

Herrn
WP StB Dr. Henrik Solmecke
Institut für Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf

Andersch AG
Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Neue Mainzer Straße 80
60311 Frankfurt am Main

info@andersch-ag.de
www.andersch-ag.de

T: +49 69 2722995-0
F: +49 69 2722995-19

23. Oktober 2017

Stellungnahme zum aktuellen Entwurf des IDW ES 6 n. F. (Stand 08.09.2017)

Sehr geehrter Herr Dr. Solmecke,

mit Interesse haben wir den Entwurf einer Neufassung des Standards für die Erstellung von Sanierungskonzepten, den IDW ES 6 n. F. (Stand 8.9.2017), gelesen.

Wir begrüßen die Straffung des Standards, da sie unseres Erachtens wie beabsichtigt die Lesbarkeit und Klarheit erhöht.

Darüber hinaus enthält der neue Entwurf aber auch eine inhaltliche Klarstellung, die aus unserer Sicht fachlich bedenklich ist, da sie nach unserer Überzeugung einer erfolgreichen außergerichtlichen Sanierung in vielen Fällen entgegensteht und dadurch auch die Akzeptanz des IDW S 6 als in der Praxis bewährten Standard für Sanierungskonzepte erheblich gefährdet.

Anforderungen an das bilanzielle Eigenkapital gemäß IDW ES 6 n. F.

Anders als die Vorgängerversion stellt der neue IDW ES 6 klar, dass eine „branchenübliche Eigenkapitalausstattung“ (vgl. Tz. 16, 77) erforderlich ist und dass hierfür die bilanzielle Sichtweise maßgeblich ist (vgl. Vorwort, Tz.77). Das bilanzielle Eigenkapital muss am Ende des Sanierungszeitraums wieder positiv sein (vgl. Muster für die Schlussbemerkung).

Welche Konsequenzen hat die Neuregelung auf Sanierungskonzepte?

Nach IDW ES 6 n. F. sind somit Kapitalmaßnahmen, die keine bilanzielle Wirkung haben, für eine Sanierung nicht ausreichend. Sind die Überschüsse im Planungszeitraum nicht ausreichend, um ein branchenübliches bilanzielles Eigenkapital zu erreichen, muss nach IDW ES 6 n. F. daher entweder

- eine bilanziell wirkende Maßnahme (Verzicht, Kapitalerhöhung, Debt-to-Equity-Swap) überwiegend wahrscheinlich möglich sein oder
- die Sanierungsfähigkeit verneint werden.

Nach IDW ES 6 n. F. ist dementsprechend selbst ein unwiderruflicher und unbefristeter Rangrücktritt, der alle Anforderungen der Rechtsprechung erfüllt,¹ entgegen der bisherigen Praxis nicht ausreichend für eine Sanierung.

Warum ist dies kritisch?

Es mag zwar durchaus je nach Unternehmen und Branche wirtschaftliche Gründe geben, die eine Wiederherstellung des bilanziellen Eigenkapitals sinnvoll erscheinen lassen. Dies gilt aber (1) schon unter wirtschaftlichen Aspekten nicht ausnahmslos, ist (2) rechtlich nicht erforderlich und (3) auch aus sonstigen praktischen Erwägungen nicht zwingend. Darüber hinaus bestehen (4) auch gegen die geforderte Branchenüblichkeit der Eigenkapitalausstattung sowohl fachlich-theoretische als auch praktische Bedenken.

(1) Wirtschaftliche Gründe gegen eine Wiederherstellung des bilanziellen Eigenkapitals

Zu beachten ist zum einen, dass eine Wiederherstellung des bilanziellen Eigenkapitals durch einen Verzicht oder Debt-to-Equity-Swap – anders als durch einen Rangrücktritt – regelmäßig steuerlich nachteilig ist.² Dieser steuerliche Effekt kann je nach Einzelfall schon für sich genommen so groß sein, dass er die ggf. bestehenden Nachteile³ einer vergleichsweise geringen bilanziellen Eigenkapitalausstattung überwiegt.

Zudem können die Gesamtkapitalkosten bei niedriger Eigenkapitalausstattung sogar niedriger sein als bei einer geringeren Verschuldung.⁴

Außerdem führt ein zwingend erforderlicher Verzicht regelmäßig zu einer unsachgerechten Wertverschiebung von den Fremdkapitalgebern zu den bisherigen Eigentümern, deren Anteile dadurch ohne eigenen Beitrag aufgewertet werden.⁵ Die Fremdkapitalgeber sind hierzu verständlicherweise häufig nicht bereit, was das Risiko eines Scheiterns der Sanierung eines Unternehmens deutlich erhöht.⁶

Die Forderung nach einer Wiederherstellung des bilanziellen Eigenkapitals kann dementsprechend einer außergerichtlichen Sanierung aus wirtschaftlicher und praktischer Sicht entgegenstehen. Die Konsequenz aus der Verneinung der Sanierungsfähigkeit wäre die Insolvenz des Unternehmens, die regelmäßig für alle Beteiligten gegenüber der Fortführung wirtschaftlich nachteilig ist.

Dieses Ergebnis wäre nur dann hinnehmbar, wenn die Wiederherstellung des bilanziellen Eigenkapitals rechtlich zwingend wäre. Dies ist aber nicht der Fall.

¹ Vgl. BGH, Urt. v. 5. März 2015 - IX ZR 133/14.

² Vgl. Pape/Opp, Sanierungsgutachten, Rn. 808; Sax/Andersch/Philipp, ZIP 2017, 710 f. Dies gilt selbst dann, wenn die geplante Kodifizierung des früheren Sanierungserlasses von der EU-Kommission gebilligt wird, da als Folge der Steuerbefreiung unter anderem die Nutzung von Verlustvorträgen ausgeschlossen wird.

³ Ob die in IDW ES 6, Tz. 77, aufgeführten Nachteile in der Praxis auch bei einem hinreichenden Rangrücktritt überhaupt in wesentlichem Umfang bestehen, ist zudem fraglich, siehe unten (3).

⁴ Vgl. Sax/Andersch/Philipp, ZIP 2017, 710 (712).

⁵ Vgl. Sax/Andersch/Philipp, ZIP 2017, 710 (711).

⁶ Die Wiederherstellung des bilanziellen Eigenkapitals kann regelmäßig auch nicht dadurch erreicht werden, dass im Planungszeitraum anstelle eines Verzichts eine entsprechend hohe Kapitalerhöhung unterstellt wird. Sofern die Ertragskraft des Unternehmens nicht ausreicht, um das einzuwerbende Kapital zusätzlich zum bereits vorhandenen Kapital marktgerecht zu verzinsen, ist wiederum ein (steuerlich nachteiliger) Verzicht der Fremdkapitalgeber erforderlich, da es ansonsten nicht überwiegend wahrscheinlich ist, dass die Kapitaleinwerbung erfolgreich sein wird. Nicht überwiegend wahrscheinliche Maßnahmen dürfen im Sanierungskonzept aber nicht zugrunde gelegt werden.

(2) Rechtliche Anforderungen an das bilanzielle Eigenkapital

Sämtliche rechtlichen Anforderungen des BGH an Sanierungskonzepte basieren letztlich auf dem Gläubigerschutzgedanken: Sowohl für die Frage der Anfechtung nach § 133 InsO als auch für die Haftung wegen Sittenwidrigkeit nach § 826 BGB ist entscheidend, ob (andere) Gläubiger geschädigt werden.

Der Gläubigerschutz ist hinreichend berücksichtigt, wenn sämtliche Verbindlichkeiten bei Fälligkeit gezahlt werden können. Hierfür ist eine branchenübliche bilanzielle Eigenkapitalquote nicht erforderlich.⁷ Ob ein Unternehmen dauerhaft fortgeführt werden kann oder nicht, ist allein eine Frage der nachhaltigen Zahlungsfähigkeit.⁸ Eine über die Vermeidung von Insolvenzgründen hinausgehende Anforderung an die Rendite- oder Wettbewerbsfähigkeit ist dem Gesetz und der Rechtsprechung nicht zu entnehmen.⁹

(3) Rangrücktritt auch in der Praxis für die nachhaltige Sanierung ausreichend

Auch aus praktischen Erwägungen besteht kein zwingender Grund für die Wiederherstellung des bilanziellen Eigenkapitals. Nach unserer langjährigen Erfahrung aus zahlreichen Praxisfällen ist es ohne weiteres möglich, ein Unternehmen durch einen BGH-konformen Rangrücktritt sowohl ertrags- als auch liquiditätsmäßig dauerhaft so aufzustellen, dass alle nicht nachrangigen Verbindlichkeiten gezahlt werden können und etwaige Überschüsse zunächst den Nachranggläubigern (d. h. den wirtschaftlichen Eigenkapitalgebern) zugutekommen. Das Unternehmen ist in diesem Fall dauerhaft fortführungsfähig, da die Zahlungsfähigkeit nachhaltig gewahrt bleibt und somit auch die für die Überschuldung relevante Fortbestehensprognose dauerhaft positiv ist. Die Nachteile aus der geringen Eigenkapitalausstattung wurden in diesen Fällen durch die Vorteile des Rangrücktritts gegenüber bilanziell wirkenden Maßnahmen (insb. Vermeidung der Steuerbelastung) mehr als ausgeglichen.

Darüber hinaus ist der nachteilige Effekt einer niedrigen bilanziellen Eigenkapitalausstattung unseres Erachtens ohnehin allenfalls gering, wenn das wirtschaftliche Eigenkapital durch einen Rangrücktritt wiederhergestellt wurde. Zu beachten ist insofern, dass ein Rangrücktritt gemäß § 264 Abs. 2 Satz 2 HGB entweder durch einen Davon-Vermerk oder durch entsprechende Angaben im Anhang kenntlich zu machen ist.¹⁰ Diejenigen Geschäftspartner, die üblicherweise bei ihren Entscheidungen den Jahresabschluss ihres Vertragspartners analysieren (insbesondere Kreditinstitute und Warenkreditversicherer), sind erfahrungsgemäß auch professionell genug, um den wirtschaftlichen Eigenkapitalcharakter von Nachrangverbindlichkeiten bei der Bemessung ihrer Konditionen angemessen zu berücksichtigen.

(4) Fehlende Eignung des Merkmals der Branchenüblichkeit des Eigenkapitals

Erhebliche Bedenken bestehen auch hinsichtlich der Forderung nach einer *branchenüblichen* Eigenkapitalquote. Die Eigenkapitalquote wird auch innerhalb einzelner Branchen entscheidend von dem gewünschten Risiko-Ertrags-Verhältnis aus Sicht der jeweiligen Kapitalgeber bestimmt.

⁷ Vgl. Pape/Opp, Sanierungsgutachten, Rn. 806; Riegger/Spahlinger, FS Wellensiek, S. 126.

⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 12. Mai 2016 – IX ZR 65/14, Tz. 36 und 40; Sax/Andersch/Philipp, ZIP 2017, 710 (712).

⁹ Vgl. auch Goette, DStR 2016, 1684, 1689 ff.: „... schlechthin nicht einzusehen, warum die Gläubiger einer juristischen Person einen Anspruch darauf haben sollen, dass ihr Schuldner ertragsfähig ist oder gar ein unversehrtes Stamm- oder Grundkapital besitzt.“

¹⁰ Vgl. Schubert, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 266 Rdnr. 255 m. w. N.

Beispielsweise weisen Beteiligungen von Private-Equity-Investoren in der Regel niedrigere Eigenkapitalquoten auf als mit diesen Unternehmen konkurrierende Familienunternehmen. Die Bandbreiten sind teilweise so groß, dass weder aus dem durchschnittlichen Verschuldungsgrad noch aus der Bandbreite eine sinnvolle Aussage im Hinblick auf eine angemessene Eigenkapitalausstattung abgeleitet werden kann. Auch aus investitionstheoretischer Sicht lässt sich keine branchenweit einheitliche Eigenkapitalquote ermitteln, da auch bei Unternehmen gleicher Branche der „richtige“ Verschuldungsgrad vom gewünschten Rendite-Risiko-Profil abhängt.

Unsere Empfehlung

Die ausnahmslose Forderung des IDW ES 6 n. F. nach positivem und branchenüblichem bilanziellen Eigenkapital ist unseres Erachtens abzulehnen. Aus unserer Sicht ist die Forderung nach einem branchenüblichen bilanziellen Eigenkapital zu streichen und klarzustellen, dass (1) eine wirtschaftliche Betrachtung der Eigenkapitalposition den rechtlichen Anforderungen gerecht wird und (2) die erforderliche Höhe des wirtschaftlichen Eigenkapitals anhand der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen ist.

Wir sind der Auffassung, dass eine unveränderte Verabschiedung die Akzeptanz und objektive Eignung des IDW S 6 als Standard für Sanierungskonzepte gefährdet.

Für Fragen und zur Diskussion dieses aus unserer Sicht für die Sanierungspraxis äußerst wichtigen Themas stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Tammo Andersch
Wirtschaftsprüfer



ppa.
Sebastian Philipp
Rechtsanwalt