



comes
aktuell

IDW ES 11 „Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen“

EINLEITUNG

Die verspätete bzw. unterlassene Insolvenzantragstellung bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hat für die gesetzlichen Vertreter von Unternehmen nach § 15 a der Insolvenzordnung (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 ist diese Beurteilung ein verpflichtender Bestandteil. Mit dem am 20. Juni 2014 auf der Internetseite des IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer) veröffentlichten Entwurf IDW ES 11 „Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen“ wird vom IDW ein neuer umfassender Standard vorgestellt, der die aktuelle Rechtslage berücksichtigt und insbesondere den Antragsgrund der Überschuldung wieder stärker in den Vordergrund stellt. Der IDW ES 11 ersetzt 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.

Der IDW ES 11 enthält folgende wesentliche Neuerungen bzw. Klarstellungen:

- Deutlicher Hinweis auf die Verantwortlichkeit der gesetzlichen Vertreter des Unternehmens zur regelmäßigen Überprüfung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen
- Die gesetzlichen Vertreter und die von diesen beauftragten Berater haben die Anforderungen des Standards zu beachten
- Beschreibung der Vorgehensweise für eine rückwirkende Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen vor dem Hintergrund einer möglichen Insolvenzverschleppung
- Konkretisierung der Interpretation der Zahlungsunfähigkeit bei einer dauerhaften Liquiditätslücke von weniger als 10%
- Ausführliche Darstellung der Zusammenhänge zwischen Überschuldung und drohender Zahlungsunfähigkeit
- Beschreibung der Besonderheiten bei Cash-Pooling-Systemen

INSOLVENZERÖFFNUNGSGRÜNDE

Als Insolvenzeröffnungsgründe kommen infrage:

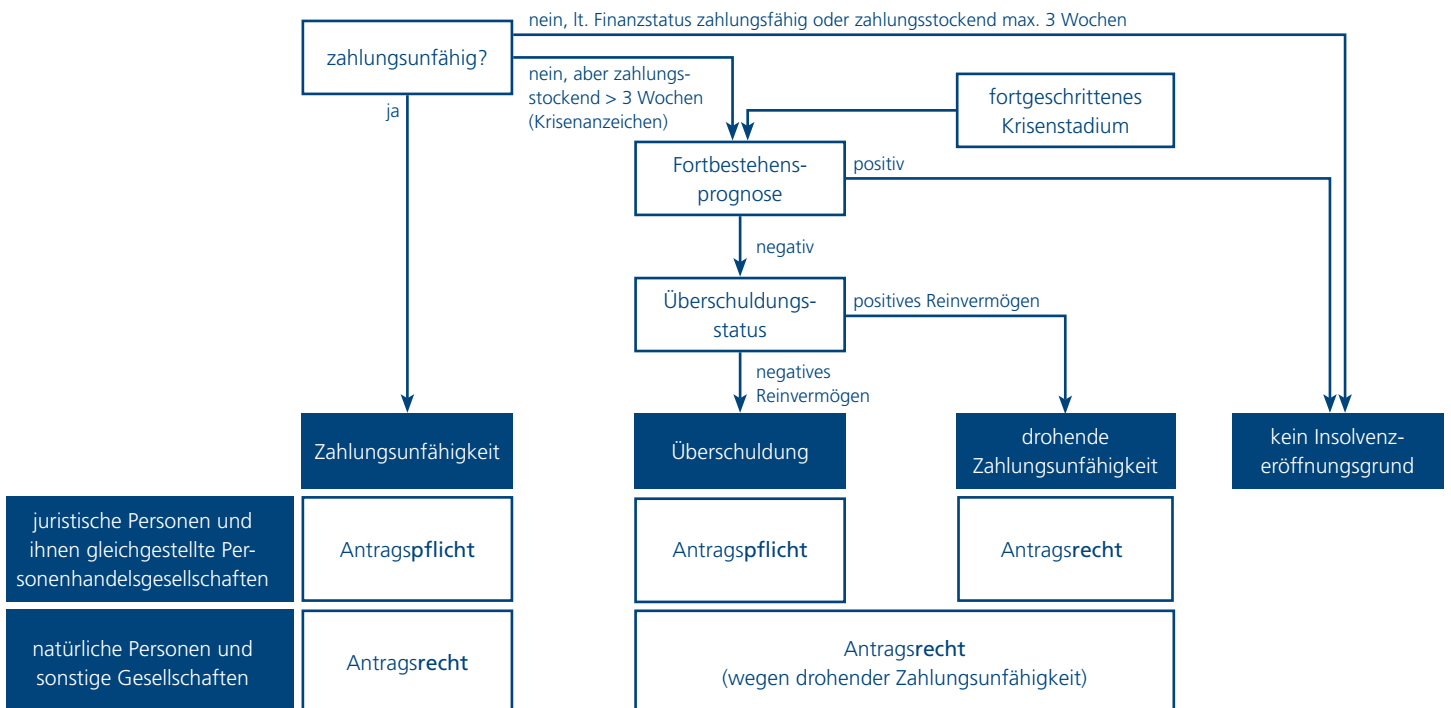
- Zahlungsunfähigkeit (Insolvenzantragspflicht; § 17 InsO)
- Drohende Zahlungsunfähigkeit (Insolvenzantragsrecht; § 18 InsO)
- Überschuldung bei negativer Fortbestehensprognose (Insolvenzantragspflicht; § 19 InsO)

Eine Antragspflicht gemäß § 17 und § 19 InsO besteht nur für juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften i.S.d. § 15a

Abs. 1 und 2 InsO (keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter). Für natürliche Personen und sonstige Gesellschaften gilt lediglich ein Antragswahlrecht.

Der Antrag auf ein Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO ist bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung grundsätzlich möglich, bei Zahlungsunfähigkeit ausgeschlossen.

Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen¹:



¹ In Anlehnung an IDW ES 11, Abb. 1 und Abb. 2

ANLÄSSE BZW. PFLICHTEN ZUR PRÜFUNG 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, der verpflichtet ist, die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten und folgt auch aus § 15a InsO (Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags ohne schuldhaftes Zögern)².

Zur Aufrechterhaltung eines funktionierenden Wirtschaftslebens ist die rechtzeitige Information der übrigen Wirtschaftsteilnehmer über das Vorliegen der Insolvenzreife eines Marktteilnehmers von fundamentaler Bedeutung. Die verspätete oder versäumte Stellung eines verpflichtenden Insolvenzantrages ist deshalb vom Gesetzgeber mit straf- und zivilrechtlichen Sanktionen bedacht worden.

Anlässe, die Insolvenzreife zu beurteilen, sind insbesondere in folgenden Situationen gegeben:

- Bei 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
- Bei Erstellung von Sanierungskonzepten nach IDW S 6 (Feststellungen zur Insolvenzreife)
- Im Vorfeld eines Insolvenzantrags (u.a. auch bei Beantragung des Schutzschirmverfahrens)

Bei der Beurteilung ist bei fehlender Sachkunde der Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers bzw. Beraters einzuholen³. Die gesetzlichen Vertreter dürfen das Ergebnis der Beurteilung abwarten⁴, müssen aber auf eine unverzügliche Auftragsdurchführung und Vorlage des Ergebnisses hinwirken⁵.

DIE BEURTEILUNG DER ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT

Grundlagen

Ein Schuldner ist nach § 17 Abs. 2 zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat⁶.

Von der Zahlungsunfähigkeit ist die **Zahlungsstockung** zu unterscheiden. Bei der Zahlungsstockung ist der Schuldner nur **vorübergehend** unfähig, die fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen⁷.

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 ist.

Auslegung durch die Rechtsprechung

Die Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung ist in verschiedenen Grundsatzurteilen des BGH aus den Jahren 2005 und 2006 behandelt worden. Der BGH billigt einen **Dreiwochenzeitraum** zur Beseitigung der Liquiditätslücke zu⁸. 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 des Einzelfalls zumutbar ist. Dieser sich anschließende Zeitraum kann in Ausnahmefällen drei bis längstens sechs Monate betragen⁹. Die verbleibende dritte Möglichkeit, eine Deckungslücke am Ende des Dreiwochenzeitraums von weniger als 10%, bedeutet hingegen regelmäßig Zahlungsstockung. Dennoch ist zur Betrachtung der Weiterentwicklung ein Liquiditätsplan zu erstellen, der nachweist, dass die Liquiditätslücke innerhalb von drei Monaten bzw. in Ausnahmefällen längstens sechs Monaten vollständig geschlossen werden kann – andernfalls liegt Zahlungsunfähigkeit vor¹⁰.

Vorgehensweise in der Praxis und notwendige Voraussetzungen

Um beurteilen zu können, ob nur eine Zahlungsstockung oder etwa Zahlungsunfähigkeit vorliegt, ist es erforderlich, einen stichtagsbezogenen Finanzstatus und für den folgenden Dreiwochenzeitraum einen zeitraumbezogenen Finanzplan aufzustellen.

Im Finanzstatus werden die verfügbaren liquiden Finanzmittel (Barbestände, Bankguthaben sowie nicht ausgeschöpfte und ungekündigte Kreditlinien) den fälligen Verbindlichkeiten gegenübergestellt. Gestundete Verbindlichkeiten sind nicht in den Finanzstatus aufzunehmen. Stundungsvereinbarungen können durch Branchenübung, Handelsbrauch und konkludentes Handeln zustande kommen. Den Nachweis, dass eine Verbindlichkeit nicht fällig ist, obliegt in jedem Fall dem Schuldner¹¹.

² Vgl. IDW ES 11, Tz. 4

³ Vgl. IDW ES 11, Tz. 2, 7 und 8

⁴ Vgl. IDW ES 11, Tz. 6 und 7; BGH, Urt. v. 14.05.2007 – II ZR 48/06, Rn. 14; BGH, Urt. v. 27.03.2012 – II ZR 171/10, Rn. 18

⁵ Vgl. IDW ES 11, Tz. 7; BGH, Urt. v. 27.03.2012 – II ZR 171/10, Rn. 23

⁶ Vgl. IDW ES 11, Tz. 14 und 19

⁷ Vgl. IDW ES 11, Tz. 15

⁸ Vgl. IDW ES 11, Tz. 15; BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04, Abschn. II. 1.b

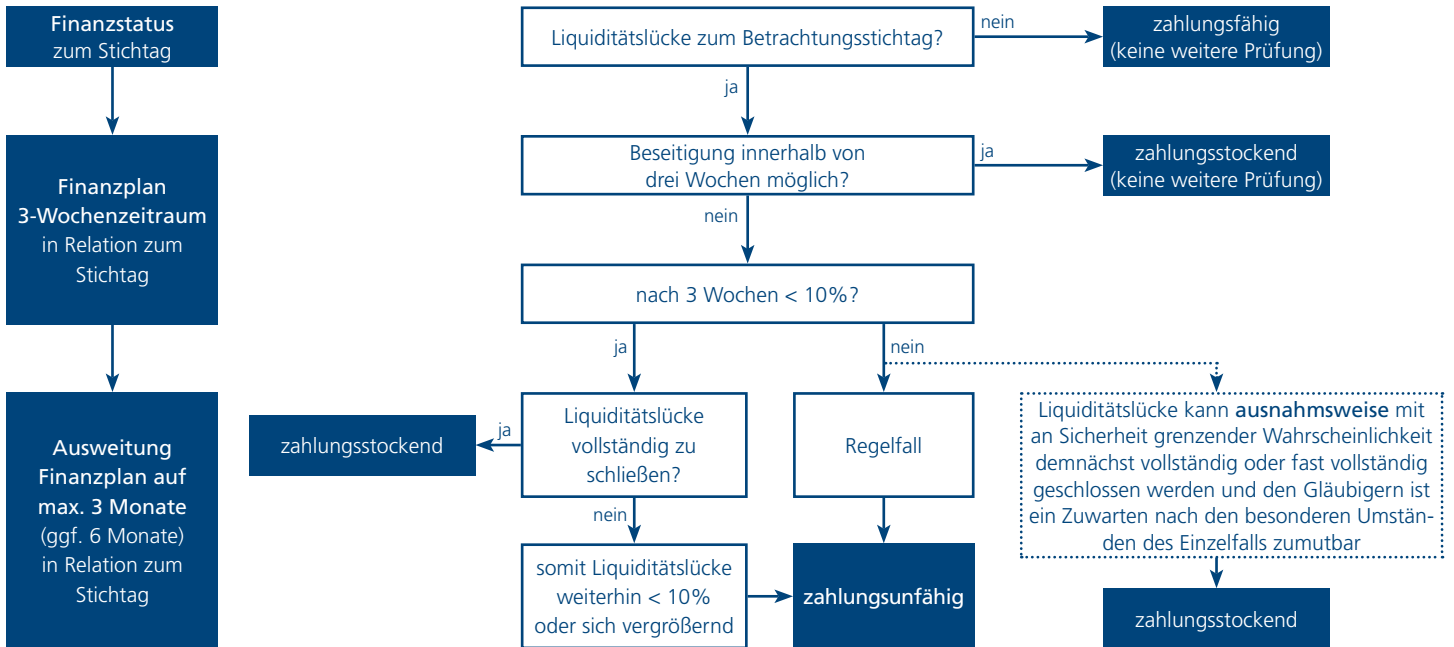
⁹ Vgl. IDW ES 11, Tz. 16; BGH, Urt. v. 24.05.2005 – IX ZR 123/04

¹⁰ Vgl. IDW ES 11, Tz. 17

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). Die Deckungslücke wird weiterhin in Relation zu den fälligen Verbindlichkeiten am Stichtag des Finanzstatus gesetzt¹².

Vorgehensweise bei der Prüfung auf Zahlungsunfähigkeit¹³:



DIE BEURTEILUNG DER DROHENDEN ZAHLUNGSUNFÄHIGKEIT

Zahlungsunfähigkeit droht, wenn nach dem Finanzplan absehbar ist, dass die Zahlungsmittel zur Erfüllung der fällig werdenden Zahlungsverpflichtungen nicht mehr ausreichen und dies durch finanzielle Disposition und Kapitalbeschaffungsmaßnahmen nicht mehr ausgeglichen werden kann¹⁴.

Anders als bei der Zahlungsunfähigkeit kommt bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit nur der Schuldner als Antragsteller infrage.

Die drohende Zahlungsunfähigkeit kann als Wahlrecht jedoch bei juristischen Personen und ihnen gleichgestellten Personenhandels-gesellschaften nur in Betracht kommen, wenn nicht bereits aufgrund negativer Fortbestehensprognose die zwingende Notwendigkeit der Erstellung eines Überschuldungsstatus ein negatives Reinvermögen nachweist. Da dieses häufig der Fall ist, kommt das Wahlrecht der drohenden Zahlungsunfähigkeit selten in Betracht¹⁵; vielmehr führt somit die Beurteilung der Überschuldung zu einem verpflichtenden Insolvenzantragsgrund.

EXKURS: FORTFÜHRUNGS- VS. FORTBESTEHENSPROGNOSE

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 grundsätzlich 12 Monate ab dem Bilanzstichtag (abhängig vom Krisenstadium).

Fortbestehensprognose

Die Fortbestehensprognose ist maßgebend im Krisenstadium und ein Teil der Fortführungsprognose. Der Begriff Fortbestehensprognose ist insolvenzrechtlich geprägt und zielt auf die Finanzkraft des Unternehmens ab. 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.

¹¹ Vgl. IDW ES 11, Tz. 25-28

¹² Vgl. IDW ES 11, Tz. 24

¹³ In Anlehnung an Crone/Werner, Modernes Sanierungsmanagement, 3. Auflage, Seite 19

¹⁴ IDW ES 11, Tz. 92

¹⁵ Vgl. IDW ES 11, Tz. 94

DIE BEURTEILUNG DER ÜBERSCHULDUNG

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 ist¹⁶.

Vorgehensweise in der Praxis und notwendige Voraussetzungen

Methodisch wird bei der Überschuldungsprüfung zweistufig vorgegangen¹⁷:

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 eine Überschuldung vor (Insolvenzantragspflicht)

In der Praxis wird ein Überschuldungsstatus regelmäßig auf Basis eines zeitnahen handelsrechtlichen Jahres- oder Zwischenabschlusses erstellt¹⁸.

Zu beachten ist allerdings, dass die handelsrechtlichen Ansatz- und Bewertungsgrundsätze für den Überschuldungsstatus keine Geltung haben. Wesentliche Unterschiede sind z. B.:

- Berücksichtigung von Liquidationskosten (z. B. Kosten für Sozialplankosten)
- Ansatz von stillen Reserven und Lasten
- Ansatz selbst geschaffener immaterieller Vermögenswerte, soweit sie veräußert werden können
- Berücksichtigung von Ansprüchen gegen Gesellschafter oder Dritte auf vertraglicher Grundlage (insbes. aufgrund belastbarer Liquiditätsausstattungsgarantien, „harter“ Patronats-erklärungen 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 auszugehen. 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 Marktgängigkeit – eher vorsichtig zu bewerten.

FAZIT

Die Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen verlangt vom Unternehmen und dessen Beratern umfassende Kenntnisse des Insolvenzrechts und der dazu entwickelten Rechtsprechung. Nicht selten wird die Beurteilung vom 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 Insolvenzordnung verankerten Insolvenzeröffnungsgründe und eine Leitlinie, wie deren Vorliegen überprüft werden kann. Das IDW ersetzt mit diesem im Entwurf vorliegenden Standard die bisher geltenden Verlautbarungen zur Prüfung von (drohender) Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung.

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 im vorherigen IDW PS 800 Eingang gefunden hat.

Die Beurteilung des Insolvenzantragsgrundes der Überschuldung wird im IDW ES 11 ausführlich vor dem Hintergrund der geltenden Gesetzeslage dargestellt. Insbesondere werden die Zusammenhänge zwischen drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung aufgezeigt und die Konsequenzen daraus beleuchtet.

Das IDW hat eine Frist für Änderungs- und Ergänzungsvorschläge zu diesem Entwurf bis zum 12. Dezember 2014 gesetzt. Mit einer Verabschiedung des endgültigen Standards ist Anfang 2015 zu rechnen.

¹⁶ Vgl. IDW ES 11; Tz. 51

¹⁷ Vgl. IDW ES 11, Tz. 53

¹⁸ IDW ES 11, Tz. 69

IHRE ANSPRECHPARTNER



Konrad Martin

Partner, Hamburg
Telefon: +49 40 7367 68-23
E-Mail: konrad.martin@comes.de

Partner bei der comes Unternehmensberatung, **zertifizierter Restrukturierungs- und Sanierungsberater**, Mitautor verschiedener Fachbeiträge zum Thema Sanierungskonzepte



Bernhard Bieckmann

WP/StB, Bremen
Telefon: +49 421 2222 788-12
E-Mail: bernhard.bieckmann@comes.de

Selbstständiger Wirtschaftsprüfer und Steuerberater mit dem Schwerpunkt Sanierungsberatung, Kooperation mit der comes Unternehmensberatung in zahlreichen Sanierungsfällen

UNSERE STANDORTE

comes Unternehmensberatung Hamburg

Colonnaden 15
20354 Hamburg
Telefon: 040 / 73 67 68-0
Telefax: 040 / 73 67 68-10
E-Mail: hamburg@comes.de
Ansprechpartner: Christoph Kraemer

comes Unternehmensberatung Berlin

Bleibtreustraße 12a
10623 Berlin
Telefon: 030 / 89 04 89-60
Telefax: 030 / 89 04 89-70
E-Mail: berlin@comes.de
Ansprechpartner: Bernd Janker

comes Unternehmensberatung Bremen

Am Wall 196
28195 Bremen
Telefon: 0421 / 22 22 788-0
Telefax: 0421 / 22 22 788-20
E-Mail: bremen@comes.de
Ansprechpartner: Wolfgang Uhlen

comes Unternehmensberatung Oldenburg

Achternstraße 51
26122 Oldenburg
Telefon: 0441 / 35 09 17-90
Telefax: 0441 / 35 09 17-92
E-Mail: oldenburg@comes.de
Ansprechpartner: Dr. Bernhard Becker

Für weitere Informationen besuchen Sie gerne unsere Website: www.comes.de

Stand Juni 2014

© 2014 comes Unternehmensberatung GmbH & Co. KG

Diese Publikation enthält ausschließlich allgemeine unverbindliche Informationen. Sie ist daher nicht geeignet, als Ersatz für eine Beratung bzw. Auskunft zu dienen. Insbesondere kann diese Publikation nicht den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht werden. Trotz sorgfältiger Erstellung dieser Publikation besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität. Bei einer Verwendung handelt der Leser damit auf eigenes Risiko. Die comes Unternehmensberatung GmbH & Co. KG schließt jegliche Haftung für den Inhalt dieser Publikation oder die Folgen jeder Art der Verwendung der enthaltenen Informationen aus. Wir empfehlen Ihnen daher, für Ihr persönliches Anliegen den Kontakt zu unseren Beratern aufzunehmen.