



DeutscherAnwaltVerein
Arbeitsgemeinschaft
Insolvenzrecht und Sanierung

EINGEGANGEN
10. Dez. 2014
Erled.

An das
Institut der Wirtschaftsprüfer e.V.
Tersteegenstr. 14
40474 Düsseldorf

Vorsitzender
Dr. Martin Prager
Barthstr. 16
80339 München
Germany
tel +49 (0) 89 858963-3
fax +49 (0) 89 858963-445
e-mail: dav@pluta.net

08.12.2014

Stellungnahme zum Entwurf eines IDW-Standards: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW ES 11) vom 06.05.2014

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit großem Interesse haben die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Insolvenz & Sanierung im DAV den im Betreff bezeichneten Entwurf zur Kenntnis genommen. Wir halten den Entwurf für sehr gelungen, würden aber anregen zu prüfen, ob folgende Punkte der Überarbeitung bedürfen:

Tz. 6 Richtig ist, dass die Dreiwochenfrist für die Stellung des Insolvenzantrages bei objektivem Vorliegen eines Insolvenzeröffnungsgrunds beginnt. IDW ES 11 setzt fort mit dem Satz: „Solange die ohne schuldhaftes Zögern eingeleitete Beurteilung nicht vorliegt, ob ein Insolvenzeröffnungsgrund gegeben ist, beginnt der Fristlauf nicht.“ Diesen Satz halten wir für zumindest missverständlich: Nach h.M. hängt die Antragspflicht des organschaftlichen Vertreters nicht von subjektiven Merkmalen ab, sondern vom objektiven Vorliegen eines Insolvenzgrundes (zum Meinungsstand *Preuß*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Loseblatt, 50. Lfg. 9/12, § 15a, Rdnr. 52). Subjektive Merkmale spielen nur eine Rolle, wenn auf die Vorwerfbarkeit der Insolvenzverschleppung ankommt, also wenn eine Haftung, sei sie zivil- oder strafrechtlich, droht.

Tz. 21/31 Wir hielten es für wünschenswert, dass IDW ES 11 die – höchsttrichterlich soweit erkennbar bislang nicht geklärte – Frage beantwortet, welche Grundsätze für die Berücksichtigung streitiger Verbindlichkeiten im Rahmen der Zahlungsunfähigkeitsprüfung gelten. Nach unserer Wahrnehmung wird in der Literatur überwiegend angenommen, dass streitige Verbindlichkeiten bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit je nach ihrer Wahrscheinlichkeit mit ihrem Schätzwert berücksichtigt werden müssen (vgl. *Dittmer*, Die

Littenstraße 11
D-10179 Berlin
tel. +49 30 726152-0
fax +49 30 726152-190
dav@anwaltverein.de
www.anwaltverein.de

German Bar Association
Rue Joseph II 40
Boite 7B
B-1000 Brussels
tel. +32 2 28028-12
fax +32 2 28028-13
brussel@eu.anwaltverein.de

Postbank Köln
Konto 230093-503
BLZ 370 100 50
BIC PBNKDEFF
IBAN DE93370100500230093503

Berliner Sparkasse
Konto 6 607 019 038
BLZ 100 500 00
BIC BELA2E33XXX
IBAN 12100500006607019038

Commerzbank vormals
Dresdner Bank Köln
Konto Nr. 2 160 444 00
BLZ 370 800 40
BIC DRESDE33XXX
IBAN DE1437080040216044400



Feststellung der Zahlungsunfähigkeit von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Diss. 2013, S. 176 unter 4.; *Kirchhof*, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 17, Rdnr. 7; *Kriegel*, in: Nickert/Lamberti, Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung im Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2011, Rdnr. 20; *Schmidt/Roth*, ZInsO 2006, 236, 239; *Schröder*, in: HamK-InsO, 4. Aufl. 2012, § 17, Rdnr. 6; *Uhlenbruck*, in: ders./K. Schmidt, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Rdnr. 5.25); eine vollständige Außerachtlassung dürfte u.E. grundsätzlich ebenso wenig angemessen sein wie eine Berücksichtigung in voller Höhe.

Tz. 28 Wir bitten zu prüfen, ob die Aussage, wenn der Gläubiger in eine „nachrangige Befriedigung seiner Forderung eingewilligt hat“, könne von einer Stundung der Forderung ausgegangen werden, so zutrifft. U.E. ist ein Rangrücktritt nicht stets gleichbedeutend mit einer Stundung, sondern ein *aliud* (zur Umdeutung eines befristeten Rangrücktritts in eine Stundung s. *Förschle/Heinz*, in: Budde/Förschle/Winkeljohann, Sonderbilanzen, 4. Aufl. 2008, Teil Q, Rdnr. 55).

Tz. 32 Hier sollten die Entscheidungen des BGH vom 23.10.2008 (IX ZB 7/08, BeckRS 2009, 02192, Tz. 4), vom 12.10.2006 (IX ZR 228/03, ZIP 2006, 2222, 2224 Tz. 28) und vom 19.07.2007 (IX ZB 36/07, ZIP 2007, 1666, 1669, Tz. 30) zitiert werden. Denn nach diesen Entscheidungen können fällige Zahlungspflichten nur mit Geld oder anderen üblichen Zahlungsmitteln erfüllt werden. Nur diese sind in die zur Prüfung der Voraussetzungen des § 17 InsO zu erstellende Liquiditätsbilanz aufzunehmen.

Für die Berücksichtigung von Mitteln aus Patronatserklärungen fordert der BGH, dass die Gesellschaft entweder ungehinderten Zugriff auf die Mittel hat oder die Gesellschafter ihrer Ausstattungsverpflichtung tatsächlich nachkommen (BGH, Ur. v. 19.09.2013 – IX ZR 232/12 Rn. 7; BGH, Ur. v. 19.05.2011 – IX ZR 9/10 Rn. 21).

Tz. 49 Die Bezugnahme auf einen „Überschuldungsstatus“ scheint uns im Zusammenhang mit der in Tz. 49 beurteilten Zahlungsunfähigkeit missverständlich.



Tz. 57 ff. Nach Ansicht des BGH kann eine positive Fortbestehensprognose nur gestellt werden, wenn *subjektiv* der Wille zur Fortführung des Unternehmens besteht und *objektiv* ein Ertrags- und Finanzplan mit einem schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzept für einen angemessenen Prognosezeitraum vorliegt (BGH, Urt. v. 18.10.2010 – II ZR 151/09, WM 2010, 2313, Rdnr. 13 m.w.N.). Der Entwurf für einen IDW ES 11 enthält keine Bezugnahme auf das subjektive Merkmal der Fortbestehensprognose. Es wäre zu prüfen, ob dieses aufzunehmen ist.

Wir würden es begrüßen, wenn der IDWES 11 sich überdies dazu äußern würde, wie die positive Fortbestehensprognose bei Liquidationsgesellschaften erstellt wird (vgl. Hecker/Glozbach, BB 2009, 1544, 1546 f. unter Hinweis auf OLG Naumburg, Urt. v. 24.11.2006 - 10 U 50/06, BeckRS 2007, 05635 zum alten Überschuldungsbegriff). Bei Liquidationsgesellschaften könnte in Zweifel gezogen werden, dass subjektiv der Wille zur Fortführung besteht, und dass objektiv noch ein schlüssiges und realisierbares Unternehmenskonzept vorliegt. Verzichtet man auf diese beiden Merkmale, hieße dies konsequenterweise wohl, dass die Überschuldungsprüfung bei Liquidationsgesellschaften anders zu erfolgen hat als bei verbenden Gesellschaften.