungen in Frage gestellt wird.

Die integrierte Unternehmensplanung ist überdies insbesondere dann unentbehrlich, wenn z. B. die Zahlungsunfähigkeitsprüfung oder die Prüfung zur drohenden Zahlungsunfähigkeit (aus Gründen, auf die unten eingegangen wird, vgl. unter C. VIII.) nicht nur für einen Zeitraum der nächsten drei Wochen durchgeführt werden muss, sondern für einen Zeitraum über mehrere Monate (z. B. zur Beurteilung der Frage, ob eine unzulässige Bugwelle vorliegt oder eine drohende/eingetretene Zahlungsunfähigkeit aufgrund einer Lücke außerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums). Planungshorizonte über mehrere Monate lassen sich jedenfalls bei größeren Unternehmen praktisch nur anhand einer integrierten Unternehmensplanung darstellen⁴.

II. Aktuelles Rechnungswesen und Insolvenzantragsfrist

In praktischer Hinsicht könnte im IDW ES 11 zudem stärker betont werden, dass der Berater, der die Insolvenzgründe beurteilen soll, in manchen Fällen selbst gut beraten ist, wenn er sich zunächst von der Vollständigkeit und Aktualität des Rechnungswesens in einem – vorgeschalteten – Auftrag überzeugt. Gibt es nämlich erhebliche Buchungsrückstände und stellt der Berater dies fest, muss in der Regel erst das Rechnungswesen auf einen aktuellen und vollständigen Stand gebracht werden, bevor die Insolvenzgründe beurteilt werden können. Je nach dem zeitlichen Aufwand für diese »Aufbereitung des Rechnungswesens« kann zu viel Zeit verstreichen. Dies kann dann erstens mit der Pflicht von Geschäftsleitung und Beratern kollidieren, die Insolvenzgründe zügig zu beurteilen (hierzu richtig: der IDW ES 11, Tz. 7 am Ende). Zweitens, sofern sich erst nach einem längeren Zeitraum der Aufbereitung

der Buchhaltung die Insolvenzreife herausstellen sollte, kann diese Ausgangssituation (kein aktuelles und vollständiges Rechnungswesen) dazu führen, dass der Berater in Abstimmung mit der Geschäftsleitung die Insolvenzverschleppung dokumentiert und dem Insolvenzverwalter oft – unfreiwillig – »auf dem Silbertablett präsentiert«.



Beispiel: Am 01.10. wird dem Berater der Auftrag zur »Beurteilung« der Insolvenzgründe erteilt. Wegen der erheblichen Buchungsrückstände dauert es schon drei Wochen, das Rechnungswesen aufzuarbeiten. Weitere drei Wochen vergehen mit der Prüfung der Insolvenzgründe, und am 22.11. steht das Ergebnis »insolvenzreif per 01.10.« fest. Dann dürfte ein Fall gegeben sein, in dem nicht rechtzeitig der Insolvenzantrag gestellt wurde. Mit anderen Worten: Ein nicht vollständiges und nicht aktuelles Rechnungswesen zu Beginn der Mandatserteilung kann sowohl für den Berater als auch für die Geschäftsführung mit Blick auf die Insolvenzantragsfrist – wegen der notwendigen Bearbeitungsdauer – zu Haftungsrisiken führen.

C. Zahlungsunfähigkeit

I. Unterscheidung zwischen Stichtags- und Zeiträumbetrachtung

Der BGH differenziert zwischen einer Stichtagsbetrachtung (Lücke »heute«) und einer Zeiträumbetrachtung (in der Regel Drei-Wochen-Zeitraum nach dem Stichtag, s.u. C. VIII.). Der IDW ES 11 behandelt diese Differenzierung »vorne« (bei Tz. 14 bis 16) u. E. nicht hinreichend deutlich. Jedenfalls ein Leser, der nur die Ausführungen bei Tz. 14 bis Tz. 17 betrachtet (und

nicht zusätzlich die Ausführungen ab Tz. 33 ff.; im Ansatz auch bei Tz. 18), ist geneigt, sofort auf eine Zeitrumbetrachtung »zu springen«. Dies könnte zur falschen Annahme führen, dass dann, wenn zum Prüfungstichtag (heute) die »Lücke« 0% beträgt, aber im Drei-Wochen-Zeitraum eine Lücke von 10% oder größer entsteht, bereits per »heute« (also zum Prüfungstichtag) eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit anzunehmen wäre. Diese Situation wäre aber wohl als – nur – drohende Zahlungsunfähigkeit per »heute« anzusehen. Einleitend bei Tz. 16 sollte deshalb klar gestellt werden, dass bei einer »Lücke« zum Prüfungstichtag von 0% die Prüfung – jedenfalls grundsätzlich und theoretisch – beendet ist und es sich »nur« um drohende Zahlungsunfähigkeit handeln kann. Gleichzeitig sollte an der Stelle auch ein Verweis auf die weiteren Ausführungen in Tz. 33 erfolgen, damit der Leser hier nichts übersieht⁵ (Formulierungsvorschlag s. Fußnote).

II. Prognose bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Fortbestehensprognose zur Überschuldungsprüfung identisch?

Die Verfasser dieses Beitrags würden sich weitere Ausführungen des IDW ES 11 zur Abgrenzung der drohenden Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsunfähigkeit einerseits und der Überschuldung andererseits wünschen. Dies hängt zunächst mit vorstehendem Punkt (Abgrenzung von Stichtags- und Zeitrumbetrachtung) zusammen. Ist nämlich zum Prüfungstichtag (»heute«) keine Deckungslücke gegeben, so ist etwa eine Deckungslücke »erst« in drei Tagen, mag diese auch extrem groß sein (z.B. wegen Nichtzahlung der Löhne), nur als ein Fall der drohenden Zahlungsunfähigkeit anzusehen⁶. Zudem ist die Richtigkeit der Aussage des IDW ES 11 in Tz. 93, »drohende Zahlungsunfähigkeit liegt bei einer negativen Fortbestehensprognose vor«, zu hinterfragen. Sind Prognosezeitraum und die Inhalte bei § 18 InsO (drohende Zahlungsunfähigkeit) und bei § 19 InsO (Überschuldung) wirklich identisch?

Bekanntlich sind bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit in der Literatur – eine abschließende höchstrichterliche Rechtsprechung gibt es nach Einschätzung der Verfasser hierzu nicht – die Einzelheiten zu Prognoseinhalt und Prognosezeitraum strittig⁷. Nach einer gängigen Definition ist ein Schuldner dann drohend zahlungsunfähig, wenn bei Berücksichtigung der gesamten Entwicklung der Finanzlage des Schuldners bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten absehbar ist, dass diese Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht beglichen wer-

den können⁸. Hiernach käme es auf alle zum Prüfungstichtag bereits dem Rechtsgrunde nach bestehende Verbindlichkeiten an und es wäre die Frage aufzuwerfen, ob bei Eintritt der Fälligkeit – ggf. in vielen Jahren – der Schuldner in der Lage ist, die zum Prüfungstichtag dem Rechtsgrunde nach bestehenden Verbindlichkeiten dann auch auszugleichen. Nach Uhlenbruck a.a.O. (und anderen Literaturstimmen) ist der Prognosezeitraum auf einen praktisch handhabbaren Zeitraum zu begrenzen. Hierzu werden Zeiträume von wenigen Monaten über mehrere Jahre bis zum Zeitpunkt der spätesten Fälligkeit der bereits bestehenden Verbindlichkeiten diskutiert⁹. Nach überwiegender Auffassung sind Gegenstand der Prognose bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit dagegen nicht Verbindlichkeiten, die im Prognosezeitraum erst begründet werden¹⁰.

Vor diesem Hintergrund sollte intensiver die Frage erörtert werden, ob der Prognosezeitraum und die Prognoseinhalte bei der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose mit Zeitraum und Inhalten bei der Prognose zur drohenden Zahlungsunfähigkeit identisch sind¹¹. Zutreffend führt der IDW ES 11 im Zusammenhang mit der Überschuldung (dort im Zusammenhang mit der Fortbestehensprognose) aus, dass der Planungs- und Prognosezeitraum bei der Fortbestehensprognose (jedenfalls in der Regel und nach überwiegender Ansicht) das laufende und folgende Geschäftsjahr umfasst (s. Tz. 65 des IDW ES 11). Betrachtet man die zitierten Stellen Tz. 65 und Tz. 93 gemeinsam (negative Fortbestehensprognose = drohende Zahlungsunfähigkeit) würde dies bedeuten, dass aktuell (z.B. heute) wegen drohender Zahlungsunfähigkeit ein Insolvenzantragsrecht gegeben wäre, wenn erst gegen Ende des nächsten Geschäftsjahres – z.B. wegen einer erst nach dem Unternehmenskonzept noch zu begründenden Verbindlichkeit – Illiquidität einzutreten droht.

Insbesondere durch das Schutzschirmverfahren und die seit der ESUG-Reform zu beobachtenden Versuche, Gesellschafterstreitigkeiten mit Hilfe eines Insolvenzplanverfahrens zu lösen, hat die Abgrenzung »insolvenzrechtliche Überschuldung« (= Insolvenzantragspflicht) und »drohende Zahlungsunfähigkeit« (= nur Insolvenzantragsrecht) an erheblicher Bedeutung gewonnen. Besteht nämlich wegen Überschuldung eine Insolvenzantragspflicht, müssen Gesellschafterrechte zurücktreten. Liegt dagegen »nur« drohende Zahlungsunfähigkeit, aber keine Überschuldung, vor, sind zumindest bei Gesellschaften, die nicht zu den Publikums-gesellschaften gehören, die Gesellschafter im Rahmen einer

Gesellschafterversammlung vor Insolvenzantragstellung wegen »nur« drohender Zahlungsunfähigkeit zu informieren. Dann besteht ein Gesellschafter-Weisungsrecht zur Frage, ob ein Insolvenzantrag gestellt werden soll.

III. Sichtweise ex ante und ex post; Bugwelle; fällig werdende Verbindlichkeiten?

Von Tz. 14 bis Tz. 50 befasst sich der IDW ES 11 mit Fragen der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit, wobei dann ganz am Ende ausdrücklich die Ex-post-Beurteilung angesprochen wird (Tz. 49 und 50). Wenn aber »hinten« (Tz. 49 und 50) von einer Ex-post-Betrachtung die Rede ist, fragt sich der Leser, ob vor diesem Hintergrund alle davor stehenden Ausführungen die Ex-ante-Betrachtung betreffen. Vielleicht sollte eingangs (z. B. bei Tz. 14) klar gestellt werden, dass die Grundlagenausführungen sowohl die Ex-post- als auch die Ex-ante-Betrachtung (von Tz. 14 bis Tz. 48) betreffen.

Darlegungslast im Insolvenzanfechtungs-Prozess?

Zur Ex-post-Betrachtung, z. B. im Insolvenzanfechtungsprozess, enthält der IDW ES 11 unter Tz. 50 die Aussage, dass nur dann, wenn es »nicht möglich« sei, einen Finanzplan zu erstellen, nach Auffassung des BGH »retrograd auf den Zeitpunkt abgestellt werden (kann), zu dem die erste, bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht ausgeglichene Verbindlichkeit fällig geworden ist«. Wir verstehen die Rechtsprechung des BGH zur Erleichterung der Darlegungslast des anfechtenden Insolvenzverwalters in einem weitergehenden Umfang¹². Nicht nur dann, wenn die Erstellung eines Finanzplans »nicht möglich« (so IDW ES 11) ist, ist ein solcher Finanzplan oft entbehrlich. Vielmehr ist der Finanzplan z. B. auch dann entbehrlich, wenn zum anfechtungsrelevanten Zeitpunkt (es soll beispielsweise eine Rechtshandlung per 01.02. eines Jahres angefochten werden) in »erheblichem« Umfang überfällige Verbindlichkeiten – in Kombination mit Stundungsbitten nach Fälligkeiten – bestanden, die sich dann bis zur Insolvenztabelle »durchschleppen« (es finden sich also per 01.02. z. B. überfällige Sozialversicherungs- und Steuerrückstände im am 30.06. eröffneten Insolvenzverfahren in der Insolvenztabelle wieder). Ist eine »Rückverfolgung der Insolvenztabelle« bis zum anfechtungsrelevanten Zeitpunkt möglich, ist ein Finanzplan zumindest in Kombination mit weiteren Indizien dann entbehrlich, wenn die Erstellung eines Finanzplans anhand der beim Insolvenzschuldner vorgefundenen Daten an sich »möglich« wäre. Finden sich dagegen zum anfechtungsrele-

vanten Zeitpunkt keine erheblichen Verbindlichkeiten in der Insolvenztabelle wieder (z. B. weil der spätere Schuldner im Vorfeld der Insolvenz durch Zahlungen die Gläubiger »ausgetauscht« hat), dürfte es auf die Erstellung eines Finanzplans auch im Insolvenzanfechtungsprozess ankommen.

Bugwelle ex ante

Zur höchststrichterlich jedenfalls nicht eindeutig entschiedenen Frage, ob ein Schuldner, der dauerhaft eine »Bugwelle« in einer Größenordnung zwischen 1% und 10% vor sich »herschiebt«, zahlungsunfähig ist oder nicht, wären praktische Hinweise des IDW, wie ex ante ein Berater hiermit umgehen soll, wünschenswert. Soll der Berater einem Schuldner, der dauerhaft 4% oder 5% »vor sich herschiebt«, nun empfehlen, einen Insolvenzantrag zu stellen (wegen Insolvenzantragspflicht unter dem Aspekt der Zahlungsunfähigkeit) oder nicht? Kann die praktische Lösung darin bestehen, dass der Berater geneigt ist, durch die Annahme entsprechender Planungsprämissen die Lücke auf »Null runterzurechnen«? Oder liegt vielleicht bei einer dauerhaften Bugwelle sogar eine insolvenzrechtliche Überschuldung vor, sodass eine Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung bestehen würde?

Jedenfalls theoretisch – sofern der Berater keine praktische Einzelfalllösung findet – befindet sich der Berater ex ante bei einer festgestellten Bugwelle in einem »schwierigen« Konflikt: Rät er zur Insolvenzantragstellung, riskiert er vielleicht Schadensersatzansprüche eines (Minderheits-) Gesellschafters, der die Rechtsansicht vertritt, eine dauerhafte Bugwelle von 4% oder 5% sei tolerabel. Rät er bei einer Bugwelle von 4% oder 5% nicht zur Insolvenzantragstellung, macht später vielleicht ein Insolvenzverwalter Ansprüche wegen Insolvenzverschleppung geltend.

Passiva II / III

Unter Tz. 24 geht der IDW ES 11 auf die Thematik der im Prüfungszeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten (sog. Passiva II oder sogar Passiva III) ein. Danach dürften (wenn wir die Ausführungen des IDW ES 11 richtig interpretieren) die im Prüfungszeitraum erst entstehenden und fällig werdenden Verbindlichkeiten liquiditätsmindernd zu berücksichtigen sein. Diese Auffassung halten wir zwar für zutreffend. Auch gehen wir davon aus, dass in der Tendenz der BGH-Rechtsprechung (s. Fußnote 34 des IDW ES 11) die liquiditätsmindernde Berücksichtigung der im Prognosezeitraum fällig werdenden

Verbindlichkeiten angelegt ist. Vielleicht sollte aber klar unterstrichen werden, dass eine eindeutige höchstrichterliche Rechtsprechung zu diesem Problem bisher (wohl) fehlt¹³.

IV. Fälligkeit und ernsthaftes Einfordern; »vorgeschobenes« Bestreiten

Ab Tz. 25 ff. befasst sich der IDW ES 11 mit der Frage, wann eine Verbindlichkeit wegen »Fälligkeit« in den Finanzstatus einzustellen ist. Richtig kommt der IDW ES 11 zu dem Ergebnis, dass nach der gesetzlichen Grundregel des § 271 Abs. 1 BGB grundsätzlich von sofortiger Fälligkeit auszugehen ist. Es fehlt aber eine klare Erörterung des Merkmals nach der BGH-Rechtsprechung, wonach neben Fälligkeit auch ein »ernsthaftes Einfordern« erforderlich ist.

So wird unter Tz. 27 die Situation der stillschweigenden Duldung der Überziehung einer Kontokorrentkreditlinie erwähnt. Häufig, was ergänzend angemerkt sei, kommt hinzu, dass Kreditinstitute in manchen Konstellationen (z. B. durch Kreditkündigung) Verbindlichkeiten i. S. d. BGB fällig stellen, gleichzeitig aber ausdrücklich erklären, die Forderung sei nicht »ernsthaft eingefordert«. Vor diesem Hintergrund sollten weitergehende Ausführungen zu der Abgrenzung Fälligkeit/ernsthaftes Einfordern zu solchen Situationen der »Duldung« in dem IDW ES 11 aufgenommen werden.

Richtig führt zur »Fälligkeit« der IDW ES 11 unter Tz. 29 aus, dass von einem Gläubiger geltend gemachte Zahlungsansprüche grundsätzlich in die Prüfung einzustellen sind, »es sei denn, dass bei vernünftiger Beurteilung aufgrund objektiv nachvollziehbarer Einwendungen eine Inanspruchnahme ganz oder teilweise nicht zu erwarten ist«. Die Beurteilungspraxis zeigt, dass in manchen Fällen (ex ante) Geschäftsführer dazu neigen, falls die Liquidität »eng« wird, nur mit »dünner« Begründung Einwendungen »vorzuschieben«. Bei Tz. 29 sollte deshalb ergänzt werden: »Bei komplexeren Sach- und Rechtsfragen kann sich empfehlen, zu behaupteten Einwendungen eine Stellungnahme eines Rechtsanwalts oder einer sonstigen fachkundigen Person zur Tragfähigkeit des Einwandes einzuholen«.

V. Stichproben-»Tiefe«; juristische Gegenprüfungen?

Oftmals stellt sich die Frage, inwieweit durch juristische Gegenprüfungen die »Ordnungsgemäßheit« des Finanz- und Rechnungswesens überprüft werden muss. So haben wir in der Praxis (ex ante und ex post) immer wieder Fälle beobachten

müssen, in denen im Rechnungswesen die Debitoren mit einer viel zu frühen Fälligkeit (beim Abgleich mit den juristischen Verträgen) eingebucht waren, die Kreditoren dagegen mit einer viel zu späten Fälligkeit (z. B. weil der Buchhalter angewiesen wurde, aufgrund einer »langjährigen Übung« an sich juristisch fällige Verbindlichkeiten als nicht fällig einzubuchen). Wünschenswert wäre deshalb der deutliche Hinweis im IDW ES 11, dass derjenige Berater, der sich mit der Zahlungsunfähigkeit befasst, insbesondere auch Stichproben unter diesen juristischen Gesichtspunkten beurteilen muss.

Zumindest größere Debitoren- und Kreditoren-Positionen sind anhand juristischer Gegenprüfungen u. a. dahingehend zu beurteilen, ob in der Buchhaltung die zutreffenden Fälligkeiten berücksichtigt worden sind. Ergibt z. B. eine bestimmte Anzahl von Stichproben zu größeren Einzelpositionen keine Beanstandungen, mag die Empfehlung zutreffend sein, dass mit hinreichender Sicherheit die Beurteilung abgeschlossen werden kann. Ergeben sich einzelne Beanstandungen, mag die Empfehlung richtig sein, dass dann der Stichprobenumfang ausgedehnt werden muss.



Oft – z. B. zur Frage, ob eine wirksame Stundung vorliegt – stellen sich juristische Grenzfragen. Ein klarer Hinweis des IDW ES 11 an Berater, dass es ex ante oft besser ist, anstatt juristische »Grauzonen« zu beurteilen, während der Beurteilungsdauer für eine ausdrückliche und schriftliche Stundungsregelung (z. B. eines Kreditors) Sorge zu tragen, wäre unter praktischen Gesichtspunkten sinnvoll.

Zutreffend weist der IDW ES 11 darauf hin, dass sich oft rechtliche Fragen stellen (Tz. 7). Dies bedeutet dann aber auch im Klartext, dass sehr häufig betriebswirtschaftlich orientierte Berater (z. B. insolvenzverfahrens Wirtschaftsprüfer und/oder Steuerberater)

nicht ohne flankierende juristische Unterstützung z. B. die Frage der »Fälligkeit« oder des »ernsthaften Einforderns« abschließend und alleine beurteilen sollten.

VI. Lücke größer als 10 %, aber Schließung mit »an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit demnächst«

Richtig zitiert der IDW ES 11 den dritten Leitsatz des BGH. Kann zwar eine zum Prüfungstichtag gegebene Lücke von 10 % oder mehr im Drei-Wochen-Zeitraum nicht geschlossen werden, ist aber gleichwohl – ausnahmsweise – keine Zahlungsunfähigkeit zum Prüfungstichtag gegeben, wenn mit »an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Lücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zumutbar ist«. Zuzustimmen ist dem IDW ES 11, dass in einem solchen Fall der Prüfungszeitraum auf bis zu sechs Monate zu erstrecken ist (Tz. 16 am Ende). Es fehlen aber aus unserer Sicht Ratschläge dazu, wie – insbesondere ex ante – in einer solchen Situation mit diesem Ausnahmetatbestand umgegangen werden soll. Insbesondere: Wann und unter welchen Voraussetzungen soll es einem Gläubiger »zumutbar« sein – vertragswidrig, da der Vertrag eine sofortige Fälligkeit definiert – auf die Zahlung zu warten mit der Folge, eine Zahlungsunfähigkeit zum Prüfungstichtag (ex ante) zu verneinen?

Im IDW ES 11 sollte klar unterstrichen werden, dass ein Berater, der sich ex ante auf diese Ausnahme beruft, auf einem »heißen Stuhl« sitzt. Nach unserer Auffassung kann in der Praxis nahezu nie mit diesem Ausnahmetatbestand (ex ante) gearbeitet werden.

VII. Lücke kleiner als 10 %, aber »demnächst« größer 10 %

Richtig zitiert der IDW ES 11 die weitere Ausnahme des BGH (zweiter Leitsatz, letzter Halbsatz) in »umgekehrter Richtung«. Wird zum Prüfungstichtag eine Lücke festgestellt und beträgt diese Lücke im Drei-Wochen-Zeitraum (bei fehlender vollständiger Schließung der Lücke) weniger als 10 %, kann gleichwohl – ausnahmsweise – bereits von eingetretener Zahlungsunfähigkeit auszugehen sein, wenn sich zeigt, dass »die Lücke demnächst mehr als 10 % betragen wird«. Auch hier würde man sich ergänzende Ausführungen des IDW ES 11 dazu wünschen, was »demnächst« heißt und wie die Abgrenzung zur drohenden

Zahlungsunfähigkeit im Einzelfall vorzunehmen ist (s. zur drohenden Zahlungsunfähigkeit auch oben C. II.).



Foto: cirquedesprit/fotolia

VIII. Prüfungszeitraum drei Wochen oder mehr?

Zutreffend betont der IDW ES 11 im Zusammenhang mit den beiden vorstehenden BGH-Ausnahmen (1. Ausnahme: Lücke von 10 % oder größer wird im Drei-Wochen-Zeitraum nicht geschlossen, aber Schließung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit und Zumutbarkeit des Zuwartens sowie 2. Ausnahme: Lücke im Drei-Wochen-Zeitraum zwar unter 10 %, aber »demnächst« über 10 %), dass sich – ausnahmsweise – der Prüfungszeitraum auch über einen Zeitraum von mehr als drei Wochen nach dem Prüfungstichtag (also z.B. per »heute«) erstrecken kann. Ergänzen könnte man hier noch zwei Punkte: Erstens kann die »im Hintergrund laufende« integrierte Unternehmensplanung von Bedeutung sein. Signalisiert diese Liquiditätsengpässe im Zeitraum nach den drei Wochen, kann dies für eine Verlängerung des Prüfungszeitraums sprechen. Zweitens haben wir auch schon Fälle beobachtet, in denen »geschickte« Mandanten z.B. durch Nichtbestellungen im Prüfungszeitraum (ex ante) das Entstehen und die Fälligkeit von Verbindlichkeiten im Drei-Wochen-Zeitraum verhinderten, sodass zum Ende des Drei-Wochen-Zeitraums die Lücke sogar vollständig geschlossen war, aber in der vierten oder fünften Woche wieder eine Lücke auftauchte. Es sollte deshalb im Rahmen der Ausräumung und Beurteilung der Insolvenzgründe – wenn ein Prognosezeitraum von drei Wochen grundsätzlich ausreicht – festgestellt werden, dass keine Besonderheiten

oder Erkenntnisse dafür vorliegen, wonach im unmittelbaren Anschluss an den Drei-Wochen-Zeitraum wieder Lücken, z. B. wegen zurückgestellter Bestellungen, entstehen können.

Mit anderen Worten: Das Verhalten der Geschäftsführung muss sich im Beurteilungszeitraum (drei Wochen) auf Basis der bisherigen – in der Regel integrierten – Unternehmensplanung und des hieraus ableitbaren Geschäftsgebarens bewegen (keine »prüfungstaktische« Zurückstellung eigentlich betriebswirtschaftlich gebotener Bestellungen).

Dies zeigt erneut, dass letztendlich eine sorgfältige Überprüfung der Insolvenzgründe ohne eine ordnungsgemäße, integrierte Unternehmensplanung mit dokumentierten Planannahmen (die zeitnah fortgeschrieben wird) kaum möglich ist.

D. Fazit

Der IDW ES 11 leistet einen wichtigen Diskussionsbeitrag zu einer überaus komplexen und schwierigen Materie. Insbesondere für den Berater in der Situation ex ante würde man sich zu den vorstehend angesprochenen Punkten aber gerne eine noch intensivere »Berater-Unterstützung« durch das IDW wünschen. An einigen Punkten sind – wie vorstehend beschrieben – Ergänzungen insbesondere unter rechtlichen Gesichtspunkten angezeigt (z. B. zum »ernsthaften Einfordern« und zur Präzisierung/Abgrenzung der drohenden Zahlungsunfähigkeit). Für Unternehmen ab einer gewissen Größenordnung wäre ein deutlicheres »Bekenntnis« zu einer Pflicht der Geschäftsführung, eine integrierte Unternehmensplanung zu erstellen, zu begrüßen. «

- 1 Vgl. z.B. die Stellungnahme des BDU zum sog. Sanierungsgrobkonzept bei § 270b InsO aus August 2013.
- 2 Vgl. die Entscheidung des OLG Köln, 18 U 134/09, v. 24.09.2009 unter II., 2 b), in der – ausdrücklich – eine Verpflichtung zu einer integrierten Unternehmensplanung anerkannt wird. Die Aussagen des OLG Köln sind die Folge der Erhebung eines Beweises durch einen Sachverständigen, der sich an dem »Vorläufer« zu IDW S 6 (Sanierungskonzept), dem FAR 1/1991 orientiert hat. Die Ausführungen des Sachverständigen fließen dann in das Urteil ein. Die zitierte Entscheidung des OLG ist, soweit ersichtlich, die einzige Entscheidung, die ausdrücklich (»Planverprobungsrechnung«) – im Anschluss an Ausführungen des Sachverständigen – eine Verpflichtung zur Aufstellung einer integrierten Unternehmensplanung ausspricht.
- 3 Zu Vorteilen und Inhalten einer integrierten Unternehmensplanung vgl. Plagens/Wilkes, ZInsO 2010, 2107, 2120 m.w.N.
- 4 Plagens/Wilkes, ZInsO 2010, 2107 ff., 2120.
- 5 Formulierungsvorschlag für Tz. 16 (Ergänzung unterstrichen): »Ist zum Prüfungsstichtag keine Liquiditätslücke gegeben, kann bei einer im Prognose-

zeitraum von i. d. R. drei Wochen erst entstehende Liquiditätslücke nur ein Fall der drohenden Zahlungsunfähigkeit vorliegen. Ist zum Prüfungsstichtag eine Liquiditätslücke gegeben, d. h. der Schuldner nicht in der Lage, 100 % seiner fälligen Verbindlichkeiten zum Prüfungsstichtag auszugleichen, ist eine Zeiträumbetrachtung anzustellen (vgl. hierzu auch Tz. 33 ff.). Beträgt die Liquiditätslücke am Ende des Drei-Wochen-Zeitraums,«

- 6 Vgl. u. a. Ganter, NZI 2012, 985, 987 li.
- 7 Vgl. Uhlenbruck, in: Uhlenbruck, InsO, 13. A. 2010, § 18, Rz. 18, 19; Gummert, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 4. A. 2014, § 22, Rz. 13 ff.; zum Meinungsstand vgl. Karsten Schmidt, in: Karsten Schmidt, InsO, 18. A., § 18, Rz. 13 ff., 16.
- 8 Vgl. Uhlenbruck a.a.O.
- 9 Vgl. wiederum Uhlenbruck a. a. O. mit weiteren Nachweisen.
- 10 Karsten Schmidt, in: Karsten Schmidt, InsO, a.a.O., Rz. 16 m.w.N.
- 11 Zu Prognose-Dauer und Inhalten im Grenzbereich Überschuldung/drohende Zahlungsunfähigkeit vgl. Karsten Schmidt, ZIP 2013, 485, 490 (rechts)/491 (rechts); wie der IDW-Standard ES 11 aber WP-Handbuch 2014, Bd. II, 14. A., Abschn. S, Rz. 200.
- 12 Vgl. BGH, ZIP 2006, 2222, 2223 (Stundungsbitte nach Fälligkeit)!
- 13 In diese Richtung geht auch eine Eingabe des WP/StB Clemens Willeke an das IDW v. 27.06.2014, zugänglich auf der IDW-Website.

Anzeige

■ Dechow Auktionen – Wir sichern Erfolge.

Hamburg
Berlin
Düsseldorf
Hannover
Mainz
München
Leipzig
Stuttgart
Weismain
Bad Aussee
Klagenfurt
Wien
Budapest
Barcelona
Zagreb



Als Ihr zuverlässiger und flexibler Auktionsdienstleister sind wir der ideale Partner für Beratung, Bewertung, Verwertung und mehr.

Denn für komplexe Aufgaben haben wir einfache Lösungen. Und das an bereits 15 Standorten in Deutschland und Europa.

DECHOW
AUKTIONEN
BERATEN · BEWERTEN · VERWERTEN

Auktionshaus Wilhelm Dechow GmbH
Waldweg 99 · 22393 Hamburg
info@dechow.de · www.dechow.de