

Stellungnahme des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID) zum

Entwurf einer Neufassung von IDW-Standards:

Bescheinigungen nach §§ 270d und 270a InsO (IDW ES 9 n. F. – Stand 12.01.2021) sowie Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW ES 11 n. F.)

I. Entwurf einer Neufassung des IDW-Standards: Bescheinigungen nach §§ 270d und 270a InsO (IDW ES 9 n. F. – Stand 12.01.2021)

1. Rz. 6:

Beim Schutzschirmverfahren würdigt der Gutachter „*Insolvenzreife*“.

Das Gesetz spricht positiv von drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung und negativ von noch nicht eingetretener Zahlungsunfähigkeit. Der Begriff der Insolvenzreife wird in § 270d InsO nicht verwendet, weil er undifferenziert auf das Vorliegen eines oder mehrerer Insolvenzgründe abstellt. Er sollte deshalb an dieser Stelle nicht verwendet werden (vgl. demgegenüber die korrekte Beschreibung in Rz. 13).

2. Rz. 8 ff.:

„Insoweit sind für den Ersteller der Bescheinigung nach § 270a dieselben Anforderungen zugrunde zu legen, die nach § 270d InsO maßgebend sind.“

§ 270a InsO sieht keine Bescheinigung vor und formuliert auch – anders als bei §§ 270b a.F., 270d n.F. InsO – keine gesetzlichen Voraussetzungen im Hinblick auf die Qualifikation des Erstellers der Eigenverwaltungsplanung. Im Gegenteil: § 270a InsO überlässt es ausdrücklich dem Schuldner, dem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung eine Planung beizulegen, ohne im Vergleich zu § 270d Abs. 1 InsO nähere Voraussetzungen an den Schuldner oder seine Berater im Hinblick auf deren Erfahrung im Insolvenz- und Sanierungssachen zu stellen.

Die Formulierung derartiger Anforderungen an den Ersteller der Eigenverwaltungsplanung ist im Hinblick auf deren Qualität ohne Frage hilfreich. Eine derartige „Bescheinigung“ steigert Aussagekraft und Verlässlichkeit einer eigenen Planung. Sie ist jedoch keine Eingangsvoraussetzung für die Eigenverwaltung ohne Schutzschirm und könnte Verfahrensbeteiligte zu der Annahme verleiten, die Eigenverwaltungsplanung sei ohne Sorgfalt oder nötige Professionalität (zum Beispiel durch die Einbindung eines insolvenzrechtlich ausgewiesenen Beraters, auf

dessen Perspektive es letztlich ankommt) erstellt worden und daher inhaltlich nicht belastbar. Daher geht auch der Hinweis fehl, insoweit im Vorfeld eine Abstimmung mit dem Gericht herbeizuführen.

3. Rz. 12:

„Der Gutachter darf nach §270d Abs. 1 InsO nicht zum vorläufigen Sachwalter bestellt werden.“

§ 270d Abs.1 und 2 InsO befassen sich mit dem „Aussteller der Bescheinigung“; von einem Gutachter ist dort nicht die Rede. Es empfiehlt sich, die Terminologie zu benutzen, weil ansonsten Verwechslungsgefahr besteht mit dem üblicherweise als „Gutachter“ bezeichneten Sachverständigen gemäß §5 Abs. 1 Satz 2 InsO, den das Gericht mit der Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen beauftragt.

Die Inhabilität des Ausstellers der Bescheinigung für eine Bestellung zum vorläufigen Sachwalter ergibt sich aus §270d Abs.2 (nicht Abs.1) InsO.

„Eine im Vorfeld der Antragstellung ausgeübte Tätigkeit des Gutachters für den Schuldner im Rahmen der Erstellung eines Sanierungskonzepts nach IDW S 6 oder eines Grobkonzepts i.S. dieses IDW-Standards schließt eine Beauftragung als Gutachter nicht aus.“

Als Grobkonzept spricht der Entwurf (Rz. 30) den Teil einer gutachterlichen Stellungnahme an, in dem der Gutachter die Gründe darstellt, aus denen hervorgeht, dass die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Zitat (a.a.O.): *„Eine Sanierung ist dann nicht aussichtslos, wenn im Rahmen eines Grobkonzepts mindestens grundsätzliche Vorstellungen darüber vorliegen, wie die angestrebte Sanierung konzeptionell und finanziell erreicht werden kann.“* Werden diese Vorstellungen durch den Gutachter vor Antragstellung (mit-)formuliert, dann bleibt unklar, wie sichergestellt werden kann, dass er nicht den eigenen Bemühungen regelmäßig Erfolgsgeneigntheit und Schlüssigkeit bescheinigt. Gleiches gilt bei der Erstellung eines Sanierungskonzeptes nach IDW S 6, soweit dieses für die Beurteilung der Erfolgsaussichten herangezogen werden soll.

Ein gerichtlich gemäß §5 Abs. 1 Satz 2 InsO bestellter Gutachter und (später) – auch vorläufiger – Sachwalter in einem Eigenverwaltungs-(Eröffnungs-)Verfahren wäre im Übrigen verpflichtet, gegenüber dem Insolvenzgericht eine derartige Vorbefassung anzuzeigen, da die Vorbefassung geeignet ist, den Anschein fehlender Unabhängigkeit, die bei der Entlohnung jedes Amtsträgers in einem Verfahren der Sanierung und Insolvenz erforderlich ist, zu wahren. Die Fälle von Inhabilität erschöpfen sich nicht in den durch § 138 InsO beschriebenen Konstellationen.

4. Rz. 41:

„Das nach § 270a Abs. 1 Nr. 2 InsO darzulegende Durchführungskonzept zur Bewältigung der Insolvenz hat Art, Ausmaß und Ursachen der Krise aufzuzeigen (Analyse Krisenursachen). Darüber hinaus sind das Ziel der Eigenverwaltung und die hierfür erforderlichen Maßnahmen zu beschreiben. Darstellungstiefe und Detailierungsgrad der Erläuterungen hängen von der Größe und den konkreten Verhältnissen des Unternehmens ab. Ein von einem Schuldner vorgelegtes, von einem Wirtschaftsprüfer bescheinigtes Grobkonzept nach Abschn. 3.1.3. wird die hier verlangten Maßstäbe erfüllen. Wird kein Schutzschirmverfahren angestrebt, sind die gleichen Maßstäbe, die für ein Grobkonzept der Sanierung gelten, anzuwenden.“

§ 270a Abs. 1 Nr. 2 InsO spricht von einem „Konzept für die Durchführung des Insolvenzverfahrens, welches auf Grundlage einer Darstellung von Art, Ausmaß und Ursachen der Krise das Ziel der Eigenverwaltung und die Maßnahmen beschreibt, welche zur Erreichung des Ziels in Aussicht genommen werden.“ Die im Entwurf als Grobkonzept bezeichnete Darstellung soll dagegen grundsätzliche Vorstellungen darüber enthalten, wie die angestrebte Sanierung konzeptionell und finanziell erreicht werden kann und damit eine Beurteilung ihrer Erfolgsaussichten ermöglichen.

Mit dem Ziel der Eigenverwaltung und dem Erfolg einer angestrebten Sanierung sind zwei grundsätzlich verschiedene Darstellungsgegenstände angesprochen. Ziele einer Eigenverwaltung können auch der Verkauf des Unternehmens oder die Abwicklung des Rechtsträgers ohne Insolvenzplan sein. Wird sie mit dem Ziel der Sanierung beantragt, dann dient sie der Unterstützung geeigneter Maßnahmen wie etwa der Verhandlung mit Gläubigern.

Außerhalb eines Schutzschirmverfahrens kann das Ziel der Sanierung in Eigenverwaltung auch noch im Zustand der Zahlungsunfähigkeit angestrebt werden. Dieser Zustand macht jedoch aufgrund der mit ihm verbundenen gesteigerten Gefährdung von Gläubigerinteressen eine ausführlichere Darstellung notwendig. Eine lediglich nicht offensichtliche Aussichtslosigkeit der angestrebten Sanierung wird hier nicht mehr ausreichen. Die in § 270a InsO n.F. durchgeführten Präzisierungen der Voraussetzungen einer Eigenverwaltung sind erkennbar von diesem Gedanken geprägt und erweitern damit den Anwendungsbereich der Eigenverwaltung.

Die Zugangsvoraussetzungen werden hier auch zur Eigenverwaltung unzulässig verengt, wenn nur ein von einem Wirtschaftsprüfer bescheinigtes Grobkonzept ausreichen soll, obwohl § 270d Abs. 1 InsO ausdrücklich erweiternd von der „Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation“ spricht. § 270a Abs. 1 InsO sieht regelhaft die Vorlage der Eigenverwaltungsplanung durch den Schuldner vor. die Tragfähigkeit der Eigenverwaltung Planung wird daher ausschließlich nach ihrem Inhalt, und nicht nach einer besonderen Qualifikation

ihres Verfassers beurteilt. Dabei steht das dem Schuldner frei, auf die Beratung oder Mitwirkung eines in Insolvenzverfahren erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers, Rechtsanwalts oder jeder sonstigen Person mit vergleichbarer Qualifikation hinzuweisen.

II. Entwurf einer Neufassung des IDW-Standards: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW ES 11 n. F.)

1. Rz. 16, 42:

Woher kommen bei den Ausnahmefällen bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit die Planungszeiträume 3 bzw. 6 Monate im Anschluss an die 3-Wochen-Frist zur Beseitigung einer Liquiditätslücke von 10 % oder mehr *„mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“*?

2. Rz. 17, 40:

„Beträgt die Liquiditätslücke am Ende des Dreiwochenzeitraums dagegen weniger als 10 %, ist regelmäßig zunächst von Zahlungsstockung auszugehen. Dennoch ist in diesen Fällen ein Liquiditätsplan zu erstellen, aus dem sich die Weiterentwicklung der Liquiditätslücke ergibt. Zeigt sich daraus, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % betragen wird, liegt Zahlungsunfähigkeit vor. Ergibt sich am Ende des Dreiwochenzeitraums aus dieser Liquiditätsplanung, dass die Lücke kleiner als 10 % ist, lässt der BGH mehrere Interpretationen hinsichtlich der Frage zu, ob eine Liquiditätslücke von unter 10 % auf Dauer akzeptiert werden kann. Ökonomisch erscheint ein Unternehmen, das dauerhaft eine – auch nur geringfügige – Liquiditätslücke aufweist, weder erhaltungswürdig noch -fähig. Auch im Interesse des Verkehrsschutzes ist eine dauerhafte Unterdeckung bedenklich. Im Übrigen hat der Gesetzgeber vom Merkmal der Dauerhaftigkeit ausdrücklich Abstand genommen und wollte gerade eine über Wochen und Monate andauernde Zahlungsstockung vermeiden. Daher liegt Zahlungsunfähigkeit und keine Zahlungsstockung vor, wenn eine auch nur geringfügige Liquiditätslücke voraussichtlich nicht innerhalb von drei Monaten, in Ausnahmefällen längstens sechs Monaten, vollständig geschlossen werden kann.“

Laut BGH ist eine weitere zeitraumbezogene Liquiditätsprüfung nicht (mehr) erforderlich, wenn die Liquiditätslücke am Ende des 3-Wochen-Zeitraums geringer als 10 % ist. In diesem Fall verneint der BGH bereits Zahlungsunfähigkeit, ohne dass es auf eine weitere Prüfung, ob auch diese geringfügige (im Sinne der BGH-Rechtsprechung) Liquiditätslücke von <10 % demnächst (in der Regel innerhalb eines Zeitraumes von 3 Monaten, in Ausnahmefällen längstens 6 Monaten) geschlossen werden kann. Aus Sicht der Praxis ist eine weitergehende Prüfung dahingehend, ob die zum Ende des Planungszeitraums weniger als 10 % betragende Liquiditätslücke sich in der Folge vergrößert und mehr als 10 % beträgt, nur erforderlich, wenn hierfür konkrete Anhaltspunkte vorliegen. Die vorliegende Fassung suggeriert, eine derartige Prüfung habe stets stattzufinden. Liegen derartige konkrete Anhaltspunkte vor, kommt es darauf an, ob die Liquiditätslücke in einem an den Interessen der Gläubiger ausgerichteten

angemessenen Zeitraum mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit noch geschlossen werden kann und ist über den Zeitraum zu befinden, der dabei zugrunde zu legen ist.

3. Rz. 25:

„Ergibt sich aus dem Finanzstatus, dass der Schuldner seine fälligen Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllen kann, hat er ausgehend vom Finanzstatus am Stichtag zusätzlich die im Prognosezeitraum erwarteten Ein- und Auszahlungen in einer Liquiditätsplanung zu berücksichtigen. Zur Ermittlung der prozentualen Liquiditätslücke ist die Liquiditätslücke am Ende des Prognosezeitraums in Bezug zu setzen zu den fälligen Gesamtverbindlichkeiten zu Beginn dieses Zeitraums.“

Die Rechtsprechung des BGH zur Liquiditätslücke zum Stichtag als Vomhundertsatz, also dem in Prozent ausgedrückten Verhältnis der liquiden Mittel zu den fälligen Verbindlichkeiten lässt die Ermittlung der Liquiditätslücke zum Ende des in der Regel 3-monatigen Planungszeitraums gerade offen. Theoretisch kämen mehrere Möglichkeiten in Betracht, das für die Feststellung von Zahlungsunfähigkeit in diesem Fall maßgebliche Verhältnis zu bestimmen (Verhältnis zu den Verbindlichkeiten oder zu den liquiden Mitteln jeweils zu Beginn oder zu Ende des Planungszeitraums).

Der Entwurf leitet aus BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16 (Rz. 62), ab, dass der Vomhundertsatz gebildet wird aus dem Verhältnis der offenen Verbindlichkeiten am Ende des Planungszeitraums zu den Verbindlichkeiten zu Beginn dieses Zeitraums. Dies trifft sichtlich nicht zu. Im BGH-Urteil vom 19.12.2017 – II ZR 88/16, Rz. 62, werden die Verbindlichkeiten zum Ende des Planungszeitraums zu den zu diesem Zeitpunkt verfügbaren liquiden Mitteln ins Verhältnis gesetzt.¹ Dies wird zwar in der Entscheidung des BGH nicht näher begründet, ist jedoch zutreffend, da die Finanzplanung im Anschluss an den Stichtag die Veränderung des Verhältnisses liquider Mittel zu fälligen Verbindlichkeiten in Zahlen zeigen soll. Anderenfalls würden dieselben betriebswirtschaftlichen Kategorien unterschiedlich behandelt und Verhältniszahlen der unterschiedlichen Ausgangsgrößen gebildet, welche damit nicht mehr vergleichbar wären.

¹ Zitat Rz. 62: „Nach den Angaben des Kl. beliefen sich die am Stichtag vorhandenen verfügbaren und bis einschließlich 22.12.2008 tatsächlich eingegangenen Mittel auf insgesamt 4.517.454,43 Euro. (...) Dem standen nach dem Vortrag des Kl. am Stichtag fällige Verbindlichkeiten iHv 3.517.265,91 Euro sowie bis zum 22.12.2008 fällig gewordene und eingeforderte weitere Verbindlichkeiten iHv 2.946.239,11 Euro, insgesamt mithin Verbindlichkeiten iHv 6.463.505,02 Euro gegenüber. Damit bestand eine Liquiditätslücke iHv 1.146.050,60 Euro und der Liquiditätsdeckungsgrad betrug nur 69,89 %.“

4. Rz. 58 ff.:

„5.3 Fortbestehensprognose“

Bei der Prüfung der Fortbestehensprognose, die Kern einer Zahlungsfähigkeitsprognose über den relevanten Prognosezeitraum ist, ist wie vorstehend unter II. 3. ausgeführt zu verfahren.

Berlin, den 16.06.2021

Kontakt:

Michael Bremen und Torsten Gutmann

Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID)

Französische Straße 13/14

10117 Berlin

Tel.: 030/ 20 45 55 25

E-Mail: info@vid.de

Web: www.vid.de