

Der neue IDW ES 11

Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzantragsgründen

Thomas Harmann
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

Der neue Prüfstandard IDW ES 11

A. Einleitung

B. Bedeutung der Insolvenzeröffnungsgründe und IDW ES 11

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11

D. Zusammenfassung, Kritik und Ausblick

Der neue Prüfstandard IDW ES 11

A. Einleitung

B. Bedeutung der Insolvenzeröffnungsgründe und IDW ES 11

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11

D. Zusammenfassung, Kritik und Ausblick

A. Einleitung

- Am 6. Mai 2014 hat der Fachausschuss Sanierung und Insolvenz des Instituts der Wirtschaftsprüfer Deutschland (IDW) einen Entwurf eines neuen IDW-Standards vorgelegt. Dieser IDW ES 11 soll ein Leitfaden sein für die Beurteilung sämtlicher Insolvenzeröffnungsgründe.
- Es können noch bis Ende 2014 Änderungs- und Ergänzungsvorschläge gemacht werden. **Verabschiedung** ist daher **2015 zu erwarten**.
- Bisher Verteilung der Prüfung der Insolvenzgründe auf zwei IDW-Standards:
 - IDW PS 800: Prüfung der Zahlungsunfähigkeit
 - IDW St/FAR 1/1996: Prüfung der Überschuldung
- → IDW ES 11 soll **IDW PS 800 und IDW FAR 1/1996 ersetzen**, da beide älteren Standards im neuen Standard **vereinigt und aktualisiert** werden.

Der neue Prüfstandard IDW ES 11

A. Einleitung

B. Bedeutung der Insolvenzeröffnungsgründe und IDW ES 11

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11

D. Zusammenfassung, Kritik und Ausblick

B. Bedeutung der Insolvenzeröffnungsgründe und IDW ES 11

- Insolvenzeröffnungsgründe gem. § 16 InsO sind
 - Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO;
 - Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO;
 - Überschuldung, § 19 InsO.
- Bei **Überschuldung** und **Zahlungsunfähigkeit** besteht die gemäß § 15a InsO straf- und haftungsbewehrte **Pflicht der Geschäftsführung, einen Insolvenzantrag zu stellen** (nur bei juristischen Personen und vergleichbaren Gesellschaften).
- Bei **drohender Zahlungsunfähigkeit** besteht lediglich die **Möglichkeit** - aber nicht die Pflicht! - **einen Insolvenzantrag zu stellen**, etwa um die Gesellschaft über das Insolvenzplanverfahren zu sanieren.
- Eine verzögerte Insolvenzantragsstellung bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit hat eine Haftung der Geschäftsführung und ggf. Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung zur Folge.

B. Bedeutung der Insolvenzeröffnungsgründe und IDW ES 11

- **BGH-Rechtsprechung** zu den Insolvenzeröffnungsgründen **wird im IDW ES 11 sehr umfassend dargestellt** und für den Praktiker handhabbar gemacht.
- **Abweichung von den IDW-Standards** stellt regelmäßig auch eine **Abweichung von gefestigter BGH-Rechtsprechung** dar und ist daher von einem im Insolvenzrecht erfahrenen Berufsträger gründlich zu prüfen.
- Soweit Probleme bei der Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe noch nicht höchstrichterlich vollständig geklärt sind, stellen die IDW-Standards eine gewisse **Lückenfüllerfunktion** dar: der entsprechende Vorschlag des IDW kann grundsätzlich befolgt werden, ohne negative Folgen fürchten zu müssen.
- Die IDW-Standards haben **keine gesetzliche oder sonstige hoheitliche Geltung**.
 - → reine Verlautbarungen des **nichtstaatlichen** Instituts der Wirtschaftsprüfer.
- Stellen allerdings den **gegenwärtigen Stand der Prüfungstiefe** dar → daher eher unwahrscheinlich, dass ein Verschulden (Fahrlässigkeit oder Vorsatz) bejaht würde, wenn bei der Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe dem IDW ES 11 gefolgt wurde (Exkulpationswirkung).

Der neue Prüfstandard IDW ES 11

A. Einleitung

B. Bedeutung der Insolvenzeröffnungsgründe und IDW ES 11

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11

D. Zusammenfassung, Kritik und Ausblick

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11 - Zahlungsunfähigkeit

- Der Schuldner ist nach § 17 Abs. 2 InsO **zahlungsunfähig**, wenn er **nicht in der Lage** ist, die **fälligen Zahlungspflichten** zu erfüllen.
- **BGH** Einschränkung in Abgrenzung zur bloßen Zahlungsstockung: Beträgt eine innerhalb von **drei Wochen** nicht zu beseitigende **Liquiditätslücke** des Schuldners **weniger als 10 Prozent** seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10 Prozent erreichen wird.
- Der vom BGH vertretene kombinierte finanzstatus- und finanzplanbezogene Ansatz lässt offen, ab wann die drei-Wochen-Prognose zu erstellen ist: wohl überwiegende Auffassung schon bei geringfügigster Unterdeckung. So wohl auch IDW ES 11 Tz. 24.
- **Stellt der Schuldner seine Zahlungen ein**, ist in der Regel von Zahlungsunfähigkeit auszugehen. Das ist dann der Fall, wenn der Schuldner aus Mangel an Zahlungsmitteln aufhört, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen und dies für die beteiligten Verkehrskreise hinreichend erkennbar geworden ist.

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11 - Zahlungsunfähigkeit

- Bei Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit ist nach § 15a InsO unverzüglich, maximal **binnen drei Wochen Insolvenzantrag** zu stellen.
- Es gibt grds. zwei **Methoden zur Prüfung der Zahlungsunfähigkeit**:
 - Auf **stichtagsbezogenen Finanzstatus** und **Finanzplan** basierende Methode
 - Gerichtet auf die aktuelle Feststellung der Zahlungsunfähigkeit bzgl. der Frage ob Antragspflicht besteht
 - **Finanzplan** ist idR **auf 3 Wochen** zu erstellen, anhand Vorgaben aus IDW S 6.
 - **Retrograde Methode** (war zu einem best. Zeitpunkt eine erhebliche Verbindlichkeit fällig, die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch offen war?)
 - Insb. bei der Frage, ob zu einem gewissen Zeitpunkt in der Vergangenheit Zahlungsunfähigkeit vorlag: Haftungsfragen, **Anfechtung** von Zahlungen etc.
- **Indizien für Zahlungsunfähigkeit**: unübliche Nachfrage nach Stundungen, häufige Mahnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche, zurückgegebene Lastschriften, Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen an mehreren Terminen (vgl. BGH NZI 2002, 91; NZI 2003, 322; NZI 2013, 932).

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11 - Zahlungsunfähigkeit

- Im IDW ES 11 nunmehr praxisgerechte Berücksichtigung von verschiedenen Ausprägungen der Stundung. Nicht als fällig zu berücksichtigen sind nicht ernsthaft eingeforderte Verbindlichkeiten: häufig **nicht formal dokumentierte Stundungen**, insb. bei Bankenbeteiligungen. IDW ES 11 hält fest, dass auch solch reine **Stand-Stills** bei der Frage der Fälligkeit zu berücksichtigen sind, d.h. **nicht zu passivieren**. Der Nachweis für das Bestehen der Stundung obliegt aber dem Schuldner.
- Besonderheiten in **Cash-Pooling-Systemen**: Forderungen gegen den Cash-Pool-Führer sind idR im Liquiditätsplan nicht als liquide Mittel anzusetzen, aber im Finanzplan zu berücksichtigen (anders nur bei Banklizenz des Cash-Pool-Führers). War bereits im IDW PS 800 enthalten.
- IDW ES 11 erteilt **klare Absage an sog. Bugwellentheorie**, nach der im Finanzplan nur die fällig werdenden Ansprüche der Gesellschaft (sog. Aktiva II), nicht jedoch die gleichzeitig fällig werdenden Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) einzustellen seien.
- Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit schließt das sog. Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO aus, daher ist frühzeitig zu prüfen, ob Insolvenzantragsgründe vorliegen.

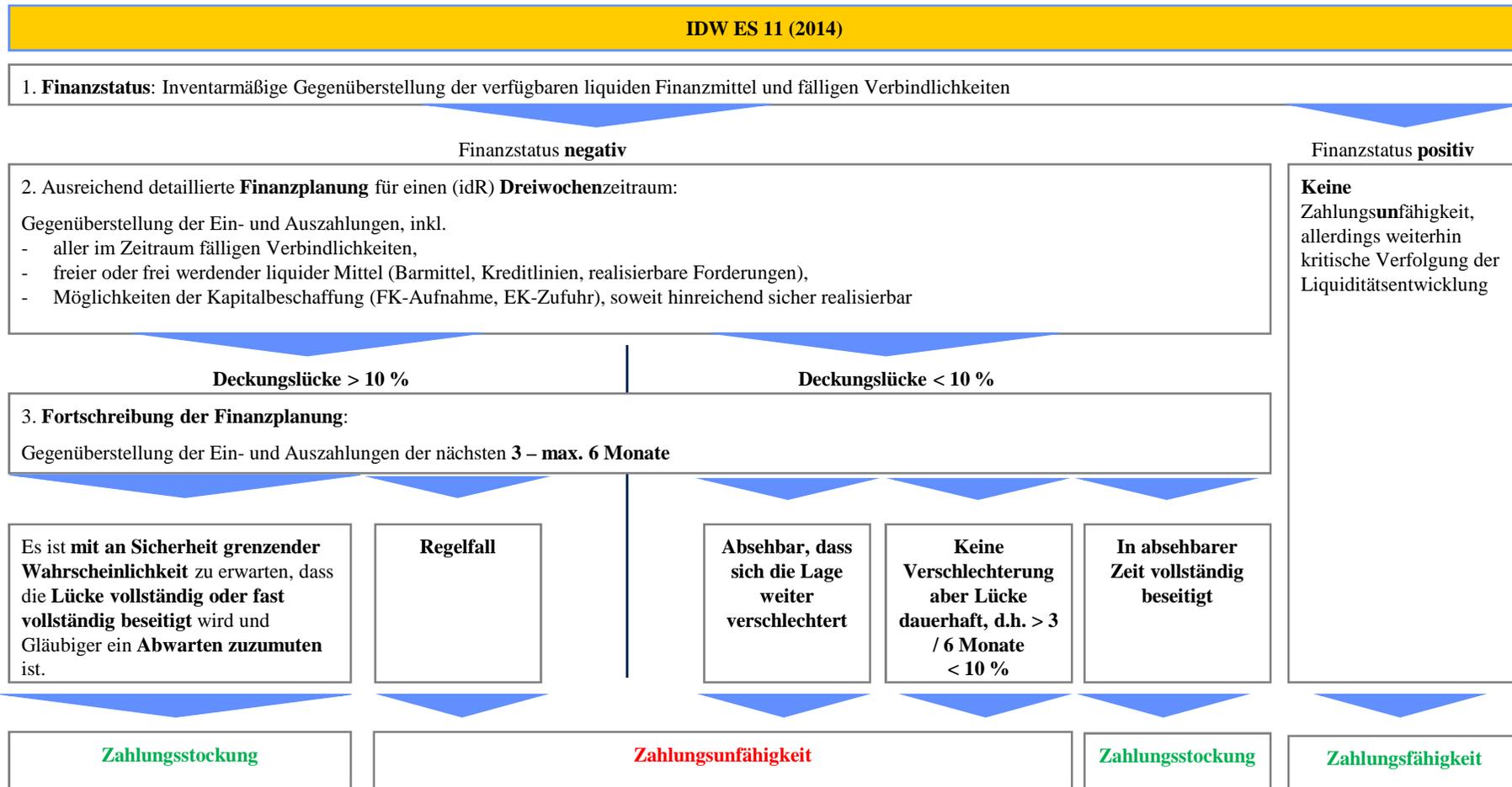
C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11 - Zahlungsunfähigkeit

- Abgrenzung der im Finanzstatus und Finanzplan zu berücksichtigenden **Aktiva**

| Finanzstatus | Finanzplan |
|---|---|
| Barmittel | Forderungen gegen Cash-Pool-Führer |
| Bankguthaben | Geplante Kreditaufnahmen |
| Schecks in der Kasse | Gesellschafterdarlehen |
| Ungekündigte, nicht ausgeschöpfte Kreditlinien | Verkauf nicht betriebsnotwendigen Vermögens |
| Forderungen gegen Cash-Pool-Führer, wenn dieser eine Banklizenz hat | Sämtliche sonstigen einbringbaren Forderungen im betrachtungszeitraum |

- Im **Finanzstatus sind zu passivieren**: aufgrund vertraglicher Regelung fällige Verbindlichkeiten, fällig gestellte Verbindlichkeiten, nicht ausdrücklich genehmigte Überziehungen von Kontokorrentlinien, **nicht** hingegen **streitige Verbindlichkeiten**, bei denen mit einer Inanspruchnahme aufgrund nachvollziehbarer Einwendungen nicht zu rechnen ist und (auch aufgrund der Verkehrsanschauung) als gestundet anzusehende Verbindlichkeiten.
- Im **Finanzplan sind sämtliche** im Betrachtungszeitraum **fällig werdende Verbindlichkeiten zu passivieren**.

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11 - Zahlungsunfähigkeit



C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11 - Überschuldung

- Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich (§ 19 Abs. 2 InsO).
- Nach diesem zweistufigen Überschuldungsbegriff ist regelmäßig
 - zunächst zu prüfen, ob eine positive Fortbestehensprognose gestellt werden kann und
 - wenn dies nicht der Fall ist, ob eine rechnerische Überschuldung vorliegt.
- Vorliegen der Überschuldung hat zwar **Insolvenzantragspflicht** zur Folge, ermöglicht aber (neben dem Insolvenzeröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit) auch den Eintritt in das **Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO**, wenn nicht zugleich Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11 - Überschuldung

- **Fortbestehensprognose:** auf der Grundlage von realistischen, plausiblen Planrechnungen (Bilanz, GuV, Cashflow) ist mittelfristige Überlebensfähigkeit (bis zum Ende des folgenden Geschäftsjahres) des Unternehmens gegeben.
 - Nach IDW ES 11 **reine Zahlungsfähigkeitsprognose** → Frage ob das Unternehmen nach eigenen Planungen in der Lage sein wird, mittelfristig sämtliche fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen → dann soll auch eine rechnerische Überschuldung nicht zur Insolvenz des Unternehmens führen.
 - Abweichend hiervon wird **teilweise auch ein Nachweis der Ertragsfähigkeit** gefordert (sehr str.).
- Kann positive Fortbestehensprognose nicht mit hinreichender Gewissheit (mehr als 50%) bejaht werden, liegt rechtliche Überschuldung vor, wenn nach **Überschuldungsstatus** Aktiva der Gesellschaft nicht ausreichen um sämtliche Verbindlichkeiten zu begleichen.
 - Im Gegensatz zur Handelsbilanz sind die wahren Marktwerte zu Liquidationswerten anzusetzen und **stille Reserven oder stille Lasten aufzudecken**. Insb. auch **Markenrechte**, harte Patronatserklärungen etc.
 - Firmenwert kann angesetzt werden wenn hinreichend konkretisierte Veräußerungsaussichten für Betriebseinheiten bestehen (klargestellt im ES 11!).

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11 - Überschuldung

- Grundgedanke der gesetzlichen Regelung ist die Frage, ob das Unternehmen – da keine Fortbestehensprognose besteht – in seinem aktuellen Bestand außerhalb eines Insolvenzverfahrens ordentlich liquidiert werden könnte. Der Aktivseite sind daher neben den **Passiva noch die weiteren Kosten der Liquidation** gegenüber zu stellen, also diejenigen Kosten, die durch eine Beendigung oder ein vertragsgemäßes Auslaufen von langfristigen Verbindlichkeiten wie Miete, Arbeitnehmer, etc. entstehen, ebenso **Sozialplankosten**.
- Wenn Bilanzwerte eindeutig feststellbar sind, bei Fortbestehensprognose hingegen Unklarheiten und **Prognoseunsicherheiten** bestehen: **Schwerpunkt zunächst auf Bilanz** → im Haftungsprozess liegt die Beweislast für eine positive Fortbestehensprognose beim Geschäftsführer!
 - Schwerpunkt der Prüfung vom Einzelfall abhängig
 - Bei Konzernsachverhalten kann die Fortbestehensprognose häufig auf der Grundlage der Konzernpolitik (Durchfinanzierung von Tochtergesellschaften) oder Liquiditätsausstattungsversprechen schnell bejaht werden
 - Im Einzelfall kann aber auch bei stillen Reserven wie Grundstücken oder fungiblen Markenrechten bilanzielle Überschuldung schnell verneint werden.

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11 - Drohende Zahlungsunfähigkeit

- **Zahlungsunfähigkeit droht**, wenn nach dem Finanzplan für das laufende und kommende Geschäftsjahr **absehbar** ist, dass die **Zahlungsmittel zur Erfüllung der fällig werdenden Zahlungsverpflichtungen nicht mehr ausreichen** und dies durch finanzielle Dispositionen und Kapitalbeschaffungsmaßnahmen nicht mehr ausgeglichen werden kann.
- Nimmt in dem IDW ES 11 nur sehr geringen Raum ein, entsprechend wenig konkrete Prüfungshandreichung. Dennoch Ausweitung im Vergleich zum IDW PS 800.
- Drohende Zahlungsunfähigkeit ist optionaler Insolvenzgrund, d.h. es besteht keine Antragspflicht, aber ein Recht der Geschäftsleitung, einen Insolvenzantrag zu stellen.
- Ausschließlich drohende Zahlungsunfähigkeit liegt vor wenn:
 - gegenwärtig Zahlungsfähigkeit,
 - negative Fortbestehensprognose und
 - positives Reinvermögen im Überschuldungsstatus.

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11 - Drohende Zahlungsunfähigkeit

- Anders als bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit hat Geschäftsleitung bei einem Antrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit vor Stellen des Insolvenzantrages die **Ermächtigung der Anteilsinhaber einzuholen, um ihren internen Pflichten zu genügen**. Zudem Antrag nur von allen Geschäftsleitern oder einzelvertretungsbefugten Geschäftsleitern zu stellen, § 18 Abs. 3 InsO.
- In der Rechtsprechung hat sich noch kein klares Bild abgezeichnet, wann sicher von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit auszugehen ist → drohende Zahlungsunfähigkeit geht sehr häufig mit Überschuldung einher.
 - Daher bei juristischen Personen Pflicht, bei Vorliegen der drohenden Zahlungsunfähigkeit Überschuldung zu prüfen.
- Birgt seit Inkrafttreten von ESUG Manipulationspotential, da bereits bei Darlegung der drohenden Zahlungsunfähigkeit (auch über das **Schutzschirmverfahren** nach § 270b InsO) ein **Insolvenzplan** aufgestellt werden kann, der weitgehende Eingriffe in die Gesellschafts- und Gesellschafterstruktur erlauben.
 - → dadurch mglw. **weitergehende Eingriffe möglich als mit den einfachen gesellschaftsrechtlichen Mitteln** (Beispiel „Suhrkamp“-Fall).

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11 - Zahlungsunfähigkeit - Haftungsfragen

- Zwar keine explizite gesetzliche Pflicht zur Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe, aber zur Vermeidung eigener Haftung der Geschäftsleitung (etwa § 43 Abs. 1 GmbHG, § 15a InsO) wird im IDW ES 11 empfohlen:
 - bereits laufend Controlling- und Prognose-Instrumentarien zu installieren, die der Größe und Komplexität des Unternehmens entsprechen → soll den **Rechtsprechungsvorgaben** genügen, dass Geschäftsführung sich in die Lage versetzen muss, eine Insolvenzgefahr rechtzeitig zu erkennen.
 - Fehlen der Geschäftsleitung eigene vertiefte Insolvenzrechtskenntnisse soll ein externer, unabhängiger, fachlich qualifizierter Berufsträger als Berater hinzugezogen werden.
 - Für die Prüfung der Insolvenzgründe müssen vollständige, verlässliche und schlüssige Informationen vorliegen.
- Mit zunehmender Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage erhöhen sich die Anforderungen an die Frequenz und Dokumentation der Prüfung der Insolvenzeröffnungsgründe.

Der neue Prüfstandard IDW ES 11

A. Einleitung

B. Bedeutung der Insolvenzeröffnungsgründe und IDW ES 11

C. Konkretisierung der Insolvenzeröffnungsgründe durch IDW ES 11

D. Zusammenfassung, Kritik und Ausblick

D. Zusammenfassung, Kritik und Ausblick

- IDW ES 11 ist deutlicher Mehrwert zum 18 Jahre alten IDW St/FAR 1/1996 und zum IDW PS 800, berücksichtigt **zahlreiche Rechtsprechungs- und Gesetzesänderungen** in der Zwischenzeit.
- Auch die Abgrenzung zwischen Überschuldung und drohender Zahlungsunfähigkeit wird in dem neuen Standard erstmals ausgeleuchtet.
- Es wäre insbesondere im Hinblick auf die Frage, ab wann die Insolvenzgründe genauer geprüft werden müssen, eine detailliertere Handreichung wünschenswert:
 - bestimmte Indizien für die Krise,
 - zeitraumbezogene Schwellenwerte, etwa negative Ertrags- oder Cashflow-Entwicklung in zwei aufeinanderfolgenden Jahren.
- Genaue Handreichung für Prüfung der Zahlungsunfähigkeit, insbesondere das Ineinandergreifen von Finanzstatus und Finanzplan wäre wünschenswert, etwa klare und eindeutige Äußerung, dass die drei-Wochen-Prognose uneingeschränkt bereits bei geringfügigster Unterdeckung im Status zu erstellen ist.

D. Zusammenfassung, Kritik und Ausblick

- Wünschenswert wäre auch eine detaillierte Angabe, welcher Grad an Vereinbarung genügt, um im Liquiditätsstatus die Fälligkeit einer Verbindlichkeit entfallen zu lassen.
- Die Angaben zur Fortbestehensprognose sollten um einen Abschnitt beispielhafter Dokumentationserfordernisse ergänzt werden.
- Eine klare Aussage zum Beginn der Insolvenzantragsfrist (Zeitpunkt der objektiven Insolvenz oder Erkennbarkeit der Insolvenz) fehlt bzw. wird im gegenwärtigen Entwurf widersprüchlich dargestellt. An einer Stelle (Tz. 6) wird darauf hingewiesen, dass während einer nicht schuldhaft verzögerten Prüfung eine Antragspflicht nach § 15 a InsO ruht; an anderer Stelle (Tz. 44) wird hingegen angeführt, die Antragspflicht beginne rückwirkend ab dem Stichtag des ersten Finanzstatus/Finanzplanung aus dem sich die Zahlungsunfähigkeit ergab, womit die Dreiwochenfrist zur Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit effektiv verkürzt würde.

Kontakt

Prof. Dr. Stefan Simon

Rechtsanwalt, Steuerberater

stefan.simon@fgs.de

Bonn

Johanna-Kinkel-Straße 2 - 4
53175 Bonn
Telefon 0228/95 94-0
Telefax 0228/95 94-100
bonn@fgs.de

Berlin

Friedrichstraße 69
10117 Berlin
Telefon 030/21 00 20-20
Telefax 030/21 00 20-99
berlin@fgs.de

Frankfurt

MesseTurm
Friedrich-Ebert-Anlage 49
60308 Frankfurt/Main
Telefon 069/717 03-0
Telefax 069/717 03-100
frankfurt@fgs.de

München

Brienner Straße 29
80333 München
Telefon 089/80 00 16-0
Telefax 089/80 00 16-99
muenchen@fgs.de

Repräsentanz Wien

Am Heumarkt 7
1030 Wien
Telefon +43 1/713 08 14
Telefax +43 1/713 08 15
wien@fgs-wien.at

Repräsentanz Zürich

Bahnhofstraße 69a
8001 Zürich
Telefon +41 44/225 70-10
Telefax +41 44/225 70-11
zuerich@fgs-zuerich.ch