

Stellungnahme zum IDW ES 11 im Kontext der Zulässigkeitsprüfung von Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO

Vorbemerkung

Es ist uneingeschränkt zu begrüßen, dass das IDW mit dem Vorhaben „S 11“¹ zwei wichtige, wenngleich in der insolvenzgerichtlichen Praxis nicht immer primär genutzte Quellen zur Definition der Insolvenzgründe der Zahlungsunfähigkeit, der Überschuldung und der drohenden Zahlungsunfähigkeit² sowie der Methodik ihrer tatbestandlichen Feststellung zu einem neuen Standard zusammenfasst. Wie die Sichtung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Thema verdeutlicht, gewinnen praktisch handhabbare Definitionen und Ermittlungsmethoden zumeist Bedeutung im Rahmen (gerichtlicher) Auseinandersetzungen um gesellschaftsrechtliche Haftungstatbestände (insbesondere § 64 GmbHG) oder des Insolvenzanfechtungsrechts. Eine praxisnahe Zusammenfassung ist aber auch für die Insolvenzgerichte von hohem Wert; dies im Besonderen aus folgenden Gründen:

- Leitentscheidungen des BGH überantworten die Feststellung eines Insolvenzgrundes einschließlich der damit zusammenhängenden Detailfragen, wie z.B. die Abgrenzung zwischen Zahlungsunfähigkeit und (lediglich) Zahlungsstockung, der amtswegigen Prüfung durch das Insolvenzgericht.³ Auch wenn mit der Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts in der Regel ein Sachverständiger betraut wird, bleibt die sachgerechte Anwendung der rechtlichen Determinanten doch originäre Aufgabe des Gerichts.
- Nach Inkrafttreten des ESUG spielen die insbesondere im Kontext der gerichtlichen Prüfung von Anträgen auf Anordnung des „Schutzschirms“ gem. § 270b InsO relevant werdenden Fragen rund um die Abgrenzung einer bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit von der diese Verfahrensart (noch) zulassenden, nur drohenden Zahlungsunfähigkeit eine signifikant herausgehobene Rolle. Diese sind bislang auch durch den IDW Standard S 9⁴ (Bescheinigung nach § 270b InsO) noch nicht vollstän-

¹ Entwurf (hinfort „ES 11“) mit Bearbeitungsstand 06.05.2014, abgedruckt u.a. in ZInsO 2014, 1840

² IDW PS 800 (abgedruckt u.a. in ZIP 2009, 201) und IDW St/FAR 1/1996

³ BGHZ 163, 134, Juris-Rn. 30 = ZInsO 2005, 807 = ZIP 2005, 1426

⁴ Abgedruckt u.a. in ZInsO 2014, 2266

dig gelöst.⁵ Noch unbeleuchtete Probleme ergaben sich bislang namentlich im Rahmen einer Mehrzahl sogen. „strategischer Insolvenzverfahren“, d.h. späterer Insolvenzplanverfahren unter Einbeziehung der Anteilseigner und mit Eingriffen der Planregelungen in deren Rechtsposition.

Auf diese Aspekte beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen. Sie beleuchten nur in der bisherigen Praxis bedeutsam gewordene Fragen und gliedern sich in Anlehnung an die verwendeten Textziffern des Entwurfs (nachfolgend Tz.) wie folgt:

1. Tz. 21 ff. - Behandlung streitiger Verbindlichkeiten in Finanzstatus und ggf. -plan (nachfolgend ist nur von Finanzstatus die Rede):

Insoweit ist zunächst auf die Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung im DAV vom 08.12.2014 zu Tz. 21/31⁶ Bezug zu nehmen.⁷

1.1. Eine Ergänzung des ES 11 um diesen Fragenkreis erscheint angezeigt, wobei - teilweise vom DAV-Vorschlag abweichend - folgende Differenzierung und Formulierung vorgeschlagen wird:

1.1.1. Rechtskräftig titulierte Verbindlichkeiten:

Grundsätzlich sind diese im Finanzstatus mit ihrem Nennwert einschließlich der bis zum Stichtag verwirkten Nebenleistungen (Zinsen, Säumnis- / Verspätungszuschläge, o.ä.) zu passivieren. Etwaige, nach der Titulierung geltend gemachte Einwendungen des Schuldners (Erfüllung, Erfüllungssurrogate, Zurückbehaltungsrecht, etc.) sind nicht zu berücksichtigen, es sei denn es bestehen entsprechende gerichtliche Entscheidungen (z.B. §§ 767, 769 ZPO) oder Entscheidungen

⁵ So verweist der S 9 verschiedentlich auf den ES 11 mit immer noch aktuellen Bearbeitungsstand vom 06.05.2014

⁶ „Wir hielten es für wünschenswert, dass IDW ES 11 die - höchststrichterlich 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 Feststellung der Zahlungsunfähigkeit von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Diss. 2013, S. 176 unter 4.; Kirchhof, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 17, Rdnr. 7; Kriege/, 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.“

⁷ Die gesamte Stellungnahme ist auf der Website des IDW unter www.idw.de/idw/portal/n281334/n281114/n414788/index.jsp zu finden

der Verwaltung (z.B. §§ 256 ff. AO). Soweit diese ihrerseits nicht rechts- / bestandskräftig sind (z.B. angefochtenes Urteil über eine Vollstreckungsabwehrklage) oder nur eine vorläufige Regelung beinhalten (z.B. einstweilige Anordnung nach § 769 ZPO, Aussetzungsbeschluss gem. § 69 Abs. 3 FGO), verbleibt es beim Ansatz; allerdings ist die Forderung im Schätzwege abweichend vom Nennbetrag niedriger zu bewerten.

1.1.2. Nicht titulierte Verbindlichkeiten:

Ob ein Ansatz streitiger, nicht titulierter Verbindlichkeiten zu erfolgen hat und mit welchem Betrag diese zu bewerten sind, ist eine Frage des Einzelfalles. Hier bietet es sich an, quasi spiegelbildlich die dem § 14 InsO für das Fremdantragsverfahren zu Grunde liegenden Maßstab anzuwenden: Würde es dem Gläubiger der in Frage stehenden Verbindlichkeit des Schuldners gelingen, seine korrespondierende Forderung i.S.v. § 14 InsO hinreichend glaubhaft zu machen, das heißt Feststellung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit mit präsenten Beweismitteln⁸, ist sie im Finanzstatus zu passivieren, allenthalben bei streitigen Nebenforderungen wäre ein Abschlag vertretbar. Hängt allerdings die Zahlungsunfähigkeit von der streitigen Verbindlichkeit ab, kommt eine Passivierung im Finanzstatus nur bei geführtem Vollbeweis der Forderung in Betracht.⁹

1.1.3. Vorläufig vollstreckbar titulierte Verbindlichkeiten:

Hier stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zwischen vollstreckungsrechtlicher und materieller Fälligkeit der Verbindlichkeit.¹⁰

Problematisch ist, ob aus der vorläufig vollstreckbar titulierten Zahlungsverpflichtung des Schuldners - sei es gegen oder auch ohne Sicherheitsleistung, §§ 708, 709 ZPO - unmittelbar auf die Fälligkeit der Verbindlichkeit i.S.v. § 17 InsO geschlossen werden kann. Soweit ersichtlich ist diese Frage höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärt und wird in der Fachliteratur kontrovers beurteilt.¹¹ Jedenfalls für die Frage der Strafbewehrung eines Verstoßes gegen die Verpflichtung zur Stellung eines Eigenantrags i.S.v. § 15a Abs. 4 InsO ist dem Erfordernis der materiellen Fälligkeit der Vorzug zu geben. Im Übrigen dürfte sich systematisch eine Gleichbehandlung mit der Fallgruppe der nicht titulierten

⁸ Zum Maßstab vgl. z.B. BGH, NJW 1998, 1870

⁹ BGH, ZInsO 2006, 145 = ZIP 2006, 247

¹⁰ Grundlegend Uhlenbruck, ZInsO 2006, 338, 341; Spliedt in Runkel (Hrsg.), Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, 2. Aufl., S. 26 ff.

¹¹ So z.B. noch anderer Ansicht der Beitrag von Spliedt (FN.10) in der Voraufgabe

Verbindlichkeiten (dazu vorgehend) anbieten.

1.2. Formulierungsvorschlag:

„Soweit Verbindlichkeiten im Streit stehen, ist zu differenzieren:

(1.) Handelt es sich um Verbindlichkeiten, für deren korrespondierende Forderung ein rechts- / bestandskräftiger Zahlungstitel besteht, ist der Nennbetrag der entsprechenden Hauptforderung zzgl. der bis zum Beurteilungszeitpunkt entstandenen und gleichfalls titulierten Nebenleistungen zu passivieren. Einwendungen des Schuldners gegen die Vollstreckbarkeit stehen dem Ansatz entgegen, wenn diese ihrerseits rechtskräftig (z.B. durch Urteil gem. § 771 ZPO) festgestellt sind. Im Übrigen ist eine Korrektur der Bewertung im Schätzwege nur vorzunehmen, wenn und soweit dies durch einen nur vorläufig vollstreckbares Urteil oder eine einstweilige Anordnung eines Gerichts (z.B. gem. § 769 ZPO) gerechtfertigt erscheint.

(2.) Nicht titulierte Verbindlichkeiten sind spiegelbildlich § 14 InsO zu passivieren, wenn und soweit das Bestehen der korrespondierenden Forderung glaubhaft gemacht ist, das heißt auf Grund präsenter Beweismittel mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht. Hängt die Zahlungsunfähigkeit von der entsprechenden Forderung ab, bedarf es deren Strengbeweises.

(3.) Für den Ansatz und die Bewertung von Verbindlichkeiten, für die ein nur vorläufig vollstreckbarer Titel besteht, kommt es grundsätzlich nicht auf die vollstreckungsrechtliche, sondern die materielle Fälligkeit an. Ihre Bewertung folgt den Regeln nicht titulierter Forderungen gem. Ziff. (2.).“

2. Tz. 23 / 32 / 37 / 38 - Finanzstatus / Finanzplan; Stichtag / Prognose; einzustellende Posten:

Bereits der PS 800 in der Fassung von 2008¹² unterschied zwischen einem streng stichtagsbezogenen Finanzstatus und - wies dieser eine Unterdeckung aus - einer notwendigen, zunächst 3-wöchigen Finanzplanung.¹³ Der IDW ES 11 hält an dieser Systematik zu Recht fest, wird dadurch doch in der Mehrzahl der Fälle - wie noch zu zeigen sein wird - eine randscharfe Abgrenzung zwischen realisierter und drohender Zahlungsunfähigkeit im Rahmen der Entscheidung, ob ein Verfahren nach § 270b InsO verfügbar ist, ermöglicht.

¹² Abgedruckt u.a. in ZIP 2009, 201 ff.

¹³ PS 800, Abschnitt II.

2.1. Finanzstatus:

Dieser ist - wie die Bezeichnung nahelegt - streng stichtagsbezogen, betrifft er doch allein Frage, ob der Schuldner bezogen auf den Ermittlungszeitpunkt in der Lage ist, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Er erfasst also nur einen logischen Zeitpunkt und unterscheidet sich dadurch von jeder zeitraumbezogenen Betrachtung. Daraus folgt:

2.1.1. Bezogen auf diesen Zeitpunkt sind nur die zur Tilgung der zum nämlichen Stichtag bestehenden und fälligen Verbindlichkeiten geeigneten Zahlungsmittel zu ermitteln und jenen gegenüberzustellen. Geeignete Vermögensgegenstände sind allein die in § 266 Abs. 2 B. IV. HGB genannten Posten (Kassenbestand, Bundesbankguthaben, Guthaben bei Kreditinstituten und Schecks) zzgl. nicht ausgeschöpfter Kreditlinien, da nur diese Posten unmittelbar tilgungsgerecht sind.

An diesem Punkt unterscheidet sich ES 11¹⁴ von der etwas unscharfen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der davon ausgeht, in die „Liquiditätsbilanz“ - also gleichfalls eine stichtagsbezogene Betrachtung - seien auch Posten einzustellen, die aus der Verwertung anderer Vermögensgegenstände erst noch generiert werden. Damit löst sich der Bundesgerichtshof bereits von der strengen Stichtagsbezogenheit der Prüfung, die sich auf die Frage reduziert, ob die vorhandenen Zahlungsmittel zur Befriedigung fälliger Verbindlichkeiten ausreichen. Der Bundesgerichtshof fokussiert - als Mittel zur Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung - auf einen mit dem Stichtag beginnenden Prognosezeitraum von 3 Wochen. In seine insoweit zukunftsbezogene Betrachtung stellt er sodann grundsätzlich alle monetären Erlöse aus der Verwertung anderer Vermögensgegenstände ein, also beispielsweise kurzfristig zu erwartende Zahlungseingänge auf (ratierliche) Forderungen. Leider fehlt der Rechtsprechung auch eine weitere Differenzierung nach der Art der in die Verwertungsbetrachtung einzubeziehenden Vermögensgegenstände als dem Umlauf- oder Anlagevermögen angehörend und - bezogen auf die letztgenannte Gruppe - wohl auch eine Unterscheidung zwischen betriebsnotwendigem und nicht betriebsnotwendigem Vermögen.¹⁵

2.1.2. Bedeutung für die Zulässigkeit des Schutzschirmverfahrens:

Ergibt der solchermaßen vorgenommene, streng stichtagsbezogene Vergleich

¹⁴ Noch klarer abgrenzend PS 800, Abschnitt II., 2.

¹⁵ Plastisch BGHZ 163, 134, Juris-Rn. 11; BGHZ 173, 286, Juris-Rn. 29 = ZInsO 2007, 939 = ZIP 2007, 1666

zwischen dem Bestand an liquiden Mitteln zzgl. nicht ausgeschöpfter Kreditlinien und der Summe der fälligen Verbindlichkeiten eine Deckung oder -überdeckung der zum Ausgleich der Verbindlichkeiten geeigneten Posten, ist eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit zu verneinen, mag diese auch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in (naher) Zukunft eintreten.

Daraus folgt: Ist die eine solche (Über-)Deckung bestätigende Bescheinigung gem. § 270b auf der Grundlage eines Sachverhalts erstellt worden, der dem Zeitpunkt der Antragstellung entspricht oder zu diesem zeitnah in Verbindung steht, ohne dass in der Zwischenzeit nachteilige Veränderungen eingetreten wären, ist bei einer zukünftig zu erwartenden Illiquidität von nur drohender Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Dies ist eine logische Folge strenger Stichtagsbetrachtung, auch wenn der baldige Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sicher erscheint; übrigens ein Befund, der der Anwendung jeder Stichtagsregelung eigen ist.¹⁶

2.2. Finanzplan:

Folgerichtig bedarf es eines vom Stichtag ausgehenden Finanzplans nur und ausschließlich dann, wenn der Finanzstatus eine Unterdeckung des liquiden Vermögens (zzgl. nicht ausgeschöpfter Kreditlinien) gegenüber den zum nämlichen Zeitpunkt fälligen Verbindlichkeiten ausweist.¹⁷

2.2.1. Zutreffend wird hier zunächst in dem Bemühen, die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung in Auswertung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁸ zu unterscheiden, ein 3-Wochen-Zeitraum betrachtet.¹⁹

2.2.1.1. Tz. 33 ff. stellt in diesen Prognosezeitraum nahezu alle mit hinreichender Sicherheit zu erwartenden, einzahlungswirksamen Vorgänge ein, und dies ungeachtet ihrer Quelle (Eigen- / Fremdkapital). Eine in der Rechtsprechung anzutreffende Unschärfe wird dadurch vermieden, dass monetäre Zuflüsse aus der Verwertung betriebsnotwendigen Vermögens jedenfalls dann ausgeschlossen werden, wenn der Vermögensgegenstand dem Schuldner nicht mindestens zur Nutzung verbleibt, was allerdings bei Sale-and-Lease-Back-Geschäften gesichert ist.²⁰

Dass neben den Einzahlungen natürlich auch die im Prognosezeitraum zu

¹⁶ Ebenso wohl Ganter, NZI 2012, 985, 987 I. Sp.

¹⁷ Prägnant ES 11, Tz. 23

¹⁸ BGHZ 163, 134, Juris-Rn. 25 ff.

¹⁹ ES 11, Tz. 38

²⁰ ES 11, Tz. 36

erwartenden Auszahlungen zu berücksichtigen sind, dürfte selbstverständlich sein.²¹

Zu begrüßen ist schließlich die im Grundsatz wohl als klare Aussage gemeinte Formulierung der Tz. 37, wenn es dort heißt: „Bei den Mittelabflüssen sind die bereits bestehenden wie auch die im Planungszeitraum entstehenden *Verpflichtungen* zu berücksichtigen.“²² Das ist von den vorerwähnten, zu erwartenden Auszahlungen zu unterscheiden. Damit spricht sich der Entwurf nach hiesigem Verständnis für die prognostische Berücksichtigung der vielfach so genannten „Passiva II“ aus und wendet sich gegen eine weitere Unschärfe der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 12.10.2006 - IX ZR 228/03 -²³, wo es auszugsweise heißt: „Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO kann eine Liquiditätsbilanz aufzustellen sein. Dabei sind die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen zu den *am selben Stichtag* fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten“. Die dort zum Ausdruck kommende Begrenzung auf die prognostische Berücksichtigung allein der sogen. „Aktiva II“ kann in der Logik zu einer dauerhaften Bugwelle von nicht durch Zahlungsmittel gedeckten Verbindlichkeiten führen, was - jedenfalls bei leistungs- und finanzwirtschaftlich unveränderten Rahmenbedingungen - einer Erhaltungswürdigkeit des Schuldners entgegensteht.²⁴

2.2.1.2. Formulierungsvorschlag:

Allerdings empfiehlt sich eine sprachliche Präzisierung der Tz. 37:

„Bei den Mittelabflüssen sind die bereits bestehenden wie auch die im Planungszeitraum entstehenden und fällig werdenden Verbindlichkeiten zu berücksichtigen.“

2.2.2. Schließt der 3-Wochen-Zeitraum bekanntlich mit einer Deckungslücke von weniger als 10% der fälligen Gesamtverbindlichkeiten ab, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs regelmäßig nur von einer Zahlungsstockung

²¹ Ebenso IDW S 9, Tz. 14

²² Klarer formuliert diesen Aspekt allerdings der PS 800 unter II. 3. im ersten Unterabsatz

²³ Abgedruckt in ZInsO 2006, 1210 = ZIP 2006, 2222

²⁴ Zu Recht statt aller grundlegend Bork, ZIP 2008, 1749; im Grundsatz auch BGHZ 163, 134, Juris-Rn. 18; für die Berücksichtigung der „Passiva II“ ferner Ganter, ZInsO 2011, 2297, 2302; FK-Schmerbach, 7. Aufl., § 17, Rn. 22; HambKomm-Schröder, 4. Aufl., § 17 InsO, Rn. 16; für die mangelnde Erhaltungswürdigkeit S 9, Tz. 13

auszugehen; ist die Deckungslücke größer als 10% regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit²⁵. Allerdings lässt die Rechtsprechung von diesen Regeln in beide Richtungen Ausnahmen zu, die zu einer weiteren Verlängerung des Prognosezeitraums führen und im Falle einer die 10%-Marke übersteigenden Deckungslücke deren Schließung „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ erfordert.²⁶

2.2.3. Bedeutung für die Zulässigkeit des Schutzschirmverfahrens:

2.2.3.1. Ist am Ende des 3-wöchigen Prognosezeitraums nach Maßgabe des Finanzplans die Deckungslücke geschlossen, ist nicht von Zahlungsunfähigkeit auszugehen; das Verfahren gem. § 270b InsO steht zur Verfügung.

2.2.3.2. Fraglich ist indes, wie zu entscheiden ist, wenn am Ende des Zeitraums eine Deckungslücke - gleich ob kleiner oder größer als 10% der dann fälligen Gesamtverbindlichkeiten - verbleibt. In jedem Falle würde es einer zeitlichen Ausdehnung des zur Beurteilung notwendigen Prognosezeitraums bedürfen. Zu dessen Länge enthält - soweit ersichtlich - die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Vorgaben; die Literatur äußert sich uneinheitlich.²⁷ Von der Notwendigkeit, eine den 3-Wochenzeitraum überschreitende Langfristprognose anzustellen, geht auch der IDW S 9 aus.²⁸

Das wird den praktischen Bedürfnissen nur eingeschränkt gerecht. Hier ist eine Rückbesinnung auf den Zweck des Schutzschirmverfahrens und die Rahmenbedingungen, unter denen eine Entscheidung über seine Zulässigkeit durch das Insolvenzgericht zu treffen ist, hilfreich:

- Der Gesetzgeber wollte mit der Einführung des Verfahrens gem. § 270b InsO den Sanierungsgedanken fördern und hat diesen - durchaus zweifelhaft ob sinnvoll - in den Kontext der Insolvenzordnung eingebunden. Angeregt werden sollte eine möglichst frühzeitige Antragstellung, das heißt vor dem Eintritt des „Basis-Insolvenzgrundes“ der Zahlungsunfähigkeit, belohnt mit der weitgehenden Belassung der operativen Entscheidungs- und

²⁵ BGHZ 163, 134, Juris-Rn. 30 ff.

²⁶ BGHZ 163, 134, Juris-Rn. 31; Einzelheiten bei SE 11, Tz. 14 ff.

²⁷ BGHZ 163, 134, Juris-Rn. 31 spricht von „überschaubarer Zeit“; HambKomm-Schröder (Fn. 24), Rn. 22 spricht von 3 - 6 Monaten; FK-Schmerbach (Fn.24) plädiert für 3 Monate, in Ausnahmefällen für 6 Monate; ähnlich ES 11, Tz. 16, 17

²⁸ Siehe dort Tz. 12/13

Direktionsbefugnisse des Schuldners. Im Gesamtgläubigerinteresse verbietet sich daher ein allzu „leichtfüßiger“ Umgang mit diesem, jedenfalls im Kontext der Insolvenzordnung immer noch als Ausnahme wahrzunehmenden Instrument.

- Wir befinden uns damit korrespondierend in einer besonders ausgeprägten Form des *Insolvenzantragsverfahrens*, in dem es um die wegen des auf eine Sanierung des schuldnerischen Rechtsträgers gerichteten Verfahrensziels einer besonders zügigen Bearbeitung durch das Insolvenzgericht bedarf. Dieser Kontext unterscheidet sich bedeutend von Situationen, in denen es beispielsweise um die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gem. § 64 S. 1 GmbHG geht: Dort kann im Rahmen einer Beweisaufnahme „in aller Ruhe“ und praktisch immer retrograd der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit ermittelt werden; im insolvenzrechtlichen Antragsverfahren hingegen geht es um eine eilbedürftige Entscheidung auf der Basis einer in erster Linie durch einen Dritten, den Ersteller der Bescheinigung gem. § 270b Abs. 1 S. 3 InsO, angestellten Prognose. Schon eine 3-wöchige Vorschau ist mit Unwägbarkeiten behaftet, selbst wenn sie „nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen (...) und (einer) ausreichend dokumentierten integrierten Unternehmensplanung (Erfolgs-, Vermögens- und Liquiditätsplanung)“²⁹ durchgeführt wird. Der Faktor der Unsicherheit prognostischer Annahmen wächst erfahrungsgemäß progressiv mit der Dauer des Prognosezeitraums.

All dies lässt es angezeigt erscheinen, ähnlich wie im Rahmen der Favorisierung der nach klaren Regeln möglichen, erstrangigen Fokussierung auf den streng stichtagsbezogenen Finanzstatus im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung gem. § 270b InsO keine 3-stufige Prüfungsreihenfolge nach dem Modell

- (1.) Ergebnis des Finanzstatus, sodann ggf.
- (2.) Ergebnis des Finanzplans 3 Wochen, sodann ggf.
- (3.) Erweiterung des Prognosezeitraums auf bis zu 6 Monate

vorzunehmen, sondern dem Schuldner die Privilegien einer weitgehend unangetasteten Autonomie nur dann zu belassen, wenn entweder

(i.) am Stichtag, ermittelt auf Grund des Finanzstatus keine Unterde-

²⁹ ES 11, Tz. 33

ckung vorhanden ist, oder

(ii.) am Ende des 3-wöchigen Prognosezeitraums unter Berücksichtigung der sogen. „Passiva II“ keine oder höchstens eine Unterdeckung von weniger als 10% der dann zur Zahlung fälligen Verbindlichkeiten verbleibt.

2.2.4. Vorschlag:

Da der ES 11 verschiedenen Zwecken dient und sein quantitativer Anwendungsschwerpunkt wohl im Bereich der zumeist retrograden Feststellung des Zeitpunktes, an dem Zahlungsunfähigkeit gegeben war, im Rahmen der Beurteilung von Haftungskonstellationen liegt, sollten die Ausführungen zum erweiterten Prognosezeitraum (Tz. 16/17, 40/41) beibehalten bleiben.

Allerdings empfiehlt es sich für Zwecke der ex ante mit besonderem Eilbedürfnis zu treffenden Entscheidung über die Zulässigkeit des Schutzschirmverfahrens gem. § 270b InsO durch das Insolvenzgericht zu einer die Rechtssicherheit erhöhenden Methodik zurückzukehren. Es empfiehlt sich daher, die die Langfristprognose betreffenden Ausführungen der Tz. 12 und 13 des IDW S 9 bei einer anstehenden Überarbeitung zu Gunsten eines lediglich 2-stufigen Prüfungsmodells zu modifizieren.

2.3. Abgrenzung der drohenden Zahlungsunfähigkeit von der bloßen Zahlungsstockung:

Selbstverständlich bedarf es sowohl im Falle eines Finanzstatusses ohne Unterdeckung wie in der Konstellation eines Finanzplans ohne oder mit tolerabler Unterdeckung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit bzw. einer Überschuldung, um das Schutzschirmverfahren als Sanierungsoption in Betracht ziehen zu können. Läge wegen einer positiven Fortbestehensprognose keine Überschuldung und stichtagsbezogen keine bzw. nach Maßgabe einer 3-wöchigen Prognose ebenfalls keine oder nur eine hinnehmbare Deckungslücke vor, wäre isoliert betrachtet weder ein zur Antragstellung verpflichtender, noch der fakultative Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit gegeben.³⁰ Entscheidend für die Bejahung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit ist demgemäß, wenn unter Zugrundelegung eines Finanzplans absehbar ist, dass zukünftig die Zahlungsmittel zur Erfüllung fällig werdender Zahlungsverpflichtungen nicht mehr ausreichen und dies durch finanzielle Dispositionen und

³⁰ Eingehend zur Differenzierung Ganter, NZI 2012, 985

Kapitalbeschaffungsmaßnahmen nicht mehr ausgeglichen werden kann.³¹ Ein solcher Sachverhalt begründet zugleich eine negative Fortbestehensprognose i.S.d. insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung.³² In Anlehnung an IDW S 6 umfasst der Prognosezeitraum i.d.R. das laufende und das folgende Geschäftsjahr.³³

Empirisch wird man nach nahezu 3 Jahren Praxiserfahrung mit dem ESUG aus insolvenzrichterlicher Sicht sagen können, dass die Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 18 InsO in Abgrenzung von der Verneinung jeglichen Insolvenzgrundes kaum je Schwierigkeiten bereitet; dies durchaus im Gegensatz zur Abgrenzung zwischen Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung.

3. Resümee:

- Die zusammengefasste Darstellung der Insolvenzeröffnungsgründe und der Methoden zu ihrer Feststellung im Rahmen eines neuen Standards ist zu begrüßen.

- Im Rahmen der Darstellung der Zahlungsunfähigkeit sollte der ES 11 ergänzt werden um einen Abschnitt, der der Behandlung von streitigen Verbindlichkeiten im Rahmen von Finanzstatus bzw. -plan vorbehalten ist.

- Die Formulierung der Tz. 37 des ES 11 sollte klarer herausarbeiten, dass in die zunächst 3-wöchige Finanzplanung nicht nur die sicher zu erwartenden Zahlungszu- und -abflüsse (also Einzahlungen und tatsächlichen Auszahlungen), sondern auch die im nämlichen Zeitraum fällig werdenden Verbindlichkeiten (sogen. „Passiva II“) einzustellen sind.

- Die randscharfe Abgrenzung zwischen dem streng stichtagsbezogenen Finanzstatus und einem nur bei dessen Unterdeckung notwendig werdenden Finanzplan ist zu begrüßen. Für den Fall einer retrograden Feststellung des Zeitpunkts, in dem die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, sollte an der 3-stufigen Prüfungsfolge (Status, 3-Wochen-Finanzplan wenn Status Unterdeckung aufweist, Erweiterung des Finanzplans um auf bis zu 6 Monaten wenn auch das Ergebnis des 3-Wochen-Fianzplans eine Unterdeckung zeigt) sollte festgehalten werden. Es bleibt zu hoffen, dass sich die höchstrichterliche Rechtsprechung diesem, den Bedürfnen der Praxis entsprechenden Modell anschließt.

³¹ Vgl. S 9, Tz. 15 - 17 mit Verweis auf ES 11, Tz. 92 ff.

³² ES 11, Tz. 93 entspricht daher dem Grundsatz, dass die Fortbestehensprognose im Kontext der Überschuldungsprüfung letztlich einer Zahlungsfähigkeitsprognose gleichkommt.

³³ IDW S 6, Tz. 13 (Bearbeitungsstand vom 20.08.2012, abgedruckt u.a. in IDW-Fachnachrichten 2012, 719)

- Im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit eines Schutzschirmverfahrens gem. § 270b InsO sollte aus Gründen der mit einer den Zeitraum von 3 Wochen übersteigenden Finanzplanung verbundenen Unwägbarkeiten die Abgrenzung zwischen drohender und eingetretener Zahlungsunfähigkeit auf der Basis einer nur 2-stufigen Ermittlungsreihenfolge (Finanzstatus, 3-Wochen-Finanzplan) erfolgen. Eine gelegentliche Änderung des IDW S 9 wird angeregt.

Berlin, den 12.01.2015

Martin Horstkotte

Richter am Amtsgericht Charlottenburg - Insolvenzgericht -, Berlin