

05.14



KSI

Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

Wirtschaft Recht Steuern

10. Jahrgang
September/Oktober 2014
Seiten 193–248

www.KSIdigital.de

Herausgeber:

Peter Depré, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

Dr. Lutz Mackebrandt, Unternehmensberater, Präsidiumsmitglied des BDU

Gerald Schwamberger, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

Herausgeberbeirat:

Prof. Dr. Paul J. Groß, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth, Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

Prof. Dr. Harald Krehl, DATEV eG, Nürnberg

Prof. Dr. Jens Leker, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Andreas Pinkwart, Rektor der Handelshochschule Leipzig (HHL)

Dr. Wolfgang Schröder, Rechtsanwalt und Notar, Berlin

Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Richter a.D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

Udo Wittler, Sanierungs- und Krisenberater, Hamm

Strategien Analysen Empfehlungen

Der neue IDW ES 11 [Dr. Bernhard Becker/Bernhard Bieckmann/Konrad Martin/Prof. Dr. Stefan Müller, 197]

Die Krise verändert das operative Agieren [Prof. Dr. Markus W. Exler, Dr. M. Situm und S. Hueber, 202]

Insolvenzplanverfahren nach ESUG und Scheme of Arrangement [Dr. Sebastian Nimwegen/Bob Rajan, 208]

Die Produkt- und Absatzkrise [Prof. Dr. Paul J. Groß, 212]

Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Das Steuergeheimnis in Angelegenheiten des Insolvenzrechts [Prof. Dr. Sylvia Bös/Dr. Andreas Schwarz, 223]

Krisenherd Krankenhaus [Dr. Bernhard Becker/Jan Handzlik/Prof. Dr. Stefan Müller/Philipp Wenning, 226]

Europäische und deutsche Perspektiven der Insolvenzrechtsentwicklung [Dr. Hans-Jürgen Hillmer, 234]

Nachgefragt: Wie kann man unternehmerischen Mut fördern? [Jürgen Vollberg, 238]

Gastkommentar

Erkennung von Insolvenzeröffnungsgründen [WP/StP Bernhard Steffan, 193]

Der neue IDW ES 11

Ein Leitfaden für Unternehmen und Berater zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen

Dr. Bernhard Becker/Bernhard Bieckmann/Konrad Martin/Prof. Dr. Stefan Müller*

Die verspätete, fehlerhafte bzw. unterlassene Insolvenzantragstellung bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hat für die gesetzlichen Vertreter von Unternehmen nach § 15a Abs. 4 InsO strafrechtliche Konsequenzen zur Folge. Der sachgerechten und frühzeitigen Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen kommt deshalb eine hohe Bedeutung zu. Auch bei der Erstellung von Sanierungskonzepten nach IDW S 6¹ ist diese Beurteilung ein verpflichtender Bestandteil. Mit dem am 20. 6. 2014 veröffentlichten Entwurf IDW ES 11 „Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen“² wird vom IDW ein neuer umfassender Standard vorgestellt, der auf der Grundlage der aktuellen Gesetzeslage und Rechtsprechung insbesondere den Antragsgrund der Überschuldung wieder stärker in den Vordergrund stellt³.

1. Einleitung

Gem. § 16 InsO setzt die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens voraus, dass ein Eröffnungsgrund gegeben ist. Als Insolvenzeröffnungsgründe kommen nach dem Gesetz infrage:

- Zahlungsunfähigkeit (Insolvenzantragspflicht; § 17 InsO),
- drohende Zahlungsunfähigkeit (Insolvenzantragsrecht; § 18 InsO),
- Überschuldung bei negativer Fortbestehensprognose (Insolvenzantragspflicht; § 19 InsO).

Eine Antragspflicht gem. § 17 und § 19 InsO besteht nur für juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften i. S. des § 15a Abs. 1 und 2 InsO (keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter). Für natürliche Personen und sonstige Gesellschaften gilt lediglich ein Antragsrecht, wie Abb. 1 auf S. 198 verdeutlicht.

Der Antrag auf ein Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO ist bei drohender Zah-

lungsunfähigkeit und Überschuldung grundsätzlich möglich, bei Zahlungsunfähigkeit ausgeschlossen⁴.

2. Anlässe bzw. Pflichten zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen

Eine explizite verpflichtende Regelung zur Prüfung von Insolvenzeröffnungsgründen ist gesetzlich nicht vorgesehen. Allerdings folgt diese Verpflichtung für die gesetzlichen Vertreter eines Unternehmens nach der Rechtsprechung

- aus der Sorgfaltspflicht des ordentlichen und gewissenhaften Kaufmanns (z. B. § 43 Abs. 1 GmbHG), der verpflichtet ist, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten⁵, und
- aus § 15a InsO (Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ohne schuldhaftes Zögern).

Zur Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wirtschaftslebens ist die rechtzeitige Information der übrigen Marktteilnehmer über das Vorliegen der Insolvenzreife eines Marktteilnehmers von fundamentaler Bedeutung. Die verspätete, fehlerhafte oder versäumte Stellung eines verpflichtenden Insolvenzantrags ist deshalb vom Gesetzgeber mit straf-

und zivilrechtlichen Sanktionen bedacht worden (z. B. § 266 StGB „Untreue“ oder §§ 283 ff. StGB über einzelne „Bankrotthandlungen“)⁶.

Mit zunehmender Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens erhöhen sich die Anforderungen an die Frequenz und Dokumentation der Prüfung von Insolvenzeröffnungsgründen, um

* Dr. Bernhard Becker ist Partner und Gesellschafter der comes Unternehmensberatung in Oldenburg sowie Geschäftsführer und Gesellschafter mehrerer mittelständischer Unternehmen. Bernhard Bieckmann ist als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in Langwedel/Nds. mit dem Schwerpunkt Sanierungsberatung tätig. Konrad Martin ist Partner und Gesellschafter der comes Unternehmensberatung in Hamburg. Prof. Dr. Stefan Müller ist Inhaber der Professur für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg (Kontakt: smueller@hsu-hh.de).

1 IDW S 6 „Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten“, siehe FN-IDW 11/2009 S. 578 ff.; zu den Inhalten des IDW S 6 vgl. Becker u. a., DStR 2012 S. 981 ff.

2 Abgedruckt in den IDW FN 8/2014 S. 470–482; abrufbar unter <http://www.idw.de/idw/portal/n281334/n281114/n281116/index.jsp> (Abruf 14. 7. 2014).

3 Der IDW ES 11 soll nach endgültiger Verabschiedung die bisherigen älteren Standards IDW PS 800 zur Beurteilung des Vorliegens einer (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und die IDW St/FAR 1/1996 zur Beurteilung des Vorliegens einer Überschuldung ersetzen. Zu IDW PS 800 vgl. FN-IDW 4/2009 S. 161 ff.; zur IDW Stellungnahme des Fachausschusses Recht 1/1996 „Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen“ vgl. WPg 1997 S. 22 ff.

4 Zur Darstellung des Schutzschirmverfahrens nach § 270b InsO vgl. Becker u. a., KSI 2012 S. 245 ff.

5 Vgl. BGH-Urteil vom 14. 5. 2007 – II ZR 48/06, Rn. 16.

6 Einen Überblick liefert Weller, in: Federmann/Kußmaul/Müller (Hrsg.), Handbuch der Bilanzierung, Beitrag Zahlungsunfähigkeit, Rz. 25–31.

Grundsätzlich ist die Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen Aufgabe der gesetzlichen Vertreter eines Unternehmens.

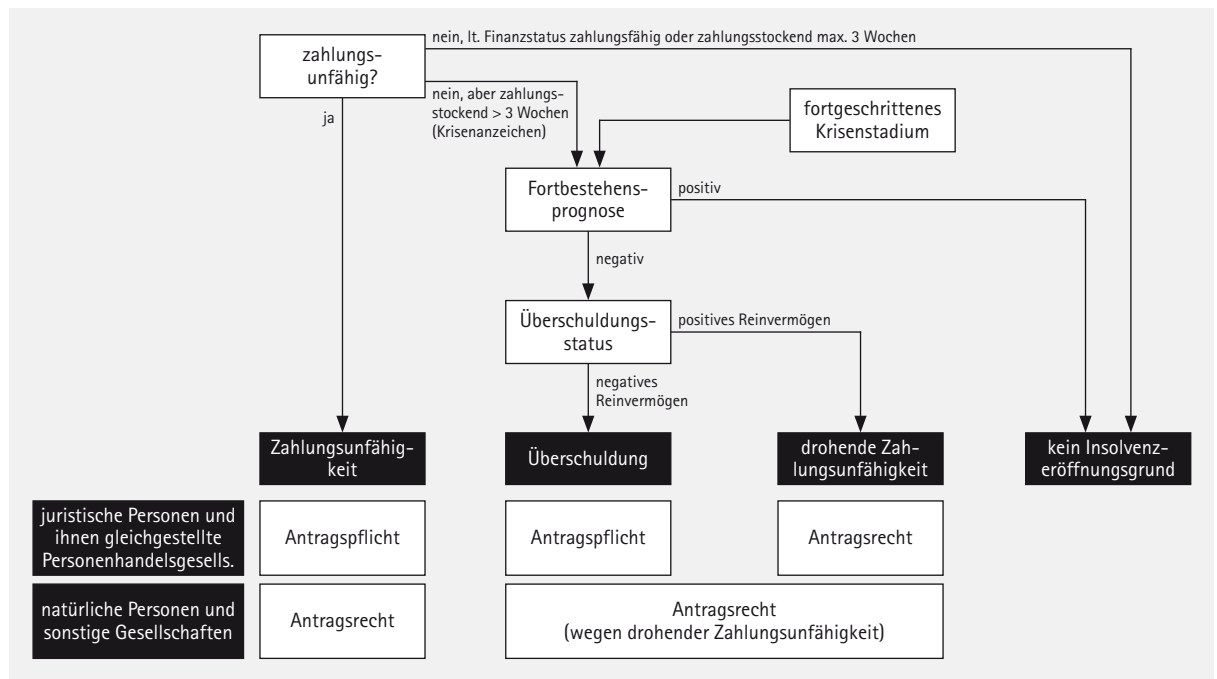


Abb. 1: Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (Quelle: comes Unternehmensberatung in Anlehnung an IDW ES 11, Abb. 1 und Abb. 2)

die gesetzlichen Vertreter vor straf- und zivilrechtlichen Folgen zu schützen. Dies gilt in besonderem Maße für Unternehmen, die

- wirtschaftlich nicht erfolgreich sind oder
- nicht leicht auf finanzielle Mittel zurückgreifen können oder
- bei denen bilanzielle Überschuldung droht oder
- bei denen bestandsgefährdende Risiken existieren.

Grundsätzlich ist die Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen Aufgabe der gesetzlichen Vertreter eines Unternehmens. Bei fehlender Sachkunde ist der Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers bzw. Beraters einzuholen. Die gesetzlichen Vertreter dürfen das Ergebnis der Beurteilung abwarten, müssen aber auf eine unverzügliche Auftragsdurchführung und Vorlage des Ergebnisses hinwirken⁷. Wird ein Sanierungskonzept nach dem IDW S 6 erstellt, ist die Beurteilung von Insolvenzeröffnungsgründen ein verpflichtender Bestandteil⁸. Diese Beurteilung ist nach dem IDW S 6 zu Beginn der Erstellung des Sanierungskonzepts durchzuführen⁹.

Soll ein Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO beantragt werden, kommt der frühzeitigen Beurteilung des Insolvenzeröffnungsgrunds eine wichtige Bedeutung zu, da der

Eintritt von Zahlungsunfähigkeit das Schutzschirmverfahren ausschließt.

3. Die Beurteilung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit

3.1 Grundlagen

Ein Schuldner ist nach § 17 Abs.2 InsO zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist i. d. R. anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der Bestand an flüssigen Mitteln jederzeit ausreichen muss, um die gegenüberstehenden (fälligen) Schulden zu begleichen. Hier hat aber der BGH im Jahr 2005¹⁰ einen kleinen Puffer eingebaut, indem er von der Zahlungsunfähigkeit die Zahlungsstockung unterscheidet. Bei der Zahlungsstockung ist der Schuldner nur vorübergehend unfähig, die fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen¹¹. Der BGH billigt einen Dreiwochenzeitraum zur Beseitigung der Liquiditätslücke zu. Beträgt die Liquiditätslücke am Ende des Dreiwochenzeitraums 10% der fälligen Gesamtverbindlichkeiten oder mehr, ist nach der Rechtsprechung des BGH regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den Umständen

7 Vgl. IDW ES 11, Tz. 7, zitierend: BGH-Urteil vom 14. 5. 2007 – II ZR 48/06, sowie BGH-Urteil vom 27. 3. 2012 – II ZR 171/10.

8 Vgl. IDW S 6, Tz. 8 ff.

9 Vgl. IDW S 6, Tz. 11 ff.

10 BGH-Urteil vom 24. 5. 2005 – IX ZR 123/04, DB 2005 S. 1788; vgl. dazu Heublein, KSI 2006 S. 12 ff.

11 Vgl. Weller, in: Federmann/Kußmaul/Müller (Hrsg.), Handbuch der Bilanzierung, Beitrag Zahlungsunfähigkeit, Rz. 2.

Erforderlich ist es, einen stichtagsbezogenen Finanzstatus und für den folgenden Dreiwochenzeitraum einen zeitraumbezogenen Finanzplan aufzustellen.

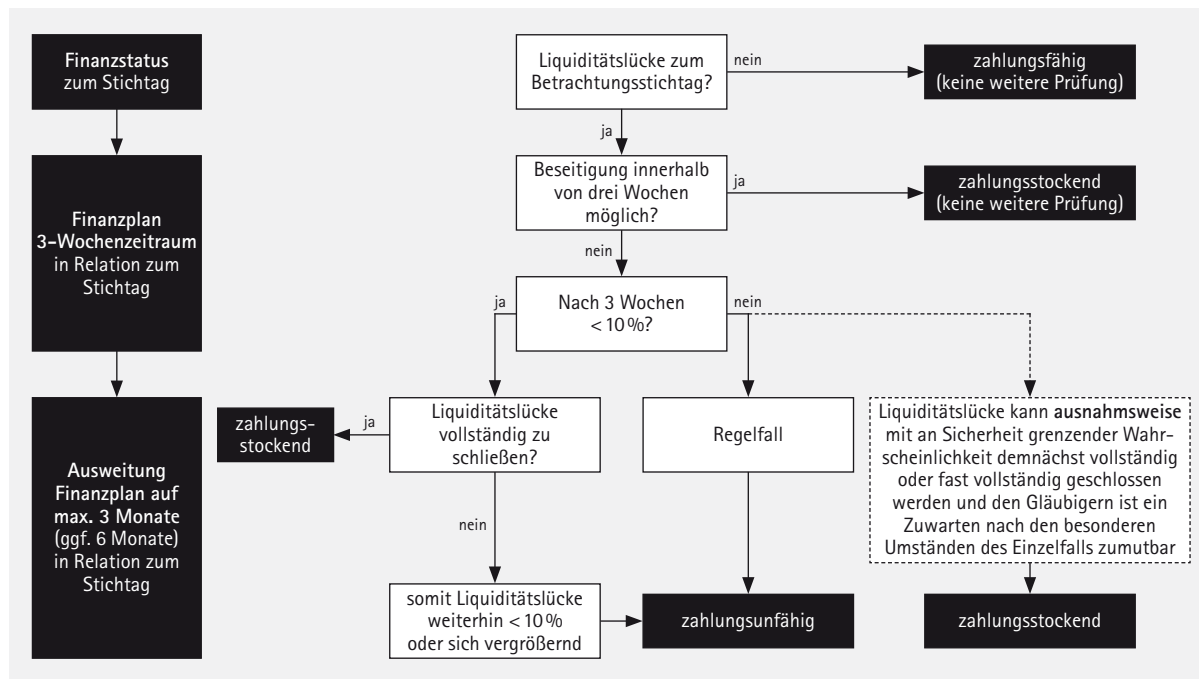


Abb. 2: Prüfung auf Zahlungsfähigkeit (Quelle: comes Unternehmensberatung in Anlehnung an Crone/Werner, Modernes Sanierungsmanagement, 3. Aufl., S. 19)

den des Einzelfalls zumutbar ist¹². Dieser anschließende Zeitraum kann in Ausnahmefällen drei bis längstens sechs Monate betragen. Beträgt die Deckungslücke am Ende des Dreiwochenzeitraums weniger als 10%, liegt hingegen regelmäßig Zahlungsstockung vor, wenn sich aus dem weiterentwickelnden Liquiditätsplan ergibt, dass die Liquiditätslücke innerhalb von drei Monaten bzw. in Ausnahmefällen längstens sechs Monaten vollständig geschlossen werden kann – andernfalls liegt Zahlungsunfähigkeit vor¹³.

Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner wegen eines Mangels an Zahlungsmitteln aufhört, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen, und dies für die beteiligten Verkehrskreise hinreichend erkennbar geworden ist¹⁴.

Drohende Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn keine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsstockung vorliegt, sich aber aus dem Finanzplan für das laufende und folgende Geschäftsjahr eine künftig eintretende Unterdeckung der fälligen Verbindlichkeiten durch die verfügbaren Finanzmittel ergibt.

3.2 Vorgehensweise in der Praxis und notwendige Voraussetzungen

Um beurteilen zu können, ob nur eine Zahlungsstockung oder etwa bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit vorliegt, ist es erforder-

lich, einen stichtagsbezogenen Finanzstatus und für den folgenden Dreiwochenzeitraum einen zeitraumbezogenen Finanzplan aufzustellen¹⁵, was Abb. 2 verdeutlicht.

Im Finanzstatus werden die verfügbaren liquiden Finanzmittel (Barbestände, Bankguthaben sowie nicht ausgeschöpfte und ungekündigte Kreditlinien) den fälligen Verbindlichkeiten gegenübergestellt¹⁶. Ansprüche aus Cash-Pooling-Systemen sind nicht als flüssige Mittel im Finanzstatus, sondern mit ihren Fälligkeiten als Zufluss im Finanzplan anzusetzen¹⁷. Gestundete Verbindlichkeiten sind nicht in den Finanzstatus aufzunehmen. Stundungsvereinbarungen können durch Branchenübung, Handelsbrauch und konkludentes Handeln zustande kommen. Der Nachweis, dass eine Verbindlichkeit nicht fällig ist, obliegt in jedem Fall dem Schuldner¹⁸.

Ergibt der Finanzstatus eine Liquiditätslücke, ist dieser durch einen ausreichend detaillierten Finanzplan für zunächst einen Dreiwochenzeitraum, der die für die Folgezeit erwarteten Ein- und Auszahlungen darstellt, fortzuentwickeln. Basis für den Finanzplan ist eine nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erstellte integrierte Unternehmensplanung (Erfolgs-, Vermögens- und Liquiditätsplanung)¹⁹. Die Deckungslücke wird weiterhin in Relation zu den fälligen Verbindlichkeiten am Stichtag des Finanzstatus ermittelt.

12 Vgl. BGH-Urteil vom 12. 10. 2006 – IX ZR 228/03, Abschn. III.1, unter Hinweis auf BGH-Urteil vom 24. 5. 2005 – IX ZR 123/04, DB 2006 S. 2685 = KSI 2006 S. 12 ff.; IDW PS 800, Tz. 10.

13 Vgl. IDW ES 11, Tz. 17.

14 Vgl. BGH-Urteil vom 17. 5. 2001 – IX ZR 188/98, Abschn. II.2.

15 Vgl. IDW ES 11, Tz. 22.

16 Vgl. IDW ES 11, Tz. 32.

17 Vgl. IDW ES 11, Tz. 46.

18 Vgl. IDW ES 11, Tz. 28, mit Hinweis auf BGH-Beschluss vom 19. 7. 2007 – IX ZB 36/07.

19 Vgl. IDW ES 11, Tz. 33. Zur konkreten Ausgestaltung einer integrierten Planung vgl. z. B. Lachnit/Müller, Unternehmenscontrolling, 2. Aufl. 2012, S. 217 ff.

Wenn die Zahlungsfähigkeit bzw. bloße Zahlungsstockung nachgewiesen werden konnte, aus dem Finanzplan dennoch absehbar ist, dass im Anschluss (erneut) die Zahlungsmittel zur Erfüllung der fällig werdenden Zahlungsverpflichtungen nicht mehr ausreichen und dies durch finanzielle Dispositionen und Kapitalbeschaffungsmaßnahmen nicht mehr ausgeglichen werden kann, liegt drohende Zahlungsunfähigkeit vor. Anders als bei der Zahlungsunfähigkeit kommt bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit nur der Schuldner als Antragsteller für die Insolvenzeröffnung infrage. Drohende Zahlungsunfähigkeit liegt regelmäßig bei negativer Fortbestehensprognose vor²⁰.

3.3 Exkurs: Fortführungs- vs. Fortbestehensprognose

3.3.1 Fortführungsprognose

Der Begriff der Fortführungsprognose ist in § 252 HGB kodifiziert: „Bei der Bewertung ist von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen“ (sog. Going-Concern-Prämisse). Die Fortführungsprognose ist eine Bewertungsregel für die im Jahresabschluss angesetzten Vermögensgegenstände und Schulden. Der Prognosezeitraum beträgt im Ergebnis nach IDW PS 270, Tz. 20a, grundsätzlich mindestens 12 Monate ab dem Bilanzstichtag, wobei im Einzelfall längere Produktionszyklen oder wesentliche Verzögerungen bei der Abschlussaufstellung zu berücksichtigen sind²¹. Relevant ist die Frage, ob der Unternehmensfortführung nicht tatsächliche oder rechtliche Gründe entgegenstehen. Dies gilt über § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG dann auch für die Steuerbilanz. Der Fortführungsgrundsatz stellt dabei den Regelfall dar, von dem erst bei einer zweifelsfreien Kenntnis entgegenstehender Gründe abgewichen werden darf²². Die bilanzrechtliche Fortführungsprognose ist nicht als reine Zahlungsfähigkeitsprognose auszugestalten, sondern beinhaltet zugleich auch eine Reinvermögensvorausschau (IDW PS 270, Tz. 10).

3.3.2 Fortbestehensprognose

Die Fortbestehensprognose ist dagegen maßgebend im Krisenstadium und ein Teil der Fortführungsprognose. Der Begriff Fortbestehensprognose ist insolvenzrechtlich

geprägt und zielt auf die Finanzkraft des Unternehmens ab. Ziel der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose ist es somit festzustellen, ob die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Fortführung des Unternehmens ausreicht²³. Sie trifft eine Aussage über die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens (und damit über das Vorliegen von Insolvenzeröffnungsgründen). Der Prognosezeitraum erstreckt sich über das laufende und das nächste Geschäftsjahr.

4. Die Beurteilung der Überschuldung

4.1 Grundlagen

Überschuldung liegt nach § 19 Abs. 2 InsO vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Eine Überschuldung besteht nicht, sofern eine positive Fortbestehensprognose vorliegt, d. h. die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist und somit keine drohende Zahlungsunfähigkeit gegeben ist²⁴. Es wird hier von einer modifizierten zweistufigen Überschuldungsprüfung gesprochen²⁵.

4.2 Vorgehensweise in der Praxis und notwendige Voraussetzungen

Methodisch wird bei der Überschuldungsprüfung zweistufig vorgegangen²⁶:

- 1. Stufe: Beurteilung, ob die Fortbestehensprognose positiv oder negativ ausfällt.
- 2. Stufe (nur notwendig, falls Fortbestehensprognose negativ):
 - Aufstellung eines stichtagsbezogenen Überschuldungsstatus, der das Vermögen und die Schulden des Unternehmens zu Liquidationswerten gegenüberstellt.
 - Bei negativem Reinvermögen liegt, da auch bereits die Fortbestehensprognose negativ ausgefallen ist, eine Überschuldung vor (Insolvenzantragspflicht).

In der Praxis wird ein Überschuldungsstatus regelmäßig auf der Basis eines zeitnahen handelsrechtlichen Jahres- oder Zwischenabschlusses erstellt²⁷. Zu beachten ist allerdings, dass die handelsrechtlichen Ansatz- und Bewertungsgrundsätze für den Überschuldungsstatus keine Geltung haben. Wesentliche Unterschiede sind z. B.²⁸:

- Berücksichtigung von Liquidationskosten (z. B. Kosten für Sozialplan),
- Ansatz von stillen Reserven und Lasten,
- Ansatz selbst geschaffener immaterieller Vermögenswerte, soweit sie veräußert werden können,

20 Vgl. IDW ES 11, Tz. 93.

21 Vgl. Kreipl u. a. (Hrsg.), Haufe HGB-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 252 HGB Rz. 32.

22 Vgl. Weller, in: Federmann/Kußmaul/Müller (Hrsg.), Handbuch der Bilanzierung, Beitrag Überschuldung, Rz. 21.

23 Vgl. bereits BGH-Urteil vom 13. 7. 1992 – II ZR 269/91, BGHZ 119 S. 214.

24 Vgl. IDW ES 11, Tz. 51.

25 Vgl. Weller, in: Federmann/Kußmaul/Müller (Hrsg.), Handbuch der Bilanzierung, Beitrag Überschuldung, Rz. 5.

26 Vgl. IDW ES 11, Tz. 53.

27 Vgl. IDW ES 11, Tz. 68.

28 Vgl. IDW ES 11, Tz. 76 ff., zur ausführlicheren Diskussion und weiteren Beispielen vgl. Weller, in: Federmann/Kußmaul/Müller (Hrsg.), Handbuch der Bilanzierung, Beitrag Überschuldung, Rz. 6 ff.

- Berücksichtigung von Ansprüchen gegen Gesellschafter oder Dritte auf vertraglicher Grundlage (insbesondere aufgrund belastbarer Liquiditätsausstattungsgarantien, „harter“ Patronatserklärungen etc.),
- Ansatz von Rückzahlungsverpflichtungen im Fall der Schließung (z. B. für erhaltene öffentliche Zuwendungen).

Bei der Bewertung zu Liquidationswerten ist von der jeweils wahrscheinlichsten Verwertungsmöglichkeit auszugehen²⁹. Soweit vorhanden, sind primär Marktwerte zugrunde zu legen, wobei der vorgesehene Liquidationszeitraum zu berücksichtigen ist. Zur Wertfindung kommen daneben auch kapitalwert- und kostenorientierte Verfahren in Betracht. Im Zweifel sind die Vermögensgegenstände – auch in Abhängigkeit von der Marktängigkeit – eher vorsichtig zu bewerten.

5. Kritische Würdigung

Unverändert bildet die Rechtsprechung des BGH aus den Jahren 2005/2006 die Grundlage für die Beurteilung (drohender) Zahlungsunfähigkeit. Der IDW ES 11 orientiert sich eng an der BGH-Rechtsprechung, die bereits in den vorherigen IDW PS 800 Eingang gefunden hatte. Daher konnten vom IDW ES 11 auch keine wesentlichen Neuerungen in Bezug auf die Beurteilung von Insolvenzeröffnungsgründen erwartet werden, sondern folglich nur Konkretisierungen für die Beurteilungspraxis.

Eine wichtige „Neuerung“ im IDW ES 11 ist die ausführliche Darstellung der Beurteilung des Insolvenzeröffnungsgrunds der Überschuldung vor dem Hintergrund der geltenden Rechtslage³⁰. Insbesondere werden die Zusammenhänge zwischen drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung aufgezeigt und die Konsequenzen daraus beleuchtet.

Hinsichtlich der Überwachungsintensität legt sich das IDW nicht eindeutig fest. Nach IDW ES 11, Tz. 42, gilt zumindest, wenn trotz bestehender Liquiditätslücke keine Zahlungsunfähigkeit im Rechtssinne vorliegt, dass sich der Schuldner weiterhin fortlaufend vergewissern muss, ob die der Planung zugrunde liegenden Annahmen eingetreten sind oder ob sich wegen Nichterreichens der Planungsziele die Ertrags-, Vermögens- und Finanzlage des Unternehmens weiter verschlechtert haben und entsprechende Folge-

rungen für die Insolvenzantragspflicht zu ziehen sind. Dagegen vermittelt die im IDW ES 11 unter Tz. 94 dargestellte Grafik den Eindruck, dass eine Fortbestehensprognose auch bei nicht vorliegender Zahlungsunfähigkeit – also grundsätzlich und fortlaufend – zu erstellen ist, während in Tz. 2 des IDW ES 11 die Erstellung einer Fortbestehensprognose nur im Falle eines fortgeschrittenen Krisenstadiums gefordert wird. Letzteres erscheint plausibel, sodass die Geschäftsführung lediglich im Rahmen ihrer Sorgfaltspflichten fortlaufend zu prüfen hat, ob eine Krise vorliegt³¹. Erst dann sind die weiteren detaillierteren Prüfungen und Prognosen vorzunehmen.

Auch bezüglich des Laufs der Dreiwochenfrist findet sich im Entwurf noch folgender Widerspruch: Während Tz. 6 des IDW ES 11 dem gesetzlichen Vertreter zubilligt, dass – solange kein schuldhaftes Zögern vorliegt – das noch nicht vorliegende Ergebnis einer eingeleiteten Beurteilung den Beginn der Dreiwochenfrist aussetzt, wird in Tz. 44 des IDW ES 11 auf eine Verkürzung der Dreiwochenfrist (rückwirkender Beginn des dreiwöchigen Fristlaufs zur Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit ab Stichtag des Finanzstatus) hingewiesen, wenn das Untersuchungsergebnis die eingetretene Zahlungsunfähigkeit bestätigt.

6. Fazit

Die Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen verlangt von den gesetzlichen Vertretern von Unternehmen und deren Beratern umfassende Kenntnisse des Insolvenzrechts und der dazu entwickelten Rechtsprechung. Nicht selten wird die Beurteilung von den Unternehmen überhaupt nicht oder nicht regelmäßig vorgenommen und dokumentiert. Gibt es erste Anhaltspunkte für eine (drohende) Krise, sollten die gesetzlichen Vertreter zur Vermeidung von haftungs- und strafrechtlichen Folgen Vorkehrungen treffen, das Vorliegen von Insolvenzeröffnungsgründen regelmäßig zu überprüfen und zu dokumentieren.

Im neuen IDW ES 11 gibt das IDW den Unternehmen und Beratern einen Überblick über die in der InsO verankerten Insolvenzeröffnungsgründe und eine Leitlinie, wie deren Vorliegen überprüft werden kann. Das IDW ersetzt mit diesem im Entwurf vorliegenden Standard nach endgültiger Verabschiedung die aktuell geltenden Verlautbarungen zur Prüfung von (drohender) Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung. Grundsätzlich lassen sich bei diesem Entwurf noch Verbesserungsansätze finden. Wünschenswert wäre eine ergänzende Erläuterung zur grundsätzlich bekannten Abgrenzung der Fortbestehens- zur Fortführungsprognose. Auch sind identische Fragestellungen an verschiedenen Stellen mehrfach behandelt, was teilweise sogar zu Widersprüchen führt. Hier sind die Widersprüche auszuräumen, um dem Ziel einer für die Praxis konkretisierten Handreichung zur Anwendung des Insolvenzrechts gerecht zu werden.

Das IDW hat eine Frist für Änderungs- und Ergänzungsvorschläge zu diesem Entwurf bis zum 12.12.2014 gesetzt. Mit einer Verabschiedung des endgültigen Standards kann dann vermutlich im ersten Halbjahr 2015 gerechnet werden.

²⁹ Vgl. IDW ES 11, Tz. 75.

³⁰ Sog. „Entfristung“ des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs (§ 19 Abs. 2 InsO) durch Beschluss des Deutschen Bundestags vom 9. 11. 2012.

³¹ Vgl. IWS ES 11, Tz. 4, und BGH-Urteil vom 14. 5. 2007 – II ZR 48/06, Rn. 16.