

Unternehmenssanierung

Bearbeitet von

Michael Thierhoff, Renate Müller, Prof. Dr. Dr. h.c. Jörg Baetge, Matthias Beck, Ursula Bergermann, Katrin Bringezu, Robert Buchalik, Neil Cooper, André Dobiey, Dr. Michael Frege, Arndt Geiwitz, Dr. Burkard Göpfert, André Hater, Burkhard Jung, Deborah King, Volker Kirchgeorg, Guido Koch, Marcus Krumbholz, Günther Mayer, Dr. Matthias Nicht, Dr. Christoph Niering, Klaus Olbing, Christoph G Paulus, LL.M, Stefan Proske, Eva Ringelspacher, Axel Roth, Matthias Schmidt, Thomas Schmidt, Andreas Schneider, Rüdiger Stannek, Timo Tschammler, Sven Undritz, Volker Peter Voss

2., neu bearbeitete Auflage 2016. Buch. XLVI, 901 S. Hardcover

ISBN 978 3 8114 4133 0

Format (B x L): 17 x 24 cm

Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Insolvenzrecht, Unternehmenssanierung

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

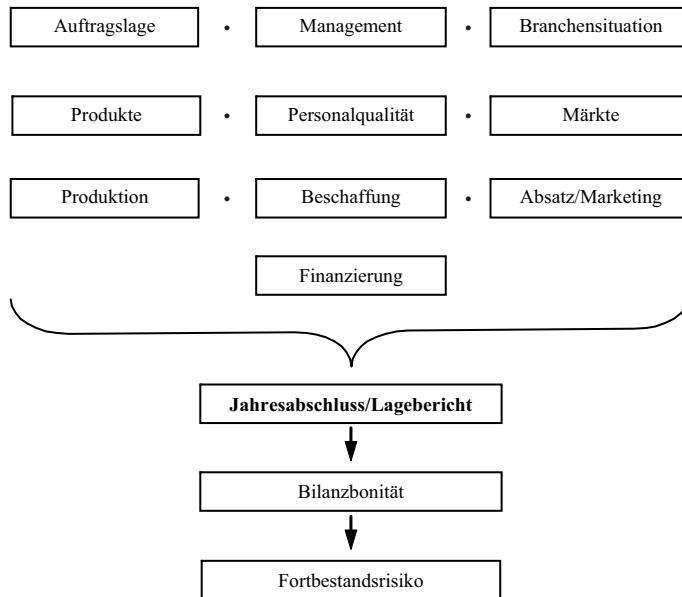


Abb. 11: Der Jahresabschluss als Chancen- und Risikosammler

Im Folgenden wird die Jahresabschlussanalyse als Instrument der Krisenfrüherkennung in ihren verschiedenen Formen behandelt. 154

5. Jahresabschlussanalyse als Top-down-Ansatz zur Krisenfrüherkennung

5.1 Überblick

Gegenstand der Jahresabschlussanalyse ist es, Kennzahlen aus den Bestandsgrößen der Bilanz sowie aus den Stromgrößen der Gewinn- und Verlustrechnung zu bilden sowie die Angaben im Anhang und im Lagebericht zu beurteilen. Hier wird zwischen der klassischen Bilanzanalyse und den modernen, mithilfe von mathematisch-statistischen Methoden entwickelten Verfahren unterschieden. Das Ergebnis der klassischen Bilanzanalyse ist ein (Gesamt-)Urteil über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens.⁹⁷ Das Ergebnis der modernen Jahresabschlussanalyse ist die Gewinnung einer Ausfallwahrscheinlichkeit (Probability of Default, pd) für das Unternehmen auf der Basis der Jahresabschlussanalyse.⁹⁸

Die klassische Jahresabschlussanalyse wurde für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage von Unternehmen durch Unternehmensexterne entwickelt. Sie erweist sich aber auch für die Unternehmensleitung (als Unternehmensinterne) als das wichtigste und einzige Instrument zur zusammenfassenden Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Gesamtunternehmens. Die Jahresabschlussanalyse ist damit zugleich das wichtigste Instrument für die zusammenfassende Beurteilung der Krisenfrüherkennung sowohl für externe als auch für interne Nutzer. Externe Nutzer sind vor allem aktuelle und potenzielle Eigen- und Fremdkapitalgeber. Sie sehen das Unter-

97 Vgl. Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 48, 50.

98 Vgl. Baetge DB 2002, 2281.

nehmen als Investitionsobjekt und möchten als Eigen- oder Fremdkapitalgeber am Erfolg des Unternehmens teilhaben. Dafür müssen sie neben den Chancen auch das Risiko einer Fehlinvestition und eines damit verbundenen (Teil-)Verlustes ihres eingesetzten Kapitals gegebenenfalls in Kauf nehmen und abschätzen. Dies geschieht mit der Ermittlung der Ausfallwahrscheinlichkeit des betreffenden Unternehmens (vgl. Rn. 214). Die mit einer Jahresabschlussanalyse gewonnenen Erkenntnisse sind – wie gesagt – auch für Unternehmensinterne als Top-down-Ansatz unverzichtbar. Denn Unternehmensinterne (z.B. die Unternehmensleitung) können nur mit einer auf den Jahresabschluss gestützten Risikoanalyse (mit einem Top-down-Ansatz) das Gesamtrisiko objektiv ermitteln und die Ergebnisse des Bottom-up-Ansatzes plausibilisieren bzw. kontrollieren.

- 157 Jahresabschlüsse sind zumeist extern zugänglich. Sie bieten damit die Grundlage für eine großzahlige empirisch-statistische Früherkennungsanalyse bzgl. Unternehmenskrisen: Mit mathematisch-statistischen Methoden wurde analysiert, welche **Jahresabschluss-Kennzahlenmuster** bereits Jahre vor einer Insolvenz in Jahresabschlüssen typisch sind. Tatsächlich ist die Forschung diesbezüglich fündig geworden und kann somit nicht nur für die externe Krisenfrüherkennung, sondern auch für Überprüfung der Ergebnisse des internen Risikomanagementsystems genutzt werden.
- 158 In der Folge werden zunächst die klassischen Verfahren der Jahresabschlussanalyse dargestellt. Es wird sich aber zeigen, dass bei der klassischen Jahresabschlussanalyse die in Rn. 102 ff. erläuterten Anforderungen nicht hinreichend beachtet werden (können). Daher werden nach den klassischen Verfahren moderne, objektivierende Verfahren der Jahresabschlussanalyse vorgestellt, die diese Anforderungen zumindest besser als die klassische Jahresabschlussanalyse erfüllen.

5.2 Klassische Verfahren der Jahresabschlussanalyse

5.2.1 Vorgehen der klassischen Verfahren der Jahresabschlussanalyse

- 159 Zu Beginn der klassischen Jahresabschlussanalyse sollte sich der Analyst einen Überblick über die das Unternehmen **bestimmenden Kontextfaktoren** (z.B. Branche, Wettbewerbssituation und Größe des Unternehmens) und die **wirtschaftlichen Rahmenbedingungen** (z.B. allgemeine Konjunktur- und Branchenentwicklung) verschaffen, um spätere bilanzanalytische Ergebnisse vor diesem Hintergrund würdigen zu können. Neben Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung enthalten Anhang und Lagebericht für die Jahresabschlussanalyse Informationen, ohne die der Bilanzanalytiker sich nur ein eingeschränktes Bild von der Lage des Unternehmens machen kann. Eine umfassende Analyse dieser Informationen ist für die Jahresabschlussanalyse unverzichtbar.⁹⁹
- 160 Vor der Kennzahlenberechnung sind erkennbare Informationsmängel des Jahresabschlusses zu beheben und die Daten sind in ein **einheitliches Erfassungsschema** zu überführen, um deren Auswertung vorzubereiten.¹⁰⁰ Abb. 12 zeigt die Schritte der Jahresabschlussanalyse.

99 Vgl. Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 29–31.

100 Vgl. Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 31–35.

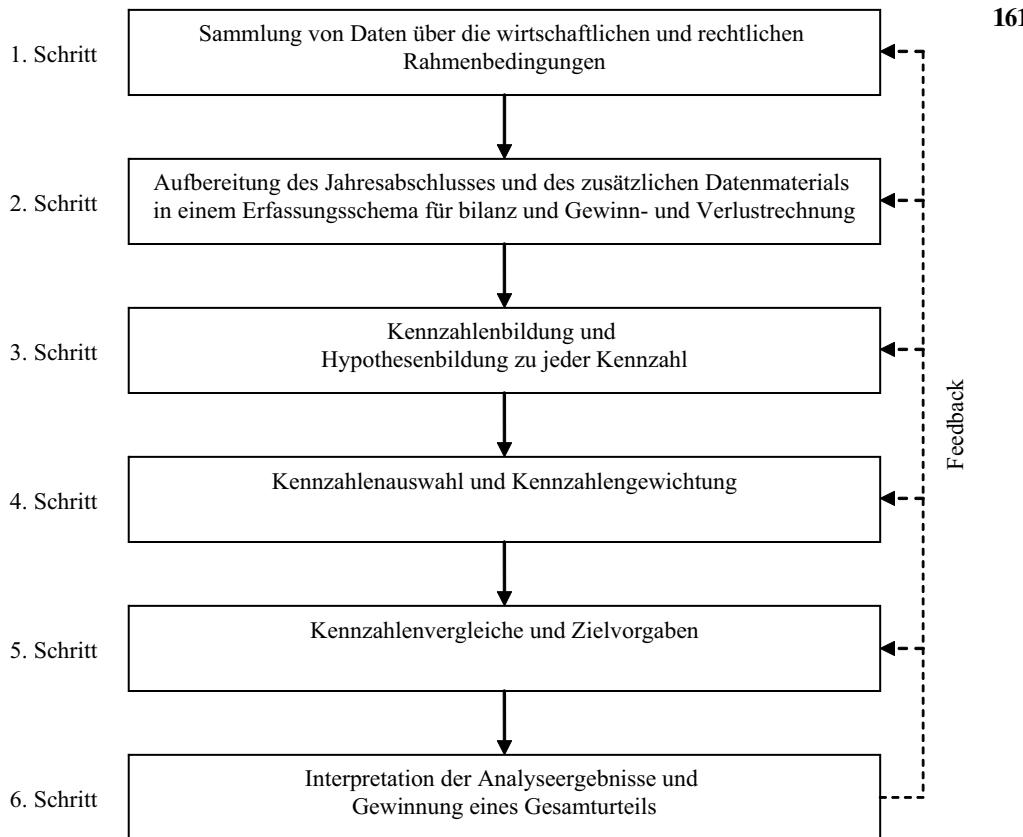


Abb. 12: Die Schritte der Jahresabschlussanalyse¹⁰¹

Nach der Aufbereitung des Zahlenmaterials werden die Daten zu **Kennzahlen** verdichtet. Erst diese Verdichtung der Daten ermöglicht die Analyse der Unternehmenssituation. Betriebswirtschaftliche Kennzahlen charakterisieren einen betriebswirtschaftlichen Sachverhalt in verdichteter Form. Kennzahlen sind entweder absolute Zahlen, z.B. die Bilanzsumme, oder relative Zahlen (Verhältniszahlen), die das Verhältnis von absoluten Zahlen ausdrücken. Für die Jahresabschlussanalyse werden zumeist Verhältniszahlen verwendet, um relevante Sachverhalte auch zwischen verschiedenen großen Unternehmen vergleichen zu können. Voraussetzung für eine Analyse mittels Kennzahlen ist, dass für jede Kennzahl eine Arbeitshypothese gebildet wird, die angibt, ob deren hoher bzw. niedriger Wert zu einem positiven oder negativen Urteil über die wirtschaftliche Lage beiträgt.¹⁰²

Im Rahmen der **Kennzahlenauswahl** müssen aus diesem Katalog die „richtigen“ Kennzahlen – also die im Hinblick auf das Analyseziel geeigneten Kennzahlen – ausgewählt

101 Vgl. Baetge/Sickmann Unternehmen in der Krise, S. 51; Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 25.

102 Vgl. Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 41–43.

werden.¹⁰³ Für eine umfassende Analyse sollten Kennzahlen aus möglichst allen Informationsbereichen des Jahresabschlusses betrachtet werden. D.h. für die finanzwirtschaftliche Analyse sollten Kennzahlen gewählt werden, die die Vermögensstruktur, die Kapitalstruktur und die horizontale Bilanzstruktur (also die Liquiditätslage) analysieren. Die erfolgswirtschaftliche Analyse sollte mit Hilfe von Rentabilitätskennzahlen und der Erfolgsquellenanalyse erfolgen.¹⁰⁴ Bei der klassischen Jahresabschlussanalyse wählt der Analytiker die Kennzahlen selbst, beispielsweise aufgrund seiner persönlichen Erfahrung, oder er wählt einen in der Literatur vorgeschlagenen Kennzahlenskatalog, in dem ein Kennzahlensystem festgelegt wurde (z.B. das sog. Dupont-System mit Eigenkapitalrentabilität und Eigenkapitalquote sowie Return-On-Investment und Umsatzrentabilität und Kapitalumschlaghäufigkeit mit Return-On-Investment). Kennzahlensysteme unterstützen den Bilanzanalytiker dabei, sich systematisch ein möglichst umfassendes Urteil zu bilden.¹⁰⁵

- 164** Eine aus einem konkreten Jahresabschluss gebildete Kennzahl wird erst aussagefähig, wenn sie mit der gleichen Art der **Kennzahl** zeitlich, zwischenbetrieblich oder im Soll-Ist-Vergleich **verglichen** wird. Die ausgewählten Kennzahlen sind also mit einer geeigneten Größe zu vergleichen. Als Vergleichsgrößen für eine Kennzahl kommen in Betracht:
1. Dieselbe Kennzahl in einer anderen Periode: Beim sog. **Zeitvergleich** wird die Kennzahl mit dem Istwert einer früheren Periode verglichen.
 2. Dieselbe Kennzahl eines anderen Unternehmens: Beim sog. **Betriebsvergleich** wird die Kennzahl mit dem Istwert eines Unternehmens der gleichen Branche oder dem Istwert des Branchendurchschnitts verglichen.
 3. Die Ziel-/Soll-Vorgabe für diese Kennzahl: Beim sog. **Soll-Ist-Vergleich** dient ein zuvor ermittelter normativer Sollwert als Vergleichsgröße der Kennzahl.¹⁰⁶

- 165** Die mit den Kennzahlen gewonnenen jeweiligen Teilurteile über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage müssen nun unter Berücksichtigung von qualitativen Informationen z.B. aus dem Lagebericht (vgl. Schritt 1) zu einem Gesamturteil über die wirtschaftliche Lage des analysierten Unternehmens zusammengefasst werden. Die Kennzahlen sind hierzu nach dem subjektiven fachmännischen Urteil des Bilanzanalytikers oder nach den in der Literatur zu findenden Vorgaben zu dem gewählten Kennzahlensystem¹⁰⁷ zu gewichten und zum Gesamturteil zu aggregieren.¹⁰⁸

5.2.2 Probleme und Grenzen von klassischen Verfahren der Jahresabschlussanalyse

- 166** Probleme der klassischen Jahresabschlussanalyse ergeben sich also aus der Notwendigkeit, Kennzahlen mehr oder weniger subjektiv auszuwählen, zu gewichten und zusammenzufassen: Bei der herkömmlichen Jahresabschlussanalyse ist die Auswahl der Kennzahlen als subjektiv zu bezeichnen, weil der Analyst gemäß seiner eigenen Erfahrung eine Auswahlentscheidung trifft. Dieses Problem lässt sich auch nicht

¹⁰³ Bspw. konnte nachgewiesen werden, dass die Informationsbereiche „Rentabilität“ und „Verschuldung“ den größten Einfluss auf die Ausfallwahrscheinlichkeit eines Unternehmens hatten, vgl. Baetge DB 2002, 2286.

¹⁰⁴ Vgl. Baetge/Sickmann Unternehmen in der Krise, S.52–67.

¹⁰⁵ Vgl. Everling/Holschuh/Leker/Baetge/Melcher/Schmidt S. 3 f.; Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S.43–46.

¹⁰⁶ Vgl. Baetge DB 2002, 653; Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 46 f.

¹⁰⁷ Vgl. bspw. zum Saarbrücker Modell Küting/Weber S. 423 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 48.

durch die Anwendung eines allgemein bekannten Kennzahlensystems beheben, da sich der Analyst (auch) subjektiv zwischen vordefinierten subjektiv gebildeten Kennzahlenkatalogen entscheidet. Damit wird das **Objektivierungsprinzip** verletzt, weil bei der herkömmlichen Jahresabschlussanalyse keine objektiven Verfahren verwendet werden (können), um die für das Urteil relevanten Kennzahlen auszuwählen, zu gewichten und zusammenzufassen.

Die üblichen Kennzahlen der klassischen Jahresabschlussanalyse sind nicht darauf angelegt, bilanzpolitische Maßnahmen zu neutralisieren; bei ihrer Verwendung geht der Bilanzanalytiker zumeist implizit davon aus, dass keine Bilanzpolitik vom Bilanzierenden gemacht wird.¹⁰⁹ Ein auf diese Weise gewonnenes Ergebnis der klassischen Jahresabschlussanalyse wäre indes durch bilanzpolitische Maßnahmen verfälscht, sofern das zu analysierende Unternehmen das Bild seiner wirtschaftlichen Lage durch bilanzielle Ansatz- und Bewertungswahlrechte, Ermessensspielräume sowie durch bilanzpolitisch motivierte Sachverhaltsgestaltungen (sog. financial engineering) geschönt oder auch verschlechtert hat.¹¹⁰ Das **Neutralisationsprinzip** wird verletzt.

Die mit der klassischen Jahresabschlussanalyse gewonnenen Teilurteile über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage können zudem **widersprüchlich** sein, wenn diese Teilurteile über ein und dasselbe Unternehmen teils eine bestimmte gute Teillage und teils eine andere bestimmte schlechte wirtschaftliche Teillage indizieren. Mit Hilfe einiger weniger ausgesuchter Kennzahlen kann der Bilanzanalytiker zwar auf einfache Weise ein subjektives Vor-Urteil bilden. Dabei ist indes nicht sichergestellt, dass alle für das Urteil relevanten Kennzahlen in seine Beurteilung einbezogen werden. Dem **Ganzheitlichkeitsprinzip** wird also nicht entsprochen. Somit ist nicht gewährleistet, dass sämtliche für eine Beurteilung der Existenzgefährdung des Unternehmens tatsächlich und empirisch relevanten Kennzahlen ausgewählt worden sind.¹¹¹

Der Jahresabschluss als Informationsbasis für die klassischen Verfahren der Jahresabschlussanalyse ist zumindest bei Kapitalgesellschaften leicht verfügbar, weil diese zur Offenlegung ihres Jahresabschlusses verpflichtet sind. Die Daten können indes nicht direkt aus dem Jahresabschluss für die Kennzahlberechnung verwendet werden. Sie müssen zunächst aufbereitet werden (vgl. Rn. 161 f.). Der Aufwand für die Datenaufbereitung sollte mit dem Informationsnutzen aus der Analyse verglichen werden, um die **Wirtschaftlichkeit** des Verfahrens zu wahren.

Die klassische Jahresabschlussanalyse ist vergangenheitsorientiert, weil das Urteil mit den gesetzlich vorgeschriebenen vergangenheitsbezogenen Jahresabschlüssen gebildet wird. Die Aussagekraft der Jahresabschlussanalyse wird darüber hinaus geshmäler, wenn die Jahresabschlüsse – wie häufig in der Praxis – erst Monate nach dem Bilanzstichtag vorgelegt werden.¹¹² Vor diesem Hintergrund ist die Erfüllung des **Frühzeitigkeitsprinzips** in Frage zu stellen (vgl. Rn. 106).

Um alle diese Mängel der herkömmlichen Jahresabschlussanalyse zu vermeiden, sind Analyseverfahren entwickelt worden, die mit einer sehr großen Zahl an Jahresabschlüssen von solventen und von später insolventen Unternehmen sowie mit bilanzpo-

¹⁰⁹ Vgl. Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 37–39; Büschgen/Everling/Baetge/von Keitz/Wünsche S. 480.

¹¹⁰ Vgl. Baetge WPg 1980, 653 f; Baetge DB 2002, 2281; Baetge/Melcher Schmidt Credit analyst, S. 4.

¹¹¹ Vgl. Everling/Holschuh/Leker/Baetge/Melcher/Schmidt S. 4; Baetge DB 2002, 2281.

¹¹² Vgl. Büschgen/Everling/Baetge/von Keitz/Wünsche 2. Aufl. 2007, S. 477 f.

litik-konterkarierenden Kennzahlen die Lage des Unternehmens an typischen Kennzahlenmustern von später insolvent werdenden Unternehmen beurteilen. Damit steht die sog. „moderne“ Jahresabschlussanalyse zur Verfügung, mit der aktuelle Jahresabschlüsse auf die derzeitige und künftige Bestandsfestigkeit des betreffenden Unternehmens geprüft werden können. In der Folge werden die modernen Verfahren der Bilanzanalyse vorgestellt. Zu prüfen ist, ob bei diesen Verfahren die in Rn. 102 ff. genannten Anforderungen erfüllt werden.

5.3 Moderne Verfahren der Jahresabschlussanalyse

5.3.1 Überblick

- 172 Unter „modernen“ Verfahren der Jahresabschlussanalyse werden **Bilanzratingsysteme** verstanden, bei denen die Kennzahlen zur Beurteilung der (Bilanz-)Bonität von Unternehmen mit Hilfe von empirisch-statistischen Verfahren aus einem großen Katalog (auch von bilanzpolitik-neutralisierenden) Kennzahlen als die typischen Kennzeichen für Bestandsfestigkeit ausgewählt und gewichtet werden. Ziel dieser Verfahren ist es, die aktuelle wirtschaftliche Lage und auch die künftige wirtschaftliche Entwicklung eines Unternehmens auf Basis einer Zeitreihe von dessen letzten Jahresabschlüssen zu beurteilen. Mit Hilfe der Verfahren soll eine Aussage zum Ausmaß der Existenzgefährdung eines jeden Unternehmens gemacht werden.¹¹³
- 173 Da die im Jahresabschluss dargestellte wirtschaftliche Situation des Unternehmens durch bilanzpolitische Maßnahmen beeinträchtigt sein kann, ist generell zu versuchen, die genutzten Ansatz- und Bewertungswahlrechte, Sachverhaltsgestaltungen und Ermessensspielräume durch die Bildung sog. „**intelligenter**“ **Kennzahlen** zu neutralisieren. Die Kennzahlen werden hierzu nach dem Prinzip „*Creative accounting needs creative analysing*“¹¹⁴ modifiziert, d.h. dass möglichst alle denkbaren bilanzpolitischen Maßnahmen konterkariert werden.¹¹⁵
- 174 Als mathematisch-statistische Verfahren wurden zur Entwicklung der modernen Verfahren der Jahresabschlussanalyse u.a. die **Multivariate Diskriminanzanalyse**, die **Künstliche Neuronale Netzanalyse** und die **Logistische Regression** mit großem Erfolg eingesetzt. Im Gegensatz zur klassischen Jahresabschlussanalyse werden die Auswahl, die Gewichtung und die Zusammenfassung einzelner Kennzahlen zu einem Gesamturteil bei der modernen Jahresabschlussanalyse nicht subjektiv durch den Jahresabschlussanalytiker vorgenommen, sondern anhand der Auswertung tausender Jahresabschlüsse mit empirisch-statistischen Verfahren. Auf diese Weise lassen sich die typischen Kennzahlenmuster von mehr oder weniger bestandsgefährdeten Unternehmen schon Jahre vor einer Insolvenz aus dem Jahresabschluss des noch als solvent geltenden Unternehmens erkennen.
- 175 Eine große Zahl von Jahresabschlüssen von gesund gebliebenen Unternehmen und von kranken, d.h. von bis zu drei Jahren später insolvent gewordenen Unternehmen bildet die Datenbasis für die Verfahren der modernen Jahresabschlussanalyse. Aus der Datenbasis werden **Kennzahlenfunktionen** extrahiert, mit deren Hilfe Krisenfrüher-

113 Vgl. Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 52 f.; Büschgen/Everling/Baetge/von Keitz/Wünsche S.478.

114 Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 164.

115 Vgl. Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 164–166; zur Bildung einer kreativen Kennzahl vgl. Baetge/Kirsch/Thiele Bilanzanalyse, S. 166–174.

4.2.3 Unentgeltliche Leistung

Sieht der Kreditgeber die Rückzahlung älterer Kredite in der Zukunft gefährdet, wird er ein Stillhalten, einen Verzicht auf die Geltendmachung von Kündigungsrechten oder eine Prolongation häufig davon abhängig machen, dass ihm weitere Sicherheiten zur Absicherung der Kreditrückzahlungsansprüche bestellt werden. Ist der Kreditnehmer dazu selbst nicht in der Lage, werden auch Sicherheiten durch Dritte, wie z.B. Schwestergesellschaften und Muttergesellschaften bestellt. 288

Die nachträgliche Besicherung einer fremden Schuld kann vom Insolvenzverwalter eines später insolventen Sicherungsgebers gegenüber dem Kreditgeber als **unentgeltliche Leistung** nach § 134 Abs. 1 InsO angefochten werden, wenn der Kreditgeber als Zuwendungsempfänger keine ausgleichende Gegenleistung erbracht hat.⁴¹² Die **Unentgeltlichkeit** i.S.d. § 134 Abs. 1 InsO liegt unabhängig davon vor, ob der Schuldner gegenüber dem mittelbar begünstigten Drittgeschuldner – etwa im Rahmen einer konzernähnlichen Abrede – zu der Leistung verpflichtet war oder ob er ein eigenes Interesse an der Leistungserbringung hatte.⁴¹³ Auch das bloße **Stehenslassen des Darlehensrückzahlungsanspruchs** ist nach der Rechtsprechung des BGH keine ausreichende Gegenleistung, da das bloße Unterlassen der Rückforderung **keine Zuführung eines neuen Vermögenswertes** darstellt.⁴¹⁴ Der Kreditgeber wird damit in Insolvenzanfechtungsprozessen nicht einwenden können, er habe das Darlehen fällig stellen können.

Da die Insolvenzanfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO keine weiteren subjektiven Voraussetzungen hat, können Insolvenzverwalter ohne erheblichen Aufwand Sicherheiten, die für fremde Verbindlichkeiten in einem Vier-Jahres-Zeitraum vor dem Insolvenzantrag gestellt wurden, für die Insolvenzmasse zurückgewinnen. 290

V. Berater

Die wohl dynamischste Entwicklung unter Haftungsgesichtspunkten ist im Zusammenhang mit Beratern⁴¹⁵ zu beobachten.⁴¹⁶ Erfahrungsgemäß teilen sich Unternehmensberater, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte/Fachanwälte für Insolvenzrecht sowie Insolvenzverwalter (nachfolgend ohne Unterscheidung nur „Berater“) das Feld der Unternehmenssanierung/Krisenberatung. In gleichem Maße, wie Fälle der Unternehmenssanierung/Krisenberatung in der Öffentlichkeit verstärkt wahrgenommen werden, wird auch die Unternehmenssanierung deutlich häufiger zum Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen, aus denen sich ein **zunehmender Haf-** 291

412 BGH ZIP 2006, 957.

413 BGH ZIP 2006, 1362.

414 BGH ZIP 2009, 1122.

415 Das KredReorgG sieht Sanierungsberater als Beteiligte bei der Reorganisation von Kreditinstituten vor. Auf die speziellen Haftungsgefahren solcher Sanierungsberater soll hier nicht eingegangen werden. Die Rechtsstellung dieses Sanierungsberaters wird in § 4 KredReorgG beschrieben. Für Verletzungen von Pflichten nach dem KredReorgG haftet der Sanierungsberater gem. § 4 Abs. 3 KredReorgG. Näher zum KredReorgG 11. Kap. Rn. 285 ff.

416 Die 1. Auflage berücksichtigt die Rechtsprechung bis September 2011. Aufgrund maßgeblicher Entscheidungen zur Beraterhaftung ab dem Jahr 2012 wurde das 8. Kap. zur Beraterhaftung in dieser Auflage in wesentlichen Teilen neu gefasst.

tungsdruck⁴¹⁷ für Berater ergibt. Neueren Entscheidungen gemeinsam sind eröffnete Insolvenzverfahren nach (möglichen) Beratungsfehlern und eine Inanspruchnahme der Berater durch den Insolvenzverwalter. Bemerkenswert häufig sehen sich Steuerberater in Anspruch genommen.⁴¹⁸ Neue Anforderungen an Berater ergeben sich zusätzlich aus den durch das ESUG geschaffenen Handlungsmöglichkeiten. Die Beraterhaftung bewegt sich dabei im Spannungsfeld der vom Gesetzgeber gewollten Unternehmenssanierung⁴¹⁹ und der notwendigen Einschaltung von Beratern⁴²⁰ einerseits und der vielfach kritisierten Belastung der Insolvenzmasse durch Beraterverträge⁴²¹ und hohen Anforderungen der Rechtsprechung an die Beratungstätigkeit andererseits. Unabhängig davon droht Beratern auch eine Inanspruchnahme durch den Auftraggeber direkt und durch Dritte sowie eine strafrechtlich Haftung.

1. Beratervertrag und Tätigkeitsumfang

- 292 Grundlegend für die (zivilrechtliche) Haftung des Beraters ist die Frage, in welcher Funktion der Berater in Erscheinung tritt. Neben der Beratung der betroffenen **Gesellschaft** selbst ist die Beratung der **Geschäftsleitung** oder der **Gesellschafter** ebenso denkbar wie eine Beratung der beteiligten **Bank(en)** im Sanierungsprozess. Folgen einer Falschberatung betreffen zwar in erster Linie das unmittelbare Auftragsverhältnis, können aber auch Auswirkungen auf Dritte haben.

1.1 Feststellung der Insolvenzreife

- 293 Wird dem Berater **durch die Gesellschaft** ein **ausdrücklicher Prüfungsauftrag** zur Feststellung der Insolvenzreife erteilt,⁴²² bilden die sich daraus ergebenden Pflichten den Maßstab für eine mögliche Haftung.⁴²³ Wird die Insolvenzreife verkannt, hat der Berater den aus einer verspäteten Insolvenzantragstellung resultierenden Schaden zu ersetzen. Gleiches gilt, wenn zwar kein ausdrücklicher Prüfauftrag, aber ein Auftrag zur **Sanierungsberatung** erteilt war. Dieser beinhaltet regelmäßig auch die Prüfung der Insolvenzreife.⁴²⁴
- 294 Smid⁴²⁵ verweist unter dem Begriff der „**mittelbaren Beratung der Gesellschaft**“ auf eine Entwicklung der Beraterpraxis, Beraterverträge nicht mehr mit der betreffenden Gesellschaft, sondern nur noch direkt mit der Geschäftsleitung abzuschließen. Dadurch solle ein Einstehen für Schäden, die die Gesellschaft erleidet, mangels vertraglicher Beziehung vermieden werden. Darüber hinaus könne sich der Berater gegenüber dem Insolvenzverwalter auf seine Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Geschäftsleitung als Auftraggeber berufen.

417 Zu veränderten Marktbedingungen und zunehmendem Haftungsdruck Ehlers BB 2014, 131 ff.

418 Vgl. Fischer DB 2013, 2010 ff.; Gehrlein DStR 2014, 226 ff.

419 Dazu unter 2. Kap. Rn. 34 ff.

420 Smid ZInsO 2014, 1127 ff.; Buchalik/Hiebert ZInsO 2014, 1423 ff.

421 Stellvertretend für viele: zum Insolvenzverfahren Q-Cells Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 19.9.2013 „Insolvenzverwalter nehmen Beraterhonorare ins Visier“, zuletzt abgerufen am 13.11.2014 unter [\[www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/kanzlei-verklagt-insolvenzverwalter-nehmen-beraterhonorare-ins-visier-12581733.html\]](http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/kanzlei-verklagt-insolvenzverwalter-nehmen-beraterhonorare-ins-visier-12581733.html).

422 Umfassend zur „Beraterhaftung für falsche oder unterlassene Auskünfte zur Insolvenzreife“ Kayser ZIP 2014, 597 ff.

423 Gehrlein DStR 2014, 226, 231.

424 Kayser ZIP 2014, 597, 601.

425 Smid ZInsO 2014, 1127, 1143.

Wird der Berater von der Gesellschaft oder der **Geschäftsleitung** hinzugezogen, hat er darauf hinzuweisen, dass ggf. innerhalb der Frist des § 15a InsO Insolvenzantrag zu stellen ist und verschiedene Maßnahmen zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens zu ergreifen sind. Damit in Widerspruch stehende Bemühungen, beispielsweise die Bemühung um Vergleiche mit verschiedenen Gläubigern, hat der Berater zu unterlassen.⁴²⁶ Das gilt auch dann, wenn sich der Auftraggeber dem Sanierungsberater als rechtlich und wirtschaftlich erfahren darstellt. Sind der Geschäftsleitung allerdings die Insolvenzreife und die sich daraus ergebenden Handlungspflichten bereits bekannt, können die Hinweispflichten des Beraters entfallen (zum Mitverschulden des Mandanten unter Rn. 308 ff.).⁴²⁷

1.2 Allgemeine Beratung

Werden Berater nicht erst anlässlich einer insolvenzspezifischen Beratung hinzugezogen, sondern sind – beispielsweise **im Rahmen eines Dauermandats als Steuerberater oder Rechtsanwalt** – bereits **mit der allgemeinen Beratung befasst** und ergeben sich dann insolvenzspezifische Fragestellungen, hängt eine Haftung davon ab, ob sich die Beratung auch auf die Insolvenzberatung erstreckt. Das (steuerberatende) Dauermandat begründet bei üblichem Zuschnitt jedenfalls keine Pflicht, die Gesellschaft bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz auf die Pflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, eine Überprüfung in Auftrag zu geben oder selbst vorzunehmen, ob Insolvenzreife besteht⁴²⁸ und möglicherweise ein Insolvenzantrag gestellt⁴²⁹ werden muss. Auch aus der vertraglichen Nebenpflicht, den Auftraggeber vor Schaden zu bewahren, ergibt sich eine solche Pflicht grundsätzlich nicht. Nur in ganz besonderen Einzelfällen⁴³⁰ kann eine Warnpflicht angenommen werden, etwa wenn der Berater die Insolvenzgefahr erkannte und er Grund zur Annahme hatte, dass sich der Auftraggeber dieser Gefahr nicht bewusst war.

Erteilt der Berater hingegen ungefragt eine Auskunft, die er aufgrund seines Prüfungsauftrages nicht hätte erteilen müssen, kann er bei unzutreffender Auskunft auch in Anspruch genommen werden. So bejahte der BGH⁴³¹ die Haftung einer Steuerberaterin, die mit Blick auf die erstellte Handelsbilanz (unzutreffend) bemerkte, dass aufgrund vorliegender Rangrücktrittsvereinbarungen und des Firmenwertes nur eine „Überschuldung rein bilanzieller Natur“ vorliege und eine insolvenzrechtliche Überschuldung ausgeschlossen sei. Die Steuerberaterin hatte sich damit auch zu den in der Handelsbilanz nicht abgebildeten Werten geäußert und dadurch eine über die Bilanzierung hinausgehende Leistung erbracht, auf deren Richtigkeit die Gesellschaft vertrauen durfte.⁴³² Gleiches gilt, wenn der Steuerberater trotz eines rein steuerrechtlichen Mandates auf Nachfrage des Mandanten in konkrete Erörterungen über eine etwaige Insolvenzreife der von ihm beratenen Gesellschaft eintritt.⁴³³ Dann entlastet

426 BGH ZIP 2001, 33 ff.

427 BGH 27.4.2010 – IX ZA 4/10.

428 BGH ZIP 2013, 829 ff.; BGH ZIP 2014, 583 ff.

429 Gehrlein DStR 2014, 226, 231.

430 Kayser ZIP 2014, 597, 602 spricht von „arglosen“ Mandanten, die aber „im Wirtschaftsleben wohl kaum vorkommen“ sollten.

431 BGH ZIP 2013, 1332 ff.; ZIP 2014, 583 ff.

432 Kayser ZIP 2014, 597, 601.

433 BGH ZIP 2014, 583 ff.

es den Berater auch nicht, wenn er es bei „unverbindlichen Diskussionen“ über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft belässt.

- 298 Um Missverständnisse über den Prüfungsumfang auszuschließen, empfiehlt sich bereits bei Beginn des Mandats ein **Mandatsbestätigungsschreiben**, in dem der Tätigkeitsumfang umschrieben und – sofern vom Auftraggeber gewünscht – die insolvenznahe Beratung ausgeschlossen wird. Eine Haftung wegen einer möglichen Fehlberatung zur Insolvenzreife ist jedoch nur dann ausgeschlossen, wenn sich der Berater an den beschränkten Tätigkeitsumfang hält. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits telefonische Auskünfte über den beschriebenen Tätigkeitsumfang hinaus zu einem Auskunftsvertrag führen können.⁴³⁴

1.3 Durchführung der Sanierung

- 299 Im Zusammenhang mit einem unmittelbaren Sanierungsauftrag ergeben sich eine Vielzahl von Handlungs- und Hinweispflichten des Beraters. **Wird ein Berater in der Krise der Gesellschaft hinzugezogen** und mit der Durchführung von Vergleichsverhandlungen mit Gläubigern beauftragt, so trifft den Berater eine gesonderte Hinweispflicht, wenn voraussichtlich nur Vergleichsabschlüsse mit allen Gläubigern insgesamt ein Insolvenzverfahren verhindern können.⁴³⁵ Daneben kann sich eine Haftung des Beraters bspw. auch daraus ergeben, dass er pflichtwidrig einen Hinweis auf eine steuerliche Sonderbehandlung nach dem sog. **Sanierungserlass** unterlässt.⁴³⁶ Im Übrigen bietet der IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (**IDW S 6**) einen Überblick über die Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten und den sich daraus möglicherweise ergebenden Pflichten.

2. Drittewirkung

- 300 Eine Haftung des Beraters kommt in erster Linie gegenüber dem Auftraggeber in Betracht. Der Beratervertrag kann aber auch so ausgestaltet werden, dass die Beratungsleistung nicht gegenüber dem Auftraggeber zu erbringen ist, sondern gegenüber Dritten, beispielsweise gegenüber der Hausbank oder gegenüber Gesellschaftern bzw. Geschäftsführern der Gesellschaft.⁴³⁷ Solche außenstehende Dritte, die nicht Auftraggeber sind und auch keinen Anspruch auf die Beratungsleistung haben, können durch Falschberatung Schaden erleiden. Dann stellt sich die Frage nach einer Haftung des Beraters gegenüber diesen Dritten.

2.1 Auskunftsvertrag

- 301 Nimmt der **Sanierungsberater** im Rahmen seiner Sanierungsbemühungen unmittelbar Kontakt zu Dritten auf, so kann er diesen unmittelbar haften, wenn durch die **Kontaktaufnahme** ein Auskunftsvertrag mit dem Dritten zustande kommt. Dies ist der Fall, wenn der Sanierungsberater **Gespräche** mit Gläubigern des Mandanten beginnt und der Dritte deutlich macht, dass er für seine (Finanzierungs-) Entscheidung die besonderen Kenntnisse und Verbindungen des Sanierungsberaters **in Anspruch nehmen will**, und der Sanierungsberater sodann die **gewünschten Auskünfte erteilt**. Ein solcher Auskunftsvertrag verpflichtet den Sanierungsberater zu

434 BGH ZInsO 2009, 327 ff.

435 OLG Düsseldorf 9.2.2010 – I-24 U 100/09.

436 BGH ZIP 2014, 882 ff.

437 Kayser ZIP 2014, 597, 599.

richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände, die für die Entscheidung des Dritten von besonderer Bedeutung sind.⁴³⁸ **Kein Auskunftsvertrag** kommt hingegen zustande, wenn der Sanierungsberater bislang nur ein Sanierungsgutachten gegenüber dem Mandanten abgegeben hat und dieser das Gutachten an Dritte zur Entscheidungsfindung weitergegeben hat.⁴³⁹

2.2 Schutzwirkung des Beratungsvertrages zugunsten Dritter

Ein Dritter kann dann in den Schutzbereich des Beratungsvertrages einbezogen sein, wenn er mit der Leistung des Beraters bestimmungsgemäß in Berührung kommt, ein schutzwürdiges Interesse des Auftraggeber an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags hinzutritt und für den Berater die Einbeziehung Dritter in sein vertragliches Haftungsrisiko erkennbar ist (sog. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter). Außerdem muss der Dritte für diese Haftungserstreckung selbst schutzwürdig sein.⁴⁴⁰ Schutzwirkungen zugunsten Dritter werden insbesondere bei solchen Verträgen angenommen, mit denen der Auftraggeber von einer Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt (z.B. öffentlich bestellter Sachverständiger, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater), ein Gutachten oder eine gutachterliche Äußerung anfordert, **um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen.**⁴⁴¹

Die drittschützenden Pflichten aus dem Beratungsvertrag können nicht weiter reichen als die dem Berater gegenüber dem Auftraggeber obliegenden Warn- und Hinweispflichten. Die unterlassene Mitteilung der Insolvenzreife führt daher bei **allgemeiner Beratung** nicht zu einer Haftung, da auch der Dritte keine Beratung erwarten kann, die der Berater im Rahmen des allgemeinen Mandats nicht zu erbringen hatte.⁴⁴⁰

Diese Pflichtenlage ist dann anders zu beurteilen, wenn der Berater **ausdrücklich damit beauftragt ist, eine Überprüfung der Insolvenzreife vorzunehmen** bzw. die Sanierung der Gesellschaft zu betreiben, denn hier wird die Feststellung, ob ein Insolvenzgrund vorliegt oder auszuschließen ist, dem Auftraggeber schon bei Erfüllung der Hauptpflicht geschuldet.⁴⁴⁰ In diesem Fall dienen die Feststellungen des Beraters zwar zunächst den Interessen der Gesellschaft. Gleichwohl können auch die **Gesellschafter in den Beratervertrag einbezogen** sein, wenn die Feststellung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem beiderseitigen Parteiwillen über die Interessenlage der Gesellschaft hinaus auch eine Entscheidungsgrundlage für die Gesellschafter hinsichtlich des weiteren Vorgehens schaffen sollte. Dies ist der Fall, wenn die Feststellung zur Insolvenzreife erkennbar Einfluss auf die Entscheidung der Gesellschafter zur Insolvenzvermeidung oder Liquidation oder der Einleitung eines Insolvenzverfahrens hat.⁴⁴² Da die Sanierung einer Gesellschaft regelmäßig ohne die Mitwirkung ihrer Gesellschafter nicht gelingen kann, sind die Interessen der Gesellschaft und der Gesellschafter bei der Feststellung einer etwaigen Insolvenzreife gerade auch aus dem Blickwinkel eines Beraters aufs engste miteinander verwoben. Dies gilt auch dann, wenn gesellschaftsrechtliche Veränderungen erwogen werden, da jede Umgestaltung auch die Sphären

438 BGH ZIP 2005, 1082 ff.

439 OLG München WM 1997, 613 ff.

440 BGH ZIP 2013, 829 ff.

441 BGH ZIP 2013, 829 ff.; BGH ZIP 2012, 1353 ff.; Gehrlein DStR 2014, 226, 229.

442 BGH ZIP 2012, 1353 ff.

der Gesellschafter berühren.⁴⁴³ Ebenso kann die **Geschäftsleitung in den Beratervertrag einbezogen** sein, wenn die Geschäftsleitung vom Ergebnis der Beratung Gebrauch machen sollte. Ergibt sich die Insolvenzreife der Gesellschaft, ist es Aufgabe und Verpflichtung des Geschäftsführers, daraus die gesetzlichen Folgerungen durch die Stellung eines Insolvenzantrages zu ziehen. Hat der Geschäftsführer den Insolvenzantrag zu stellen, ist die Beratung nicht zuletzt für dessen Gebrauch bestimmt. Mit Rücksicht auf die Rechtsfolgen eines unterbliebenen oder verspäteten Insolvenzantrags wird die Beratung zur Grundlage einer Entscheidung über Vermögensdispositionen gemacht. Folgerichtig hat der Berater auch gegenüber der Geschäftsleitung für etwaige Fehler seiner Begutachtung einzustehen.⁴⁴⁴

3. Haftungsanspruch

3.1 Schaden

- 305 Ist die insolvenzreife **Gesellschaft selbst Auftraggeber einer Insolvenzprüfung** oder Sanierungsberatung, kann der Schaden zunächst in der Vertiefung einer bereits vorliegenden Überschuldung durch Fortsetzung der Geschäftstätigkeit⁴⁴⁵ oder in der Reduzierung der liquiden Mittel oder in der Belastung des Gesellschaftsvermögens durch weitere Sicherheiten liegen.
- 306 Mit Blick auf die **Einbeziehung von Gesellschaftern** in den Schutzbereich des Beratungsvertrages kann sich ein Schaden einstellen, wenn im Vertrauen auf eine fehlende Insolvenzreife weitere Mittel in die Gesellschaft eingebracht sind oder für Mittel Dritter Sicherheiten gestellt werden. Bezuglich gestellter Sicherheiten für Gesellschaftsschulden muss feststehen, dass die Sicherheiten bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung nicht in Anspruch genommen worden wären.⁴⁴⁶ Wird die **Geschäftsleitung** in den Schutzbereich des Beratungsvertrages einbezogen, kann der Schaden in der Haftungsanspruchnahme der Geschäftsleitung wegen Insolvenzverschleppung nach § 64 GmbHG oder §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG liegen.⁴⁴⁷

3.2 Kausalität

- 307 Wird der Berater⁴⁴⁸ wegen unterlassener Beratung oder Falschberatung in Anspruch genommen, obliegt es dem Geschädigten insbesondere nachzuweisen, **dass infolge der Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist**. Zur Beantwortung dieser Frage ist der hypothetische Sachverhalt aufzuklären, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßer Beratung genommen hätten, insbesondere wie der Mandant auf eine vertragsgerechte Beratung reagiert hätte und wie seine Vermögenslage dann wäre.⁴⁴⁹ Es gilt die **Vermutung**, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters lediglich ein bestimmtes Verhalten nahe gelegen hätte.⁴⁵⁰ Kommen als Reaktion auf eine zutreffende Beratung hingegen mehrere objektiv gleich vernünftige Verhaltensmöglichkeiten in Betracht, hat der Mandant den Weg zu bezeichnen, für den er sich entschieden hätte.⁴⁴⁹ Im Ergebnis wird daher die Kausalität nur dann auszuschließen sein, wenn der Berater nachweisen

443 OLG Koblenz DStR 2013, 1269 ff.

444 BGH ZIP 2012, 1353 ff.

445 BGH ZIP 2013, 1332 ff.

446 Zur Haftung mehrerer Berater Smid ZInsO 2014, 1127, 1139.

447 Kayser ZIP 2014, 597, 603.

448 BGH ZIP 2012, 1353 ff.; ZIP 2001, 33 ff.

kann, dass es die Gesellschaft bzw. die Geschäftsleitung auch bei zutreffender Beratung unterlassen hätte, einen Insolvenzantrag zu stellen. Dies einzuräumen, wird man von der Geschäftsleitung in der Haftungssituation aber kaum erwarten können.⁴⁴⁹

3.3 Mitverschulden

Ist der Berater mit der Insolvenzprüfung beauftragt worden, ist der Auftraggeber im Verhältnis zum Berater eigenen Untersuchungspflichten entbunden. Der Auftraggeber darf auf die Arbeitsergebnisse des Beraters vertrauen.⁴⁵⁰ Andersherum betrachtet, hat der Berater grundsätzlich von der **Belehrungsbedürftigkeit seines Auftraggebers** auszugehen. Dies gilt sogar gegenüber rechtlich und wirtschaftlich erfahrenen Personen. Im Falle eines Beratungsvertrages kann es dem zu Beratenden nicht als mitwirkendes Verschulden vorgehalten werden, er hätte das, worüber ihn sein Berater hätte aufklären oder unterrichten sollen, bei entsprechenden Bemühungen auch ohne fremde Hilfe erkennen können. Selbst wenn ein Mandant über einschlägige Kenntnisse verfügt, muss er darauf vertrauen können, dass der beauftragte Berater die anstehenden Fragen fehlerfrei bearbeitet, ohne dass eine Kontrolle notwendig ist.⁴⁵¹ Ebenso wenig entlastet es den Berater, wenn der Auftraggeber auch von einem (Unternehmens-)Verband betreut wird.⁴⁵² Wenn die insolvenzrechtliche Beratung bereits zum Beratungsauftrag gehört, kann erwogen werden, ob Hinweispflichten des Beraters zur Antragspflicht dann entfallen, **wenn sich die Geschäftsleitung der bestehenden Insolvenzgefahr bereits bewusst ist.**⁴⁵³ Ob dies auch hinsichtlich weiterer Haftungsgefahren bei Beratung der Geschäftsleitung gilt, war – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung, darf aber bezweifelt werden, da die ausdifferenzierten Haftungsfragen erfahrungsgemäß von den wenigsten Geschäftsleitungen erkannt werden.

Beim **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** muss sich der begünstigte Dritte abgesehen von einem eigenen grundsätzlich auch ein Mitverschulden des unmittelbaren Vertragspartners zurechnen lassen, weil ihm keine weitergehenden Rechte als dem unmittelbaren Vertragspartner des Schädigers zustehen.⁴⁵¹ Die Beratungspflichten können auch reduziert sein, wenn der in den Schutzbereich des Beratungsvertrages einbezogene Dritte eigene Berater hinzugezogen hat⁴⁵¹ oder ganz ausgeschlossen sein, wenn dem Dritten originäre Ansprüche – gleich gegen wen – zustehen, die denselben oder zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben wie ein Schadenersatzanspruch aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.⁴⁵⁴

3.4 Ausschluss der Drittirkung und Haftungsbeschränkungen

Die Einbeziehung Dritter in den Beratungsvertrag kann durch Vereinbarung zwischen dem Auftraggeber und dem Berater ausgeschlossen werden. Das *OLG Koblenz*⁴⁵⁵ hat dies bei einer Erklärung des Beraters angenommen, wonach „eine Beratung allein gegenüber der GmbH und im Verhältnis zum Gesellschafter (und späteren Kläger) allein mit Blick auf dessen Rolle als Funktionsträger der GmbH“ erfolge.

449 Kritisch zu dieser Rechtsprechung daher *Cranshaw jurisPR-InsR* 15/2013 Anm. 2.

450 *Gehrlein ZInsO* 2013, 2296, 2299 mit Abgrenzung zu Ansprüchen gegenüber dem Abschlussprüfer.

451 *BGH ZIP* 2012, 1353 ff.

452 *BGH ZIP* 2001, 33 ff.

453 *BGH ZIP* 2013, 829 ff. (m.w.N. zur Instanzrechtsprechung).

454 *BGH ZIP* 1996, 1664 ff.; *BGH WM* 2004, 1825 ff.

455 *OLG Koblenz DStR* 2013, 2587 ff.

In der Version aus 2009 wird die Pflicht zur Aufstellung eines Liquiditätsstatus unter Rn. 77 der Geschäftsführung zugewiesen. In der aktualisierten Version fehlt dieser Hinweis in Rn. 84. Diese Änderung ist redaktioneller Natur. Aus der Neufassung des IDW Standards S 11 geht aus den Randnummern 4–7 hervor, dass die Pflicht zur Aufstellung eines Liquiditätsstatus unverändert bei der Geschäftsführung liegt.⁷¹ Wenn die Geschäftsführung hierzu fachlich nicht in der Lage ist, dann kann sie einen fachlich qualifizierten Berufsträger hinzuziehen, wobei die bloße Beauftragung nicht ausreicht. Vielmehr muss die Geschäftsführung darauf hinwirken, dass der Auftrag unverzüglich durchgeführt wird und die Ergebnisse entsprechend zeitnah vorgelegt werden.⁷²

Unabhängig von der vorstehend beschriebenen Pflicht der Geschäftsführung (an welcher sich auch durch die Beauftragung eines Gutachtens nach IDW S 6 nichts ändert) ist der Ersteller bzw. Gutachter gemäß Rn. 80 dazu verpflichtet, sich ein eigenes Bild zu verschaffen, um seinen dort beschriebenen Pflichten nachzukommen. Im Arbeitsablauf der Erstellung bzw. Begutachtung eines Sanierungsgutachtens sollte der Berater im Regelfall mit der Beurteilung des Vorliegens der in Rn. 80 beschriebenen Sachverhalte beginnen.

Die insolvenzrechtlich darzustellende Fortbestehensprognose ist von der handelsrechtlichen Fortführungsprognose nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB zu unterscheiden. Die Fortführungsprognose geht im Hinblick auf die tatsächlichen Gegebenheiten über die rein liquiditätsorientierte Fortbestehensprognose hinaus. Das heißt, innerhalb der Fortführungsprognose hat die Geschäftsleitung des Unternehmens zu beurteilen, ob nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB rechtliche oder tatsächliche Gegebenheiten der Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen. Dabei ist eine positive Fortführungsprognose nur gegeben, wenn weder Insolvenzantragsgründe noch andere rechtliche oder tatsächliche Gegebenheiten der Annahme der Unternehmensfortführung im Prognosezeitraum⁷³ entgegenstehen.⁷⁴

Der IDW S 6 weist in Rn. 88 explizit darauf hin, dass drohende Zahlungsunfähigkeit bzw. drohende Überschuldung der Annahme der Unternehmensfortführung entgegenstehen.

5. Ausrichtung des Sanierungskonzeptes am Leitbild des sanierten Unternehmens

Das Leitbild des sanierten Unternehmens beschreibt den Zielzustand des Unternehmens nach Umsetzung der definierten Sanierungsmaßnahmen. Es orientiert sich an den identifizierten Krisenursachen und den durchlaufenen Krisenstadien und muss die aufgetretenen Probleme stimmig lösen. Dabei umschreibt es die Konturen eines Unternehmens, das in wirtschaftlicher Hinsicht mindestens eine nachhaltige, durch-

⁷¹ Vgl. IDW S 11, Rn. 4f.

⁷² Vgl. IDW S 11, Rn. 6.

⁷³ Als Prognosezeitraum ist nach IDW PS 270, Rn. 8 der Zeitraum zugrunde zu legen, den die gesetzlichen Vertreter für ihre Einschätzung verwendet haben, jedoch mindestens ein Zeitraum von zwölf Monaten, gerechnet vom Abschlussstichtag des Geschäftsjahres. Darüber hinausgehend dürfen bis zum Abschluss der Aufstellung des Jahresabschlusses keine fundierten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Annahme der Fortführung der Unternehmenstätigkeit zu einem nach diesem Zeitraum liegenden Zeitpunkt nicht mehr aufrecht zu halten sein wird.

⁷⁴ Vgl. IDW S 6, Rn. 86 f.

schnittliche branchenübliche Rendite und eine angemessene Eigenkapitalausstattung aufweist.⁷⁵ Hierdurch wird das Unternehmen wieder attraktiv für Eigen- und Fremdkapitalgeber.⁷⁵ Jedoch ist zu berücksichtigen, dass das Leitbild kein starrer Fixpunkt ist, sondern angepasst werden muss, wenn sich im Laufe des Sanierungsprozesses neue Erkenntnisse ergeben, z.B. durch Veränderungen der Unternehmensumwelt.

- 68 Inhaltlich muss das künftige Geschäftsmodell sowie die Kerngeschäftsfelder, in denen das Unternehmen künftig tätig sein will, unter Berücksichtigung der Markt- und Wettbewerbssituation beschrieben werden. Unternehmensintern sind Ziele und Maßnahmen sowie die geplante Unternehmensstruktur zu kommunizieren, um zu einer positiven Veränderung der Unternehmenskultur beizutragen.⁷⁶ Dabei wird im Rahmen der Identifizierung von Wettbewerbsvorteilen im Vergleich zu Wettbewerbern in der neuen Fassung des S 6 kein „Alleinstellungsmerkmal“ mehr gefordert, sondern abgestuft auf „Differenzierungsmerkmale“ abgestellt.⁷⁷
- 69 In der Neufassung des IDW S 6 wurde der Begriff der „Umsatzrendite“ durch „Rendite“ sowie der Begriff der „durchschnittlichen branchenüblichen Eigenkapitalquote“ durch „angemessene Eigenkapitalausstattung“ ersetzt.⁷⁵ Die erste Änderung dürfte in der Praxis keine materiellen Auswirkungen haben, da im Rahmen der integrierten Planungsrechnung die Gewinn- und Verlustrechnung in ihrer Gesamtheit abzubilden ist, mithin auch die Positionen unterhalb EBITDA bzw. EBIT zu berücksichtigen sind.
- 70 Die zweite Änderung kann in der Praxis eine wesentlich stärkere Wirkung entfalten, da dem Ersteller bzw. Gutachter ein erweiterter Beurteilungsspielraum zufällt. Die angemessene Eigenkapitalausstattung sollte sich nach wie vor an Branchenwerten orientieren, jedoch können hierbei z.B. auch gesamtwirtschaftliche Daten miteinfließen bzw. es kann ein Korridor definiert werden, innerhalb dessen sich eine angemessene Eigenkapitalausstattung unter Berücksichtigung der Unternehmensverhältnisse bewegt.
- 71 Der Begriff des Eigenkapitals ist in diesem Zusammenhang als wirtschaftliches Eigenkapital zu sehen, welches über das handelsrechtliche oder das Eigenkapital nach IFRS hinausgehen kann. Dies bedeutet, dass zum Beispiel Mittel, die solange nicht zurückgefordert werden können, bis auch ohne diese zusätzlichen Mittel die angemessene Eigenkapitalausstattung erreicht wird und die unverzinslich oder nur mit geringer marginalen Verzinsung versehen sind, als wirtschaftliches Eigenkapital gewertet werden können.

5.1 Stadiengerechte Bewältigung der Unternehmenskrise

- 72 Basierend auf dem festgestellten Krisenstadium sind die ersten Maßnahmen zur Behebung der Unternehmenskrise zu definieren. Wie in **Abb. 2** dargestellt, sind in umgekehrter Reihenfolge die Krisenstadien, d.h. zunächst sind eventuell vorliegende Insolvenzgründe, danach die Gründe für die Liquiditätskrise und die Erfolgskrise, etc. zu beseitigen.

75 Vgl. IDW S 6, Rn. 90.

76 Vgl. Groß WPg 5/2009, Themenheft, 241.

77 Vgl. IDW S 6, Rn. 98.

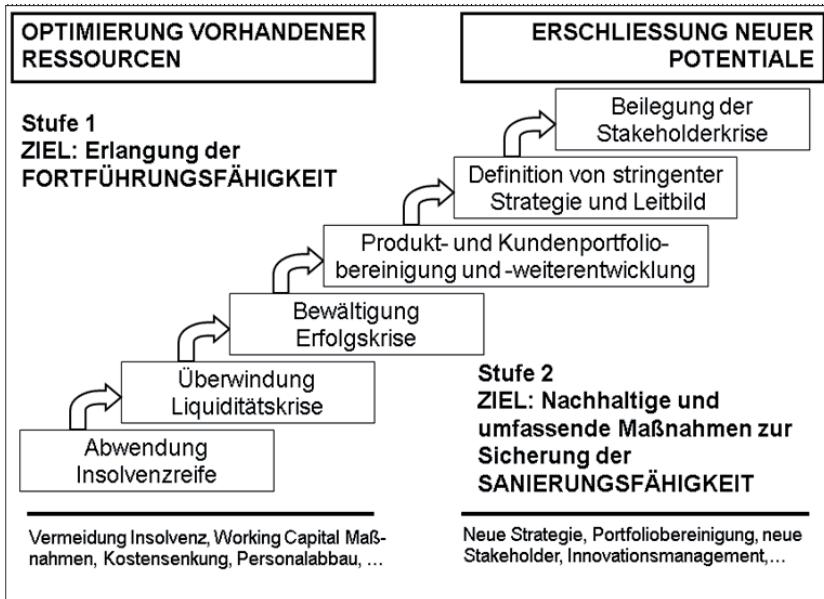


Abb. 2: Sanierung als stadiengerechte Bewältigung der Krise⁷⁸

Hier setzt das neu eingeführte zweistufige Sanierungskonzept des S 6 an. Um vorliegende Insolvenzgründe bzw. eine Liquiditätskrise zu beheben, ist es erforderlich, sich auf kurzfristig wirkende Sofortmaßnahmen zu konzentrieren. Das Ziel dieser Sofortmaßnahmen besteht darin, die Fortführungsfähigkeit i.S.d. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB herzustellen bzw. zu sichern. Wenn dies erreicht ist, sind in den nächsten Stufen Maßnahmen zu definieren, um die nachhaltige Sanierungsfähigkeit zu erlangen. Um eine Insolvenz zu vermeiden, sind zunächst liquiditätssichernde und verlustbeseitigende Maßnahmen einzuleiten, wobei sich ein nachhaltiger Sanierungserfolg nur einstellen wird, wenn auch die Ursachen aus vorgelagerten und parallelen Krisensituationen beseitigt werden.⁷⁹ Zu berücksichtigen ist auch hier die Stimmigkeit der Maßnahmen untereinander⁸⁰ sowie ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den beiden Stufen.⁸¹

Der aktualisierte S 6 stellt bei der nachhaltigen Sanierung nicht mehr auf den „Erfolg aller Maßnahmen“ ab, sondern formuliert dies in Rn. 102 allgemeiner als „Sanierungserfolg“.⁸²

5.2 Maßnahmenprogramm zur Erlangung der Fortführungs- und Sanierungsfähigkeit (finanz-/leistungswirtschaftliche und organisatorische Maßnahmen)

Befindet sich das Unternehmen bereits im Stadium der Insolvenz, so kann diese im Wege einer übertragenden Sanierung sowie eines Insolvenzplanverfahrens⁸³ und der

78 Vgl. Beck WPg 5/2009, Themenheft, 268.

79 Vgl. IDW S 6, Rn. 103.

80 Vgl. Groß WPg 5/2009, Themenheft, 243.

81 Vgl. Groß WPg 5/2009, Themenheft, 232.

82 Vgl. IDW S 6, Rn. 102.

83 Vgl. Wimmer/Dauernheim/Wagner/Gietl/Gietl S. 1071 ff.

in diesem Rahmen bereitgestellten Sanierungsinstrumente überwunden werden.⁸⁴ Dabei verweist der aktualisierte S 6 Standard auf die mittlerweile bestehenden Möglichkeiten des ESUG.⁸⁵

- 76 Die Insolvenzantragspflicht entsteht grundsätzlich bei Eintritt eines Eröffnungsgrundes.⁸⁶ Die Frist hierfür beträgt drei Wochen,⁸⁷ mithin eine sehr kurze Zeit, um wirksame Gegenmaßnahmen einzuleiten. Um die Zahlungsunfähigkeit zu verhindern, stehen verschiedene Möglichkeiten der Generierung von liquiden Mitteln zur Verfügung. Die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit kann auch mit Maßnahmen zur Beseitigung einer eventuell bestehenden Überschuldung kombiniert werden, z.B. durch die Zuführung von Eigenkapital durch die bisherigen oder neu aufgenommenen Shareholder. In der Unternehmenswirklichkeit sind die tatsächlich ernsthaft zur Verfügung stehenden Instrumente und Handlungsspielräume im Regelfall sehr begrenzt. Dabei kann nur auf abstrakt mögliche Handlungsalternativen keine Aussage zur Fortführungsfähigkeit gestützt werden.⁸⁸
- 77 Zur Behebung einer Liquiditätskrise stehen eine Reihe von möglichen Optionen zur Verfügung. Einerseits können externe Mittel zugeführt werden,⁸⁹ wie z.B. Factoring von Forderungen oder Überbrückungsfinanzierungen. Andererseits können auch interne Potentiale freigesetzt werden,⁹⁰ wie z.B. im Rahmen der Optimierung der Lagerhaltung oder durch konsequentes Eintreiben offener Forderungen. Sofern vorhanden, können auch noch nicht voll ausgeschöpfte Kreditlinien zur Behebung einer Liquiditätskrise herangezogen werden.
- 78 Spätestens bei der Definition der Maßnahmen zur Überwindung der Erfolgskrise muss darauf geachtet werden, dass diese Maßnahmen nicht mit späteren Maßnahmen hinsichtlich der strategischen Neuausrichtung des Unternehmens kollidieren. Maßnahmen zur Überwindung der Erfolgskrise können einerseits umsatzerhöhend wirken, andererseits in Kostensenkungen bestehen. So können z.B. die am Markt noch erfolgreichen und margenträchtigen Produkte stärker in den Vordergrund treten, wogegen der Anteil der Verlustbringer zurückgefahren wird. Des Weiteren sollte die Abfrage der Kundenbedürfnisse einen höheren Stellenwert erhalten, um hierüber Produkte mit höheren Margen platzieren zu können. Auf der Kostenseite sind die einzelnen Positionen zu analysieren, um ein entsprechendes Kostensenkungspotential – typischerweise im Overheadbereich – zu identifizieren. Darüber hinaus sind aber auch im leistungswirtschaftlichen Bereich Kostensenkungspotentiale vorhanden, z.B. bei Einkaufspreisen, durch erste Effizienzverbesserungen in der Produktion oder durch die Optimierung des Nettoumlauvermögens.⁹⁰
- 79 Die Ausführungen zur Behebung der Erfolgskrise verdeutlichen, dass die dort einzuleitenden Maßnahmen sehr eng mit den Maßnahmen zusammenhängen, die zur Überwindung der Produkt- und Absatzkrise notwendig sind. Ist eine Produkt- und Absatzkrise lediglich kurzfristiger Natur, d.h. die Produkte des Unternehmens sind marktgerecht und wettbewerbsfähig im Hinblick auf Technologie und Preis, so sollten Maßnahmen zur Überstehung der Phase ergriffen werden, um somit das Potential des Unternehmens

84 Vgl. Butth/Hermanns/*Seagon* § 27 Rn. 88 ff. und 73 f.

85 Vgl. *IDW S 6*, Rn. 105.

86 Vgl. *InsO* § 15a.

87 Vgl. *BGH NZI* 2005, 547.

88 Vgl. *IDW S 6*, Rn. 109.

89 Vgl. Crone/Werner/*Hettich/Micke* S. 144 ff.

90 Vgl. Crone/Werner/*Crone* S. 181 ff.

zu erhalten. Hierzu gehören z.B. zeitlich befristete Kostensenkungen oder auch Kurzarbeit.⁹¹ Im Falle grundsätzlich struktureller Probleme, z.B. nicht wettbewerbsfähige Produkte oder Preise, sind jedoch andere Maßnahmen zu ergreifen. Basierend auf den Ergebnissen der Ursachenanalysen, sind beispielsweise Produktionsmethoden zu verändern, Investitionen in neue Technologien und Produkte zu tätigen oder gar Geschäftsbereiche ganz oder teilweise aufzugeben, wenn der Rückstand auf die Wettbewerber nicht mehr oder nur noch mit einem unverhältnismäßig hohen Kapitaleinsatz beseitigt werden kann.⁹² Dies macht deutlich, dass die Bereinigung einer Unternehmenskrise sehr eng mit den zu treffenden finanziellen Maßnahmen zusammenhängt, da zur leistungswirtschaftlichen Krisenbewältigung im Regelfall zusätzliche finanzielle Mittel benötigt werden.⁹³

Die Grundlage der strategischen Neuausrichtung ist das Leitbild des rendite- und wettbewerbsfähigen Unternehmens.⁹⁴ Dies zeigt die Bedeutung der Definition des neuen Leitbildes und verdeutlicht gleichzeitig, dass die neue Strategie im Einklang mit den Entscheidungen, die im Rahmen der Beseitigung der Produkt- und Absatzkrise getroffen wurden, stehen muss. Die strategische Neuausrichtung basiert zunächst auf einer Lagebeurteilung der gegenwärtigen strategischen Position des Unternehmens im Wettbewerb sowie der Ursachen der Strategiekrisse.⁹⁵ Darauf aufbauend, muss das Unternehmen seine Wettbewerbsstrategie definieren, um in Zukunft die nachhaltige Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens zu sichern. Ausgerichtet am Leitbild des sanierten Unternehmens sieht der S 6 fünf alternative Wettbewerbsstrategien vor, die sich zum Teil auch kombinieren lassen: der Kosten-/Preiswettbewerb (Kostenführerschaft), der Qualitäts-/Leistungswettbewerb (Differenzierungsstrategie), der Wettbewerb um Zeitvorteile („Responsewettbewerb“), der Innovations- und Technologiewettbewerb sowie der Wettbewerb um die beste Wertschöpfungsarchitektur (sog. Layer Competition).⁹⁶ Die vom Unternehmen gewählte Strategie schlägt sich dann in entsprechenden Folgeentscheidungen nieder, wie z.B. notwendige Qualifikation von Mitarbeitern, Anpassung von Ressourcen oder notwendiger finanzieller Mittel. Daneben lassen sich in der Literatur zum Themenfeld der Unternehmenssanierung je nach Problemfeld drei verschiedene Strategietypen unterscheiden: Wachstumsstrategie, Stabilisierungsstrategie und Schrumpfung- bzw. Desinvestitionsstrategie.⁹⁷

Schließlich ist zur nachhaltigen Sanierung des Unternehmens die Überwindung der Stakeholderkrise nötig. Hierzu gehört zunächst, dass das Unternehmen wieder in sich ruht, d.h. die im Rahmen der Sanierung veränderte/eingeführte Unternehmenskultur muss im Einklang mit den Handlungen der Unternehmensleitung stehen. Darüber hinaus müssen sich auch die heterogenen Interessengruppen grundsätzlich über ihre Erwartungshaltung an die künftige Ausrichtung des Unternehmens und die hieraus folgenden Implikationen geeinigt haben. Hierbei kommt dem durch das Management zu definierenden Leitbild des sanierten Unternehmens eine besondere Bedeutung zu, denn in ihm sollten sich die übrigen Stakeholder wieder finden.⁹⁸

91 Vgl. IDW S 6, Rn. 116.

92 Vgl. WP Handbuch 2014, Bd. II, Abschn. L Rn. 414 ff.

93 Vgl. WP Handbuch 2014, Bd. II, Abschn. L Rn. 504.

94 Vgl. IDW S 6, Rn. 120.

95 Vgl. Butth/Hermanns/Kraus/Buschmann § 6 Rn. 20.

96 Vgl. IDW S 6 Rn. 99; zu den einzelnen Strategiearten s. Groß WPg 5/2009, Themenheft, 239 f.

97 Vgl. Weiland Praxis des Sanierungsmanagements – von der Krisendiagnose zum Leitbild des zu sanierenden Unternehmens, in Krisen/Sanierung/Insolvenz, 2006, S. 67 ff.

98 Vgl. WP Handbuch 2014, Bd. II, Abschn. L Rn. 184.