

PETER-WOLFGANG PLAGENS

Wirtschaftsprüfer | Steuerberater

IDW Institut der Wirtschaftsprüfer
Fachausschuss für Sanierung und Insolvenz (FAS)
Herr WP/StB Bernhard Steffan
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

Isernhagen, den 9. Dezember 2014
PlagP / MertG

Stellungnahme zum Entwurf eines IDW-Standards „Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW ES 11), Stand 6. Mai 2014“

Sehr geehrter Herr Steffan,
sehr geehrte Damen und Herren

ich beziehe mich auf den Entwurf eines IDW-Standards zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW ES 11) Stand 6. Mai 2014 und erlaube mir zu diesem Standard einige Anregungen / Hinweise zu geben, die Sie möglicherweise bei der Endfassung berücksichtigen sollten. Insgesamt finde ich es ausgesprochen Vorteilhaft, dass nunmehr eine zusammenfassende Stellungnahme hinsichtlich des Insolvenzantragsgrundes „Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“ vorliegt. Gleichwohl ergeben sich aus meiner Sicht als Praktiker, der im Restrukturierungsbereich häufiger zu tun hat, folgende kritische Punkte, die nach meinem Verständnis noch nicht mit hinreichender Bestimmtheit im IDW ES 11 verarbeitet wurden.

Im Einzelnen:

Zu Tz. 31

Sie führen dort aus, dass Verbindlichkeiten, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften nicht erfüllt werden dürfen, im Finanzstatus erst mit Wegfall des Auszahlungsverbots als fällig zu erfassen sind. Es werden beispielhaft die §§ 30 GmbHG und 57 AktG aufgeführt. Nach meinem Verständnis sollte hier insbesondere auch das Gesellschafterdarlehen gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO explizit aufgeführt werden. Durch die Reform des Kapitalersatzrechtes (vgl. MoMiG 2008) ist das gesamte Kapitalersatzrecht, das insbesondere bei dem GmbH's und GmbH & Co. KG's zur Anwendung kam, weggefallen bzw. in das Insolvenzrecht verlagert worden. Dort sind nunmehr gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO explizit geregelt, dass *jedes* Gesellschafterdarlehen quasi automatisch mit einem Rangrücktritt versehen ist und somit zumindest für den Bereich der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit gem. den §§ 17, 18 InsO keine Berücksichtigung finden darf (anders als im Falle der Überschuldung gem. § 19 InsO, vgl. Ausführungen weiter unten).

Zu Tz. 38

Es ist nach meinem Verständnis nach wie vor unklar, ob die vom BGH in der richtungsweisen Entscheidung vom 24. Mai 2005 getroffene Feststellung eine auf einen Dreiwochenzeitraum ausgedehnten „Liquiditätsbilanz“, die von Ihnen in der Tz. 38 bei der Erstellung eines „Finanzplans“ für einen Dreiwochenzeitraum sinngemäß aufgenommen wurde, um eine Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der bloßen Zahlungstockung vorzunehmen, mit der Dreiwochenfrist des § 15a InsO identisch ist oder nicht. Nach meinem Verständnis kann sich die Dreiwochenfrist zur Beseitigung eines Insolvenzantragsgrundes gem. § 15a InsO erst dann mit einem möglichen Laufzeitbeginn ergeben, wenn beispielsweise der Insolvenzantragsgrund „Zahlungsunfähigkeit“ auch tatsächlich festgestellt wurde. Ich habe hierzu bereits in meinem Aufsatz in der ZInsO aus dem Jahr 2010 (Sonderdruck 46/2010, S. 2107 ff.) und dort unter Tz. 2 bb) und cc) darauf hingewiesen, dass der Dreiwochenzeitraum zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit gem. der oben zitierten BGH-Rechtsprechung nichts mit der Insolvenzantragsverpflichtung des § 15a InsO zu tun haben, sondern logischerweise nur nacheinander zur Anwendung kommen können. Mir ist derzeit nicht klar, ob dies der allgemeinen Auffassung im Schrifttum und hier insbesondere beim IDW entspricht. Für eine entsprechende Klarstellung wäre ich Ihnen dankbar.

Zu Tz. 39

Der Hinweis, dass für den Fall, dass in dem auf einen Zeitraum von drei Wochen basierenden Finanzplan die anfänglich ausgewiesene Lücke nicht geschlossen werden kann, eine Fortschreibung des Finanzplanes zu erfolgen hat, wird von Ihnen entsprechend der Rechtsprechung sachgerecht gefordert. Tatsache ist jedoch, dass nach meinem Verständnis ein dreiwöchiger Finanzplan in keinem Fall dazu ausreicht eine mit hinreichender Sicherheit versehene Aussage über das Vorliegen des Insolvenzantragsgrundes „Zahlungsunfähigkeit“ vorzunehmen.

Dies sei anhand eines einfachen Beispiels dargestellt:

Sofern der Dreiwochenzeitraum die ersten drei Wochen eines beginnenden Monats umfassen und der Schuldner bzw. seine Berater bei Gegenüberstellung der vorhandenen Zahlungsmittel (sogenannte Aktiva I) und den zukünftig für den Dreiwochenzeitraum zu erwartenden Einzahlungen (sogenannte Aktiva II) und deren Gegenüberstellung zu dem Zeitpunkt in t_0 für die Verbindlichkeiten (sogenannte Passiva I) sowie unter Hinzuziehung der innerhalb der drei Wochen fälligen Verbindlichkeiten (sogenannte Passiva II) zu dem Ergebnis kommen, dass die 10%Grenze der BGH-Rechtsprechung vom 24. Mai 2005 eingehalten wird (und damit implizit von Zahlungsfähigkeit ausgegangen wird), dann sofort obsolet wird, wenn in der 4. Kalenderwoche des angesprochenen Monats die Lohnzahlungen inkl. der Sozialversicherungsbeträge und kurze Zeit später auch die Lohnsteuer am 10. des Folgemonats zur Zahlung fällig werden.

Vor diesem Hintergrund kann nur die Empfehlung lauten, den Zeitraum für den ein Finanzplan mindestens zu erstellen ist, sollte einen Zeitraum von zumindest vier (besser sechs Wochen) umfassen, **sodass die Zahlungsabwicklung eines kompletten Monats nachvollziehbar abgebildet werden kann** (Hinweis: In der Praxis erstellen wir Finanzpläne grundsätzlich für einen 13-Wochenzeitraum, um allen Eventualitäten aus dem Weg zu gehen, die möglicherweise nicht zu einer hinreichenden Bestimmung des Insolvenzantragsgrundes „Zahlungsunfähigkeit“ führen könnten). Insofern ist die Angabe des Dreiwochenzeitraums, wie er von der BGH-Rechtsprechung dargelegt wird, sicherlich gut gemeint aber schlicht praxisfern und nicht sachgerecht. Insbesondere wird der Eindruck vermittelt, dass sich bei einer positiven Feststellung der Zahlungsfähigkeit innerhalb des Dreiwochenzeitraums der betroffene Schuldner nur noch kaum oder wenig um die nachfolgenden Zeiträume zu kümmern hat, da eine Verschlechterung der Zahlungsbereitschaft nach dem Dreiwochenzeitraum eher als eine Ausnahme denn als eine Regel dargestellt wird. Vor diesem Hintergrund kann jedem Anwender der bestehenden BGH-Rechtsprechung nur dringend empfohlen wer-

den, von sich aus rein vorsorglich den Zeitraum zur Beurteilung des Begriffs der Zahlungsfähigkeit auf 13 Wochen auszudehnen.

Zu Tz. 44

Ich verweise insoweit auf die Ausführungen zu Tz. 38. Auch hier sollte bitte klargestellt werden, welcher Dreiwochenzeitraum nun tatsächlich gemeint ist.

Zu Tz. 53

In Tz. 53 weisen Sie darauf hin, dass die Überschuldungsprüfung nach dem sogenannten zweistufigen Verfahren, wie sie vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung zum 1. Januar 1999 durch Rechtsprechung, sowie im Schrifttum, insbesondere von Carsten Schmidt, geprägt worden war, aufgrund der Neuregelung des § 19 Abs. 2 InsO (siehe Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 18. Oktober 2008) und der nunmehr vorliegenden Entfristung für diese Regelung nunmehr (wieder) zur Anwendung kommt. Danach ist es so, dass die Überschuldungsprüfung auf der ersten Stufe verlangt, dass eine Fortbestehensprognose erstellt wird und falls diese positiv ist, die Überschuldungsprüfung quasi abgeschlossen ist. Nur für den Fall, dass es zu einer negativen Fortbestehensprognose kommen sollte, ist dann in einer zweiten Stufe eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung von Vermögen und Schulden und zwar in diesem Fall zu Liquidationswerten vorzunehmen. Sollte es in diesem Fall zu einem negativen Reinvermögen kommen, besteht Insolvenzantragsverpflichtung gem. § 15a InsO.

Diese grundlegende Interpretation der Reihenfolge der Überschuldungsprüfung wie sie – wie bereits oben erwähnt – aus der Zeit vor dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung entstanden ist, ist nach meinem Verständnis heute nicht mehr sachgerecht, da der Anschein erweckt wird, dass die Ausnahme zur Regel gemacht wird.

Ich begründe dies wie folgt und verweise in diesem Zusammenhang nochmals auf den Gesetzestext

des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO

der da lautet: Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach dem Umständen überwiegend wahrscheinlich.

Nach diesem Gesetzestext kann man den Überschuldungsbegriff in zwei Alternativen zerlegen:

Alternative 1 – Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Im Umkehrschluss kann dies ja nur bedeuten, dass keine Überschuldung vorliegt, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten deckt. Dies ist eine stichtagsbezogene rein statische Betrachtungsweise, zu deren Feststellung ich nach meinem Verständnis keine Fortbestehensprognose – egal ob positiv oder negativ – bedarf.

Alternative 2 - ... es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Diese zweite Alternative ist nach meinem Verständnis die Ausnahme von der ersten Alternative, die, wenn sie denn positiv ist, vom Schrifttum als Regelfall angenommen wird.

Dies bedeutet mit anderen Worten: Sofern mein Vermögen und zwar unter insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten meine Schulden deckt, wird es nicht erforderlich sein eine Fortbestehensprognose (egal ob positiv oder negativ) zu erstellen. Deshalb ist die Reihenfolge der Prüfungshandlung, die ein Wirtschaftsprüfer /

Steuerberater oder Rechtsanwalt im Auftrage der Geschäftsleitung zur Feststellung des Insolvenzantragsgrundes „Überschuldung“ vorzunehmen hat, in erster Linie darauf gerichtet, ob überhaupt im statischen Sinne eine Überschuldung vorliegt. In der Praxis ergeben sich hier häufig Anhaltspunkte, beispielsweise durch das Vorliegen einer rein „bilanziellen“ Überschuldung (nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag etc.), der sich häufig bei der Erstellung eines Jahresabschlusses oder eines Zwischenabschlusses ergeben könnte. Diese vorerst rein bilanzielle Überschuldung ist häufig ein Indikator dafür, dass die Geschäftsleitung ihrer Verpflichtung nachkommen muss zu prüfen, ob ein materiell-rechtlicher Insolvenzantragsgrund im Sinne der §§ 17 bis 19 InsO vorliegt, und bejahenden Falls entsprechende Konsequenzen gem. § 15a InsO hieraus zu ziehen hat.

Zu Tz. 55

Hier führen Sie aus, dass von dieser von Ihnen in Tz. 53 beschriebenen Vorgehensweise ausnahmsweise abgewichen werden kann, wenn eine rechtlich-verbindliche und hinreichende werthaltige Sicherung des Fortbestand des Unternehmens nachgewiesen wird, die eine Überschuldung ausschließt. Explizit führen Sie hier z.B. stille Reserven auf, die in einem Grundstück vorliegen könnten.

Sofern die Geschäftsleitung bzw. die beauftragten Berater feststellen, dass eine bilanzielle Überschuldung vorliegt und diese mit einfachen Mitteln beseitigt werden kann (was in der Praxis häufig genug der Fall ist), erübrigt sich nach meinem Verständnis die Vorgehensweise, die Sie in Tz. 53 explizit aufgeführt haben. Wie problematisch die Beurteilung stiller Reserven ist, zeigt sich aus der einschlägigen Rechtsprechung des BGH zur Haftungsinanspruchnahme von Steuerberatern, die ohne große Überprüfung hierauf im Jahresabschluss hingewiesen haben (vgl. BGH v. 06.06.2013 IX ZR 204/12).

Damit ist das Instrumentarium, einen Überschuldungstatbestand bereits durch einfache statisch wirkende Mittel abzuwenden, keineswegs erschöpft. Insbesondere fehlt mir der Hinweis, **dass durch einen (qualifizierten) Rangrücktritt im Sinne des § 39 Abs. 2 InsO durch die automatische Verweisung auf § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO eine Überschuldung abgewendet werden kann** (und zwar ohne der Notwendigkeit eine Fortbestehensprognose zu erstellen), wenn durch die mit einem Rangrücktritt im Sinne des § 39 Abs. 2 InsO belegte Verbindlichkeit (egal ob vom Gesellschafter oder von einem anderem Gläubiger) im Überschuldungsstatus weggelassen werden kann.

In der Praxis treten diese Fälle häufig bei der Jahresabschlusserstellung auf, die erfahrungsgemäß einige Monate erst nach dem Bilanzstichtag offenbar werden und sich somit ein gewisser Handlungsdruck ergibt. Wenn nunmehr durch die Geschäftsleitung bzw. die Gesellschafter und andere Stakeholder zeitnah (und hier ist gemeint der Dreiwochenzeitraum im Sinne des § 15a InsO) die Überschuldung durch beispielsweise qualifizierte Rangrücktritte im Sinne des § 39 Abs. 2 InsO beseitigt werden kann, bedarf es nach meinem Verständnis nicht einer Überschuldungsprüfung im Sinne der Tz. 53, die im Übrigen wesentlich aufwendiger und auch teurer ist, als wenn ich mit einfachen „Bordmitteln“ den Tatbestand der Überschuldung behebe.

Selbstverständlich muss in diesem Zusammenhang eine möglicherweise noch vorliegende Verlustsituation, die sich für das laufende Geschäftsjahr ergibt, entsprechend antizipiert und durch einen ausreichenden Puffer bei der Rangrücktrittsvereinbarung berücksichtigt werden. Damit würde im Ergebnis dem Umstand Rechnung getragen werden, dass nach Analyse des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO bei einer Feststellung eines möglichen Überschuldungstatbestandes *zuerst* auf die Feststellung, ob ein im insolvenzrechtlichen Sinne materieller Insolvenzantragsgrund „Überschuldung“ vorliegt oder nicht, *zuerst* auf eine „statische“ Beseitigung der Überschuldung abzustellen sein; gelingt dies nicht oder nicht mit hinreichender Sicherheit, kann

dann auf das Prinzip, das Sie in Tz. 53 beschrieben haben (Erstellung einer Fortbestehensprognose) zurückgegriffen werden.

Von daher bitte ich darum, die in Tz. 55 beschriebenen Möglichkeiten zur Beseitigung der (bilanziellen) Überschuldung schon im Sinne des Gesetzestextes nicht als Ausnahme, sondern als ersten Regelfall darzustellen, wie sich dies in der Praxis auch anbietet. Andernfalls würden selbst geringfügige bilanzielle Überschuldungstatbestände dazu führen, dass stets mit dem Instrument einer Fortbestehensprognose auf die Beurteilung des Vorliegens des Insolvenzantragsgrundes Überschuldung reagiert werden muss; dies ist nach meinem Verständnis eine überzogene Forderung, zumal eine (positive) Fortbestehensprognose zwar zur Exkulpierung der Geschäftsleitung sinnvoll sein mag, aber von den Work-Out-Abteilungen der Kreditinstitute häufig als nicht ausreichend angesehen werden und diese dann ein vollumfängliches S 6 Gutachten fordern.

Ich bitte um Prüfung der von mir vorgetragenen Argumente und stehe Ihnen für Rücksprachen jederzeit gern zur Verfügung.

Vorerst verbleibe ich

mit freundlichen Grüßen

(Peter W. Plagens)
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater