

Auf korrektem Kurs?

Liquiditäts-Check | Im Rahmen einer Unternehmensführung stellt sich mitunter auch die Frage, nach welchem Turnus beziehungsweise aufgrund welcher Indikatoren eine Überschuldungsprüfung vorzunehmen ist.

Autorin: Katrin Schröder



Die Überschuldung stellt bei juristischen Personen und Personengesellschaften, bei denen der persönlich haftende Gesellschafter keine natürliche Person ist, einen Insolvenzantragsgrund dar. Eine Überschuldung verpflichtet die gesetzlichen Vertreter, unverzüglich spätestens aber nach drei Wochen nach Eintritt der Überschuldung, einen Insolvenzantrag zu stellen [§ 15a Abs. 1 Insolvenzordnung (InsO)]. Bei Nichtbeachtung der Insolvenzantragspflicht droht neben den strafrechtlichen Folgen [§ 15a Abs. 4 und 5 InsO sowie §§ 283f. Strafgesetzbuch (StGB)] auch eine persönliche Haftung [§§ 64 GmbH-Gesetz (GmbHG), § 92 Aktiengesetz (AktG), § 130 Handelsgesetzbuch (HGB)]. Gemäß § 19 Abs. 2 InsO liegt eine Überschuldung vor, wenn das Vermögen nicht mehr die Verbindlichkeiten deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.

Keine Überschuldung liegt also vor, wenn eine Fortführung überwiegend wahrscheinlich ist (positive Fortbestehensprognose). Damit liegt der Fokus der Überschuldungsprüfung auf den Anforderungen an die Fortbestehensprognose anstatt – wie bisher – auf der Bewertung der Vermögensgegenstände.

Handelsrechtliche Fortführungsprognose

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose, die von der handelsrechtlichen Fortführungsprognose abzugrenzen ist. Letztere ist in § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB geregelt:

„Bei der Bewertung ist von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen.“

Im Rahmen der Aufstellung des Jahresabschlusses führt § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB dazu, dass die gesetzlichen Vertreter eine Prognose darüber zu erstellen haben, ob bei der Bewertung weiterhin von der Fortführung des Unternehmens auszugehen ist. Begrifflich wird die insolvenzrechtliche Prognose als in Abgrenzung zur handelsrechtlichen Fortführungsprognose als Fortbestehensprognose bezeichnet.

Zahlungsfähigkeitsprognose

Im Rahmen der Erstellung der Fortbestehensprognose kommt der Zahlungsfähigkeit eine wesentliche Bedeutung zu. Ob auch die Ertragsfähigkeit sowie die Fähigkeit, Einnahmenüberschüsse zu erzielen, eine Rolle spielen, ist anders als bei der handelsrechtlichen Fortführungsprognose umstritten (vergleiche dazu AG Hamburg, ZIP 2012, 1776). Der Bundestagsdrucksache (16/10600 vom 14.10.2008 – Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakts zur Stabilisierung des Finanzmarkts – Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMSStG, S. 13) ist in diesem Zusammenhang zu entnehmen:

„Künftig wird es deshalb wieder so sein, dass eine Überschuldung nicht gegeben ist, wenn nach überwiegender Wahrscheinlichkeit die Finanzkraft des Unternehmens mittelfristig zur Fortführung ausreicht.“

Was unter Finanzkraft zu verstehen ist, ist im Unterschied zur drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 Abs. 2 InsO), Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 InsO) oder Überschuldung (§ 19 Abs. 2 InsO) nicht gesetzlich definiert. Es handelt sich auch nicht um einen feststehenden betriebswirtschaftlichen Begriff. Allerdings dürfte unter dem Begriff Finanzkraft nicht nur die Zahlungsfähigkeit im Sinne der InsO zu

verstehen sein, denn sonst hätte der Gesetzgeber diesen Begriff benutzt. Vertreten wird daher, dass Finanzkraft nicht nur die Fähigkeit meint, aus dem operativen Geschäft ausreichende Liquidität zur dauerhaften Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zu erzielen, sondern hiermit auch alle weiteren Mittel gemeint sind, die das Unternehmen benötigt, um seine Zahlungsfähigkeit sicherzustellen.

Dazu gehören etwa

- eine Ausweitung der Kreditlinie durch die Hausbank,
- die Gewährung langfristiger Darlehen durch die Hausbank,
- die Gewährung von Gesellschafterdarlehen,
- Kapitaleinlagen sowie Erlöse aus dem Verkauf von nicht betriebsnotwendigem Vermögen.

Vor diesem Hintergrund sollte bei der Erstellung der Fortbestehensprognose nicht nur die Zahlungsfähigkeit im Fokus stehen. Jedoch dürfte die festgestellte fehlende Zahlungsfähigkeit eindeutig ein K.-o.-Kriterium für die Fortbestehensprognose sein. Das gilt im Übrigen auch für die handelsrechtliche Fortführungsprognose. Zudem kann der oben genannten Bundestagsdrucksache entnommen werden, dass die Finanzkraft mittelfristig gesichert sein muss; ein kurzfristiges Gesellschafterdarlehen (etwa um die Zahlung der Löhne und Gehälter zu gewährleisten) dürfte also allein nicht ausreichen, um eine positive Fortbestehensprognose zu begründen.

Mit der geforderten Mittelfristigkeit der Zahlungsfähigkeit ist zudem verbunden, dass eine entsprechende Sicherung in der Regel nur dann ausreicht, wenn durch das operative Geschäft für eine gewisse Dauer

(mittelfristig) ausreichende Erträge erzielt werden können, denn eine permanente Fremdfinanzierung, etwa in Form von Gesellschafterdarlehen oder Bankkrediten, ist nur begrenzt möglich, zumal sich ein steigender Fremdkapitalbedarf immer auch auf die Überschuldungsprüfung auswirkt.

Prüfung der Ertragsfähigkeit

Grundsätzlich ist aber aus betriebswirtschaftlicher Sicht festzustellen, dass eine belastbare mittelfristige Finanzplanung in der Regel nicht

ohne eine Ertragsplanung funktioniert. Insofern kann die Prüfung der mittelfristigen Finanzkraft im Sinne einer mittelfristigen Zahlungsfähigkeitsprognose immer nur im Verbund mit einer Ertragsplanung und damit der Prüfung der Ertragsfähigkeit gesehen werden. Diese beiden wiederum müssen auf einem schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzept basieren. Ausnahmen können sich hier aber aus dem Geschäftszweck ergeben. So dürfte außer Zweifel stehen, dass beispielsweise die dauerhafte Subventionierung der städtischen Oper, der Annahme einer Überschuldung derselben entgegensteht.

Eine weitere Ausnahme kommt etwa für Start-up-Unternehmen in der Anfangsphase in Betracht. Diese erwirtschaften typischerweise über längere Zeiträume Verluste, können aber in der Zukunft ihre Verluste (hoffentlich) durch Einnahmen amortisieren.

Soweit die Verlustfinanzierung aber (gesellschafterseitig oder durch geldgebende Kreditinstitute) abgesichert ist, kann für diese Unternehmen trotzdem eine positive Fortbestehensprognose erstellt werden, selbst wenn die Ertragsfähigkeit noch hergestellt werden soll. Entsprechendes gilt für ein Unternehmen mit einem werthaltigen Verlustausgleichsanspruch.

Ein kurzfristiges
Gesellschafterdar-
lehen dürfte allein
nicht ausreichen,
um eine positive
Fortbestehensprog-
nose zu begründen.

Ständige Selbstprüfungspflicht

Letztlich lässt sich für die Praxis Folgendes feststellen: Gerät ein Unternehmen in Schieflage, etwa weil ein Großkunde in Insolvenz fällt oder der erwartete Großauftrag ausbleibt, ist Ausgangspunkt für die Erstellung der Fortbestehensprognose die tatsächliche Liquiditätssituation. Darauf aufbauend ist die mittelfristige Liquiditätsentwicklung zu prognostizieren. In die Prognose sind alle Komponenten der Innen- und Außenfinanzierung einzubeziehen. Die Innenfinanzierung umfasst die Möglichkeiten, aus eigener Kraft Zahlungsüberschüsse zu erwirtschaften, aber auch sonstige Maßnahmen wie etwa

- eine Reduzierung des Working Capital,
- Bestandsabbau und
- eine Intensivierung des Mahnwesens und des Forderungsmanagements.

Demgegenüber umfasst die Außenfinanzierung beispielsweise

- eine Ausweitung der Kreditlinie durch die Hausbank,
- die Gewährung von Gesellschafterdarlehen,
- Kapitaleinlagen,
- Ratenzahlungs- und/oder Stundungsvereinbarungen – insbesondere mit den Lieferanten – sowie
- Forderungsverzichte.

Dabei sollte der Schwerpunkt auf der Innenfinanzierung liegen, um eine gegebenenfalls drohende Überschuldung nicht noch zusätzlich zu intensivieren. Wird eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit festgestellt, kommt es im Wesentlichen darauf an, ob der Geschäftsleiter beziehungsweise die damit beauftragten Berater (etwa Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwälte) den Nachweis führen können, aus welchen Gründen eine einmal angenommene positive Fortbestehensprognose sich tatsächlich nicht realisiert hat und gegebenenfalls ein Insolvenzantrag gestellt werden muss. Der gesetzliche Vertreter beziehungsweise seine Berater müssen dann nachweisen, dass die entsprechende Änderung der Prognose im Zeitpunkt der Erstellung der positiven Fortbestehensprognose im Prognosezeitraum nicht vorhersehbar war.

Vor allem in Zeiten der Krise erfordert das eine ständige Selbstprüfung seitens der gesetzlichen Vertreter beziehungsweise seiner Berater, ob die Prognoseprämissen gegenwärtig noch zutreffen oder ob sie durch die tatsächliche Geschäftsentwicklung überholt wurden und deshalb eine Korrektur der Prognose erforderlich ist beziehungsweise wird. Denn die gesetzlichen Vertreter werden nicht dadurch von ihrer Selbstprüfungspflicht entbunden, dass eine positive Fortbestehensprognose zu einem bestimmten (in der Vergangenheit liegenden) Zeitpunkt für einen bestimmten (in der Zukunft liegenden) Prognosezeitraum erstellt wurde. Vielmehr gilt die in § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO gesetzlich fixierte Insolvenzantragsfrist, die maximal für drei Wochen das Prognoserisiko, ob Sanierungsbeiträge kommen, auf die Gläubiger überwälzt. § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO lautet:

„Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Eröffnungsantrag zu stellen (...)“

Nimmt ein Berater zur Krisensituation eines Mandanten Stellung, wird eine unrichtige Auskunft oder eine Gefälligkeitsauskunft im Regelfall ins Leere gehen.

Anforderungen an Überlebensfähigkeitsprognose

Darum geht die Empfehlung für die Praxis in Richtung einer Fortbestehensprognose im Sinne einer Überlebensfähigkeitsprognose. Diese setzt voraus:

- die Feststellung des Fortführungswillens (keine Liquidationsabsicht),
- das Vorliegen eines schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzepts sowie
- eine darauf aufbauende schlüssige Finanz- und Ertragsplanung.

Die Finanz- und Ertragsplanung sollte zumindest mittelfristig – gemeint ist das laufende und folgende Geschäftsjahr – neben der Zahlungsfähigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (mehr als 50 Prozent) auch die Fähigkeit zur Erzielung von Einnahmenüberschüssen aufzeigen. Denkbar ist auch die Darstellung von alternativen Prognosen, indem ein Trend oder eine Tendenz beschrieben wird, wobei auf besondere Unsicherheiten der Prognose hinzuweisen ist.

Haftung des Beraters

Vor Gefälligkeitsprognosen kann in diesem Zusammenhang nur dringend gewarnt werden.

Nimmt ein Berater zur Krisensituation eines Mandanten Stellung, übernimmt er die Haftung für die Richtigkeit seiner Auskunft – auch bei einer Gefälligkeitsauskunft. Entscheidend für einen stillschweigend geschlossenen und damit haftungsauslösenden Auskunftsvertrag ist nicht der Anlass (gesellschaftliches oder freundschaftliches Motiv), die Art und Weise der Auskunft (telefonisch, außerhalb des Büros, etwa auf einer Party oder am Stammtisch, unentgeltlich), sondern die Bedeutung der Auskunft für den Empfänger und dass die Auskunftsperson erkennen konnte, dass dieser die Auskunft zur Grundlage von Entscheidungen mit finanziellen Folgen machen will. Hierbei liegt ein Vertragsschluss nahe, wenn der Empfänger sich erkennbar auf die Auskunft verlässt und für ihn erhebliche Werte auf dem Spiel stehen. ●

KATRIN SCHRÖDER

Rechtsanwältin sowie Legum Magister in Unternehmensstrukturierung bei Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater in Düsseldorf

MEHR DAZU

Kompaktwissen für Berater: Steuerliche Beratung von Mandanten in der Krise, **Art.-Nr. 36715**