

PLUTA Rechtsanwalts GmbH Postfach 20 16 65 80016 München

Vorab per E-Mail

IDW
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

stellungnahmen@idw.de

Büro München
Barthstraße 16
80339 München
Deutschland

Tel. +49 89 858963-450
Fax. +49 89 858963-495

Martin.Jungclaus@pluta.net
www.pluta.net

27. November 2014
MJ /EJ

Änderungs- und Ergänzungsvorschläge zum IDW ES 11

Sehr geehrte Damen und Herren,

zunächst danken wir Ihnen für Ihre fortdauernden Anstrengungen, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Definition der Zahlungsunfähigkeit und zu den Methoden ihres Nachweises zu einer einheitlichen Prüfungsanleitung zusammenzufassen. Sodann übermitteln wir Ihnen unsere nachstehende Anregung für eine Präzisierung des IDW ES 11 in einem von uns als besonders grundlegend erachteten Punkt:

Unter Rz. 42 des ES 11 wird zu Recht darauf hingewiesen, dass der Schuldner gehalten ist, seine ursprünglich die Zahlungsunfähigkeit trotz Bestehens einer anfänglichen Liquiditätslücke von mehr als 10% ausschließende Prognose nach Maßgabe des tatsächlichen Verlaufs anzupassen und daraus die gebotenen Schlussfolgerungen für seine Antragspflicht zu ziehen.

Hintergrund dieses Hinweises ist ersichtlich die folgende Passage aus der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24.05.2005 (IX ZR 123/04, ZIP 2005, S. 1426, 1428 f.):

„Wenn dieser [der Geschäftsführer] erkennt, dass die GmbH zu einem bestimmten Stichtag nicht in der Lage ist, ihre fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen, jedoch aufgrund einer sorgfältigen und gewissenhaften Prüfung der Meinung sein kann, die GmbH werde vor Erreichen des Zeitpunkts, bei dem eine Zahlungsstockung in eine Zahlungsunfähigkeit umschlägt – also binnen drei Wochen –, sämtliche Gläubiger voll befriedigen können, darf er innerhalb dieses Zeitraums, solange sich seine Prognose nicht vorzeitig als unhaltbar erweist, Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns vereinbar sind (vgl. § 64 Abs. 2 Satz 2 GmbHG), an Gläubiger leisten, ohne die

Haftung befürchten zu müssen. Müsste er anstehende Zahlungen zurückhalten, bis die Zahlungsfähigkeit insgesamt wieder hergestellt ist, würde er dadurch die Geschäftsbeziehungen zu den betreffenden Gläubigern, auf deren Fortführung der Betrieb der Schuldnerin mehr denn je angewiesen ist, gefährden. Auch läge eine Zahlungseinstellung vor, mit welcher der Geschäftsführer möglicherweise Eröffnungsanträge der Gläubiger (§ 14 InsO) herausfordern würde. Ist die Zahlungsfähigkeit nach Ablauf der Frist noch nicht wieder hergestellt, darf er – weil nunmehr die endgültige Zahlungsunfähigkeit feststeht – nur noch solche Zahlungen leisten, welche die Insolvenzmasse nicht schmälern oder erforderlich sind, um das Unternehmen für die Zwecke des Insolvenzverfahrens zu erhalten (Michalski/Nerlich, GmbHG, 2002, § 64 Rz. 46).“ (Erläuterung in eckiger Klammer und Unterstreichungen durch die Unterzeichner)

Wir messen dieser Passage eine weitreichende Bedeutung zu, die wir in dem in Rz. 42 des ES 11 enthaltenen knappen Hinweis nicht hinreichend vollständig abgebildet sehen:

Den durch Unterstreichung hervorgehobenen Passagen entnehmen wir, dass es der Schuldner bzw. die von ihm mit der Prüfung seiner Zahlungsunfähigkeit beauftragte Person im Falle der Feststellung einer mehr als 10%igen Liquiditätslücke am Anfangsstichtag keinesfalls bei einer bloßen in die Zukunft gerichteten 3-Wochen-Prognose (ggf. nebst ergänzender 3-6-Monats-Prognose) bewenden lassen darf. Vielmehr ist vorab stets zu prüfen, ob der „Zeitpunkt, bei dem eine Zahlungsstockung in eine Zahlungsunfähigkeit umschlägt“ bereits in der Vergangenheit liegt. Denn in diesem Fall ist die Zahlungsunfähigkeit bereits eingetreten und entfällt erst mit der tatsächlichen und nachhaltigen Beseitigung des bestehenden Liquiditätsmangels und nicht allein aufgrund einer dem Maßstab bloßer „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ folgenden positiven Zukunftsprognose.

Inhaltlich geht es bei dieser Prüfung um die Feststellung, ob die zum Anfangsstichtag festgestellte Liquiditätslücke von mehr als 10% zuvor bereits seit wenigstens 3 Wochen objektiv andauert hatte. Bei dieser Prüfung geht es also um eine in die Vergangenheit gerichtete und von jedem Element der Prognose hinsichtlich des zukünftig erhofften Zuflusses liquider Mittel bereinigte Gegenüberstellung der jeweils tatsächlich vorhandenen liquiden Mittel des Schuldners einerseits und seiner fälligen Verbindlichkeiten andererseits in dem dreiwöchigen Zeitraum vor dem Anfangsstichtag. Ergibt diese Gegenüberstellung eine bereits in den gesamten 3 Wochen vor dem Anfangsstichtag ununterbrochen andauernde Liquiditätslücke von mehr als 10%, wofür zumindest eine tatsächliche Vermutung streitet, wenn sich für jeden einzelnen Tag des 3-Wochen-Zeitraums eine Liquiditätslücke in dieser Höhe ergibt (vgl. *Prager/Jungclauss*, FS Wellensiek, 2011, S. 101, 106, Fn. 38; *Schröder*, in: *Hamburger Kommentar zur InsO*, 5. Aufl., 2015, § 17 Rdnr. 37), so erübrigt sich eine weitere, in die Zukunft gerichtete 3-Wochen-Prognose.

Dem spätestens zum Anfangsstichtag erfolgten Eintritt der Zahlungsunfähigkeit könnte in einem solchen Fall allenfalls noch entgegenstehen, dass eine vom Anfangsstichtag in die Zukunft gerichtete Prognose „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ eine Schließung der am Anfangsstichtag bestehenden Liquiditätslücke binnen der nächsten 3 bis 6 Monate erwarten lässt. Zu beachten ist allerdings auch insoweit, dass es auf eine solche positive Prognose nur dann ankommt, wenn die Liquiditätslücke von mehr als 10% nicht sogar schon weitere 3 bis 6 Monate vor dem dem Anfangsstichtag vorausgegangenem Dreiwochenzeitraum ununterbrochen bestanden hat.

War die Liquiditätsunterdeckung von mehr als 10% zwar bereits vor dem Anfangsstichtag eingetreten, hatte sie jedoch weniger als 3 Wochen bzw. weniger als 3 Wochen zuzüglich 3 bis 6 Monaten andauert, so bleibt es zwar bei dem Erfordernis, zum Anfangsstichtag in die Zukunft gerichtete Liquiditätsprognosen aufzustellen, die Prognosezeiträume verkürzen sich jedoch auf jenen Teil des 3-Wochen- bzw. 3-6-Monatszeitraums, während dessen nicht bereits vor dem Anfangsstichtag durchgängige Liquiditätslücken von mehr als 10% bestanden.

Die vorstehend dargelegten Zusammenhänge lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass während des maßgeblichen 3-Wochen- bzw. 3-6-Monatszeitraums fort-dauernd die bessere Erkenntnis an die Stelle der ursprünglichen Prognose zu setzen ist und der jeweils während ein- und derselben andauernden Zahlungsstockung zur Verfügung gestellte maximale Zeitraum für die Verhinderung des Übergangs zur Zahlungsunfähigkeit nicht dadurch verlängert werden kann, dass ein nach dem erstmaligen Eintritt der Zahlungsstockung liegender Anfangsstichtag für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit gewählt wird (vgl. dazu eingehend *Prager/Jungclaus*, a.a.O., S. 105 ff., insbesondere mit Fn. 34).

Die somit bestehende Notwendigkeit, der vom Anfangsstichtag in die Zukunft gerichteten 3-Wochen- bzw. 3-6-Monats-Prognose eine um das Prognoseelement bereinigte vergangenheitsorientierte Betrachtung an die Seite zu stellen, tritt unseres Erachtens in dem in Rz. 44 des ES 11 gegebenen Hinweis, wonach sich die Dreiwochenfrist zur Wiederherstellung der Zahlungsunfähigkeit entsprechend „verkürzt“, wenn sich aufgrund der Untersuchung ergibt, „dass die Zahlungsunfähigkeit bereits eingetreten ist“, nicht hinreichend deutlich hervor.

Wir meinen insbesondere, dass die vorstehende Relativierung der prognostischen Betrachtungsweise durch eine rein objektive vergangenheitsbezogene Betrachtungsweise bereits im Rahmen des „Allgemeinen Teils“ (Ziffer 4.1.1.) des ES 11 angesprochen werden sollte. Denn diese Relativierung ist nicht nur für den Fall der Beurteilung der Insolvenzreife eines Schuldners im Vorfeld der Insolvenzeröffnung von Bedeutung. Sie eröffnet zugleich dem Insolvenzverwalter eine bedeutsame zusätzliche Möglichkeit zur Substantiierung des in der Vergangenheit liegenden Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners in Anfechtungs- und Organhaftungsstreitigkeiten.

Ist es nämlich richtig, dass die Zahlungsstockung regelmäßig, d.h. vorbehaltlich der positiven 3-6-Monats-Prognose, in Zahlungsunfähigkeit umschlägt, wenn es dem Schuldner tatsächlich nicht gelungen ist, seine mehr als 10%ige Liquiditätslücke binnen maximal 3 Wochen unter diesen Grenzwert zu verringern, so genügt der Verwalter seiner Darlegungslast hinsichtlich des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu einem in der Vergangenheit liegenden Stichtag bereits dann, wenn er substantiiert unter Gegenüberstellung der jeweils vorhandenen liquiden Mittel (unter Ausklammerung der lediglich für die Zukunft erhofften Liquiditätszuflüsse) einerseits und der fälligen Verbindlichkeiten andererseits für den Stichtag und die diesem vorangegangenen 20 weiteren Tage dartut, dass die mehr als 10%ige Liquiditätslücke des Schuldners bereits innerhalb der drei Wochen vor jenem Stichtag dauerhaft bestand.

Es liegt auf der Hand, dass diese Möglichkeit der Darlegung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners dem Insolvenzverwalter potentiell gestattet, sich mit seinen Anfechtungs- und Organhaftungsklagen sehr viel weiter dem Zeitpunkt des tatsächlichen Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anzunähern, als dies typischerweise mit der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs etablierten Vermutung des spätestens im Zeitpunkt der erstmaligen Fälligkeit von bis zur Insolvenzeröffnung ungetilgt gebliebenen Verbindlichkeiten erfolgten Eintritts der Zahlungsunfähigkeit (vgl. Rz. 50 des ES 11) möglich ist. Die Schaffung einer validen Alternative zu dieser Vermutung ist nicht zuletzt auch deswegen von Bedeutung, weil der BGH – was in Rz. 50 des ES 11 unerwähnt geblieben ist – einschränkend einen nicht näher präzisierten „erheblichen Umfang“ der ungetilgt gebliebenen fälligen Verbindlichkeiten des Schuldners verlangt (vgl. Ur. v. 18.07.2013, IX ZR 143/12, ZIP 2015, S. 2015, 2016 [Rz. 9]).

Gegenüber einem mittels rückwirkend erstellter Prognosebetrachtung exakt ermittelten Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit ergibt sich demgegenüber insofern eine strukturell bedingte Verzögerung um maximal drei Wochen, als die rein tatsächliche Betrachtungsweise nur die Feststellung ermöglicht, dass die Zahlungsunfähigkeit jedenfalls zum Ende des maßgeblichen 3-Wochen-Zeitraums eingetreten ist, während bei Nachweis einer vom ersten Augenblick des Eintritts einer mehr als 10%igen Liquiditätslücke an negativen 3-Wochen-Prognose die Zahlungsunfähigkeit bereits auf den Beginn des maßgeblichen 3-Wochen-Zeitraums datiert werden kann. Diesem Nachteil, den Zeitpunkt des erstmaligen Eintritts der Zahlungsunfähigkeit um bis zu 3 Wochen zu verfehlen, steht jedoch der große Vorteil für den Insolvenzverwalter gegenüber, sich nicht mit der oftmals kaum über längere Zeiträume rückwirkend verlässlich möglichen Erstellung von Prognosen befassen zu müssen.

In vielen Anfechtungs- und Organhaftungsprozessen dürfte daher die Substantiierung des Stichtags des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners mittels Vorlage von allein die jeweils tatsächlich vorhandenen liquiden Mittel den jeweils fälligen Verbindlichkeiten gegenüberstellenden Tagesliquiditätsstatus, aus denen sich das ununterbrochene Fortbestehen einer mehr als 10%igen Liquiditätslücke während des 3-

Wochen-Zeitraums vor dem betreffenden Stichtag ergibt, das Mittel der Wahl darstellen. Wir würden es begrüßen, wenn der ES 11 dem angemessen Rechnung trüge.

Zusammenfassend schlagen wir daher vor, im Rahmen des geplanten IDW S 11 Folgendes explizit klarzustellen:

- 1) Die Obliegenheit des mit der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners Beauftragten, anhand einer rückschauenden Betrachtung zunächst zu klären, in welchem Umfang die für die Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der bloßen Zahlungsstockung maßgeblichen Fristen (drei Wochen bzw. drei bis sechs Monate) bereits in der Vergangenheit verstrichen waren, und in der Folge lediglich für den etwaigen noch nicht verstrichenen Teil dieser Fristen Prognosebetrachtungen hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung der Liquiditätslücke anzustellen.
- 2) Die Zulässigkeit der Darlegung der Zahlungsunfähigkeit zu einem Stichtag X mittels Nachweises, dass eine Liquiditätslücke von mehr als 10% in den letzten drei Wochen vor diesem Stichtag durchgehend vorgelegen hat.

Wir danken Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

PLUTA Rechtsanwalts GmbH

Martin Jungclauss
Rechtsanwalt

Dr. Maximilian Pluta
Rechtsanwalt, Steuerberater, Dipl.-Kaufmann