

Thema: Die Kriterien der Sanierungsfähigkeit vor und in der Insolvenz - Oder: Die Eintrittsbarrieren ins ESUG-Verfahren

Zeitschrift: ZInsO - Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht

Autor: Christoph Hillebrand

Rubrik: ZInsO - Aufsätze

Referenz: ZInsO 2013, 2356 - 2361 (Ausgabe 48 v. 28.11.2013)

Die Kriterien der Sanierungsfähigkeit vor und in der Insolvenz - Oder: Die Eintrittsbarrieren ins ESUG-Verfahren

von Wirtschaftsprüfer/Steuerberater/Dipl.-Kfm. Christoph Hillebrand, Köln *

Mit den folgenden Worten begrüßte die Justizministerin, Frau Leutheusser-Schnarrenberger, am 27.10.2011 das ESUG: "Mit dem heute verabschiedeten Gesetz werden Unternehmenssanierungen einfacher und effektiver. Das Insolvenzrecht ist künftig mehr denn je auf Sanierung statt auf Abwicklung von Unternehmen ausgerichtet. Das Gesetz wird zu einem Sinneswandel hin zu einer neuen Insolvenzkultur beitragen, denn es bietet überlebensfähigen Unternehmen stärker als bisher eine Chance zur Sanierung." ¹

Nunmehr sind fast 2 Jahre vergangen und es stellt sich die Frage, ob dieser erhoffte Sanierungserfolg tatsächlich eingetreten ist. ²

Das Gesetz hat durchaus namhafte Anwender gefunden, die das Schutzschirmverfahren in der Öffentlichkeit bekannt gemacht haben. Der bekannteste Name in diesem Zusammenhang ist wohl der Suhrkamp-Verlag, dessen Antrag auf Schutzschirmverfahren dazu geführt hat, dass sich nicht nur Sanierungs- und Insolvenzrechtsspezialisten mit dem ESUG, sondern auch Autoren, Literaten und Sprachwissenschaftler mit diesem Themenkomplex beschäftigen.

Die nackten Zahlen sprechen jedoch eine andere Sprache. ³ Hiernach ist der Anteil der ESUG-Verfahren an den gesamten Insolvenzverfahren sehr gering.

Aber woran liegt es, dass nach mehr als einem Jahr das Gesetz immer noch nicht den Sanierungserfolg verzeichnet, den sich die Erfinder des Schutzschirmverfahrens davon versprochen haben?

Roland Berger ⁴ hat in einer Studie verschiedene Beteiligte im Verfahren zu ihren ersten Erfahrungen mit dem neuen Verfahren befragt. Immerhin haben 53 % der Befragten geantwortet, dass das Verfahren ihre Erwartungen erfüllt hat. ⁵

Die Befragung hat jedoch auch zum Vorschein gebracht, dass die mit dem Verfahren Befassten die Anforderungen an das Verfahren so hoch geschraubt haben, dass der eine oder andere gar keinen Zugang zum Verfahren gefunden hat. So hat die Studie ergeben, dass 57 % nicht in der Lage waren, ein vollständiges Sanierungskonzept in der Kürze der Zeit auf die Beine zu stellen, ⁶ wobei wahrscheinlich nicht nur die Zeit, sondern vor allen Dingen die Zahlung des Honorars eine Rolle gespielt hat. Dazu kommt, dass in 44 % der Ablehnungsfälle eine unzureichende Bescheinigung gem. § 270b InsO vorlag. Verblüffend ist, dass die mangelnde unternehmensinterne sanierungsrechtliche Kompetenz nur in 37 % der Fälle zur Ablehnung der Eigenverwaltung führte. ⁷

So stellt sich die Frage, ob die mit dem Verfahren Befassten nicht in den rd. 16 Monaten seit Geltung des Gesetzes, die Eintrittsbarrieren in das ESUG-Verfahren so hoch geschraubt haben, dass die Justizministerin nur auf ein baldiges Eintreten ihrer Wünsche zur einfachen und effektiven Unternehmenssanierung hoffen kann.

I. Voraussetzungen des Schutzschirmverfahrens

Voraussetzung für das Schutzschirmverfahren i.S.d. § 270b InsO sind ein Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber nicht das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit, ein entsprechender Antrag auf Eigenverwaltung sowie der Nachweis, dass die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.⁸

Dies sind klare Begriffsdefinitionen. Der "Teufel" steckt jedoch im Detail.

1. Insolvenzantragsgründe

Jeder Insolvenzrechtler kennt eigentlich die in den §§ 17 - 19 InsO geregelten Insolvenzantragsgründe und weiß zu differenzieren zwischen Zahlungsunfähigkeit, drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.

Geht man jedoch ins Detail, so stellt man fest, dass weder die Rechtsprechung noch die Literaturmeinung ein einheitliches Bild abgeben. Man könnte auch sagen: Jeder versteht unter Zahlungsunfähigkeit etwas anders. In einem Punkt sind sich alle Experten einig: Wenn das Unternehmen seine Zahlungen eingestellt hat, dann liegt Zahlungsunfähigkeit vor. Dies ist jedoch in der Praxis ein Fall, der quasi nie vorkommt. So bewegen sich Rechtsprechung, Literaturmeinung

*

Der Autor ist Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung (DStV e.V.).

1

BMJ - *Leutheusser-Schnarrenberger*, Pressemitteilung: Neues Insolvenzrecht - mehr Chancen zur Sanierung, 2011, Online im Internet:

http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2011/20111027_Neues_Insolvenzrecht_Mehr_Chancen_zur_S

.

2

Vgl. *Buchalik*, Intensive Vorbereitung, 2012, S. 28. Online im Internet:

http://www.buchalik-broemmekamp.de/fileadmin/user_upload/Wir_in_den_Medien/2012_JB_Restrukturierung_Buchalik

.

3

Vgl. *Rendels*, INDat-Report 4/2013, 2. Worte vom RiAG *M. Horstkotte*. Online im Internet:

http://glaeubigerkongress.com/wp-content/uploads/2013/07/Kongresse-GI%C3%A4ubigerkongress-INDat-Report-04_2

.

4

Strategie Beratungsgesellschaft.

5

Vgl. *Berger/Noerr/Noerr Consulting*, ESUG-Studie 2012 - Erste Praxiserfahrungen, 2012, S. 11. Online im Internet: http://www.rolandberger.com/media/pdf/Roland_Berger_ESUG-Studie_20121106.pdf .

6

Vgl. *Berger/Noerr/Noerr Consulting* (Fn. 5), S. 21.

7

Berger/Noerr/Noerr Consulting (Fn. 5), S. 23.

8

Vgl. *Graf-Schlicker*, InsO, 3. Aufl. 2012, § 270b Abs. 1.

Hillebrand: Die Kriterien der Sanierungsfähigkeit vor und in der Insolvenz - Oder: Die Eintrittsbarrieren ins ESUG-Verfahren - ZInsO 2013 Ausgabe 48 - 2357 >>

und die Praxis in einem Korridor zwischen Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung und am Ende kann keiner genau sagen, was das eine oder was das andere denn nun ist. Die Entscheidung des BGH v. 24.5.2005 hat versucht, darzustellen, dass es nicht nur schwarz und weiß gibt, sondern auch viele Facetten dazwischen und dass ein Unternehmer, bzw. Geschäftsführer nicht wegen einer kleinen Liquiditätslücke sofort Insolvenzantrag stellen muss.⁹ Daraus sind dann wunderbare Charts entstanden, die differenzieren zwischen Liquiditätslücken von größer oder kleiner 10 % und die sich unterscheiden durch verschiedene Zahlungszeiträume. Diese liegen zwischen 3 und 6 Monaten.¹⁰

Wenn es dann darum geht, diese Zahlungsfähigkeit oder Zahlungsunfähigkeit konkret zu ermitteln, gehen die Geister schon weit auseinander. Die einen vermischen zeitpunktbezogene und zeitraumbezogene Ermittlungsmethoden, die anderen werten mit Begriffen wie Passiva I und Passiva II aus, die in einer zahlungsstromorientierten Betrachtungsweise eigentlich nichts zu suchen haben.

Das Institut der Wirtschaftsprüfer hat mit dem PS 800¹¹ versucht, dem Berufsstand einen praktischen Prüfungsstandard zu geben, damit dieser in der Lage ist, eine solche Feststellung der Zahlungsfähigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit auch rechnerisch vornehmen zu können. Dass die Prüfung der Zahlungsfähigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit in zwei Stufen zu erfolgen hat, dürfte sich mittlerweile durchgesetzt haben. In der ersten Stufe wird ein Finanzstatus aufgestellt.¹² Ist das Ergebnis dieses Finanzstatus positiv, besteht keine Liquiditätslücke. Es liegt Zahlungsfähigkeit vor und weitere Prüfungshandlungen oder Berechnungen sind entbehrlich.

Bei der Frage, wie solch ein Finanzstatus aufzustellen ist, gehen die Meinungen bereits wieder auseinander. Die Wirtschaftsprüfer sind sich einig, dass ein solcher Finanzstatus immer eine zeitpunkt- und nicht eine zeitraumbezogene Betrachtung ist. Mit anderen Worten haben in einem solchen Status zeitraumbezogene Gesichtspunkte wie die Geldein- oder -ausgänge der nächsten 3 Wochen, der nächsten 3 Monate oder anderer Zeiträume nichts zu suchen.

Selbst wenn man sich über die Methode der Ermittlung des Finanzstatus einig ist, trifft man jedoch noch immer auf ungeahnte Probleme.

a) Tag der Aufstellung

§ 270b InsO verlangt, dass zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung drohende Zahlungsunfähigkeit, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt. In vielen Einzelfällen ändert sich dieser Zustand ganz kurz nach Antragstellung, sodass an die Berechnung bzw. Herleitung im Finanzstatus besondere Anforderungen gestellt werden.

Wird der Antrag beispielhaft am 1.9. gestellt, so stellt sich die Frage, ob der Ersteller auf diesen Tag den Status zu erstellen hat. Ist es hierbei zulässig, den Status auch einen oder mehrere Tage vorher zu erstellen und mit bestimmten Berechnungsprämissen das Ergebnis auf den Tag der Antragstellung fortzuschreiben? Hier halten sich die führenden Kommentare bedeckt.

Wer einen solchen Status schon einmal erstellt hat, wird zustimmen, dass es nur hilfreich ist, den Status auf einen bestimmten Stichtag vor der Antragstellung aufzustellen und dann Berechnungsprämissen zu definieren, die zum Tag der Antragstellung ein realistisches Bild der Liquiditätssituation wiedergeben.

b) Unbekannte Zahlungseingänge

Bekanntlich ist der Status die Gegenüberstellung von verfügbaren Finanzmitteln, Barmitteln, Bankguthaben, Schecks, freien Kreditlinien und den fälligen Verbindlichkeiten.¹³ Viele Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr nutzen heute die modernen Zahlungssysteme wie SEPA, Online-Banking genauso wie Factoring. Trotzdem lässt sich auch mit diesen Systemen nicht mit 100%iger Sicherheit garantieren, dass ein bestimmter Zahlungseingang an einem bestimmten Tag tatsächlich im Verfügungsbereich des Unternehmens oder des Schuldners ist. Im Rahmen retrograder Prüfungen kann immer wieder festgestellt werden, dass das Zahlungsverhalten zwar gewissen Gesetzmäßigkeiten folgt, es aber immer wieder tageweise Ausreißer gibt, die nicht vorher bestimmbar sind.

Beispielhaft kommt es immer wieder vor, dass Banken Tage brauchen, um eine Gutschrift tatsächlich durchzuführen. Dies geschieht dann ggf. mit einer Wertstellung 3 Tage zurück und kollidiert mit den Anforderungen des § 270b InsO, wonach der Nachweis zum Tag der Antragstellung zu erbringen ist. Da im Zweifel der zuständige Richter sofort über den Antrag entscheidet, kann nicht zugelassen werden, dass der Finanzstatus in den Tagen nach Antragstellung noch mehrmals korrigiert wird und vielleicht sogar am Ende aus der drohenden Zahlungsunfähigkeit die Zahlungsunfähigkeit wird.

c) Unbekannte Verbindlichkeiten

Der eine oder andere Jurist wird sagen: *Was soll dieser Ausdruck? So etwas gibt es doch gar nicht.* Wer jedoch in der Praxis schon einmal die fälligen Verbindlichkeiten auf den Stichtag feststellen musste, der weiß, dass es bei Eingangsrechnungen, die i.d.R. mit der Post eingehen, es je nach Unternehmensgröße Tage dauern kann, bis diese Rechnungen von

9

Vgl. BGH, Urt. v. 24.5.2005 - IX ZR 123/04. Zitat aus Urteil (ZInsO 2005, 807 unter II.4.b): "Liegt eine Unterdeckung unter weniger als 10 % vor, genügt sie allein nicht zum Beleg der Zahlungsunfähigkeit. Wenn diese gleichwohl angenommen werden soll, müssen besondere Umstände vorliegen, die diesen Standpunkt stützen".

10

Vgl. LG Augsburg, ZInsO 2003, 953; *Bittmann*, wistra 1989, 321, 324; Fachausschuss Recht des IDW, ZIP 1999, 505, 506; AG Köln, ZIP 1999, 1889, 1891 [AG Köln 09.06.1999 - 73 IN 16/99].

11

WPg Supplement 2/2009: IDW PS 800 - Beurteilung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen, S. 42 ff.; FN-IDW 4/2009, 161 ff.

12

Vgl. IDW PS 800, S. 20, 21.

13

Knops/Bamberger/Maier-Reimer, Recht der Sanierungsfinanzierung, 2005, S. 19.

Hillebrand: Die Kriterien der Sanierungsfähigkeit vor und in der Insolvenz - Oder: Die Eintrittsbarrieren ins ESUG-Verfahren - ZInsO 2013 Ausgabe 48 - 2358 << >>

der Poststelle im Einkauf oder in der Buchhaltung ankommen. Diese muss die Rechnungen zusätzlich zentral oder dezentral in den Abteilungen prüfen und freigeben, sodass zwischen dem Zugang im Unternehmen und der Verbuchung in der Betriebsbuchhaltung mehrere Tage vergehen können.

Des Weiteren muss die Fälligkeit der jeweiligen Verbindlichkeit feststellbar sein. Viele Unternehmen versenden Rechnungen, ohne dass überhaupt die Ware den Empfänger erreicht hat, sodass eine solche Verbindlichkeit nicht fällig ist. Dies erfordert mit anderen Worten ein Miteinander zwischen Buchhaltung, Lager und Einkaufsabteilung. Moderne Warenwirtschaftssysteme bieten hierfür zwar Lösungen an, die Praxis zeigt jedoch immer wieder, dass diese Systeme von Menschen bearbeitet werden, die nun mal nicht frei von Fehlern sind.

d) Unschärfe zulässig

Unter Berücksichtigung aller o.g. Berechnungsprobleme stellt sich die Frage, ob Gesetz und Rechtsprechung bei der Ermittlung eines Finanzstatus eine gewisse Unschärfe zulassen.

In der Entscheidung v. 24.5.2005 hat der BGH die sog. 10 %-Grenze eingeführt und in seinem Urteil ausgeführt, dass es eben nicht möglich ist, die Zahlungsunfähigkeit zu 100 % festzustellen. Des Weiteren kann eine gewisse Unschärfe zugunsten des Schuldners nicht ausgeschlossen, sondern muss bewusst in Kauf genommen werden. Überträgt man dies auf die Erstellung eines Finanzstatus, so müsste auch hier eine

Unschärfe von z.B. 10 % geduldet werden, welches dem Ersteller, d.h. dem Unternehmer oder dem Schuldner einen gewissen Ermessensspielraum gibt.¹⁴ Die Notwendigkeit der Praktikabilität spricht dafür, einen solchen Ermessensspielraum zuzulassen.

e) Liquiditätslücke im Finanzstatus

Wie schon an verschiedenen Stellen ausgeführt, hat der BGH mit seiner Entscheidung v. 24.5.2005 eine 10 %-Grenze eingeführt, die aus dem Finanzstatus rechnerisch ermittelt werden soll. Betragen beispielhaft die verfügbare Liquidität 1 Mio. € und die fälligen Verbindlichkeiten 1,1 Mio. €, so ergibt sich eine Liquiditätslücke von 100.000 €. In Prozent beträgt diese Lücke 9,09 %. Betragen die verfügbare Liquidität 600.000 € und die fälligen Verbindlichkeiten 700.000 €, so ist die Liquiditätslücke genauso 100.000 €, in Prozent jedoch 14,29 %. Wenn der Gesetzgeber also mit seiner Entscheidung einen klaren Prozentsatz definieren wollte, so ist dieser durch geschicktes Handeln vor dem Tag der Feststellung deutlich beeinflussbar. Ob dies jedoch im Sinne einer effektiven und schnellen Sanierung ist, bleibt dahingestellt.

2. Finanzplan

Ergibt sich aus dem Finanzstatus ein negatives Ergebnis, ist der Unternehmer bzw. Schuldner verpflichtet, einen Finanzplan aufzustellen und zu ermitteln, ob sich die Liquiditätslücke im Zeitablauf wieder schließt oder dauerhaft bestehen bleibt. Ein solcher Finanzplan ist ausschließlich zeitraumbezogen, d.h. er startet am Zeitpunkt 0 und schaut nach vorne. Der dabei zugrunde zu legende Prognosezeitraum ist abhängig von der Größe der Liquiditätslücke und der Frage, was mit dem Finanzplan untersucht werden soll. In Bezug auf die Zahlungsunfähigkeit wird zunächst ein Zeitraum von 3 Wochen betrachtet. Lässt sich in diesem Zeitraum die Liquiditätslücke nicht schließen, so schaut man erst 3 - 6 Monate und bei der Fortbestehensprognose im Rahmen der Feststellung der Überschuldung auf einen Zeitraum, der das laufende und das folgende Geschäftsjahr umfasst.¹⁵ Im Finanzplan werden die Einzahlungen und Auszahlungen gegenübergestellt und der Saldo tage-, wochen- oder monatsweise fortgeschrieben.¹⁶ Viele Finanzpläne in der Praxis zeigen, dass dieses System immer wieder durchbrochen wird, indem Bestandsveränderungen oder andere liquiditätsunwirksame Bilanz- und GuV-Größen in die Berechnung einfließen. Die von einigen in diesem Zusammenhang verwendeten Begriffe Passiva I und Passiva II sind irreführend, da sie aus der Bilanz stammen und Bestandsgrößen sind.

Die Gegenüberstellung von verfügbarer Liquidität und fälligen Verbindlichkeiten gibt dem Unternehmer/Geschäftsführer klare Handlungsmöglichkeiten, denn nur die fälligen Verbindlichkeiten werden der Liquidität gegenübergestellt.¹⁷ Gelingt es also bspw. mit einem oder mehreren Lieferanten oder den Arbeitnehmern Stundungsvereinbarungen zu schließen, so sind die Verbindlichkeiten nicht mehr fällig. Vielfach lässt sich hierdurch eine sich anbahnende Zahlungsunfähigkeit in eine lediglich drohende Zahlungsunfähigkeit umwandeln.

Auch im Bereich der Erstellung eines Finanzplanes kann durch die Steuerung der Liquidität die Liquiditätslücke über oder unter 10 % gehalten werden.

Bis heute ungelöst ist die Frage, ob eine dauerhafte Liquiditätslücke von unter 10 % aber dauerhaft mehr als 0 % direkt zur Zahlungsunfähigkeit führt. Viele Experten wie auch das Institut der Wirtschaftsprüfer im PS 800 sprechen sich für eine direkte Zahlungsunfähigkeit in diesem Fall aus. Wenn die Entscheidung des BGH v. 24.5.2005 dahin gewertet wird, dass er bewusst eine Zone zwischen schwarz und weiß schaffen wollte, kommt man zu einem anderen Schluss.

Feststellung der Überschuldung

Wie o.a., führt auch die Überschuldung zum Antragsrecht im ESUG-Verfahren.

14

Vgl. BGH, Urteil des IX. ZS v. 24.5.2005 zum Fall IX ZR 123/04, ZInsO, 2005, 807, unter II.4.a).

15

Vgl. *Niering/Hillebrand*, Wege durch die Unternehmenskrise, 3. Aufl. 2012, S. 216.

Hillebrand: Die Kriterien der Sanierungsfähigkeit vor und in der Insolvenz - Oder: Die Eintrittsbarrieren ins ESUG-Verfahren - ZInsO 2013 Ausgabe 48 - 2359 << >>

Nicht nur der "kleine Mann" auf der Straße, sondern auch der eine oder andere Insolvenzfachmann verbindet mit der Überschuldung immer noch die Gegenüberstellung von Vermögen und Schulden. Beispielhaft finden sich in vielen Rangrücktrittsvereinbarungen immer noch die Hinweise, dass mit den Maßnahmen eine Unterbilanz vermieden werden soll. Die bilanzielle Überschuldung hat aber nun mal mit der rechtlichen Überschuldung i.S.d. § 19 Abs. 2 InsO nur so viel gemeinsam, dass die bilanzielle Überschuldung ein Indiz ist, den insolvenzrechtlichen Fragestellungen konkreter nachzugehen.

Der modifizierte Überschuldungsbegriff hat dazu geführt, dass im Rahmen der Feststellung der Überschuldung eine sog. Fortbestehensprognose aufzustellen ist. Das Gesetz spricht dabei von der Fortführung des Unternehmens. Der Begriff der Fortführungsprognose ist jedoch bereits besetzt vom Handelsrecht in § 252 HGB, was landläufig unter der Going-Concern-Prämisse bekannt ist. Insofern hat sich in Fachkreisen die Bezeichnung der Fortbestehensprognose und nicht der Fortführungsprognose durchgesetzt.

Die Fortbestehensprognose ist nichts anderes als ein Finanzplan über einen längerfristigen Zeitraum. I.d.R. umfasst er das laufende und das folgende Geschäftsjahr. Ergibt sich am Ende des Planungshorizonts eine positive Fortbestehensprognose, so liegt keine Überschuldung vor, vice versa.¹⁸

Für die jeweiligen Ansätze im Finanzplan für die Tage, Wochen und Monate gilt das o.g. Mit anderen Worten muss auch hier eine gewisse planerische Unschärfe - wie in allen Planungsrechnungen - zugelassen sein. Entscheidend ist, dass der Ersteller des Finanzplans die Planungsprämissen sauber definiert und vor allem dokumentiert, damit ein Dritter in der Lage ist, bei Änderung der Planungsprämissen die finanziellen Auswirkungen direkt zu ermitteln. Da niemand die Zukunft garantieren kann, bleibt die anzuwendende Grenze hierfür der zukünftigen Rechtsprechung vorbehalten. Es spricht viel dafür, auch hier einen Korridor von 10 % zuzulassen.

3. Zwischenergebnis

Die Ausführungen zeigen, dass allein die Feststellung, ob Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegen, niemals zu 100 % festgestellt werden kann und die Praktikabilität eine gewisse Unschärfe erfordert. Wie hoch diese Unschärfe ist, beispielhaft 10 % bleibt der zukünftigen Rechtsprechung vorbehalten.

Durch taktische Maßnahmen sowie entsprechender Liquiditätssteuerung lässt sich bei ansonsten gleichen Verhältnissen die Höhe der Liquiditätslücke in absoluten Zahlen genauso wie die Liquiditätslücke in relativen Zahlen deutlich beeinflussen.

II. Sanierungsfähigkeit als Entscheidungskriterium

Nachdem oben untersucht wurde, welche tatsächlichen Probleme bei der Feststellung der Insolvenzgründe zu lösen sind, soll nun erörtert werden, welche Kriterien die Sanierungsfähigkeit bestimmen und ob es Unterschiede zwischen den Kriterien vor und in der Insolvenz gibt.

Die Sanierungsfähigkeit ist die zentrale Entscheidungsgrundlage für die Frage "sanieren oder liquidieren?". Letztendlich geht es darum, ob der operative Geschäftsbetrieb als Unternehmenseinheit fortgeführt wird oder nicht. Ob dabei der Rechtsträger erhalten bleibt, ist von untergeordneter Bedeutung, sodass auch die Sanierung durch einen neuen Rechtsträger, z.B. in Form einer Auffanggesellschaft als erfolgreiche Sanierung verstanden wird.¹⁹

Die Rechtsprechung des BGH zu der Frage, was sanierungsfähig ist und welche Anforderungen an Sanierungskonzepte zu stellen sind, ist zum einen nicht umfangreich und zum anderen wenig konkret.²⁰ Beispielhaft führt der BGH aus, dass Sanierungsfähigkeit dann zu bejahen ist, wenn "[...] nach der pflichtgemäßen Einschätzung eines objektiven Dritten im Augenblick des Anteilerwerbs die Gesellschaft objektiv sanierungsfähig ist und die für ihre Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen zusammen objektiv geeignet sind, die Gesellschaft in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren".²¹

Damit hat der BGH zumindest einige Einzelkriterien präjudiziert:

- Danach muss die Sanierungsfähigkeit objektiv gegeben sein sowie der Kontrolle und dem Urteil eines Dritten Stand halten.
- Es müssen konkrete Sanierungsmaßnahmen ergriffen werden.
- Die Sanierung muss in überschaubarer Zeit vollzogen werden können und darf nicht Jahre in Anspruch nehmen.
- Das Ziel der Sanierung ist der durchgreifende Erfolg.

Das Institut der Wirtschaftsprüfer hat sich im Rahmen eines Standards schon vor Jahrzehnten mit der Frage der Sanierungsfähigkeit auseinandergesetzt und im Jahr 2009 mit dem IDW S 6 einen echten Branchenstandard gesetzt. Die Kritik an einzelnen Regelungen im Standard wurde aufgenommen und der Standard im Jahr 2012 überarbeitet.²² Seitdem wird der neue IDW S 6 von allen Seiten gelobt.²³

Sanierungsfähigkeit im Sinne des IDW S 6 liegt vor, wenn ein erwerbswirtschaftliches Unternehmen ergänzend zur

18

Vgl. *Niering/Hillebrand* (Fn. 15), S. 221.

19

Vgl. *Portisch*, Sanierung und Insolvenz aus Bankensicht, 2. Aufl. 2010, S. 313 f.

20

BGH v. 12.11.1992 - IX ZR 236/91 ; BGH v. 4.12.1997 - IX ZR 47/97 ; BGH v. 21.11.2005 - II ZR 277/03 , ZInsO 2006, 148 ; BGH v. 18.10.2011 - II ZR 151/09, ZInsO 2010, 2396 ; OLG Köln v. 24.9.2009 - 18 U 134/05 .

21

Pfefferle, Der Betriebsübergang (§ 613a BGB) als Dealbreaker? Rechtsentwicklung und gestalterische (Sanierungs-)möglichkeiten, 2009, S. 146.

22

Vgl. *Muth*, Die Entwicklung eines Ursachen-Wirkungsmodell der Krisenursachen und Krisensymptome im Rahmen von Unternehmenssanierungen, Diplomarbeit, 2013, S. 9, in: *Becker/Müller/Wobbe*, DStR 2012, 981, 986.

23

Vgl. *Leschke/Rost*, DB 16/2013, 1.

Hillebrand: Die Kriterien der Sanierungsfähigkeit vor und in der Insolvenz - Oder: Die Eintrittsbarrieren ins ESUG-Verfahren - ZInsO 2013 Ausgabe 48 - 2360 << >>

positiven Fortführungsprognose, durch geeignete Maßnahmen nachhaltig sowohl die Wettbewerbsfähigkeit wie auch die Renditefähigkeit wieder erlangt und damit nachhaltig fortführungsfähig ist.²⁴

Demnach reicht eine schwarze 0 für die Bejahung der Sanierungsfähigkeit nicht aus.

1. Sanierungskonzept im Sinne des S 6

Bei der Sanierung geht es nicht nur darum, die Sanierungsfähigkeit des operativen Unternehmensbereichs festzustellen, sondern diese auch in einem Konzept zu dokumentieren, damit es auch Dritten möglich ist, die Chancen und Risiken der Sanierung zu überblicken und sich selbst ein Bild von der Unternehmenssituation und der Sanierungsstrategie zu machen.²⁵ Letztendlich geht es ebenfalls darum, Dritte wie Stakeholder zu überzeugen, sich aktiv in die Sanierung einzubringen.

Das Sanierungskonzept im Sinne des S 6 ist kein Standardprodukt, sondern auf den Einzelfall zugeschnitten. Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat das sog. Stufenkonzept eingeführt, wonach die Ziele der Sanierung unterschiedlich sein können - angefangen von der Beseitigung der Insolvenzgründe bis hin zur vollständigen Wiederherstellung der Renditefähigkeit.²⁶ Allen Sanierungskonzepten ist gemeinsam, dass sie einen gewissen Mindestinhalt haben, der sich wie folgt gliedert:²⁷

- Beschreibung Auftragsgegenstand und Umfang,
- Darstellung der wirtschaftlichen Lage,
- Analyse des Krisenstadiums und der Krisenursachen,
- Darstellung und Ausrichtung am Leitbild des sanierten Unternehmens,
- Maßnahmen zur stadiengerechten Bewältigung der Krise und
- integrierte Unternehmensplanung.²⁸

Gemeinsam ist allen Arten von Sanierungskonzepten auch, dass sie immer mit einer zusammenfassenden Schlussbemerkung schließen. Diese Schlussbemerkung hat eine klare Aussage zu enthalten, ob das Unternehmen sanierungsfähig ist oder nicht.

So kann der Kernsatz der Schlussbemerkung lauten: "Nach meiner/unserer Auffassung ist das Unternehmen unter den im Konzept genannten Bedingungen sanierungsfähig."

In den einzelnen Kapiteln sind sämtliche Unternehmensbereiche von der Forschung über den Einkauf, über die Verwaltung bis hin zum Vertrieb zu durchleuchten und für jeden einzelnen Bereich, aber auch im Sinne des Ganzen, geeignete Maßnahmen herauszufinden, damit das Unternehmen nachhaltig geheilt werden kann. Dabei geht es nicht darum, die theoretisch bestmöglichen Maßnahmen zusammenzuschreiben, sondern die Maßnahmen zusammenzustellen, die im Einzelfall die richtigen sind und auch tatsächlich umsetzbar sind.

So kommt dem Verhalten der Stakeholder im Sanierungskonzept eine besondere Rolle zu.²⁹

2. Sanierungsfähigkeit im ESUG-Verfahren

Wie die Justizministerin damals ausgeführt hat, sollten mit der gesetzlichen Regelung Unternehmenssanierungen einfacher und effektiver werden.

Für den Bereich des ESUG-Verfahrens lautet die gesetzliche Formulierung "[...] und ist die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos, [...]".³⁰ Diese nicht vorliegende offensichtliche Aussichtslosigkeit ist von einem erfahrenen Steuerberater/Wirtschaftsprüfer/Rechtsanwalt oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation, dem sog. Bescheiniger vorzulegen.³¹ Der Gesetzestext setzt also mit den Begrifflichkeiten *offensichtlich* und *nicht aussichtslos* vom reinen Wortlaut her deutlich geringere Anforderungen, als die oben geschilderte Rechtsprechung des BGH zur Sanierungsfähigkeit.

Auch muss für die Feststellung kein Sanierungskonzept aufgestellt werden, sondern die Dokumentation erfolgt mit der Bescheinigung.³²

Schon kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes hat das Institut der Wirtschaftsprüfer mit dem Entwurfsstandard S 9 dargelegt, wie aus seiner Sicht eine solche Bescheinigung aussehen könnte. Die Kritik an diesem Entwurfsstandard war enorm, da vielen die Anforderungen des Instituts der Wirtschaftsprüfer nicht weit genug gingen. Das Institut der Wirtschaftsprüfer hat sich dieser Kritik gestellt und wird in Kürze einen überarbeiteten Standard vorlegen.

Die Meinungen zu Umfang und Inhalt der Bescheinigung sind vollkommen unterschiedlich. Die einen fordern lediglich eine Plausibilitätskontrolle, die anderen ein verkürztes Sanierungsgutachten mit Begründung und wieder andere einen umfassenden integrierten Sanierungsplan.

Mittlerweile haben die verschiedenen Seiten sich angenähert und deuten den Gesetzestext zwischenzeitlich dahin gehend, dass der Begriff *offensichtlich* deutlich geringere Anforder-

24

Vgl. *Brömmekamp/Radner*, Die Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach dem neuen IDW S 6, Nr. 36/2010, S. 153. Online im Internet:
http://www.buchalik-broemmekamp.de/fileadmin/user_upload/Wir_in_den_Medien/2010_sanierungsgutachten_radner.

25

Vgl. *Cone/Werner*, Modernes Sanierungsmanagement Arbeitsrecht, Haftungsrisiken, Insolvenzverfahren, Sanierungskonzept und steuerliche Aspekte, 2. Aufl. 2011, S. 55.

26

Vgl. *Thierhoff/Müller/Illy/Liebscher*, Unternehmenssanierung, 2012, S. 97.

27

Vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., WP Handbuch, 2008, Bd. II, F, Rn. 16.

28

Vgl. *Cone/Werner* (Fn. 25), S. 57.

29

Vgl. *Bickhoff/Blatz/Eilenberger/Haghani/Kraus*, Die Unternehmenskrise als Chance. Innovative Ansätze zur Sanierung und Restrukturierung, 2004, S. 198.

30

§ 270b InsO .

31

Vgl. *Römmermann/Praß*, Das neue Sanierungsrecht für Unternehmen, 2012, S. 186.

32

Vgl. *Depré*, Unternehmenskrise: sanieren oder liquidieren?, 2012, S. 75.

Hillebrand: Die Kriterien der Sanierungsfähigkeit vor und in der Insolvenz - Oder: Die Eintrittsbarrieren ins ESUG-Verfahren - ZInsO 2013 Ausgabe 48 - 2361 <<

rungen an die Bescheinigung stellt als das zugrunde liegende Sanierungskonzept nach S 6. Weiterhin bedeutet *nicht aussichtslos* etwas anderes als *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*.

Die Praxis hat daraus abgeleitet, dass im Rahmen des Bescheinigungsverfahrens nach § 270b InsO kein vollständiges Sanierungskonzept im Sinne des S 6, sondern ein Grobkonzept im Sinne des ESUG-Verfahrens aufzustellen und vorzulegen ist.

Dieses Grobkonzept sollte folgenden Umfang und Inhalt haben:

1. kurze Analyse der Krisenursachen,
2. Skizze des Zukunftsbildes des Unternehmens,
3. Nennung der dafür erforderlichen Sanierungsmaßnahmen,
4. eine grobe Einschätzung der finanziellen Auswirkungen der einzelnen Maßnahmen und eine Einschätzung, ob diese für eine erfolgreiche Sanierung ausreichend sind,

5. eine begründete qualitative Einschätzung der Realisierungswahrscheinlichkeit der einzelnen Maßnahmen.

Damit ist das Anforderungsprofil deutlich geringer, als bei einem Sanierungsgutachten im Sinne des S 6.³³

Dieses deutlich geringere Anforderungsprofil ist zu begrüßen, da in der Krisensituation des ESUG-Verfahrens weder Zeit noch genügend Geld vorhanden sind.

Die Entscheidung muss kurzfristig erfolgen und sie darf nicht den letzten Groschen verschlingen.

III. Zusammenfassung

Die Ausführungen zeigen, dass der Gesetzgeber ein begrüßenswertes Ziel hatte, Unternehmenssanierungen in Deutschland durch eine insolvenzrechtliche Regelung deutlich zu erleichtern. Die bisherigen Fallzahlen bestärken die Kritiker, die von Anfang an gesagt haben, diese Gesetzesnovelle sei ein "Rohrkrepierer".³⁴

Die Probleme bei der Ermittlung der Insolvenzgründe müssen im Einzelfall gelöst werden und es wäre hilfreich, wenn die Rechtsprechung hierzu weitere Hilfestellung leisten würde, indem z.B. die in der Praxis auftretende Unschärfe entsprechend legitimiert wird.

Bzgl. der Frage der Sanierungsfähigkeit, bestehen innerhalb und außerhalb der Insolvenz keine Unterschiede. Letztendlich muss die dauerhafte Renditefähigkeit des Unternehmens wieder hergestellt werden. Unterschiede bestehen jedoch bei den Anforderungen an ein Sanierungskonzept und an eine Bescheinigung i.S.d. § 270b InsO . Hier sind die Anforderungen an die Bescheinigung deutlich geringer, als die an ein Sanierungskonzept, da lediglich ein Grobkonzept erstellt wird. Leitlinien für die Praxis zumindest für die Wirtschaftsprüfer wird der bald erscheinende S9 des IDW liefern.

33

Vgl. *Depré* (Fn. 32), S. 75.

34

Vgl. *Buchalik* (Fn. 2), S. 28.