

2.3.4 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. die 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.

2.3.5 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 und Basel IV) 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.

2.3.6 Aktuelle Überschuldungsdefinition

Die aktuelle Überschuldungsdefinition galt bereits im Geltungszeitraum der Konkursordnung und wurde durch die Fachliteratur sowie insbesondere die BGH-Entscheidung vom 13.07.1992 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.

2.3.7 Überschuldung ist kein Antragsgrund, wenn die Fortführung 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.

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

Steuerberater waren in der Vergangenheit 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 vom 07.03.2013, IX ZR 64/12, Stbg. 2013, 278; BGH vom 06.06.2013, IX ZR 204/12, WM 2013, 1323; BGH vom 06.02.2014, 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 vom 26.01.2017, 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.

2.3.9 Die Folgen für die Praxis der Beratung

Das hat für die Praxis der Beratung mehrere Folgen. Zunächst ist damit noch einmal klargestellt, 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 im Sinne des § 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 (im Sinne des § 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!

2.3.10 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 im Sinne des § 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

4.10 Frühzeitige Auseinandersetzung mit dem (eigenverwalteten) Insolvenzverfahren

Die Inhaber bzw. die Geschäftsleitung des schuldnerischen Unternehmens müssen sich im Vorfeld der Insolvenz bereits mit den Alternativen der Insolvenzverfahren auseinandergesetzt haben. Welche Sanierungsmaßnahmen zur Verbesserung des Ergebnisses und welche Maßnahmen zur Erhaltung der Liquidität ein- und umgesetzt werden, sind im Vorfeld eines selbst initiierten Insolvenzverfahrens auszuarbeiten bzw. zu verproben. Allein die Entschuldung eines Unternehmens nützt nichts, wenn das Unternehmen in der Zukunft weiterhin Verluste produzieren wird.

Grundsätzlich gilt immer, dass ein Insolvenzverfahren für die Schuldner, Gläubiger und für alle anderen Beteiligten eine echte Belastung ist.

Neben den Bemühungen, ein Unternehmen – auch in der Eigenverwaltung – gegen alle Widrigkeiten am Leben zu erhalten, führen auch die zusätzlichen Belastungen, wie Gerichtsaufgaben – Aufgaben von Gläubigerausschüssen – berechnete oder unberechnete Anzeigen bei der Staatsanwaltschaft zu außerordentlichem Druck auf alle Beteiligten. Nebenbei ist noch zu bedenken, dass möglicherweise die Geschäftsführer/Inhaber durch Kreditkündigungen und/oder die Heranziehung von Bürgschafts- und Haftungsansprüchen persönlich unter Druck gesetzt werden. Sollte sich nach der Einschätzung des Sanierungsberaters/Sonderbevollmächtigten der Geschäftsleitung herausstellen, dass die bisher tätige Geschäftsführung nicht für den Zeitraum der Eigenverwaltung geeignet erscheint, ist im Vorfeld des Verfahrens über einen Geschäftsführerwechsel oder den Einsatz von Bevollmächtigten bei inhabergeführten Unternehmen nachzudenken.

4.11 Gläubigerverhalten in der Eigenverwaltung

Grundsätzlich gilt für alle Gläubiger, dass das eigenverwaltete Verfahren keine Änderungen gegenüber einem normalen Insolvenzverfahren mit Insolvenzverwalter aufweist.

Alle gesetzlichen Auflagen und gerichtlichen Verfügungen müssen von dem Eigenverwalter und seinen Beratern entsprechend umgesetzt werden.

Die gleichmäßige und bestmögliche Befriedigung ist in der Eigenverwaltung das oberste Ziel der Insolvenzordnung und daher werden alle Gläubiger vom Schuldner und dessen Berater genauso behandelt.

Bei größeren Verfahren wird üblicherweise ein Gläubigerpool initiiert, der durch einen Poolverwalter vertreten, möglicherweise auch im Gläubigerausschuss sitzen wird.

Alle „Berufsgläubiger“ werden auch im eigenverwalteten Verfahren über die entsprechenden Abteilungen vertreten und arbeiten ihre Forderungen gesetzeskonform ab.

Allein die Sonderproblematik „Abführung von Umsatzsteuer im vorläufigen eigenverwalteten Verfahren“ bedarf Wissen und Kompetenz der eingesetzten Sanierungsberater bzw. des Sonderbevollmächtigten.

Finanzamt und auch Sozialversicherungsträger sind im Insolvenzverfahren immer aufgrund ihrer besonderen Stellung gefühlt auf den vorderen Plätzen. Hier liegt es an der Kompetenz, der Erfahrung und dem Wissen des Sanierungsberaters, ggf. bereits im Vorfeld Konzepte und Abläufe zu strukturieren, um z.B. eine persönliche Haftung der Geschäftsführung in der Eigenverwaltung auszuschließen bzw. zu minimieren.

Die Fortführung der Unternehmen in der Eigenverwaltung und die damit geplante Sanierung setzt voraus, dass das schuldnerische Unternehmen eine intakte Organisation hat und hier insbesondere Lager, Faktura und Rechnungswesen auf dem aktuellen Stand sind.

4.12 Jede Eigenverwaltung stirbt bei „Versuch und Irrtum“

Es ist unbedingt darauf zu achten, dass die Vorbereitung einer Eigenverwaltung absolut professionell durchgeführt wird.

Neben dem gesetzeskonformen Insolvenzantrag sind im Vorfeld Liquiditätspläne, Insolvenzgeldanträge, Besonderheiten des schuldnerischen Unternehmens und sämtliche gesetzliche Auflagen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zu planen bzw. vorzubereiten.

Die Sanierungsberater werden mit der Geschäftsleitung sowohl die rechtlichen als auch die betriebswirtschaftlichen und steuerlichen Gegebenheiten prüfen bzw. auf die insolvenzspezifischen Anforderungen abändern.

Im Wesentlichen ist darauf zu achten, dass die eingesetzten Sanierungsberater entweder selber Insolvenzverwaltungserfahrung haben oder regelmäßig als Sanierer (Referenzen?) tätig waren.

Je größer das schuldnerische Unternehmen ist, desto mehr Köpfe mit verschiedenen Kompetenzen wird das Beraterteam auf Seiten des Eigenverwalters haben müssen, um alle wesentlichen Schwerpunkte abzudecken.

Die Sanierungsberater bzw. Sonderbevollmächtigte der Geschäftsleitung sind einem „Regelinsolvenzverfahren mit Insolvenzverwalter und dessen Team“ gleichzusetzen.

Der Sachwalter wird in der Regel umso genauer auf das Verfahren schauen, umso unsicherer er ist, dass die Sanierungsberater bzw. begleitende Berater der Eigenverwaltung keine oder wenig Erfahrung in der Insolvenzverwaltung haben.

Teilen sich Sanierungsberater und Sachwalter als kompetente Gegenparts das Verfahren, so wird die Arbeit (inklusive Gläubigerausschuss) in der Regel störungsfrei laufen. Neben den Auflagen des Gesetzgebers und der Sondersituation der Eigenverwaltung werden die Sanierungsberater auch die Eigenheiten des Gerichts bzw. der dort tätigen Richter im Vorfeld recherchieren und im Rahmen des Antrags berücksichtigen.

Eine Ablehnung einer Eigenverwaltung und eine Bestellung eines „fremden“ Verwalters kann die gesamte Sanierung gefährden, weil ja im Vorfeld bereits mit wesentlichen Kunden und Lieferanten die Eigenverwaltung abgestimmt

worden ist (allein durch die Gespräche bei der Besetzung des möglichen Gläubigerausschusses!).

Erfahrene Berater von Eigenverwaltungsverfahren werden deshalb im Vorfeld versuchen alle Eventualitäten zu erkennen, um Maßnahmen und Möglichkeiten zu finden, die Gläubiger, Richter oder sonstige Verfahrensbeteiligte davon überzeugen, dass die Eigenverwaltung in diesem speziellen Fall die bessere Wahl ist.

4.13 Gerichte und Eigenverwaltung

Wird unterstellt, dass der Insolvenzantrag mit seinen entsprechenden Anlagen und einer Vergleichsrechnung sowie einer belastbaren Liquiditätsrechnung frühzeitig im Rahmen der Eigenverwaltung erstellt wird, so scheiden sich die Geister darüber, wie im Vorfeld gegebenenfalls mit dem Insolvenzgericht umzugehen ist.

Als 2012 das ESUG vom Gesetzgeber verabschiedet wurde, kamen auf die hiesigen Insolvenzgerichte große Veränderungen zu. Heute gibt es bei größeren Gerichten tatsächlich einen eingesetzten Richter oder eine Richterin, die sich nur und ausschließlich mit den Eigenverwaltungsverfahren auseinandersetzt.

Bei mittleren oder kleinen Gerichten werden die Stellen für den Insolvenzbereich von Richtern ausgefüllt, die in der Hauptsache andere Rechtsbereiche im Rahmen ihrer Tätigkeiten abdecken. Das bedeutet, dass wenn ein größeres eigenverwaltetes Insolvenzverfahren bei einem kleinen oder mittleren Gericht eingereicht wird, auch hier die Unsicherheit der tätigen Richter und Richterinnen groß ist, „fremden Beteiligten“ das Vertrauen auszusprechen, anstatt auf bewährte Verwalterinnen und Verwalter zurück zu greifen und ein Insolvenzverfahren zu beschließen.

Erfahrene Sanierungsberater (gleichzeitig tätige Verwalterinnen und Verwalter) werden im Vorfeld im Rahmen ihrer Tätigkeit klären, wie die Insolvenzabteilungen der Gerichte im Gerichtsbezirk aufgestellt sind und welche

7.2 Musterschreiben: Anforderung einer handelsrechtlichen Going-concern-Prognose

Sehr geehrte/r,

wie Sie wissen, ist der Jahresabschluss unter der Annahme der Unternehmensfortführung aufzustellen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB). Anderenfalls muss die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens näher überprüft werden.

Eine Abschlusserstellung unter Fortführungsannahme ist nach der Rechtsprechung (BGH, Az. IX ZR 285/14) nur möglich, wenn anhand konkreter Umstände feststeht, dass die belastenden Indizien einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit nicht entgegenstehen, oder eine sog. handelsrechtliche Going-concern-Prognose der Geschäftsführung die gegen eine Unternehmensfortführung bestehenden Bedenken stichhaltig ausräumt.

Erst auf der Grundlage dieser Prognose darf der Jahresabschluss erstellt werden. Bis dahin sind die Abschlussarbeiten auszusetzen.

Im Rahmen meiner Arbeiten an der Erstellung des Jahresabschlusses _____ habe ich auf der Grundlage der mir zur Verfügung stehenden Unterlagen festgestellt, dass _____ [z.B. ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag (§ 268 Abs. 3 HGB) und keine stillen Reserven] vorliegen. Diese Tatbestände deuten stark auf die mögliche Verwirklichung des Insolvenzgrunds der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)/der Überschuldung (§ 19 InsO) hin. In Anbetracht dessen bestehen für Sie als Geschäftsführer handelsrechtlich sowie insolvenz- bzw. gesellschaftsrechtlich Handlungspflichten, auf die ich Sie als Anlage zu diesem Schreiben ausdrücklich hinweisen möchte.

Bevor wir also den Jahresabschluss wie beauftragt erstellen können, bitten wir Sie hiermit, eine explizite Fortbestehensprognose zu erstellen oder in Auftrag zu geben und uns spätestens bis _____ schriftlich zukommen zu lassen. Denn die Erstellung einer Fortbestehensprognose zählt nicht zu dem uns erteilten Auftrag.

Bitte beachten Sie in diesem Zusammenhang, dass in der Unternehmenskrise die gesetzliche Frist zur Erstellung des Jahresabschlusses nicht ausgeschöpft werden darf; vielmehr ist von einer verkürzten Frist von zwei bis drei Monaten auszugehen.

Die konkrete Erstellung des Abschlusses wird etwa ____ Wochen benötigen.

Insgesamt bedeutet dies somit für Sie:

- Zunächst ist unverzüglich das mögliche Vorliegen des Insolvenzgrunds der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)/der Überschuldung (§ 19 InsO) zu prüfen und gegebenenfalls ein Insolvenzantrag beim zuständigen Insolvenzgericht zu stellen.
- Auf der Grundlage der Ergebnisse dieser Insolvenzprüfung ist sodann unverzüglich eine handelsrechtliche Going-concern-Prognose zu erstellen.

Ohne eine entsprechende Fortbestehensprognose können wir daher den Jahresabschluss nicht aufstellen.

Mit freundlichen Grüßen

Steuerberater

13. Anhang: Vorübergehende Gesetzesänderungen im Zuge der Corona-Pandemie durch das COVInsAG (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz)

Das COVInsAG ist eine Reaktion der Bundesregierung auf die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie. Das Gesetz ist am 27.03.2020 verkündet worden und unmittelbar in Kraft getreten.

Wesentliche Änderungen der vorübergehend geltenden Gesetzesanpassung sind die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht (betrifft sowohl Zahlungsunfähigkeit, als auch Überschuldung), eine Haftungsreduzierung der Organe juristischer Personen (Geschäftsführer insbesondere), Einschränkungen bzw. Ausschluss des Anfechtungsrechts sowie gesellschaftsrechtliche und zivilrechtliche Anpassungen (auf organisatorischer Ebene). Einige Änderungen sind sinnvoll und nötig, andere bergen Risiken bzw. berücksichtigen bestimmte Sachverhalte nicht praxisnah.

Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a InsO und § 42 Abs. 2 BGB ist nun bis mindestens zum 30. September 2020 unter bestimmten Bedingungen ausgesetzt. Diese Aussetzung gilt insbesondere nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2 (COVID-19-Pandemie) beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. War der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig oder überschuldet, wird vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht.

Vom aktuellen Standpunkt aus betrachtet, ist folglich davon auszugehen, dass die meisten krisenbetroffenen Unternehmen in diese Kategorie fallen werden, es sei denn, es handelt sich um ein sogenanntes Zombieunternehmen, das bereits lediglich durch buchhalterische und betriebswirtschaftliche Verschleierungstaktiken am Markt gehalten wurde.