



Thomas Uppenbrink

Die Fortbestehensprognose bei handelsrechtlicher Überschuldung der Kapitalgesellschaft

von Thomas Uppenbrink und Steffen Körner
www.uppenbrink.de



Steffen Körner

Begriffliche Unschärfe: Fortbestehensprognose vs. Fortführungsprognose

Aus gegebenem Anlass möchten wir den nachfolgenden Ausführungen zur Fortbestehensprognose deren ausdrückliche Abgrenzung von anderen im Sanierungskontext angewandten Instrumenten, insbesondere der Fortführungsprognose, voranstellen. Denn in der täglichen Praxis der Sanierungsberatung hat sich herausgestellt, dass – selbst im Kreis der Sanierungsexperten – noch immer begriffliche Unschärfen auftreten, die zu Missverständnissen oder sogar Fehlern führen können, die unter Umständen aufgrund der zeitlichen Entwicklung nicht mehr korrigierbar sind und die nebenbei auch erheblichen Einfluss auf die möglicherweise entstehenden Kosten der Sanierung haben. So wird, wenn von einer Überschuldungsprüfung die Rede ist, immer wieder von der Fortführungsprognose gesprochen und umgekehrt. Mittlerweile haben sich jedoch die Begrifflichkeiten im Sprachgebrauch verfestigt, die auf eine klare Trennung beider Prognose-Instrumente und die an sie gestellten Anforderungen und Verwendungszwecke abzielen, auch wenn die äußerliche Ähnlichkeit der dafür verwendeten Termini dies nicht gerade erleichtert.

Positive Fortbestehensprognose als Ausweis der Zahlungsfähigkeit

Die positive Fortbestehensprognose dient dem Steuerberater als Ausweis der Zahlungsfähigkeit eines Mandanten und damit als seine Rechtfertigung für die Aufstellung des Jahresabschlusses unter dem Gesichtspunkt der Fortführung trotz handelsbilanzieller Überschuldung sowie gleichzeitig dem Geschäftsführer der Kapitalgesellschaft als Bestätigung dafür, dass er nicht insolvenzantragspflichtig i. S. d. § 15a InsO ist. Daraus erhellt, dass dabei die Unternehmensentwicklung – da es ja um Zahlungsfähigkeit geht – primär auf der Ebene der Liquidität zu betrachten ist. Daraus folgt weiterhin, dass insolvenzrechtlich relevante Kategorien wie z.B. Rangrücktritte auf dieser Ebene überhaupt nicht vorkommen, weil sie keinerlei liquiditätswirksamen Einfluss haben.

Fortbestehensprognose ist primär Verständigung zwischen Steuerberater und Mandant

Die Fortbestehensprognose ist primär eine Verständigung zwischen Mandant, Steuerberater und ggf. Sanierungsberater und wird nicht zur Verwendung gegenüber Dritten, wie z.B. Banken, Kreditversicherern usw., erstellt. Sie ist also als Instrument der Bonitätsbeurteilung oder Kreditwürdigkeitsprüfung weder gedacht noch geeignet.

Positive Fortführungsprognose stellt umfassend die Krisensituation dar

Die positive Fortführungsprognose dagegen stellt – regelmäßig in Anlehnung an den IDW S-6 ausgefertigt – eine umfassende Beurteilung der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens in der Krise dar. Dies schließt i.d.R. die wesentlichen im genannten IDW aufgeführten Elemente ein, wie z.B. Analyse der Krisenursachen, Feststellung des Krisenstadiums, Krisenbewältigungsstrategien und deren Überprüfung auf Umsetzbarkeit anhand von Branchen- und Marktsituation, Produkten / Dienstleistungen, Unternehmensorganisation, Qualität der Führungskräfte und der Mitarbeiter, ein Leitbild des sanierten Unternehmens sowie eine integrierte Unternehmensplanung für drei Jahre. Schon daraus ist ersichtlich, dass eine solche Fortführungsprognose erheblich umfangreicher und aufwändiger sein muss und sich sowohl hinsichtlich des Zweckes und der möglichen Adressaten grundlegend von einer Fortbestehensprognose unterscheidet.

Kreditgeber fordern in erster Linie positive Fortführungsprognose ab

In der täglichen Praxis werden es also primär Finanzierungsgeber sein, die aufgrund eines vom Kreditnehmer vorgelegten Jahresabschlusses oder anhand anderer Informationen (Bankauskünfte, Rating Creditreform, Limitvergabe von Warenkreditversicherern usw.) zu der Beurteilung gelangt sind, dass sich ihr Kreditnehmer in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet und daher ihre Bereitschaft zur Aufrechterhaltung oder Ausweitung des Kreditengagements entsprechend der Anforderungen des Kreditwesengesetzes und anderer Verpflichtungen (Stichwort: Basel III) von einer positiven Fortführungsprognose abhängig machen. Gleichzeitig ist die Fortführungsprognose im Kontext ihrer Adressaten und des denkbaren Zeitpunktes ihrer Erstellung weder dafür gedacht noch dazu geeignet, den Steuerberater bei der Aufstellung des Jahresabschlusses einer handelsrechtlich überschuldeten Kapitalgesellschaft zu entlasten. Soweit zur begrifflichen Unterscheidung und Klarheit.

Aktuelle Überschuldungsdefinition

Die aktuelle Überschuldungsdefinition galt bereits im Geltungszeitraum der Konkursordnung und wurde durch die Fachliteratur sowie insbesondere die BGH-Entscheidung vom 13.7.1992 geprägt (diese bezog sich auf den sog. „Dornier-Fall“; BGHZ 119, 201, 214). Mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung 1999 änderte sich jedoch der Überschuldungs-Begriff bereits grundlegend und wurde durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008 in der Insolvenzordnung in seiner jetzigen Fassung festgeschrieben. Eine nicht unerhebliche gesetzgeberische Absicht war seinerzeit, rein buchmäßig überschuldete Unternehmen während der damaligen Finanzmarktkrise nicht allein aus diesem Grund der Insolvenzantragspflicht auszusetzen, sofern sie denn betriebswirtschaftlich nachvollziehbar darlegen konnten, dass die Fortführung des Unternehmens nicht akut gefährdet war.

Ursprünglich war diese Überschuldungsdefinition bis zum 31.12.2010 befristet, wurde dann nochmals bis Ende 2013 verlängert und schließlich 2012 gänzlich entfristet, weil sie sich in der Praxis bewährt hatte.

Keine Überschuldung wenn Zahlungsfähigkeit vorliegt, die Fortführung aber überwiegend wahrscheinlich ist

Im Kern ist für juristische Personen und ihnen gleichgestellte Personenhandelsgesellschaften (z.B. GmbH & Co. KG) die Überschuldung weiterhin ein Insolvenzantragsgrund, da gem. § 15a InsO die Schuldnerin bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung spätestens drei Wochen nach Feststellung des jeweiligen Insolvenzantragsgrundes einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen hat. Eine Überschuldung liegt vor, wenn bei Aufstellung des Jahresabschlusses zu konstatieren ist, dass das Vermögen des schuldnerischen Unternehmens die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Der Gesetzgeber hat dies jedoch durch das o.g. Finanzmarktstabilisierungsgesetz insoweit eingeschränkt, dass der Antragsgrund Überschuldung dann und nur dann nicht besteht, wenn gleichzeitig die Fortführung des Unternehmens den Umständen nach als überwiegend wahrscheinlich anzusehen ist.

BGH-Urteil vom 26.01.2017 (IX ZR 285/14) erhöht Haftungsrisiko für Steuerberater spürbar

Steuerberater waren in der Vergangenheit bekanntlich gesetzlich nicht verpflichtet, ihre Mandanten im Rahmen eines allgemeinen Steuerberatungsmandats ausdrücklich auf eine mögliche Insolvenzreife hinzuweisen. Bei einer handelsbilanziellen Überschuldung bestand damit grundsätzlich keine Hinweispflicht des Beraters gegenüber dem Geschäftsführer einer GmbH, aufgrund dessen eine weitergehende Überprüfung der tatsächlichen Insolvenzreife vorzunehmen. Eine Haftung des Steuerberaters für einen Verschleppungsschaden wegen eines unterlassenen Hinweises konnte danach nur eintreten, wenn er mit der Prüfung der Insolvenzreife der GmbH beauftragt war oder aus eigenem Antrieb ausdrückliche Erklärungen dazu abgab.

Dies hatte der BGH im Jahre 2013 so entschieden (BGH v. 7. März 2013, IX ZR 64/12, Stbg. 2013, 278; BGH v. 6. Juni 2013, IX ZR 204/12, WM 2013, 1323; BGH v. 6. Februar 2014, IX ZR 53/13, WM 2014, 577). Allerdings ist der BGH für viele überraschend bereits 2017 – also knapp vier Jahre später – davon wieder abgerückt und hat die Anforderungen an Steuerberater erheblich ausgeweitet mit der Folge, dass deren Haftungsrisiken sich spürbar erhöht haben (BGH v. 26. Januar 2017 – IX ZR 285/14, WM 2017, 383 und Stbg. 2017, 180).

Der BGH entschied nämlich, dass der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses beauftragte Steuerberater prüfen müsse, ob auf der Grundlage der ihm vorliegenden Unterlagen und bekannten Umstände tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten existieren, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit wirksam entgegenstehen. Ist dies der Fall, darf bei der Aufstellung der Bilanz nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Vermögensgegenstände mit ihren Fortführungswerten bilanziert werden können.

Darüber hinaus entschied der BGH, dass der Steuerberater seine Mandanten in diesem Zusammenhang auf einen potenziellen Insolvenzgrund und die daraus abgeleitete Prüfungspflicht des Geschäftsführers ausdrücklich hinweisen muss.

Dies gilt insbesondere dann, wenn er aus naheliegenden Gründen annehmen muss, dass diesem die mögliche Insolvenzreife nicht bewusst ist.

Die Folgen für die Praxis der Beratung

Das hat für die Praxis der Beratung mehrere Folgen. Zunächst ist damit noch einmal klar gestellt, dass die handelsbilanzielle Überschuldung allein zunächst keine Insolvenzantragspflicht konstituiert. Leider bedeutet das letztlich keine Vereinfachung, denn die daraus folgende Notwendigkeit der Identifikation einer Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne ist komplex, da die Vorgehensweise, die geeignet ist, diesen Ansprüchen zu genügen, unter Umständen mehrstufig ablaufen muss.

Die grundsätzliche Aufgabe besteht also darin zu prüfen, ob die handelsbilanzielle Überschuldung tatsächlich auch eine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne, also i. S. d. § 19 InsO, darstellt. Aufgrund dieser klaren Aufgabenstellung wird nebenbei noch einmal sehr deutlich, dass das in diesem Zusammenhang immer wieder vorgebrachte Argument, es läge doch eine Rangrücktrittsvereinbarung vor, die die handelsrechtliche Überschuldung heilen würde, vollständig ins Leere läuft. Denn ein erst in der Insolvenz – also zeitlich und logisch später – wirksamer Rangrücktritt (i. S. d. § 39 InsO), hat mit der Liquidität des Unternehmens in der Krise, also vor der Insolvenz nichts zu tun! Insofern heilt er dabei auch nichts. Das gleiche gilt im Übrigen auch für das ähnliche Argument der stillen Reserven!

Die richtige Vorgehensweise bei einer Überschuldungsprüfung

Wie ist bei der notwendig gewordenen Überschuldungsprüfung nun vorzugehen? Folgt man dem IDW S-11, ist eine Prüfung der möglichen Antragspflicht i. S. d. § 19 InsO in zwei Schritten vorzunehmen:

Erstens durch Erstellen einer Fortbestehensprognose. Ist diese positiv, besteht keine Antragspflicht nach § 19 InsO und der Jahresabschluss kann unter dem Fortführungsaspekt aufgestellt werden. Ist diese negativ, muss zweitens ein Überschuldungsstatus aufgestellt werden, anhand dessen erkennbar wird, ob die Gesellschaft (noch) über positives Reinvermögen verfügt. Ist dies der Fall, liegt ggf. eine drohende Zahlungsunfähigkeit vor, was zumindest ein Insolvenzantragsrecht des schuldnerischen Unternehmens begründet.

Weist bei negativer Fortbestehensprognose gleichzeitig auch der Überschuldungsstatus ein negatives Reinvermögen aus, liegt definitiv eine Antragspflicht wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung vor.

Aufwändige Erstellung eines Überschuldungsstatus

Die Erstellung des Überschuldungsstatus ist alles andere als trivial, sondern vergleichsweise aufwändig, da bilanzielle Rechnungslegungsgrundsätze dabei keine Anwendung finden, sondern in diesem Status im Wesentlichen abweichende Ansatz- und Bewertungsspielräume eine Rolle spielen. Denn im Unterschied zur Handelsbilanz gelten handelsrechtliche Aktivierungsverbote im Überschuldungsstatus nicht. Die nachfolgende Aufzählung, die keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, mag das verdeutlichen.

Grundsätzlich sind Aktiva und Passiva zu Liquidationswerten zu bewerten. Dabei sind vorhandene Marktpreise anzusetzen, wobei die wahrscheinlichste Verwertungsmöglichkeit zu unterstellen ist. Im Unterschied zur Handelsbilanz werden für den Überschuldungsstatus stille Reserven oder Lasten aufgedeckt. Ausstehende Einlagen werden aktiviert, sofern sie als werthaltig anzusehen sind. Immaterielle Vermögenswerte unterliegen einer Ansatzpflicht für den Fall, dass sie praktisch veräußerbar sind.

Ein originärer oder derivativer Geschäfts- oder Firmenwert kann ebenfalls angesetzt werden, sofern ein Verkauf von Betriebsteilen bereits konkrete Gestalt angenommen hat und der vereinbarte Kaufpreis betraglich die Summe der zu veräußernden Assets übersteigt. Gesellschaftsrechtlich begründete Ansprüche sind ebenso aktivierungsfähig wie vertragliche Ansprüche gegenüber Dritten. Auch Aktiva, die als Kreditsicherheiten dienen, sind anzusetzen.

Auch auf der Passivseite bestehen erhebliche Unterschiede zur Going-Concern-Bilanz. Die mit einer Liquidation verbundenen Kosten wie Sozialplankosten, steuerliche Aufwendungen und Vertragsstrafen sind zu passivieren. Analog zu den vertraglichen Ansprüchen auf der Aktivseite gilt das auch für sich möglicherweise ergebende Gegenansprüche auf der Passivseite. Latente Steuern sind grundsätzlich ansetzbar, allerdings wird eine Liquidation der Nutzung von Steuervorteilen in den meisten Fällen rein praktisch entgegenstehen.

Rückstellungen sind nur dann passivierungspflichtig, wenn eine tatsächliche Inanspruchnahme im Rahmen der Liquidation überwiegend wahrscheinlich ist. Pensionsrückstellungen sind zum Wert ihrer Ablösung anzusetzen. Nachrangige Verbindlichkeiten wie z. B. Gesellschafterdarlehen sind selbst dann zu passivieren, wenn dafür ein Rangrücktritt erklärt wurde.

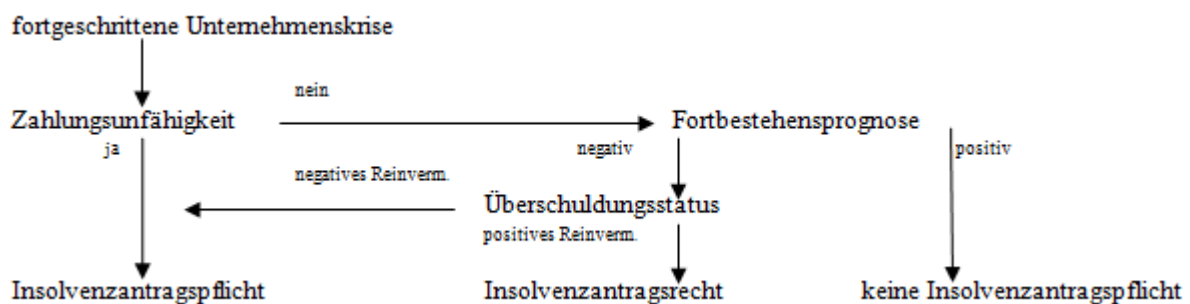
Diese kurze Auswahl mag verdeutlichen, dass der zweite Schritt der Prüfung der Insolvenzzreife, die Aufstellung eines Überschuldungsstatus, alles andere als einfach ist.

Fortführungsprognose kann nicht ohne weiteres aus Buchführung entwickelt werden

Dies gilt bei näherer Betrachtung jedoch gleichermaßen für den ersten Schritt, da die Fortbestehensprognose nicht ohne weiteres aus der Buchhaltung entwickelt werden kann. Denn die Aufgabe besteht im Kern darin, eine Zahlungsfähigkeitsprognose abzugeben, die – das sagt schon der Name – in die Zukunft gerichtet ist und demnach eine Planungsrechnung erfordert.

Mittels dieser Prognose muss also, kurz gesagt, die integrierte Finanzplanung des Unternehmens daraufhin geprüft werden, ob das Unternehmen im Kontext der äußeren Umstände und des Unternehmenskonzeptes in der Lage ist, zumindest im laufenden und im folgenden Geschäftsjahr seine jeweils fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen, die Aufrechterhaltung seiner Zahlungsfähigkeit also überwiegend wahrscheinlich ist. Dabei müssen Umfang und Details der Fortbestehensprognose dem Stadium und dem Ausmaß der aktuell bestehenden Unternehmenskrise angemessen sein.

Zusammen gefasst stellt sich die zweistufige Prüfung der Insolvenzzreife bei handelsbilanzieller Überschuldung also wie folgt dar:



Das gesetzgeberische Ziel, durch die Präzisierung bzw. teilweise Neufassung des Überschuldungs-Begriffs frühzeitige Insolvenzanträge zu ermöglichen und somit Sanierungen unter dem Schutz der Insolvenzordnung zu fördern, ist volkswirtschaftlich durchaus sinnvoll.

Allerdings dürften wir von diesem Ziel noch immer ein Stück weit entfernt sein, denn nach wie vor wird die überwiegende Mehrheit der Insolvenzanträge tatsächlich erst bei faktischer Zahlungsunfähigkeit, also in einem sehr späten Stadium der Unternehmenskrise gestellt. Eine gerichtliche Sanierung im Rahmen des ESUG ist in diesen Fällen aufgrund des häufig bereits fortgeschrittenen Verzehrs der schuldnerischen Vermögenswerte erheblich erschwert.

Festgestellte insolvenzrechtliche Überschuldung als Krisenfrüherkennungs-Instrument begreifen

Trotz der neuen Sicht auf die insolvenzrechtliche Überschuldung wird der nunmehr geltende Überschuldungstatbestand nur dann eine rechtzeitige Sanierung ermöglichen, wenn auch der Schuldner bzw. seine Organe dessen Funktion als Krisenfrüherkennungs-Instrument begreifen.

Sachkundige Dritte hinzuziehen

Ungeachtet der jeweils aktuell gültigen Fassung des Überschuldungs-Begriffes ist unstrittig:

Je früher mit der Sanierung begonnen wird, desto besser sind ihre Erfolgsaussichten. Es empfiehlt sich, bei der sachgerechten Prüfung der Insolvenzantragsgründe und möglicher Insolvenzreife i. S. d. §§ 17-19 InsO, sachkundige Dritte hinzu zu ziehen.