

Anmerkungen zur Musterbescheinigung des IdW nach § 270b Abs.1 S. 3 InsO

von Frank Frind , Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht Hamburg)

Das gem. „ESUG“ neue „Schutzschirmverfahren“ nach § 270b InsO ist, richtig angewandt, ein „starkes Sanierungsmittel“¹. Das schuldenrische Unternehmen soll binnen einer Frist von maximal drei Monaten eigenverwaltend mit vollem Zwangsvollstreckungsschutz einen Insolvenzplan ausarbeiten (lassen) können und währenddessen sogar Masseverbindlichkeiten ohne jede Kontrolle begründen können, da § 270 b Abs.3 InsO deterministisch die diesbezügliche Erlaubnis des Gerichtes auf einfachen Antrag anordnet. Der vorläufige Sachwalter darf vom Schuldnerunternehmen bis zur Grenze der „offensichtlichen Ungeeignetheit“ selbst ausgesucht werden.

Das Institut der Wirtschaftsprüfer hat nun in Anbetracht der vorgelegten „Musterbescheinigung“ eine große Chance vertan, um das Vertrauen, das der Gesetzgeber in Schuldner und „Bescheiniger“ bei der zulässigen Verfahrenseinleitung setzt, und das letztlich die absolut unverzichtbare Grundlage zur Durchführung dieses Verfahrens ist², zu stärken. Der Gesetzgeber hat in der Begründung des RegE zum „ESUG“ keine Anhaltspunkte zur inhaltlichen Ausfüllung der Bescheinigung gegeben. Diese soll „mit Gründen“ versehen, aber kein „umfassendes Sanierungsgutachten“ sein.³ Hinsichtlich des „Bescheinigers“ hat der Rechtsausschuss dafür gesorgt, dass dieser personenverschieden vom vorgeschlagenen vorläufigen Sachwalter sein muss und er hat die Notwendigkeit der „stets“ zu wahren Unabhängigkeit des vorläufigen Sachwalters gem. §§ 274, 56 InsO betont.⁴ Daraus wird überwiegend geschlossen⁵, dass Bescheiniger und vorläufiger Sachwalter auch kanzleiverschieden sein müssen; dies dürfte bereits aus § 45 Abs.3 BRAO folgen. Die Vorbemerkungen zur IdW-Bescheinigung verlieren diesbezüglich zur Unabhängigkeit der bescheinigenden Person, insbesondere des Wirtschaftsprüfers, bei dessen Tätigkeit häufig Kanzleiverbund vorliegt, kein Wort (vgl. S.2, Rz. 4,5).

Eine Bescheinigung gem. § 270 b Abs.1 InsO muss für den Insolvenzrichter nicht nur nachvollziehbar sein, sondern so gestaltet und inhaltlich gefasst sein, dass deutlich wird, dass alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, um tatsächlich von einem Schutzschirmverfahren ausgehen zu können. Dazu gehört die Beifügung und Beibringung aller notwendigen Anlagen. Das Gericht muss nicht zurückfragen oder Auflagen zur Ergänzung machen müssen. Es handelt sich im Prinzip um ein insolvenzrechtliches Eilverfahren sui generis bei dem das Gericht aber erwarten kann, da eine Sanierung „nicht aussichtslos“ sein darf, dass das schuldenrische Unternehmen alle relevanten Zahlen und Daten bereits parat hat, denn es soll ja darlegen, umgehend mit einer Insolvenzplanerstellung beginnen zu können.

Eine Bescheinigung hat daher zunächst die gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Verfahrens darzulegen. Dies erfüllt die IdW-Bescheinigung nicht: Der Begriff „drohende Zahlungsunfähigkeit“ wird nicht

¹ Buchalik, ZInsO 2012, 349,356

² Buchalik, ZInsO 2012, 349,356

³ BT-Drs. 17/5712 S.40

⁴ BT-Drs. 17/7511 S.50

⁵ Buchalik, ZInsO 2012, 349, 351; Römermann/Praß, ZInsO 2011, 1576

transparent definiert. In Rn. 9 fehlt ein zeitlicher Horizont für die „Finanzplanung“; der Verweis in Rn. 10 auf den Standard IDW PS 800 ist intransparent. **Drohende Zahlungsunfähigkeit** liegt gem. BGH v. 8.10.2009⁶ vor, wenn eine im Sinne von § 17 Abs.1 S.2 InsO erhebliche Liquiditätslücke unter Berücksichtigung der bestehenden, aber erst künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten und der im entsprechenden Zeitraum verfügbaren Zahlungsmittel voraussichtlich eintreten wird⁷. Gem. OLG Hamm v. 13.4.2010⁸ bestimmt dabei die längste Restlaufzeit der im Prognosezeitpunkt bestehenden Verbindlichkeit die maximale Länge des Prognosezeitraumes und damit das Volumen der potentiell neu entstehenden Verbindlichkeiten. Streitig ist, ob die innerhalb der Drei-Wochen-Frist künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten in die Betrachtung einzubeziehen sind⁹. Hölzle¹⁰ weist dazu einschränkend darauf hin, dass die Verbindlichkeiten stichtagsbezogen, aber die Aktiva-Forderungen des Schuldners noch unter Einbeziehung derjenigen, die in den nächsten drei Wochen fällig werden, berücksichtigt werden können.

Bork¹¹ weist dagegen bejahend zur Frage der „Passiva II“, also derjenigen Verbindlichkeiten, die innerhalb der nächsten drei Wochen fällig werden, darauf hin, dass eine Abgrenzung zur „drohenden“ Zahlungsunfähigkeit leicht falle, wenn deren Prognosezeitraum eben erst hinter der Drei-Wochen-Frist beginne. Lassen sich die Verbindlichkeiten der nächsten drei Wochen und die Altverbindlichkeiten mit den Aktiva der nächsten drei Wochen tilgen, liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor. Vorausgesetzt wird daher: „Neuliquidität zur Tilgung von Neu- und Altverbindlichkeiten“. Kayser will die innerhalb der Drei-Wochen-Frist eingeforderten Verbindlichkeiten berücksichtigen¹².

In der Praxis besteht aber die Möglichkeit des Ausnahmefalles: Umstände, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen, dass die Lücke demnächst geschlossen werden wird. „Demnächst“ soll ein Zeitraum zwischen drei Monaten, aber nicht sechs Monaten sein¹³. Vorauszusetzen ist für eine solche „Ermäßigung“ der Zahlungsunfähigkeitsprüfung durch Einbeziehung der künftigen Entwicklung eine positive Fortbestehensprognose. Im Rahmen einer dynamischen Liquiditätsbetrachtung müssen dann die innerhalb der nächsten drei - sechs Monate bestehenden, auch die nicht fälligen und derzeit gestundeten Verbindlichkeiten berücksichtigt werden, ebenso die in dieser Periode neu entstehenden Verbindlichkeiten. Bei einer „ex-ante-Betrachtung“ wird im Regelfall mit statischen Liquiditätskennziffern nicht sinnvoll gearbeitet werden können, notwendig ist bei der Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit für den Streit um den Insolvenzgrund, im Unterschied zur „ex-post-Betrachtung“ bei der Insolvenzanfechtung, eine integrierte Planungsrechnung¹⁴. Die IdW-Bescheinigung legt nicht dar, von welchen Grundlagen diesbezüglich ausgegangen werden soll.

⁶ ZInsO 2009, 2148=ZIP 2009, 2253, dort Rz.11,

⁷ so auch BGH v. 13.8.2009, ZInsO 2009, 1909

⁸ ZInsO 2010, 1004

⁹ ablehnend: G.Fischer, FS Ganter, 153, 168; weit. Nachweise bei Ganter, ZInsO 2011, 2297, 2298, Fn.15

¹⁰ ZIP 2007, 613

¹¹ ZIP 2008, 1749 m.w. N. zum Streitstand; so auch Frystatzki, NZI 2010, 389; Prager/Jungclaus, FS Wellensiek, 101, 117, weitere Nachweise: Ganter, ZInsO 2011, 2297, 2299 Fn.18, der sich dieser Ansicht ebenfalls anschliesst

¹² Höchststrichtl.Rechtspr. 5.Aufl. Rn. 19

¹³ Fischer, ZGR 2006, 403,408

¹⁴ Plagens/Wilkes, ZInsO 2010, 2114, 2122

Bei den anzuwendenden Voraussetzungen für die Überschuldungsprüfung fehlt ein belastbarer Hinweis auf die Definition einer Fortbestehensprognose, die nach der Ansicht des Bescheinigers eine Überschuldung entfallen lassen würde. Es geht hier in der Regel um eine „Ertragsfähigkeitsprognose“, d.h. die Gesellschaft muss binnen 2 -3 Jahren die Zahlungsfähigkeit halten können.¹⁵ Wird die Gesellschaft binnen eines absehbaren Zeitraumes von 2,5 – 3 Jahren sicher ertragslos und zahlungsunfähig, weil der Wert der schuldnerischen Aktiva dauerhaft reduziert ist, ist sie bereits überschuldet (AG Hamburg v. 2.12.2011, ZInsO 2012, 183=NZI 2012, 85). Auch zeigt die Bescheinigung nebst Vorbemerkungen nicht auf, welche Definitionsgrundlage verfolgt werden soll.

Die Bescheinigung muss zugriffssicher und für das Gericht transparent die vorgenannten Definitionen positionieren und dann den konkreten Sachverhalt dort subsumieren. Die Abgrenzung zur „aussichtlosen“ Sanierung ist nicht nur, wie in Rn. 16-19 der Vorbemerkungen des IdW dargelegt, bereits gegeben, wenn ein von den organschaftlichen Vertretern vorgelegtes „Grobkonzept“ in sich stimmig ist, sondern auch dann nicht, wenn dafür notwendige Dritte, z.B. Hauptgläubiger und Gesellschafter, von vornherein erklärt haben, bei einem solchen Konzept nicht mitwirken zu wollen. Erstaunt nimmt der Leser zur Kenntnis, dass im Horizont der IdW-Bescheinigung Gesellschafter nicht vorkommen und Gläubiger nicht zu konsultieren sind, ihre Befragung ist „nicht erforderlich“ (Rn. 19). Die reine „Willenserklärung“ der gesetzlichen Vertreter zur Sanierung (Rn. 21) ersetzt diese notwendigen Prüfungen der Sanierungsperipherie keinesfalls.

Der Verweis der Verantwortung für den Finanzstatus und den Finanzplan in den ausschließlichen Verantwortungsbereich der gesetzlichen Vertreter des Schuldnerunternehmens (Rn. 25), der sich in der Bescheinigung selbst erneut in Abs.2 wiederfindet, entwertet die Bescheinigung weiter, da damit der „Bescheiniger“ nach IdW-Status zu erkennen gibt, dieses Zahlenmaterial nicht auf Konsistenz geprüft zu haben. Wir haben es mithin bei den Voraussetzungen (hier: Vorbemerkungen) zur IdW-Bescheinigung mit den klassischen Vorbehalten der Wirtschaftsprüfer für ihre Tätigkeitsergebnisse zu tun, die innerhalb der Insolvenzverwaltung dem Kürzel „KPMG“ als bonmot auch eine andere Konnotation beigegeben haben.

Die eigentliche Bescheinigung verweist denn auch, für den Insolvenzrichter völlig intransparent, an verschiedenen Stellen nebulös auf Standards, die der Bescheinigung nicht beigelegt sind (z.B. S.7, Abs.3 auf IdW S 9; S.7 Abs.4 auf IdW PS 800, etc.). Zur Person des „Bescheinigers“ und seinen insolvenzrechtlichen Erfahrungen gem. § 270b Abs.1 S. 3 1.Alt. InsO fehlen jedwede Ausführungen.¹⁶ Die Grundlagen des Untersuchungsansatzes der Bescheinigung werden benannt (S.8), aber nicht deren Ergebnisse, z.B. findet sich keine vermerkte Notwendigkeit, das erwähnte „Grobkonzept“ der organschaftlichen Vertretung beizufügen. Die Gründe für die bisherige Schiefelage des Unternehmens werden nicht mitgeteilt, dem Gericht ist damit auch eine cursorische Beurteilung, ob das bisherige Konzept geeignet sein könnte, diese zu beseitigen, nicht möglich. Gem. § 270 b Abs.1 Satz 2 InsO soll das

¹⁵ Ehlers, NZI 2011, 161; Aleth/Harlfinger, NZI 2011, 166 (ertragsorientierte Prognose); Wuschek, ZInsO 2011, 1734, 1738: Sanierungskonzept; a.A. Frystatzki, NZI 2011, 173 (reine Zahlungsfähigkeitsprognose)

¹⁶ Siehe dagegen Muster Buchalik, ZInsO 2012, 363, unter „I.“

Gericht eine Planvorlagefrist von „bis zu drei Monaten“ bewilligen; die Bescheinigung nach IdW_Standard zeigt für die Bemessung dieser Frist keine Anhaltspunkte auf (reichen z.B. auch 2 Monate, wie weit ist die Planerstellung bereits gediehen?). Die Schlussfolgerung der Bescheinigung („komme ich zu dem Ergebnis...“) ist weder von ihren Definitionsgrundlagen (s.o.) noch hinsichtlich des „Runterbrechens“ auf den konkreten Sachverhalt begründet.¹⁷ Mit anderen Worten: Eine Bescheinigung dieser Art ist das Papier nicht wert, auf dem sie steht. In der Regel werden die Gerichte ohnehin die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Schutzschirmverfahrens amtswegig (§ 5 Abs.1 InsO) sachverständig binnen kurzer Frist prüfen lassen müssen¹⁸, denn das Schutzschirmverfahren birgt Risiken für Gericht, Gläubiger und vorläufigen Sachwalter (§ 270 b Abs.3!). Die Wirtschaftsprüfer des IdW wollen damit augenscheinlich nichts zu tun haben.

¹⁷ Siehe dagegen das Muster von Buchalik, ZInsO 2012, S. 363 unter „III.Gründe“ mit Anlage des Sanierungskonzeptes

¹⁸ BAKInso-Entschiessung v. 15.11.2011, ZInsO 2011, 2223; Frind, ZInsO 2011, 2249, 2261; Buchalik, ZInsO 2012, 349, 352; Obermüller, ZInsO 2011, 1809, 1818; a.A. Desch, BB 2011, 841. Musterbeschluss bei Frind, ZInsO 2012, 389