

Aufsatz

Cornelius Nickert, Rechtsanwalt, Steuerberater, Fachanwalt für Steuer- und Insolvenzrecht;
Matthias Kühne, Rechtsanwalt, Betriebswirt (IWW), Fachanwalt für Insolvenzrecht, Offenburg*

going concern in Zeiten von Corona

Auch während der Corona- bzw. Covid-19 Pandemie müssen Prognosen über die Fortführung bzw. den Fortbestand von Unternehmen getroffen werden. Welche Auswirkung hat die Pandemie auf die Prognosen und welche Folgerungen bringt dies für die Sanierungspraxis mit sich?

I. Ausgangslage: Welche Prognosen sind erforderlich?

Will das Organ bei der haftungsbeschränkten Gesellschaft die Insolvenzantragspflicht wegen einer bestehenden Überschuldung vermeiden, benötigt es eine insolvenzrechtliche sog. Fortbestehensprognose, aus welcher hervorgeht, dass die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Davon ist nach h. M. auszugehen, wenn im Prognosehorizont¹ dokumentiert ist, dass keine Zahlungsunfähigkeit droht²

Auch im Rahmen der Aufstellung und der Prüfung des Jahresabschlusses ist die Frage nach dem going concern zu beurteilen. Bei der Bewertung der Vermögensgegenstände und Schulden ist von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, es sei denn es sprechen tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegen, sog. Handelsrechtliche Fortführungsprognose.³

Soweit im Frühjahr 2020 ein haftungsbeschränktes Unternehmen einer Insolvenzantragspflicht ausgesetzt ist, ist diese gem. dem CorInsAG dann bis zum 30.9.2020 ausgesetzt, wenn die Insolvenzreife auf den Folgen der Covid-19-Pandemie beruht und wenn Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.9.2020 zu beseitigen. Damit wurde auch für die Suspendierung der Antragspflicht faktisch ein going concern Check eingeführt.

1. Fortbestehensprognose gem. § 19Abs. 2 InsO

Die Fortbestehensprognose ist zur Vermeidung einer Überschuldung nur erforderlich, wenn das Vermögen unter der Annahme der Liquidation die Schulden nicht mehr deckt. Eine solche Prognose setzt ein Unternehmenskonzept voraus, welches in einen Finanzplan mündet. Beides, das Konzept und die

Planverprobungsrechnung sind abschließend umfassend zu würdigen. Selbstverständlich muss das Konzept von einem subjektiven Fortführungswillen getragen sein. Damit von einer positiven Fortbestehensprognose ausgegangen werden kann, muss die mittelfristige Zahlungsfähigkeit eines Unternehmens dokumentiert sein.⁴

a) Unternehmensplanung

In den meisten Urteilen⁵ und Literaturbeiträgen⁶ wird darauf abgestellt, dass sich die Prognose aus der integrierten Unternehmensplanung, also der Vermögens-, Erfolgs- und Liquiditätsplanung, ergibt. Dies ist missverständlich, weil sich die Prognose gerade von der Planung unterscheidet.⁷ Die Planung zeigt auf, was zu tun ist, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, während die Prognose ein Wahrscheinlichkeitsurteil über die Zukunft trifft.⁸ Die Planung hat handlungsleitende Funktion und die Prognose erkenntnistiftende. Eine Planung kann ambitioniert, konservativ, zu erwarten sein oder kann den Median oder aber eine Bandbreite ausdrücken. Ökonomisch sinnvoll und dem Gläubigerschutz Rechnung tragend ist aber alleine eine Prognose, was dem Erfordernis des Erwartungswerts gleichkommt.⁹

b) Überleitung in eine Prognose

Das Gesetz verlangt eine probabilistische Entscheidung, ein Wahrscheinlichkeitsurteil, ob nach den Umständen die Fortführung überwiegend wahrscheinlich ist. Liegt seitens des Unternehmens eine Planung vor, muss diese in eine Prognose überführt werden.¹⁰

Dabei ist die vielfach vertretene These nach einer komparativen Hypothesenwahrscheinlichkeit¹¹, also dem Ansatz des wahrscheinlichsten Szenarios (sog. Modus, Modalwert oder most likely case), abzulehnen.¹² Erforderlich ist vielmehr der Ansatz

4 Uhlenbruck/Mock, 15. Aufl. 2019, InsO § 19 Rd. 219 unter Hinweis auf OLG Hamburg 8.11.2013 – 11 U 192/11 ZInsO 2013, 2447, 2449; Bork ZIP 2000, 1709, 1710; K. Schmidt/K. Schmidt InsO 10. Aufl. 2016 § 19 Rn. 51; ähnlich HaKo-Schröder InsO 7. Aufl. 2019 § 19 Rn. 17 ff.

5 BGH vom 23.1.2018 – II ZR 246/15; ZInsO 2018, 815; vom 18.10.2010 – II ZR 151/09; ZInsO 2010, 2396.

6 HaKo-Schröder InsO 7. Aufl. 2019 § 19 Rn. 18; K. Schmidt/K. Schmidt InsO 10. Aufl. 2016 § 19 Rn. 51; Uhlenbruck/Mock, 15. Aufl. 2019, InsO § 19 Rd. 219.

7 Nickert/Nickert/Kühne KTS 2019, 29 (47 ff.); Kühne/Nickert ZInsO 2014, 2297; 2302 ff.; Nickert/Kühne ZInsO 2017, 2405; Nickert Kühne Unternehmensplanung in Sanierung, Krise und Insolvenz 2. Aufl. 2019 Rd. 785 ff.

8 Reis in: Szyperski/Wienand Handwörterbuch der Planung (1989) S. 1627 ff.

9 Nickert/Nickert/Kühne KTS 2019, 29 (47 ff.); Kühne/Nickert ZInsO 2014, 2297; 2302 ff.; Nickert/Kühne ZInsO 2017, 2405; Nickert Kühne Unternehmensplanung in Sanierung, Krise und Insolvenz 2. Aufl. 2019 Rd. 785 ff.

10 Vgl. hierzu IDW PH 2/2017.

11 Uhlenbruck/Mock, 15. Aufl. 2019, InsO § 19 Rn. 229.

12 Nickert/Nickert/Kühne KTS 2019, 29 (37; 47 ff.).

* Beide Autoren sind Partner der KANZLEI NICKERT. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. III.

1 I. d. R. laufendes und folgendes Wirtschaftsjahr; Karsten Schmidt in: K. Schmidt/Uhlenbruck Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz 5. Aufl. (2016) Tz. 5.141; Drukarczyk/Schüler in: MüKo-InsO 3. Aufl. (2013) § 19 Rn. 150; Uhlenbruck/Mock InsO 15. Aufl. 2019 § 19 Rn. 225; vgl. zur drohenden Zahlungsunfähigkeit BGH v. 5.12.2013 – IX ZR 93/11; ZInsO 2014, 77 und BGH v. 22.5.2014 – IX ZR 95/13 ZInsO 2014, 1326.

2 Z. B. Uhlenbruck/Mock InsO 15. Aufl. 2019 § 19 Rn. 225.

3 § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB.

des Erwartungswerts, der Prognose, die zum Gläubigerschutz nach unserer Auffassung um einen dem innewohnenden Risiko angemessenen Sicherheitspuffer zu korrigieren ist.¹³ Für die Planung bzw. Prognose ist die subjektive Wahrscheinlichkeit des Organs zugrunde zu legen.¹⁴ Diese ist aber lediglich auf Plausibilität (Vertretbarkeit) überprüfbar.¹⁵

c) Erforderliches Wahrscheinlichkeitsmaß

Nach dem Gesetzeswortlaut muss die Fortführung nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich sein. Die h. M. folgt aus der Zahlungsfähigkeitsprüfung, dass „die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit innerhalb des Prognosezeitraums wahrscheinlicher sein als der Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit.“¹⁶ Auch dies ist entschieden abzulehnen, denn ein Unternehmen, welches nur mit knapp mehr als 50% sein Zahlungsgleichgewicht aufrechterhalten kann, ist nach ökonomischen Maßstäben nicht einmal ansatzweise mehr kreditwürdig.¹⁷ Ein solches Unternehmen darf folglich nicht mehr auf Kosten der Gläubiger spekulieren.¹⁸ Ökonomisch entscheidend ist alleine, ob das Unternehmen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit kreditwürdig ist. Dies setzt in Anlehnung an die verschiedenen Ratingtabellen der maßgeblichen Agenturen voraus, dass die Einjahresausfallwahrscheinlichkeit (PD – probability of default) auf jeden Fall unter 10%, eher sogar unter 5% liegt.¹⁹ Wer bei schlechter Bonität das Geschäft fortführen will, muss zum Schutze nicht nur der bestehenden Gläubiger, sondern auch etwaiger Neugläubiger und damit vor allem des Markts²⁰ Liquidität bzw. Eigenkapital zuführen oder alternativ die Regie in einem Insolvenzverfahren an die Gläubiger abtreten, welche dann die Entscheidungsgewalt erlangen, ob sie das Risiko der Fortführung tragen wollen oder nicht. Im letzteren Fall können dann aber Informationsasymmetrien abgebaut werden und die Gläubiger treffen eine informierte und bewusste Entscheidung.²¹

d) Prognosehorizont

Die h. M. vertritt die Auffassung, der Prognosehorizont beträgt regelmäßig das laufende und das folgende Geschäftsjahr. Dies führt in der Praxis zu Zeiträumen von 12–24 Monaten. Wir sind der Auffassung, dass in Anlehnung an IDW S 1 und an § 274 Abs. 1 Satz 4 HGB ein Prognosehorizont von mind. 3–5 Jahren erforderlich und auch möglich ist.²²

2. Fortführungsprognose gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB

Im Rahmen der Bilanzierung ist Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, es sei denn es sprechen tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegen. Damit ist auch hier ein „going concern Check“ (sog. Fortführungsprognose) erforderlich.

Die Fortführungsprognose gem. HGB ist zwar in vielen Teilen deckungsgleich mit der Fortbestehensprognose gem. InsO. Allerdings gibt es auch Unterschiede. Zunächst einmal unterscheidet sich der Gesetzeswortlauf substantiell. Während bei der insolvenzrechtlichen Prognose eine Fortführung nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich sein muss, ist bei der handelsrechtlichen Bewertung die Fortführungsprämisse der

gesetzlich verankerte Regelfall. D. h. die Beweislast unterscheidet sich.

Ferner ist fraglich, ob nach dem HGB überhaupt eine Prognose erforderlich ist oder nicht. Immerhin bestimmt das Gesetz die Fortführung als Regelfall, von dem nur bei Vorliegen von entgegenstehenden Gegebenheiten abzuweichen ist. Anders als die InsO statuiert das HGB damit gerade kein Wahrscheinlichkeitsurteil. Man könnte aber der Auffassung sein, dass die Gegebenheiten zwar bestehen müssen, aber nicht mit Sicherheit zur Einstellung der Tätigkeit führen müssen. Dann wäre in der Tat eine *Wirkungsprognose* erforderlich. Der BGH hat sich in seiner Grundsatzentscheidung vom 26.1.2017²³ diesbezüglich geäußert: „Die Fortführung der Unternehmenstätigkeit ist nach dem Gesetz der zunächst zu unterstellende Regelfall; es spricht so lange eine Vermutung dafür, wie nicht Umstände sichtbar werden, welche die Fortführung unwahrscheinlich erscheinen lassen (MünchKomm-Bilanzrecht/Tiedchen, § 252 HGB Rn. 18; Schulze-Osterloh, DStR 2007, 1006, 1007) oder zweifelsfreie Kenntnis von der Unmöglichkeit der Fortführung besteht.“ Aus der Formulierung „zweifelsfreie Kenntnis der Unmöglichkeit der Fortführung“ ist zu schließen, dass zumindest ein Grad wie die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Einstellung nicht ausreichend sein dürfte. U. E. müsste hier ein extrem hoher Sicherheitsgrad des Stilllegens gegeben sein. An anderer Stelle haben wir dies als „quasi sicher“ bezeichnet.²⁴ In der Praxis führt dies dazu, dass Wahrscheinlichkeitsgrade von über 90%, nach unserer Auffassung sogar über 95% zu verlangen sind.²⁵

3. Aussichten, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.9.2020 wieder zu beseitigen

Das COVInsAG hat in § 1 die Insolvenzantragspflicht bis zum 30.09.2020 suspendiert, aber nur soweit Aussichten bestehen, eine Zahlungsunfähigkeit wieder zu beseitigen und dokumentiert werden kann, dass die Insolvenzreife auf der COVID-19 Pandemie beruht. Der Duden definiert die Aussicht als für die Zukunft sich ergebende, zeigende Möglichkeit.²⁶ Es geht also um eine Möglichkeit, eine Chance bzw. eine Eventualität. Letztlich geht es um die Einschätzung eines künftigen unsicheren Ereignisses. Damit aber liegt eine Prognose vor. Erforderlich ist eine positive Prognose des Wiederherstellens der Zahlungsfähigkeit. Zum erforderlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstab hat sich der Gesetzgeber bedauerlicher Weise nicht geäußert. Allerdings hat die Regierung im RegE zum COVInsAG auf die Schwierigkeit der Prognose hingewiesen: „Die derzeitigen Unsicherheiten erschweren zudem die Erstellung verlässlicher Prognosen und Planungen, auf welche sich die Vergabe von Sanierungskrediten stützen könnte.“²⁷ Wir gehen in dieser Lage davon aus, dass die für die Durchfinanzierung erforderlichen Kreditanträge, z. B. bei der KfW, gestellt werden und das Unternehmen bis zur endgültigen Entscheidung von der Suspendierung Gebrauch machen kann. Ist die Entscheidung positiv, ist die Zahlungsunfähigkeit beseitigt. Ist aber, z. B. durch Ablehnung, abzusehen, dass der rettende Kredit nicht erlangt werden kann, lebt die suspendierte Antragspflicht sofort wieder auf. Konsequenter Weise aber muss der Kreditantrag zügig gestellt werden, weil ansonsten gerade keine Aussicht auf Wiederherstellen der Zahlungsfähigkeit besteht.

13 Nickert/Nickert/Kühne KTS 2019, 29 (47 ff.).

14 Baumbach/Hueck, GmbHG 22. Aufl. 2019 vor § 64 Rn. 40a.

15 Nickert/Nickert/Kühne KTS 2019, 29 (65).

16 IDW S 11 Rn. 65.

17 Kühne/Nickert ZInsO 2014, 2297 ff. (2306 ff.).

18 Bitter-Scholz 12. Aufl. 2020 vor § 64 Rn. 61.

19 Kühne/Nickert ZInsO 2014, 2297 ff. (2306); ab 8% „extremely speculative/default“.

20 George A. Akerlof, THE MARKET FOR „LEMONS“: QUALITY UNCERTAINTY AND THE MARKET MECHANISM; Quarterly Journal of Economics. Band 84, Nr. 3, 1970, S. 488, <https://bit.ly/2SRs5Mb>; Abruf am 8.5.2020.

21 Nickert/Schilling InsBüro 2017, 51 ff.; 105 ff.

22 Nickert/Nickert/Kühne KTS 2019, 29 (63 f.).

23 BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/15 DStR 2019, 942 BB 2017, 685.

24 Nickert/Nickert/Kühne KTS 2019, 29 (60).

25 Vgl. zu den semantischen Wahrscheinlichkeitsabstufungen: Krelle Preistheorie 1961 S. 611; Wollny Der objektivierte Unternehmenswert 3. Aufl. 2018, 408.

26 <https://www.duden.de/rechtschreibung/Aussicht> Abruf am 14.5.2020.

27 RegE s. 2 unter <https://bit.ly/2LnYfK0> Abruf am 14.5.2020.

II. Was ändert sich durch Corona?

1. Gesetzliche Änderungen durch COVInsAG

a) Aussetzung Insolvenzantragspflicht

Die Insolvenzantragspflicht und die Zahlungsverbote werden bis zum 30.9.2020 ausgesetzt. Es sei denn, die Insolvenz beruht nicht auf den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie oder es besteht keine Aussicht auf die Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit. Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht sowie die Regelung zum Eröffnungsgrund bei Gläubigerinsolvenzanträgen kann im Verordnungsweg bis zum 31.3.2021 verlängert werden.

Zugunsten der Unternehmen wird eine Vermutungsregelung eingefügt. War der Schuldner am 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig, wird vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.

In allen anderen Fällen greift die Suspendierung der Zahlungsunfähigkeit nicht. Insbesondere dann nicht, wenn die Insolvenzreife schon im Jahr 2019 aufgrund anderer Ursachen eingetreten war. In diesen Fällen besteht die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht weiterhin wie bisher.

b) Prognoseunsicherheiten und Beweislast

Der Gesetzgeber will mit der Vermutungsregelung den erheblichen Prognoseunsicherheiten begegnen. Zum einen kann unsicher sein, ob die Insolvenzreife tatsächlich auf den Folgen der Covid-19-Pandemie beruht. Zum anderen sind Annahmen über die zukünftige Liquiditätsentwicklung nur schwer zu treffen. Auch hier bestehen erhebliche Prognoseunsicherheiten.

Mit der Vermutungsregelung soll gewährleistet werden, dass die derzeit bestehenden Unsicherheiten und Schwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises der Kausalität und der Prognostizierbarkeit der weiteren Entwicklungen in keiner Weise zu Lasten des Antragspflichtigen geht. Wie jede andere Vermutung auch, ist diese widerleglich. Nach dem Willen des Gesetzgebers kann aber eine Widerlegung nur in den Fällen in Betracht kommen, bei denen kein Zweifel daran bestehen kann, dass die Covid-19-Pandemie nicht ursächlich für die Insolvenzreife war und dass die Beseitigung einer eingetretenen Insolvenzreife nicht gelingen konnte. Es sind insoweit höchste Anforderungen zu stellen. Damit soll ein effektiver Schutz der handelnden Organe erreicht werden.

Die Vermutungsregelung ändert im Übrigen nichts an der Beweislast. Auch wenn der Schuldner zum 31.12.2019 zahlungsunfähig war, bleibt es dabei, dass das Nichtberuhen der Insolvenzreife auf den Folgen der Covid-19-Pandemie oder das Fehlen von Aussichten auf eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit von demjenigen zu beweisen ist, der sich darauf beruft, dass eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht vorliegt. Im Haftungsprozess gegen den Geschäftsführer trifft die Beweislast damit den Insolvenzverwalter²⁸.

Trotzdem ist der Geschäftsleitung anzuraten, die Auswirkungen der Corona-Krise zu dokumentieren. Beispielsweise Auftragsstornos, Umsatzrückgänge etc. Hilfreich ist es ebenso, wenn noch vor Kenntnis der Corona-Auswirkungen positive Fortbestehensprognosen, Liquiditätspläne etc. für das Jahr 2020 erstellt wurden, aus welcher sich die prognostische Zahlungsfähigkeit des Unternehmens ergibt.

2. Auswirkungen auf Fortbestehensprognose

§ 19 Abs. 2 InsO

a) Keine Notwendigkeit der Fortbestehensprognose bei Corona-bedingter Krise

Durch das COVInsAG hat der Gesetzgeber die Insolvenzantragspflicht bis zum 30.09.2020 suspendiert. Damit bleiben die Insolvenzgründe der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung weiterhin bestehen. Allerdings ist die Verpflichtung der Organe nach § 15a Abs. 1 InsO zur unverzüglichen Stellung eines Insolvenzantrages bei Eintritt eines Insolvenzgrundes temporär ausgesetzt. Damit entfällt in dieser Zeit auch grundsätzlich die Notwendigkeit einer Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 InsO zum Ausschluss der Überschuldung. Selbst wenn der Tatbestand der Überschuldung erfüllt wäre, bestünde keine Handlungspflicht der Organe, unverzüglich einen Insolvenzantrag zu stellen.

b) Fortbestehensprognose

Dies setzt allerdings voraus, dass die wirtschaftliche Krise folge der Corona-Pandemie ist. Wäre dies nicht der Fall, so würde die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht nicht greifen und es würden die allgemeinen Anforderungen gelten. In diesem Fall wären die Organe selbstverständlich verpflichtet, die Insolvenzreife zu prüfen und die Handlungspflichten des § 15a InsO zu beachten. Die Unternehmen wären damit bei negativer Überschuldungsbilanz nach § 19 Abs. 1 InsO gehalten, die Fortführung der Gesellschaft im Rahmen einer insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose zu prüfen²⁹.

c) Aussicht auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

Ebenso greift die Suspendierung dann nicht mehr, wenn keine Aussicht mehr auf Beseitigung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit zum 30.09.2020 mehr besteht. Für diese Frage entscheidend ist die Frage, ob das Unternehmen in der Lage ist, zum 30.09.2020 einen positiven Liquiditätsstatus auszuweisen. War das Unternehmen am 31.12.2019 zahlungsfähig, so greift die gesetzliche Vermutung, dass die Wiederherstellung des Zahlungsgleichgewichts bis zum 30.09.2020 gelingt. An die Entkräftung dieser Vermutung sind nach dem Willen des Gesetzgebers höchste Anforderungen zu stellen. Damit fordert der Gesetzgeber von Seiten der Unternehmen auch für die Frage der Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.09.2020 keine Fortbestehensprognose iSd. § 19 Abs. 2 InsO. Der Tatbestand der Überschuldung inklusiver der Fortbestehensprognose ist bis zum 30.09.2019 damit de facto ausgehebelt. Vielmehr reicht eine Liquiditätsplanung, die zum 30.09.2020 unter Berücksichtigung der vertraglichen Fälligkeiten einen positiven Liquiditätsstatus ausweist.

An die Prognosesicherheit für die Entwicklung stellt der Gesetzgeber geringe Anforderungen. Eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.09.2020 muss zumindest möglich erscheinen. Die Annahmen und die Liquiditätsplanung sollten in nachvollziehbarer Weise dokumentiert werden.

d) Nachhaltige Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

Weiterhin wird allein eine stichtagsbezogene Betrachtung zum 30.09.2020 für die Frage der Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit nicht ausreichen. Vielmehr muss das Unternehmens die Zahlungen im Allgemeinen wieder aufnehmen und im Wesentlichen alle fälligen Zahlungen wieder leisten³⁰. Die Liquiditätslücke muss nachhaltig geschlossen werden. Wann genau man von einer nachhaltigen Schließung der Liquiditätslücke ausgehen kann, bleibt in der Rechtsprechung offen. Im Schrifttum werden Zeiträume von mehr als 3 Wochen bis zu 3 Monaten vorgeschlagen³¹.

²⁹ Zum Umgang mit der gestiegenen Unsicherheit vgl. Ausführungen unter Ziff. III.

³⁰ BGH, Urt. v. 25.10.2012 – IX ZR 117/11, Rn. 18, ZInsO 2012, 2244.

³¹ Brückmanns ZInsO 2020, 797–809 mwN.

²⁸ Begr. COVInsAG, S. 19 (BT-Drucks. 19/18110).

3. Auswirkungen auf Fortführungsprognose § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB

Mit der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht hat der Gesetzgeber zumindest die Prognoseunsicherheiten im Rahmen der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose insoweit gelockert, als dass wegen einer Corona bedingten negativen Fortbestehensprognose keine Insolvenzantragspflicht ausgelöst wird. Allerdings derzeit nur bis zum 30.9.2020. Da der Steuerberater im Rahmen der Beurteilung der handelsrechtlichen Fortführungsprognose das Gesamtjahr beurteilen muss, wird in vielen Fällen – nach heutigem Stand – eine Insolvenzantragspflicht ab dem 1.10.2020 wieder aufliegen. Damit stünden einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit rechtliche Gegebenheiten i. S. d. § 252 Abs. 1 Ziff. 2 HGB entgegen. Solange eine Verlängerung der Suspendierung der Insolvenzantragspflicht über den 31.12.2020 hinaus nicht beschlossen wird, ist damit die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens zu dokumentieren. Dies beinhaltet auch einen Ausschluss der Insolvenzantragspflicht nach dem 30.09.2020. Damit sind die Unternehmen nach dem heutigen Stand im Rahmen der Jahresabschlussstellung zum 31.12.2019 –nach heutiger Gesetzeslage gezwungen– zumindest für den Zeitraum vom 01.10.20 bis zum nächsten Bilanzstichtag eine positive Fortführungsprognose zu erstellen.

III. Wie ist mit der gestiegenen Unsicherheit bezüglich der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung umzugehen?

1. Fortbestehensprognose gem. § 19 Abs. 2 InsO

Aufgrund des Beurteilungshorizonts von dem laufenden und dem folgenden Geschäftsjahr muss die drohende Zahlungsunfähigkeit während des Zeitraums mit der erforderlichen Gewissheit ausgeschlossen werden. Man könnte die Auffassung vertreten, dies ist bei einer Prognose im Zeitpunkt der eingetretenen, aber suspendierten Insolvenzantragspflicht nicht gegeben. Durch das COVInsAG wird aber klar hervorgehoben, dass eine temporäre Zahlungsunfähigkeit, die bis zum 30.09.2020 behoben wird, gerade nicht in die Insolvenz führen soll. Folglich wäre der Zeitraum bis zum 30.09.2020 auszublenden, wenn gleichzeitig feststeht, dass ab dem 30.09.2020 das Zahlungsgleichgewicht wiederhergestellt ist.

Damit verbleibt aber die Situation für das Organ unverändert für den Zeitraum ab dem 1.10.2020 eine Prognose anzustellen. Hierbei ist zu beachten, dass das Organ die Darlegung- und Beweislast für eine positive Fortbestehensprognose trifft. In der augenblicklichen Situation ist die Unsicherheit über die künftige Entwicklung nach wie vor hoch. Neben den Diskussionen, ob sich der Verlauf einem V, U oder L nähert sind mittlerweile Szenarien wie das W hinzugekommen. Nicht nur Experten unterscheiden sich massiv in der Einschätzung, sondern auch Staaten im Umgang mit der Pandemie.

In dieser Situation bleibt dem Organ, zu recht, die Prognose nicht erspart. Er muss sich dieser Unsicherheit stellen. Dabei gebietet es das Rationalitätsprinzip und auch der Gläubigerschutz, dass die Prognose erwartungsgetreu erstellt wird. D. h., es ist ein Erwartungswert und gerade keine komparative Hypothesenwahrscheinlichkeit zu bilden.³² Dies gilt auch für die jetzige besonders unsichere Zeit. Zu beachten ist, dass im Rahmen der Prognose Szenarien nicht weiterhelfen. Zwar könnte man ein Szenario für das V, U, V und auch das W bilden und der Entscheidung dasjenige Szenario zugrunde legen, welches den höchsten Eintrittswert hat. Jedoch würde

dann im Entscheidungskalkül ein anderer Ausgang ausgeblendet werden. Das ausgewählte Szenario hätte die Eintrittswahrscheinlichkeit von 100% und die anderen Szenarien von 0%. Sofern man die Szenarien mit Eintrittswahrscheinlichkeiten versehen würde und daraus den Erwartungswert bilden würde, würde man negieren, dass die Erwartungswerte der Szenarien wiederum unsicher sind und folglich sämtliche anderen möglichen, aber nicht berücksichtigten Szenarien mit einer Wahrscheinlichkeit von 0% angesetzt würden. Ferner ist es praktisch ausgeschlossen, dass die einzelnen Szenarien unterschiedliche Unsicherheitsgehalte haben und folglich bei einem solchen Vorgehen eine Ermittlung eines angemessenen Sicherheitspuffers methodisch nicht mehr möglich wäre. Erforderlich ist hierzu eine Aggregation des Gesamtrisikoumfangs über alle möglichen Szenarien.

Aber woher kommen in solchen Situationen dann die Erwartungswerte? Die Werte müssen aus einer Monte Carlo Simulation gebildet werden. Nur eine solche Methode lässt es zu, den Unsicherheitsgrad zu greifen. Im Rahmen einer solchen Monte Carlo Prognose wird meist ein Modell der Zukunft in Excel® erstellt. Bei der Eingabe von Inputvariablen (Planungs- bzw. Prognoseannahmen) werden statt der in Excel® üblichen einwertigen (deterministischen) zahlen Bandbreiten oder Verteilungen eingegeben. So kann man z. B. beim Umsatz statt 25 Mio. € eine Gleichverteilung zwischen 18 und 27 Mio. € erfassen.

Mittels einer Monte Carlo Simulation werden alle Chancen und Risiken nicht nur zu einem Erwartungswert verdichtet (aggregiert). Die Simulation zeigt auch, wie weit und mit welcher Wahrscheinlichkeit die künftigen Ergebnisse voraussichtlich um diesen Erwartungswert streuen. Zielsetzung dieser Risikoaggregation ist die Bestimmung eines Gesamtrisikoumfangs eines Unternehmens sowie die Ermittlung der relativen Bedeutung von Einzelrisiken auf die Unternehmensentwicklung. Im Laufe des Zeitablaufs können sich vielfältige Ereignissen ergeben, die dazu führen, dass sich am Ende des geplanten Jahres Abweichungen von der ursprünglichen Planung bzw. Prognose ergeben. Diese Ereignisse können sind als Risiken zu verstehen, also als positive oder negative Abweichung von Plan- bzw. Prognosegrößen. Im Rahmen einer Simulation können Korrelationen (Wechselwirkungen) der Risiken erfasst und simuliert werden. Als Beispiel kann in der Simulation berücksichtigt werden, dass bei reduzierten Umsätzen der Wareneinsatz nicht linear reduziert wird, sofern bei Unterschreiten Mengenrabatte nicht mehr erreicht werden können. In der Praxis werden hierzu die Wirkungen von Einzelrisiken, beschrieben als Wahrscheinlichkeitsverteilung, und deren Auswirkung auf die Planung (z. B. Plan-Gewinn- und Verlustrechnung) und/oder der Bilanz bewertet. Diese Verbindung zwischen Risikomanagement und Controlling gilt heute als state of the art.³³ In unabhängigen Simulationsläufen wird so zur Bestimmung des Risikos mit Hilfe der Monte-Carlo-Simulation ein Geschäftsjahr mehrere Tausend Mal simuliert und die Wirkung einer zufällig eingetretenen Kombination der potenziellen Risiken auf die GuV und/oder die Bilanz bestimmt. Aus diesen Verteilungen können dann Risikoumfänge, Vertrauensintervalle (Konfidenzintervalle) etc. abgeleitet werden. Mit Hilfe dieser Simulation wird also eine repräsentative zukünftige Stichprobe aller möglichen Risiko-Szenarien eines Unternehmens generiert und analysiert.

Die Monte Carlo Simulation ist anderen Planungs- und Prognosetechniken deutlich überlegen. Die ein-Punkt-Planung (deterministische Planung) geht davon aus, dass die Zukunft lediglich durch eine Prognose beschrieben werden kann und

32 Nickert/Nickert/Kühne KTS 2019, 29 ff. (37 ff.); Kühne/Nickert ZInsO 2014, 2297 (2299 ff.).

33 Vgl. hierzu: Band 3 der RMA Schriftenreihe: RMA/ICV, Vernetzung von Risikomanagement und Controlling, 2018.

schließt damit alle anderen Ausgangsmöglichkeiten aus. Die Szenarioplanung beschränkt die praktisch unendliche Menge an Zukunftsszenarien auf wenige, in der Regel drei, und blendet unzulässig³⁴ alle anderen Möglichkeiten aus. Die Bandbreitenplanung zeigt einen Korridor, geht aber fehlerhaft davon aus, dass in diesem Korridor alle Werte gleich wahrscheinlich sind. Daher verfolgen einige berufliche Standards³⁵ und insbesondere gewichtige Stimmen in der Literatur³⁶ die These, einen soliden Erwartungswert (Prognose) nur über eine Monte-Carlo-Simulation abbilden zu können. Zwar ist zu berücksichtigen, dass auch die der Monte-Carlo-Simulation zugrundeliegenden Verteilungsfunktionen subjektiven Wertungen und Einschlägen folgen. Dabei ist zu beachten, dass auch diese Methode nicht ohne subjektive Wertungen auskommt. Die h. M. vertritt die Auffassung, dass es im Rahmen ökonomischer Entscheidungen für Wahrscheinlichkeiten nur subjektive Werte gibt.³⁷ Zwar wird in der Ökonomie die Auffassung vertreten, dass die Verwendung historischer Daten „objektiv“ sei.³⁸ Dies impliziert aber die höchst subjektive Annahme, dass die Vergangenheit repräsentativ für die Zukunft sei (sog. Zeitstabilitätshypothese), womit man zwangsläufig wieder bei der Subjektivität ankommt. Für die Zukunft ist damit festzuhalten, gibt es keine objektiven Daten. Dies muss auch im Rahmen der insolvenzrechtlichen Prognose akzeptiert werden.³⁹ Allerdings muss diese „plausibel“, also vertretbar sein. Einem Strengbeweis ist die Prognose, weil keine Tatsache, nicht zugänglich.⁴⁰ In jedem Fall dürfte hier die intersubjektive Nachvollziehbarkeit eher gegeben sein, als bei dem Herauspicken einiger in der Praxis willkürlich gebildeter Szenarien aus einem unzähligen großen Topf an Einzelwerten.

2. Fortführungsprognose gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB

An der Fortführungsprognose im Rahmen der Bilanzierung ändert sich u. E. nichts. Es ist auch hier zu prüfen, ob Gegebenheiten gegen die Fortführung sprechen und ob diese gegebenenfalls entkräftet werden können. Jedoch wird ein besonderer Schwerpunkt der Beurteilung auf dem Ausschluss von pflichtigen Insolvenzzgründen liegen.

3. Aussichten, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.9.2020 wieder zu beseitigen

Für den prognostischen Ausschluss der Zahlungsunfähigkeit ab dem 1.10.2020 gelten die unter I. 3. und III. 1. gemachten Ausführungen.

IV. Fazit

Für den going concern Check gelten keine wesentlichen Veränderungen seit Beginn der COVID-19 Pandemie. Lediglich der Grad der Unsicherheit hat sich deutlich erhöht. Wesentlich ist für Unternehmen, die künftige Entwicklung in einer erwartungstretuen Planung zu dokumentieren. Aufgrund der vielfältigen Einflussfaktoren auf diese Prognose ist der Erwartungswert mittels einer Monte Carlo Simulation zu bilden, aus welcher auch ein angemessener Sicherheitspuffer abgeleitet werden kann. Soweit, wie vielfältig zu sehen, aktuell ein Risikoüberhang gegenüber den Chancen besteht, führt dies dazu, dass etliche going concern Checks nicht mehr positiv ausfallen werden.

34 Spremann, Valuation 2004 S. 102.

35 Vgl. die Nachweise in Kühne/Nickert ZInsO 2014, 2297 ff. (2303).

36 DeFinetti, Bruno, Wahrscheinlichkeitstheorie 1981 S. 6; zum Streitstand: Göbel, Elisabeth. Richtig entscheiden 2. Aufl. 2016 S. 119 ff.; vgl. zu Streit der Frequentisten und der Bayesianer: McGrayne, Sharon B., Die Theorie, die nicht sterben wollte, 2014; Nickert/Nickert/Kühne KTS 2019, 29 ff. (41 f.); Krauß/Ackermann ZInsO 2019, 1878 ff.

37 H. M. DeFinetti, Bruno, Wahrscheinlichkeitstheorie 1981 S. 6; Gleißner, Grundlagen des Risikomanagements 3. Aufl. 2017 S. 19 f.; zum Streitstand: Göbel, Elisabeth. Richtig entscheiden 2. Aufl. 2016 S. 119 ff.

38 Mißler-Behr/Rosenkranz in Gleißner/Romeike Praxishandbuch Risikomanagement 2015 S. 50.

39 Die wird im Rahmen der Unternehmensbewertung von der Rspr. durchgehend anerkannt, BVerfG, Beschl. v. 24.5.2012 – 1 BvR 3221/10 „Daimler/Chrysler“; ZIP 2012, 1656; Karollus/Huemer, Die Fortbestehensprognose i. R. d. Überschuldungsprüfung 2. Aufl. (2006) S. 203 f.

40 IDW PH 2/2017 TZ 5; Nickert/Nickert/Kühne KTS 2019, 29 ff. (36, 65).

Dr. Martin Heidrich, LL. M./Saskia Steinicke

Das Verhältnis von Gesellschaftervereinbarung und der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht in der Krise der Gesellschaft (Teil I)

Außergerichtliche Sanierungsversuche von kriselnden Gesellschaften unterliegen mangels gesetzlicher Regelungen immer noch der Kreativität der Geschäftsführer und deren Berater. Die große Gestaltungsfreiheit im Bereich der vorinsolvenzlichen Restrukturierung eröffnet den beteiligten Gesellschaftern zugleich die Chance, selbst tätig zu werden und die Sanierung ihrer Gesellschaft voranzutreiben. Ein großes Augenmerk liegt dabei auf sogenannten Gesellschaftervereinbarungen, die auf schuldrechtlicher Ebene zwischen den Gesellschaftern abgeschlossen werden. Von solchen schuldrechtlich eingegangenen Verpflichtungen zu unterscheiden sind vor allen Dingen die mitgliedschaftsrechtlichen Pflichten, die die Gesellschafter auf korporativer Ebene zu erfüllen haben. Anhand eines Praxisbeispiels versucht der vorliegende Aufsatz, dessen Fortsetzung

im nächsten Heft erscheint, das Spannungsverhältnis zwischen solchen Gesellschaftervereinbarungen und korporativen Pflichten, insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, zu verdeutlichen.

I. Gesellschaftervereinbarungen in der Krise

Gesellschaftervereinbarungen¹, die im internationalen Sprachgebrauch auch *shareholders' agreements* genannt werden, sind schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen allen oder einem

1 Die Terminologie zu Gesellschaftervereinbarungen ist vielfältig. Je nach Ausgestaltung finden sich Bezeichnungen wie Pool- oder Konsortialvereinbarung, Schutzgemeinschaftsvertrag, Kooperationsvereinbarung, o. ä.