

Schwellenwerte für lohnende Sanierung

Düsseldorf. Das Institut für Insolvenz- und Sanierungsrecht (ISR) veranstaltete am 02.07.2014 das dritte Abendsymposium in der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf zum Thema Sanierungsfähigkeit – Fortführungsprognose und IDW-Standards. Der Teilnehmerkreis setzte sich auch dieses Mal aus zahlreichen Praktikern von Insolvenzrichtern, Insolvenzverwaltern sowie Krisen- und Unternehmensberatern zusammen.

Text: Rechtsanwalt Andreas Budnik, Andres Schneider Rechtsanwälte & Insolvenzverwalter

Referenten der von ISR-Direktor Prof. Dr. Ulrich Noack in Vertretung für die geschäftsführende Direktorin, Prof. Dr. Nicola Preuß, moderierten Abendveranstaltung waren WP/StB Dipl.-Kfm. Bernhard Steffan (Vorsitzender des Fachausschusses Sanierung und Insolvenz des IDW) zur »Sanierungsfähigkeit und Fortführungsprognose aus Sicht des IDW S 6 – Intension und Hintergründe« sowie Richter Frank Frind (Amtsgericht Hamburg) zur »§ 270b-Bescheinigung aus richterlicher Sicht« und Prof. Dr. Georg Bitter (Universität Mannheim) zur Frage »Insolvenzauslösung und Sanierung – Sind die Insolvenzgründe richtig justiert?«.

Steffan stellte in seinem Vortrag zunächst das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) vor und wies darauf hin, dass dessen Verlautbarungen zwar keine unmittelbare Rechtsbindung entfalten, jedoch aufgrund der Selbstverpflichtung für die Mitglieder des IDW bindend seien und zunehmend auch die Gerichte sich auf die IDW-Standards stützten. Diese seien eine »Zusammenfassung einleuchtender Vernunftabwägungen, die bei jeder geplanten Sanierung angestellt werden müssen« (vgl. OLG Köln v. 24.09.2009, 18 U 134/05). Er skizzierte sodann die Meilensteine der Entwicklung der IDW S 6-Standards, deren Intention es ist, Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten verbindlich festzulegen. Damit einher gehe eine enge Ausrichtung an den Erfordernissen des Marktes, d. h., es bestehe ein hoher fachlicher Anspruch, ein hoher Praxisbezug und ein hoher Anspruch an die Qualität des »Sanierers« bezüglich des betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Know-hows. Er wies dabei insbesondere darauf hin, dass ein interdisziplinärer Ansatz verfolgt werden müsse und erforderlich sei. Ziel der Begutachtung sei eine klare und belastbare Aussage für die beteiligten Personen, d. h. Konzeptersteller, Geschäftsführung/Vorstand, Bankmitarbeiter und Wirtschaftsprüfer.

Steffan stellte sodann die Kernanforderungen an das Sanierungskonzept einschließlich der Gliederung dar, die auf der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs basiert. Das IDW S 6 verfolgt ein Stufenkonzept, auf dessen erster Stufe die Frage nach der Sicherung des Unternehmensbestandes steht, letztlich also die Frage, welche Maßnahmen zur Sicherung der Fortführungsfähigkeit im Sinne einer positiven Fortführungsprognose nach § 252 Abs. 1 Ziffer 2 HGB erforderlich sind. Diese erste Stufe beinhaltet die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit, der drohenden Zahlungsunfähigkeit (im Sinne einer Fortbestehensprognose) sowie die Darstellung der erforderlichen operativen Sofortmaßnahmen zum Unternehmenserhalt. Gemeint sei dabei allerdings nur eine kurzfristige Sicherung des Unternehmensbestandes, sodass diese positive Fortführungsprognose eine andere als diejenige bei der Prüfung der Überschuldung sei. Auf der zweiten Stufe ist sodann ein Sanierungskonzept zu erstellen, dessen Umsetzung zur nachhaltigen Rendite- und Wettbewerbsfähigkeit führt. Die Wandlungs- und Adaptionfähigkeit des Unternehmens sollen nachhaltig zurücklernt werden können. Im Vordergrund stünden dabei die strategische Ausrichtung des Unternehmens und leistungswirtschaftliche Sanierungsmaßnahmen. Zentraler Erfolgsfaktor sei stufenübergreifend das Leitbild des sanierten Unternehmens, in dem die Zukunftsstrategie sowie das Geschäftsmodell einschließlich der Umsetzungsfähigkeit des Konzeptes darzustellen sind. Dabei sei auch die Frage zu beantworten, ob die Managementqualität für die Erstellung und Umsetzung des Konzeptes mit Rückhalt für die Stakeholder ausreicht.

Steffan leitete sodann über zu dem Entwurf eines neuen IDW-Standards, der Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen, dem IDW ES 11 vom 06.05.2014. Darin werden der Entwurf zur Beurteilung der eingetretenen oder drohenden



RiAG Frank Frind



Prof. Dr. Georg Bitter



WP/StB Dipl.-Kfm. Bernhard Steffan

Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen des IDW (IDW EPS 800) sowie die Stellungnahme des Fachausschusses Recht (FAR/1996) zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen zusammengeführt und an die aktuelle Rechtslage und Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angepasst. Die IDW ES 11 befassten sich u. a. mit der Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung. Die Standards bejahen beispielsweise bei einer dauerhaft bestehenden Zahlungslücke von weniger als zehn Prozent bereits die insolvenzrechtliche Zahlungsunfähigkeit. Weiter stellte Steffan die handelsrechtliche Fortführungsprognose mit der Regelvermutung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose unter Berücksichtigung des Überschuldungsbegriffs nach § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO gegenüber. Im Ergebnis bedeute die negative Fortführungsprognose im insolvenzrechtlichen Sinne auch eine negative Fortführungsprognose im handelsrechtlichen Sinn.

Viele fehlerhafte 270b-Bescheinigungen vorgelegt

Frind stellte im sich anschließenden Vortrag die Anforderungen an eine Bescheinigung nach § 270b InsO im Schutzschirmverfahren aus gerichtlicher Sicht dar. Er führte damit ein, dass die Bescheinigung dem Zwecke der Verhinderung des Missbrauchs von Schutzschirmverfahren diene. Dieser sei insbesondere dann möglich, wenn der Schuldner über seine Berater einen ihm genehmen Sachwalter mitbringt. Die Bescheinigung diene zudem der Erleichterung der gerichtlichen Prüfung der Eingangsvoraussetzungen für die Durchführung der Schutzschirmverfahren. Regelmäßig würden aber unzureichende oder gar fehlerhafte Bescheinigungen vorgelegt; so verwies er auf die Entscheidung des Amtsgerichts Hamburg unter dem Aktenzeichen 67b IN 22/14, wo in der Bescheinigung nicht einmal die Worte der »drohenden Zahlungsunfähigkeit« erwähnt seien. Trotz Bescheinigung der nicht vorliegenden Zahlungsunfähigkeit stelle sich in der Praxis häufig heraus, dass diese bereits seit Längerem vorgelegen habe. Die Bescheinigungen zeigten oftmals den angestrebten Sanierungsweg nicht auf, und die Perspektive für das Unternehmen bliebe oftmals völlig unklar. Schutzschirmverfahren würden zudem oft nur als »Reklameverfahren« genutzt.

In seinem meinungsfreudigen Vortrag führte Frind sodann aus, dass die Bescheinigung nach § 270b zumindest drei Teile enthalten müsse und zwar zu den Insolvenzgründen der drohenden Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, zur Sanierungsaussicht und zur Qualifikation des Bescheinigers. Die Bescheinigung selbst müsse keine Ausführungen zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit der Eigenverwaltung enthalten, da diese Voraussetzung durch das Insolvenzgericht selbst geprüft werde. Die

Bescheinigung müsse aber nicht den Umfang und die Qualität eines IDW S 6-Gutachtens haben, zumal dort die Zahlungsunfähigkeit nicht definiert sei. Er verwies insofern auf den Entwurf IDW ES 9 zur Bescheinigung nach § 270b InsO (abgedruckt in ZInsO 2012, 536). Da die Definition zur drohenden Zahlungsunfähigkeit noch streitig ist, müsse der Bescheiniger darlegen, welche Definitionen er verwandt hat und sodann anhand der konkreten Fallzahlen darlegen, weshalb nur drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt und diese noch nicht eingetreten ist. Gleiches gelte bei der Überschuldungsprüfung. Bei der Prüfung der Fortführungsprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung wies Frind darauf hin, dass eine Bescheinigung, in der die Sanierungswahrscheinlichkeit bejaht, aber nicht für überwiegend wahrscheinlich gehalten wird (entgegen Zipperer/Vallender, NZI 2012, 729, 731), nicht ausreichend sei.

Die Anforderungen an das in der Bescheinigung darzustellende Sanierungskonzept seien noch sehr streitig und fachwissenschaftlich kaum bearbeitet. Sie reichen von der Darstellung einer Sanierungsidee über mittlere Anforderungen bis hin zur Vorlage eines Grobkonzeptes mit den zentralen Bestandteilen des IDW S 6, aber mit geringerer Substantiierung. Frind vertrat hierzu die Auffassung, dass die Bescheinigung die Eckpunkte des Sanierungsplans enthalten und darin das Sanierungskonzept darzulegen ist. Dieses Sanierungsgrobkonzept habe nicht der Ersteller des Konzeptes, sondern der Bescheiniger nach § 270b InsO zu erstellen.

Frind ging sodann auf den Konzeptinhalt nach dem Muster des BDU (vgl. ZInsO 2013, 2095) ein, wonach das Konzept eine Ertrags- und Liquiditätsplanung bis zur voraussichtlichen Verfahrensaufhebung, die Abbildung der Sanierungsmaßnahmen, das Durchspielen der – auch negativen – Insolvenzeffekte sowie eine Plausibilitätsprüfung zum Umsetzungsstand und weiteren Umsetzbarkeit enthalten muss. Die Eckpunkte des zu ermittelnden Insolvenzplans seien darzustellen. Erforderlich seien einzelfallbezogene Ausführungen, insbesondere zu den Krisenursachen, zu der Bereitschaft von Gläubigern, an der Beseitigung mitzuwirken, unternehmensinterne Maßnahmen sowie der Zeithorizont bis zur Planfertigstellung. Erfolgskritische Punkte seien zu thematisieren und mitzuteilen, wer das Konzept erstellte und zum Sanierungsteam gehört. Auch die Durchführbarkeit des Planverfahrens sei durch die Darstellung und Berücksichtigung insolvenzspezifischer Effekte hinsichtlich der Betriebsfortführung darzustellen, wozu auch die angedachte Gruppenstruktur, die angedachte Finanzierung und besondere Regelungen sowie die Darstellung der Fähigkeit der Unternehmensleitung zur Eigenverwaltung gehören. Die Bescheinigung müsse zudem zeitnah erfolgt sein; eine bereits über eine Woche alte Bescheinigung könne mitunter schon nicht mehr ausreichend aktuell sein. Der



Bescheiniger selbst müsse schließlich auch seine Kenntnisse und Unabhängigkeit darlegen, da das Insolvenzgericht die Befähigung des Bescheinigers von Amts wegen zu prüfen habe.

Was der Prognosezeitraum erfassen sollte

Prof. Dr. Georg Bitter leitete seinen Vortrag »Insolvenzauslösung und Sanierung – sind die Insolvenzgründe richtig justiert?« mit der Feststellung ein, dass im Jahr 2006 72 Prozent und im Jahr 2009 immer noch 66 Prozent der Insolvenzanträge zu spät gestellt wurden. Er ging sodann der Frage nach, ob dies auch an der fehlerhaften Justierung der Insolvenzgründe liegt. Dabei skizzierte er die Grundlage zur Zahlungsunfähigkeit mit dem Schwellenwert der Liquiditätslücke von mehr als zehn Prozent, der Dreiwochenfrist sowie die Wiederherstellung der Liquidität und dem Streitpunkt, ob auch die sogenannten Passiva II zu berücksichtigen sind. Er vertrat die Ansicht, dass in dem Dreiwochenzeitraum auch die Verbindlichkeiten einzustellen sind, die in diesem Zeitraum erst noch fällig werden. Zur drohenden Zahlungsunfähigkeit stellte er den Bezugspunkt der Prognose der Erfüllbarkeit der bestehenden Verbindlichkeiten in der Zukunft dar und erläuterte, dass grundsätzlich bei der Prognose alle Verbindlichkeiten, auch erst die zukünftig entstehenden, theoretisch über einen langen Betrachtungszeitraum miteinzubeziehen sind. So könne ein kompletter Finanzplan sich auch über einen Zeitraum von vier bis fünf Jahren erstrecken. Nur aus Praktikabilitätsgründen erfolge eine Beschränkung auf die nächsten ein bis zwei Jahre, d. h. im Wesentlichen auf das laufende und das nächste Geschäftsjahr. Die Prognosebetrachtung ist bei Betrachtung der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO die gleiche wie bei der Überschuldung nach § 19 InsO.

Bei der Betrachtung der Wahrscheinlichkeit, ob das Unternehmen »voraussichtlich« zur Erfüllung der Verbindlichkeiten nicht in der Lage ist, setze die herrschende Meinung eine Wahrscheinlichkeit von über 50 Prozent voraus. Demgegenüber vertrat Bitter die Auffassung, dass die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit nicht laxer sein dürften als bei der die Antragspflicht auslösenden Überschuldung. Dort sei der Insolvenzgrund nur zu verneinen, wenn die Erfüllung nach »vernünftigem menschlichen Ermessen« gesichert sei. Er führte aus, dass eine andere Betrachtungsweise, die nicht so streng ist, letztlich Spekulation über die Wahrscheinlichkeit der voraussichtlichen Erfüllung der Verbindlichkeiten wäre. Gleiches gelte letztlich hinsichtlich der Beurteilung der Überschuldung nach § 19 InsO. Hier werde auch eine Wahrscheinlichkeit von über 50 Prozent für die Fortbestehensprognose gefordert, jedoch führte Bitter aus, dass die positive Fortführung

des Unternehmens nur dann anzunehmen sei, wenn die Wahrscheinlichkeit nicht nur über 50 Prozent liege, sondern wenn die zukünftige Zahlungsfähigkeit »nach vernünftigem menschlichen Ermessen« gesichert sei. Diese Definition ergebe sich letztlich daraus, dass anderenfalls eine Spekulation über die Wahrscheinlichkeit der Fortführung bei einer Wahrscheinlichkeit von nur knapp über 50 Prozent zu Lasten der Gläubiger geht. Im Ergebnis kam er bei einer vergleichenden Betrachtung der Insolvenzgründe unter Berücksichtigung der jeweiligen Prognoseelemente zu dem Ergebnis, dass bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung zwar verschiedene Bezugspunkte, nämlich die bestehenden bzw. alle Verbindlichkeiten, d. h. bei der Überschuldung bestehende und zukünftige Verbindlichkeiten zu berücksichtigen sind, die Prognosebetrachtungen im Hinblick auf den Wahrscheinlichkeitseintritt aber identisch verlaufen.

Bitter befasste sich sodann mit der Regelung zum Rangrücktritt und führte aus, dass die Rangtiefe nunmehr durch das MoMiG in § 39 Abs. 2 InsO geklärt ist. Streitig ist allerdings noch, ob die im Rangrücktritt enthaltene Unterordnung der Forderung auch für die Zeit vor der Insolvenz erforderlich ist. Seiner Meinung nach seien keine entsprechenden Anforderungen in § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO enthalten, sodass der Rangrücktritt für das eröffnete Verfahren allein ausreiche. Nach anderer Ansicht ist der Rangrücktritt nur dann zu berücksichtigen, wenn dadurch die Forderung auch vorinsolvenzlich nicht durchgesetzt werden kann. Nach dieser Ansicht, der Bitter folgte, ist die Vereinbarung einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre erforderlich. Diese Regelungen seien allerdings nicht auf außenstehende Drittgläubiger übertragbar. Bitter wies sodann darauf hin, dass diese Überlegungen auch bei der Berücksichtigung von Rangrücktritten im Hinblick auf die Zahlungsunfähigkeit gelten, sofern Gläubiger sich für die Zeit vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit einer späteren oder nachrangigen Befriedigung einverstanden erklärt haben. In einem solchen Fall sind diese Forderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen.

Am Ende seines Vortrags ging Bitter auf die Relevanz der Patronatserklärung für die Fortführungsprognose bei der Überschuldung im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO und die Aktivierbarkeit der Forderung im Überschuldungsstatus ein. Zwar wären grundsätzlich Ansprüche gegen Gesellschafter aktivierbar, jedoch seien Mindestbedingung ein verbindlicher Zahlungsanspruch im Sinne einer harten Patronatserklärung und die Insolvenz des Patrons. Im Hinblick auf die Darstellung der Kündigung und den Umfang einer solchen Patronatsverpflichtung schloss sich eine Diskussion zur Anfechtbarkeit dieser Aufhebungsmöglichkeit der Patronatserklärung an. <<