

RA Dr. Philipp Fölsing

Wartenau 23
D-22089 Hamburg
T 040/25493701

Dr. Philipp Fölsing Wartenau 23 D-22089 Hamburg
Institut der Wirtschaftsprüfer
An den geschäftsführenden Direktor
Teerstegenstraße 14
40474 Düsseldorf

per Email: geschaeftsfuehrung@idw.de
cc: info@idw.de

21.11.2011

**Entwurf einer Neufassung IDW-Standard
Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten
IDW ES 6 n. F. vom 17.08.2011**

Sehr geehrter Herr Direktor,

in Ihrem o. g. Entwurf Ihres Standards für Sanierungskonzepte weisen Sie auf das Dritthaf-
tungsrisiko des Wirtschaftsprüfers hin. Zurecht halten Sie die genaue Formulierung des Auf-
trags sowohl im Mandatsvertrag als auch in dem Bericht und der Zusammenfassung des Wirt-
schaftsprüfers für besonders wichtig. Denn hieraus ergibt sich der Adressatenkreis der gutach-
terlichen Äußerungen des Berufsträgers. Nachfolgend nehme ich deshalb zu Ihrem Entwurf
unter haftungsrechtlichen Aspekten Stellung. Ziel muss sein, das Dritthafungsrisiko des
Wirtschaftsprüfers bei der Insolvenz- und Sanierungsberatung kontrollier- und damit versi-
cherbar zu halten.

Ich bin seit dem 20.11.2005 Rechtsanwalt in Hamburg. Meine Tätigkeitsschwerpunkte liegen
im Insolvenz- und Sanierungsrecht. Im Februar 2006 wurde ich an der rechtswissenschaftli-
chen Fakultät der Universität Rostock mit einer Arbeit über „Das Haftungsrisiko des Ab-
schlussprüfers im Prüfungs-Beratungs-Konflikt“ (erschieden im Peter-Lang-Verlag, 2006)
promoviert. Seitdem publiziere ich regelmäßig zu aktuellen insolvenz-, berufs- und haftungs-
rechtlichen Fragestellungen aus der Praxis in juristischen Fachzeitschriften (vgl. u. a. „Keine

doppelte Berufsaufsicht für deutsche Abschlussprüfer mehr?“, WPg 2008, 931-934). Ich bin ständiger Mitarbeiter der Zeitschriften für Corporate Governance (ZCG), Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung (KSI) und Risk, Fraud & Compliance (ZRFC) aus dem Erich Schmidt-Verlag, Berlin.

I. Gesamtauftrag nicht praktikabel

1. Überblick

Sie betonen in Ihrem Entwurf, dass ein Sanierungskonzept die nachhaltige Gesundung des Unternehmens und dauerhafte Wiederherstellung seiner Wettbewerbsfähigkeit zum Ziel haben muss. Die bloße Überwindung einer aktuellen Insolvenzlage und/oder einer akuten Krise reiche nicht aus. Umfasst die Prüfung nur Teilschritte, bspw. lediglich die Prüfung von Insolvenzgründen und/oder die Krisenaufarbeitung, soll der Wirtschaftsprüfer in seinem Bericht und der Zusammenfassung kenntlich machen, dass es sich bei seiner Ausarbeitung gerade nicht um ein umfassendes Sanierungskonzept im Sinne des IDW S 6 handelt.

Die Begleitung eines Unternehmens aus der Krise bis zur nachhaltigen Gesundung durch denselben Berufsträger ist wünschenswert. Allerdings durchläuft ein kriselndes Unternehmen, wie Sie in Ihrem Entwurf zeigen, bis zu seiner nachhaltigen Gesundung zahlreiche verschiedene, aufeinander aufbauende Schritte. Da der Sanierungsverlauf häufig nicht prognostizierbar ist, kann aus meiner Sicht der Auftragsgegenstand im Vorhinein nicht genau bestimmt werden. Weder der voraussichtlich benötigte Zeitaufwand noch das Gesamtauftragsrisiko sind abschätzbar. Deshalb lassen sich das Honorar und die summenmäßige Haftungsbeschränkung als essentialia negotii bei Abschluss des Mandatsvertrages über ein Gesamtsanierungskonzept nur schwer vorab festlegen. Das nicht einzuschätzende Haftungsrisiko könnte zu einer höheren Haftpflichtversicherungsprämie für das Sanierungsmandat führen. Da jeder Arbeitsschritt möglicherweise einen unterschiedlichen Adressatenkreis hat (Geschäftsleitung oder Gläubiger, die einen eigenen Sanierungsbeitrag leisten sollen), sind für den Wirtschaftsprüfer Vereinbarungen über die einzelnen, aufeinander aufbauenden Arbeitsschritte mit einem jeweils genau umrissenen Auftragsgegenstand weniger haftungsträchtig.

2. Mandatsverlauf nicht prognostizierbar

Vielfach beauftragen Vorstände, Aufsichtsräte und Geschäftsführer einen Sanierungsberater erst bei einer akuten, weit fortgeschrittenen Krise, z. B., wenn es aufgrund von Umsatzeinbrüchen wegen weggefallener Aufträge und gleichbleibend hohen Kosten zu anhaltenden Liquiditätsunterdeckungen und/oder Verlusten gekommen ist. In dieser Situation hat die Prüfung, ob ein Insolvenzgrund vorliegt, Priorität. Hierzu sind eine insolvenzrechtliche Liquiditätsrechnung und ein Überschuldungsstatus zu Zerschlagungswerten zu erstellen. Ermittelt der Wirtschaftsprüfer eine Vermögensunterdeckung, wird gem. § 19 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 InsO eine Fortführungs-, d. h. eine Zahlungsunfähigkeitsprognose, erforderlich. Der weitere Verlauf des Mandats ist nicht vorhersehbar. Je nachdem, ob ein Insolvenzgrund vorliegt oder nicht, sind unterschiedliche Maßnahmen zu treffen.

2.1 Weiteres Vorgehen bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung gem. §§ 17, 19 InsO

Stellt der Wirtschaftsprüfer fest, dass das Unternehmen bereits gem. § 17 InsO zahlungsunfähig und/oder gem. § 19 InsO überschuldet ist, bleibt regelmäßig keine Zeit mehr für Sanierungsmaßnahmen. Denn § 15a Abs. 1 S. 1 InsO schreibt Geschäftsleitern vor, ab Kenntnis des Insolvenzgrunds ohne schuldhaftes Zögern Insolvenzantrag zu stellen. Die dreiwöchige Antragsfrist dürfen sie nur dann in Anspruch nehmen, wenn für die Beseitigung des Insolvenzgrunds bis zum Ablauf dieser Frist deutliche Erfolgsaussichten bestehen. Dafür müssen sie in der Regel bereits Sanierungsmaßnahmen eingeleitet haben, die erste Erfolge zeigen. Vereinbarungen mit den wichtigsten Gläubigern über Forderungsverzichte, Teilverzichte und/oder Stundungen sollten abschlussreif sein. Wenn der Wirtschaftsprüfer einen Insolvenzgrund ermittelt und außergerichtliche Sanierungsmaßnahmen noch nicht eingeleitet bzw. nicht erfolgversprechend sind, muss er die Geschäftsleitung dazu auffordern, Insolvenzantrag zu stellen.

2.2 Weiteres Vorgehen bei drohender Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO

Ist der Berufsträger davon überzeugt, dass keine Zahlungsunfähigkeit gegeben ist aber gem. § 18 InsO droht, besteht keine Antragspflicht. Die Geschäftsleitung ist dennoch zur Insolvenzantragstellung berechtigt. Der Wirtschaftsprüfer muss gemeinsam mit seinem Mandanten

überlegen, ob eine außergerichtliche Sanierung möglich erscheint oder ob die besonderen Instrumente des Insolvenzverfahrens notwendig sind. Insbesondere kann sich das Unternehmen in der Insolvenz gem. § 103 InsO von noch nicht beiderseits erfüllten, verlustbringenden oder nicht zur Strategie passenden Verträgen lösen. Auch werden arbeitsrechtliche Umstrukturierungen erleichtert. Für Gläubiger gilt ein Vollstreckungsverbot. Leistungen aus den letzten drei Monaten vor Insolvenzantragstellung können nach den Vorschriften über die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) rückabgewickelt werden. Durch ein Insolvenzplanverfahren kann in Gläubigerrechte eingegriffen werden. Durch das „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (ESUG), das jüngst vom Bundestag beschlossen wurde und zeitnah in Kraft treten wird, werden auch debt-equity-swaps zur Entschuldung des Unternehmens und nachhaltigen Stärkung seines Eigenkapitals ermöglicht. Zur Insolvenzberatung sind Wirtschaftsprüfer gem. § 5 Abs. 1 S. 1 RDG berechtigt.

Entscheidet sich der Mandant für ein Insolvenzverfahren, muss geprüft werden, ob ein Insolvenzplanverfahren, u. U. in Eigenverwaltung, in Betracht kommt. Gem. § 270 Abs. 2 Nr. 1 InsO soll die Eigenverwaltung bei einem rechtzeitigen Schuldnerantrag die Regel sein. Sie kann gem. § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO nur dann abgelehnt werden, wenn eine Verfahrensverzögerung oder sonstige Nachteile für die Gläubiger drohen. Das Insolvenzplanverfahren in Eigenverwaltung soll durch das ESUG noch weiter gefördert werden. Gem. § 270a Abs. 1 InsO n. F. kann das Insolvenzgericht davon absehen, dem Schuldner gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 InsO ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder gem. Var. 2 einen Zustimmungsvorbehalt des vorläufigen Insolvenzverwalters anzuordnen. Statt des vorläufigen Insolvenzverwalters wird ein vorläufiger Sachwalter bestellt, der die Sanierung überwacht. Seine Eingriffsrechte sind im Gegensatz zu den Rechten des (vorläufigen) Insolvenzverwalters begrenzt. § 270b Abs. 1 S. 2 InsO n. F. bezieht den Berufsträger aktiv in den Antragsprozess mit ein. Da Eigenverwaltung bei Zahlungsunfähigkeit grundsätzlich ausscheidet, soll dieser bestätigen, dass das Unternehmen „nur“ unter Überschuldung und/oder drohender Zahlungsunfähigkeit leidet. Seine Expertise soll er begründen.

Gem. § 270b InsO n. F. setzt das Insolvenzgericht dem Schuldner eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans von höchstens drei Monaten. Deshalb ist es ggf. sinnvoll, bereits vor dem Insolvenzantrag unter Beteiligung der Banken, der wichtigsten übrigen Gläubiger und der Arbeitnehmervertretung einen „Pre-Packaged-Plan“ zu erarbeiten und bei Beantragung der Eigenverwaltung einzureichen. In Betracht kommt für den Berufsträger auch, als Interims-

Geschäftsführer in das Unternehmen einzutreten und das Sanierungskonzept dann als (Mit-) Entscheidungsträger selbst umzusetzen.

2.3 Sanierungsmaßnahmen außerhalb der Insolvenz

Wenn Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung nicht gegeben sind und auch keine Zahlungsunfähigkeit droht, das Unternehmen sich aber eindeutig in einer Krise befindet, ist ein außerinsolvenzliches Sanierungskonzept mit den von Ihnen vorgegebenen Inhalten zu erarbeiten und mit den Banken, den übrigen wichtigsten Gläubigern und der Arbeitnehmervertretung über die notwendigen Sanierungsbeiträge zu verhandeln. Ergibt sich aus der Prüfung des Berufsträgers, dass laufende Verluste das Eigenkapital zur Hälfte oder mehr aufzehren, muss er auf die Verpflichtung gem. §§ 92 Abs. 2 AktG, 49 Abs. 3 GmbHG zur unverzüglichen Einberufung der Haupt-/ Gesellschafterversammlung hinweisen.

3. Schlussfolgerungen für Ihren Entwurf

Zu Beginn der Sanierungstätigkeit des Wirtschaftsprüfers hat zwingend die Prüfung von Insolvenzgründen zu erfolgen. Diese Prüfung stellt die Weichen für das weitere Vorgehen, das im Vorhinein noch nicht absehbar ist. Deshalb erscheint es aus meiner Sicht sinnvoll, über jeden Teilabschnitt einen neuen Mandatsvertrag zu neu auszuhandelnden Bedingungen abzuschließen. Der IDW ES 6 n. F. sollte es dem Berufsträger daher erlauben, mit seinem Mandanten sukzessive Teilverträge abzuschließen. Das ändert nichts daran, dass die von Ihnen in Ihrem Entwurf aufgezeigten Inhalte nach Möglichkeit vollständig abgearbeitet werden. Da die Arbeitsschritte einzeln abgehandelt werden, erscheint mir die Verpflichtung des Wirtschaftsprüfers darauf hinzuweisen, dass kein vollständiges Sanierungskonzept im Sinne Ihrer Vorgaben erstellt wurde, nicht angemessen. Denn dies könnte zumindest bei sanierungsunerfahrenen unternehmensfremden Adressaten (z. B. Lieferanten) zu Missverständnissen hinsichtlich der Qualität der Äußerungen des Berufsträgers führen. Vielmehr sollte dieser in seinem Bericht deutlich kommunizieren, welche Arbeitsschritte er mit welchem Ziel vorgenommen hat, zu welchen Ergebnissen er gelangt ist und welche weiteren Schritte er für erforderlich hält.

II. Haftung des Wirtschaftsprüfers bei der Insolvenz- und Sanierungsberatung

Der Wirtschaftsprüfer hat keinen Einfluss darauf, ob die Geschäftsleitung des beratenen Unternehmens seine beruflichen Äußerungen Dritten zur Kenntnis gibt. Deshalb muss er in dem Auftrag klarstellen, ob und, wenn ja, an wen sein Gutachten ausgehändigt werden darf. Den Auftrag sollte er in seinem abschließenden Bericht wiedergeben. Nur so kann er sein Dritthaftungsrisiko kontrollieren und versicherbar halten.

1. Drittschutzwirkung der einzelnen Arbeitsschritte

1.1 Prüfung von Insolvenzgründen

Die Prüfung von Insolvenzgründen ist nicht drittgerichtet. Sie wendet sich ausschließlich an die Geschäftsleitung, die bei Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung für ihr Unternehmen Insolvenzantrag stellen muss. Neugläubiger sind nicht in den Schutzbereich des Prüfungsauftrages einbezogen. Verkennt der Wirtschaftsprüfer schuldhaft die Insolvenzantragspflicht, ist er also lediglich Schadenersatzansprüchen seiner Mandantin ausgesetzt. Die Schadenersatzansprüche gegen den Berufsträger machen gem. § 92 S. 1 InsO der Insolvenzverwalter oder – bei Eigenverwaltung – gem. § 280 InsO der Sachwalter geltend. Da die Prüfung keine Drittschutzwirkung zugunsten der Insolvenzgläubiger hat, haftet der Berufsträger nicht für alle Vermögensabgänge nach Eintritt der Insolvenzreife, sondern nur für Schäden der Gesellschaft. Der Gesellschaft entsteht ein Schaden nur dann, wenn die bezogene Leistung und die erbrachte Leistung nicht mindestens gleichwertig sind. Die bezogene Leistung kann auch aufgrund der fehlenden Fortführungsprognose minderwertig sein. Der Wirtschaftsprüfer kann die Haftung gem. § 54a Abs. 1 WPO durch seine Auftragsbedingungen oder durch Individualvereinbarung begrenzen.

1.2 Drittschutzwirkung der Bescheinigung gem. § 270b Abs. 1 S. 2 InsO n. F.

Gem. § 270b Abs. 1 S. 2 InsO n. F. soll der Berufsträger bescheinigen, dass das Unternehmen noch nicht zahlungsunfähig ist. Seine Expertise soll er begründen. Seine Bescheinigung richtet sich allerdings genau wie der Antrag auf Eigenverwaltung ausschließlich an das Insolvenzgericht. Allein das Insolvenzgericht entscheidet über den Antrag auf Eigenverwaltung. Dass die Gläubiger vorab Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten, ändert an der ausschließli-

chen Entscheidungskompetenz des Insolvenzgerichts nichts. Deshalb kommt der Expertise gem. § 270b Abs. 1 S. 2 InsO n. F. nach meiner Ansicht keine Drittschutzwirkung zu.

1.3 Ausarbeitung und Verhandlung eines Insolvenzplans

Dagegen kann die Ausarbeitung eines Insolvenzplans zugunsten der Gläubiger Drittschutz entfalten. Dies kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn der Wirtschaftsprüfer während der Entwicklung mit den Gläubigern Kontakt aufnimmt und über Sanierungsbeiträge verhandelt. Allerdings könnte der Berufsträger sein Dritthaftungsrisiko durch den Hinweis, als Parteivertreter aufzutreten, verringern. Denn dadurch bringt er zum Ausdruck, den Gläubigern gegenüber keine Schutzpflichten zu übernehmen. Wegen Beihilfe zum Betrug gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 263 StGB und/oder sittenwidriger Schädigung gem. § 826 BGB haftet der Wirtschaftsprüfer nur bei wissentlichen Falschangaben. Für den Vorsatz des Berufsträgers ist der geschädigte Gläubiger darlegungs- und beweispflichtig.

Wenn der Wirtschaftsprüfer vorübergehend in die Geschäftsleitung des Unternehmens eintritt, um den von ihm aufgestellten Insolvenzplan in Eigenverwaltung umzusetzen, gelten für ihn dieselben Haftungsvorschriften wie für andere Geschäftsleiter. Der Gesellschaft schuldet er insbesondere die ordnungsgemäße Umsetzung des Insolvenzplans. Als Vorstand oder Geschäftsführer ist er ausschließlich der Gesellschaft verpflichtet. Deshalb nimmt er gegenüber den Gläubigern grundsätzlich kein besonderes Verhandlungsvertrauen gem. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB in Anspruch. Dies gilt auch dann, wenn einzelne Gläubiger neue Geldmittel als Massekredite zur Verfügung stellen.

1.4 Ausarbeitung und Verhandlung eines außerinsolvenzlichen Sanierungskonzeptes

Insbesondere bei der Verhandlung außerinsolvenzlicher Sanierungskonzepte droht eine Dritthaftung. Diese kann durch den Hinweis darauf, dass für die zugrundeliegenden Ist-Zahlen die Geschäftsleitung verantwortlich ist und der Berufsträger die Zahlen nur auf ihre Plausibilität hin überprüft hat, verringert werden. Gerade bei außerinsolvenzlichen Verhandlungen sollte der Wirtschaftsprüfer außerdem klarstellen, dass er als (sachverständiger) Parteivertreter und nicht als unabhängiger Gutachter auftritt.

2. Schlussfolgerungen für Ihren Entwurf

Der Wirtschaftsprüfer sollte in die jeweilige Mandatsvereinbarung aufnehmen, dass sein Bericht nur für die Geschäftsleitung und ggf. das Kontrollorgan bestimmt und nicht an Dritte gerichtet ist und deshalb auch nicht weitergereicht werden darf. Den Auftrag sollte er in seinem Bericht wiedergeben. Dadurch bringt er deutlich zum Ausdruck, dass er zu keinem Gläubiger seiner Mandantin in vertragliche Beziehungen treten will. Außerdem sollte er bei jedem Drittkontakt – also insbesondere bei Stellungnahmen an die Geschäftsbank(en) oder Lieferanten seiner Mandantin oder bei Verhandlungen mit ihnen – klarstellen, dass er als (sachverständiger) Parteivertreter auftritt. So nimmt der Berufsträger nur in begrenztem Maße unabhängiges Vertrauen für sich in Anspruch.

III. Fazit

Da die Sanierung eines kriselnden Unternehmens in Einzelschritten erfolgt, die zu Beginn nicht prognostizierbar sind, sollte der Wirtschaftsprüfer über die jeweils auf das Ergebnis des vorangegangenen Schrittes aufbauenden Arbeitsschritte Einzelmandatsvereinbarungen abschließen. So kann er die essentialia negotii Auftragsgegenstand, Adressatenkreis, Honorar und Haftungsbeschränkung individuell regeln und auf den jeweiligen Bearbeitungsstand abstimmen. In Berichten, die an Dritte gerichtet sind, und/oder in Verhandlungen mit den Gläubigern seiner Mandantin sollte der Berufsträger immer auf seine Parteistellung hinweisen. Auf beide Punkte könnte die Neufassung des IDW ES 6 n. F. aus meiner Sicht noch deutlicher hinweisen.

Für Rückfragen stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

RA Dr. Philipp Fölsing