

## **Stellungnahme von Bankenvertretern der Commerzbank AG, Bayern LB, Deutsche Bank AG, Landesbank Hessen Thüringen, KfW, LBBW, UniCredit Bank zum Entwurf der Neufassung des IDW S 6: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW ES 6 n.F.) vom 07.09.2011**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der derzeitige Entwurf des IDW ES 6 n.F. richtet sich wesentlich stärker an der BGH-Rechtsprechung aus als der bisherige IDW S 6 vom 20.08.2009<sup>1</sup>. Dies begrüßen wir sehr.

Je präziser der IDW ES 6 n.F. die BGH-Anforderungen an ein Sanierungskonzept mit abschließender gutachterlicher Sanierungsfähigkeitsprognose benennt, umso höher ist die Sicherheit, dass seine Anwendung zu einem wirtschaftlich und rechtlich belastbaren Sanierungsgutachten<sup>2</sup>, auch für Kreditgeber, führt.

Vor diesem Hintergrund sind die nachfolgenden Ausführungen zu sehen.

Damit die Neufassung als Grundlage für die Erstellung eines den BGH-Anforderungen entsprechenden Sanierungsgutachtens dienen kann, sind folgende Änderungen erforderlich:

### **I. Anmerkungen zur abschließenden Sanierungsfähigkeitsprognose**

In der Krise des Unternehmens muss sich die abschließende gutachterliche Sanierungsfähigkeitsprognose des objektiven und unabhängigen Wirtschaftsfachmanns noch konkreter, als in der vorliegenden Fassung des IDW ES 6 n.F.<sup>3</sup> vorgesehen, an der BGH-Rechtsprechung ausrichten. Sie darf keinesfalls durch die bisher vorgesehene Verbindung mit Zusatzerklärungen abgeschwächt werden. Die Sanierungsfähigkeitsprognose muss eindeutig und abschließend sein.

#### **1. Eindeutigkeit der Sanierungsfähigkeitsprognose**

Die eindeutige und abschließende gutachterliche Prognose zur Sanierungsfähigkeit des Unternehmens in der Krise und zur Eignung konkret benannter Sanierungsmaßnahmen durch den branchenkundigen, objektiven Wirtschaftsfachmann ist der Kern und der eigentliche Sinn und Zweck der Untersuchung, die der BGH<sup>4</sup> fordert. Die abschließende konkrete Beurteilung der Sanierungsfähigkeit durch den objektiven Wirtschaftsfachmann ist auch Grundlage für die Entscheidung von Kreditgebern über ihre Beteiligung an einer Sanierung. Nur bei einer klaren, zweifelsfrei überzeugenden und abschließenden positiven gutachterlichen Sanierungsfähigkeitsprognose können Gläubiger oder andere Beteiligte im Fall des Scheiterns der Sanierung möglichen Anfechtungen eines Insolvenzverwalters beispielsweise wegen Gläubigerbenachteiligung gem. § 133 InsO oder Nichterfüllung der Voraussetzungen des Sanierungsprivilegs überzeugend begegnen.

Die eindeutige und abschließende gutachterliche Sanierungsfähigkeitsprognose des objektiven Wirtschaftsfachmanns hat sich deshalb im Interesse einer sicheren Vermeidung von

---

<sup>1</sup> Zur Kritik von Vertretern der Kreditwirtschaft an IDW S 6 im Einzelnen siehe Pohl, ZInsO 2011, 207ff.

<sup>2</sup> Der Begriff „Sanierungsgutachten“ in dieser Stellungnahme beinhaltet ein Sanierungskonzept mit einer darauf aufbauenden, abschließenden gutachterlichen Sanierungsfähigkeitsprognose.

<sup>3</sup> Vgl. dort Seite 2 Abs.4 des Musters für die Schlussbemerkung zur Zusammenfassung

<sup>4</sup> BGH, Urt.v. 21.5.2005 – II ZR 277/03 – ZIP 2006, 279 (281)

Rechtsrisiken für alle Beteiligten stets so eng wie möglich an die vom BGH formulierten Anforderungen an rechtlich zulässige Sanierungsbeteiligungen zu halten. Die maßgeblichen Aussagen des BGH müssen deshalb auch Gegenstand der abschließenden gutachterlichen Beurteilung sein und können nicht nur den Inhalt von Fußnoten<sup>5</sup> bilden, wie dies zum Teil im vorliegenden Entwurfstext des IDW ES 6 n.F. im Muster für die Schlussbemerkung zur Zusammenfassung (nachstehend „Schlussbemerkung“ genannt) vorgesehen ist.

## **2. Überwiegende Eintrittswahrscheinlichkeit von Annahmen und Bedingungen**

Der unabhängige Wirtschaftsfachmann hat nach RN 17<sup>6</sup> für den Fall, dass Sanierungsmaßnahmen von der Mitwirkung Dritter abhängen, zu erklären, ob er die Durchführung solcher Maßnahmen für überwiegend wahrscheinlich hält oder nicht. Eine solche Prognose fehlt im vorliegenden Entwurf der Schlussbemerkung und ist entsprechend am Ende der eckigen Klammer zu ergänzen.

## **3. Keine Vermischung mit Zusatzerklärungen**

Die abschließende gutachterliche Sanierungsfähigkeitsprognose des objektiven Wirtschaftsfachmanns darf nicht durch Zusatzerklärungen relativiert und damit abgeschwächt werden. Sie kann deshalb nicht mit der bisher noch vorgesehenen Feststellung<sup>7</sup> verbunden werden, dass die gesetzlichen Vertreter zutreffend von einer positiven Fortbestehens- und Fortführungsprognose ausgehen.

Entscheidender Gesichtspunkt der abschließenden gutachterlichen Sanierungsfähigkeitsprognose des objektiven Wirtschaftsfachmanns muss die uneingeschränkte und eindeutige Aussage der Sanierungsfähigkeit des Unternehmens allein durch den Gutachter selbst sein. Nur diese Aussage und nicht der Verweis auf die subjektive Fortbestehens-<sup>8</sup> und Fortführungsprognose<sup>9</sup> der gesetzlichen Vertreter des zu sanierenden Unternehmens ist nach den Anforderungen des BGH eine der maßgeblichen Grundlagen für die Entscheidung von Kreditgebern und anderen Gläubigern über ihre Beteiligung an der Sanierung. Durch die derzeit im Entwurf vorgesehene kumulative und auch optisch gleichrangige Nennung von Sanierungsfähigkeitsaussage des objektiven Wirtschaftsfachmanns und Fortbestehens- und Fortführungsprognose der Unternehmensvertreter in der Sanierungsfähigkeitsprognose entsteht der Eindruck, als komme beiden Feststellungen nur zusammen als Ergebnis der Untersuchung die entscheidende Aussagekraft zu. Eine solche Schlussfolgerung stünde nicht im Einklang mit der einschlägigen BGH-Rechtsprechung, die ausschließlich auf die Prognose des objektiven Wirtschaftsfachmanns abstellt<sup>10</sup>. Jeglicher Ansatz für eine solche Schlussfolgerung muss deshalb ausgeschlossen werden.

Der objektive Wirtschaftsfachmann muss die Fortbestehens- und Fortführungsprognose der Unternehmensvertreter im Sanierungsgutachten vor seiner abschließenden gutachterlichen

<sup>5</sup> Vgl. IDW E S 6 n.F., dort Seite 2 Abs. 4 des Musters für die Schlussbemerkung zur Zusammenfassung

<sup>6</sup> Randnummern ohne weitere Angabe beziehen sich auf solche des IDW ES 6 n.F.

<sup>7</sup> So aber der 4.Abs. auf Seite 2 des Musters für die Schlussbemerkung

<sup>8</sup> Insolvenzzrechtliche Fortbestehensprognose, die rein liquiditätsorientiert ist (vgl. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO und auch RN 83)

<sup>9</sup> Fortführungsprognose im Sinne des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB, die über die rein liquiditätsmäßige Beurteilung hinausgeht und eine Aussage dazu trifft, ob noch andere rechtliche oder tatsächliche Gegebenheiten der Annahme der Unternehmensfortführung im Prognosezeitraum entgegenstehen (vgl. RN 85)

<sup>10</sup> BGH, Urt.v. 21.5.2005 – II ZR 277/03 – ZIP 2006, 279 (281)

Stellungnahme erwähnen. Er kann sie jedoch nicht zum Bestandteil seiner abschließenden Sanierungsfähigkeitsprognose machen.

Gleiches gilt für die Erklärung des objektiven Wirtschaftsfachmanns in Abs. 3 Satz 2 der Schlussbemerkung, nach der die Verantwortung für das dem Sanierungskonzept zugrunde liegende Leitbild des sanierten Unternehmens und die daraus abgeleiteten Annahmen bei den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft liegt.

Es ist nach dem vorliegenden Entwurf des IDW ES 6 n.F. auch die Aufgabe des unabhängigen Wirtschaftsfachmanns, das Leitbild des sanierten Unternehmens und die zu seiner Umsetzung erforderlichen Sanierungsmaßnahmen als einen Kernbestandteil des Sanierungskonzepts zu entwickeln<sup>11</sup> oder zu überprüfen. Gibt dieser als Ergebnis seiner Untersuchungen die abschließende gutachterliche Sanierungsfähigkeitsprognose für das Unternehmen ab, muss er sich zuvor auch von der Tragfähigkeit des Leitbilds des sanierten Unternehmens überzeugt haben.

Da der objektive Wirtschaftsfachmann somit eine eigene verantwortliche Einschätzung der Tragfähigkeit des Leitbilds des sanierten Unternehmens und des darauf basierenden Sanierungskonzepts vorzunehmen hat, kann in Abs. 3 Satz 2 der Schlussbemerkung diese Verantwortung nicht – wie im derzeitigen Entwurf vorgesehen – ausschließlich den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft zugewiesen werden. Der vorgenannte Passus in der Schlussbemerkung muss deshalb entfallen.

Ungeachtet der zuvor gemachten Ausführungen muss natürlich im Rahmen des Sanierungskonzeptes festgestellt werden, dass die gesetzlichen Vertreter zutreffend bestätigt haben, dass sie von einer positiven Fortbestehens- und Fortführungsprognose ausgehen. Wie bereits oben erwähnt ist eine solche Aussage vor der abschließenden gutachterlichen Stellungnahme vorzunehmen.

#### 4. Vorlage auch bei Kreditgebern

Das Sanierungsgutachten wird von einem Unternehmen in der Krise auch stets zur Vorlage bei seinen Kreditgebern benötigt, die – nur wenn das Sanierungsgutachten den Mindestanforderungen des BGH zweifelsfrei entspricht – auf seiner Grundlage Entscheidungen über ihre Beteiligung an der Sanierung treffen können. Deshalb ist der im vorliegenden Entwurf enthaltene Hinweis in der Schlussbemerkung, wonach das Sanierungskonzept „allein“ der Unterrichtung der Organe der Gesellschaft dient, nicht zutreffend und muss deshalb entfallen.

#### 5. Formulierungsvorschläge

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Anmerkungen sind folgende Änderungen der Schlussbemerkung erforderlich:

- Abs. 1 a.E. „... **und dient allein der Unterrichtung der Organe der Gesellschaft.**“ ist zu streichen.
- Formulierung Abs. 7 neu:

---

<sup>11</sup> Vgl. im Einzelnen RN 8 u. 88 ff.

**„Im Rahmen meiner/unserer Tätigkeit bin ich/sind wir zu der abschließenden gutachterlichen Einschätzung gelangt, dass aufgrund der im vorliegenden Sanierungskonzept beschriebenen Sachverhalte, Erkenntnisse und Maßnahmen sowie der überwiegenden Eintrittswahrscheinlichkeit aller im Sanierungskonzept enthaltenen Annahmen und Bedingungen<sup>12</sup>**

- **das Unternehmen bei objektiver Betrachtung sanierungsfähig ist und die für seine Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet sind, das Unternehmen in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren<sup>13</sup>,**
- **die Sanierung infolge ihrer bereits in den Anfängen erfolgten Umsetzung ernsthafte und begründete Aussichten auf Erfolg hat<sup>14</sup> und keine ernsten Zweifel an ihrem Gelingen bestehen<sup>15</sup>.“**

- Ergänzung Abs. 8 a.E.:

**„... Die erforderliche Mitwirkung Dritter ist jedoch überwiegend wahrscheinlich.“**

## II. Anmerkungen zum gesamten Entwurfstext

### 1. Überwiegende Eintrittswahrscheinlichkeit von Annahmen und Bedingungen

Im Entwurf des IDW ES 6 n.F. fehlt derzeit noch eine Aufforderung an den objektiven Wirtschaftsfachmann, zu prüfen und sich in seinem Bericht über die Durchführung seines Auftrags abschließend eindeutig zu äußern, ob das Unternehmen – auch im Hinblick auf die überwiegende Eintrittswahrscheinlichkeit der Annahmen und Bedingungen – sanierungsfähig ist oder nicht. Die erforderliche Ergänzung könnte unter RN 152 vorgenommen werden und würde dann auch inhaltlich RN 17 entsprechen.

- Formulierungsvorschlag für RN 152:

**„Die Berichterstattung enthält ... eine abschließende Einschätzung, ob das Unternehmen – auch im Hinblick auf die überwiegende Eintrittswahrscheinlichkeit der Annahmen und Bedingungen – sanierungsfähig ist, ...“**

### 2. Sachgerechte Einleitung der Sanierungsmaßnahmen

Nach dem BGH<sup>16</sup> muss das schlüssige Sanierungskonzept mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden sein und ernsthafte und begründete Aussichten auf Erfolg rechtfertigen.

<sup>12</sup> Siehe RN 17

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 21.11.2005 – IIZR 277/03 – ZIP 2006, 279 (281)

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 12.11.1992 - IX ZR 236/91 – WM 1993, 270 (273); BGH, Urt. v. 4.12.1997 - IX ZR 47/97 - WM 1998, 248 (251); BGH, Urt. v. 21.1.1999 – IX ZR 329/97 – WM 1999, 456 (458); BGH, Urt. v. 8.12.2011 – IX ZR 156/09 – WM 2012, 146 (147)

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 9.7.1979 – II ZR 118/77 – BGHZ 75, 96 (114)

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 12.11.1992 – IX ZR 236/91 – WM 1993, 270 (273); zuletzt BGH, Urt. 8.12.2011 – IX ZR 156/09 – WM 2012, 146 (147)

Aus der objektiv sachgerechten Einleitung des Sanierungsversuchs wird vom BGH auf dessen Ernsthaftigkeit geschlossen<sup>17</sup>.

Ausweislich RN 134 ist nach IDW ES 6 n.F. anzugeben, welche Maßnahmen bereits eingeleitet und mit welchem Grad diese bereits realisiert sind.

Dieser Formulierung ist nicht zu entnehmen, dass das schlüssige Sanierungskonzept nach dem BGH mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden sein muss und dass aus der objektiv sachgerechten Einleitung des Sanierungsversuches vom BGH auf dessen Ernsthaftigkeit geschlossen wird. Die derzeitige Formulierung des IDW ES 6 n.F. lässt stattdessen die Annahme zu, dass die vorgenannten Angaben zur sachgerechten Einleitung des Sanierungsversuchs fakultativ seien.

In RN 134 muss deshalb unter Hinweis auf die einschlägige BGH-Entscheidung (Fn. 16 u. 17) deutlich gemacht werden, dass für einen ernsthaften Sanierungsversuch das schlüssige Sanierungskonzept mindestens schon in den Anfängen in die Tat umgesetzt worden sein muss. Der Grad der Umsetzung bleibt selbstverständlich vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Die Ergänzung ist auch deshalb geboten, da die vorliegende Fassung von IDW ES 6 n.F. bei allen sonstigen BGH-Mindestanforderungen auf die einschlägigen BGH-Entscheidungen hinweist.

- Formulierungsvorschlag für RN 134 S. 1:

**„Im Sanierungskonzept ist anzugeben, ob das schlüssige Konzept mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist<sup>18</sup> und welche konkreten Maßnahmen bereits hierfür eingeleitet und mit welchem Grad diese bereits realisiert sind.“**

### 3. Klarstellung des Auftragsverhältnisses

Das Auftragsverhältnis zum Erstellen eines Sanierungskonzeptes mit abschließender gutachterlicher Sanierungsfähigkeitsprognose kommt ausschließlich zwischen dem Mandanten und dem objektiven Wirtschaftsfachmann zustande. Demzufolge können die Allgemeine Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften auch nur in diesem Vertragsverhältnis gelten. Dies ist in RN 27 klarzustellen.

### 4. Einleitung von IDW ES 6 n.F., Seite 1, Absatz 2 Satz 5: Begriff „umfängliches Sanierungskonzept“

Die Formulierung im IDW ES 6 n.F., wonach ein „umfängliches“ Sanierungskonzept eine Aussage zur Sanierungsfähigkeit enthalten muss, ist missverständlich. Auch weniger umfangreiche Konzepte, z.B. im Falle kleinerer Unternehmen, bei denen das Ausmaß der Prüfung dem Umfang des Unternehmens und der verfügbaren Zeit angepasst werden kann, müssen nach der Rechtsprechung des BGH<sup>19</sup> ebenfalls zwingend eine abschließende gutachterliche Sanierungsfähigkeitsprognose des objektiven Wirtschaftsfachmanns enthalten. Dies muss in der Einleitung von IDW ES 6 n.F. klargestellt werden.

<sup>17</sup> BGH, Ur. v. 4.12.1997 – IX ZR 47/97 – WM 1998, 248 (251)

<sup>18</sup> **BGH, Ur. v. 12.11.1992 – IX ZR 236/91, ZIP 1993, S. 279; „Zu fordern ist vielmehr ein in sich schlüssiges Konzept, das jedenfalls in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt ist ...“**

<sup>19</sup> BGH, Ur. v. 4.12.1997 – IX ZR 47/97 – WM 1998, 248 (250)

## **5. Prüfungszeitraum Überschuldung**

Auf Seite 18, Ziffer 3.6.2 wird in Satz 1 auf die Fußnote 26 Bezug genommen. Nach den Ausführungen in dieser Fußnote ist die Erstellung eines Überschuldungsstatus nur im Falle einer negativen Fortbestehensprognose erforderlich. Da diese Rechtslage nur bis zum 31.12. 2013 gilt, wenn der Gesetzgeber sie nicht verlängert, ist ab dem 1.1.2014 unabhängig vom Vorliegen einer positiven oder negativen Fortbestehensprognose in jedem Fall ein Überschuldungsstatus zu erstellen. Somit ist aus unserer Sicht die Fußnote dahin gehend zu ändern, dass nur dann allein auf die Fortbestehensprognose abzustellen ist, wenn der Prüfungszeitraum nicht auch den Zeitraum ab dem 01.01.2014 betrifft.