

## Die Fortbestehensprognose – Rechtliche Anforderungen und ihre betriebswirtschaftlichen Grundlagen –

Von WP/StB Dr. Paul J. Groß, Köln, und Dr. Matthias Amen, Universität Essen

### Vorbemerkung

Die Prognose, ob ein Unternehmen fortbestehen wird oder nicht, hat weitreichende Konsequenzen für Eigentümer, Gläubiger und Arbeitnehmer der Gesellschaft. In Abhängigkeit von dem Prognoseergebnis sind das Vermögen und die Schulden in der Bilanz und in einem etwaigen Überschuldungsstatus anzusetzen und zu bewerten. Letztlich kann schon der Ausgang der Fortbestehensprognose über Wohlergehen oder Untergang des Unternehmens entscheiden.

In diesem Beitrag wird nach einer kurzen Begriffsklärung die Relevanz der Fortbestehensprognose für die Insolvenzgründe dargestellt. Die Insolvenzordnung enthält mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung zwei Insolvenzgründe mit prognostischen Elementen. Für die Fortbestehensprognose, die auf Basis eines Unternehmenskonzeptes, einer daraus abgeleiteten integrierten Bilanz-, Ertrags- und Finanzplanung und dem voraussichtlichen Verhalten der Stakeholder hinsichtlich der Finanzierungsbeiträge zu erarbeiten ist, stellen sich die Fragen der Nachhaltigkeit und der Wahrscheinlichkeit der Fortführungsfähigkeit. Zum Prognosehorizont hat sich eine einhellige Meinung herausgebildet. Hingegen ist in der Kommentar-Literatur zu der vom Gesetzgeber geforderten „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ des Fortbestehens in jüngerer Zeit vermehrt eine quantitativ-statistische Interpretation zu finden. In diesem Beitrag wird gezeigt, dass sich diese Auslegung für die Rechtspraxis nicht halten lässt. Vielmehr ist die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ als juristisches Beweismaß aufzufassen, welches als nicht quantifizierbare komparative Hypothesenwahrscheinlichkeit zu interpretieren ist. Letztlich kommt es hinsichtlich der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Fortbestehens“ auf die Einschätzung der Realisierbarkeit

des Unternehmenskonzeptes und der Sicherstellung der vom Verhalten der Gesellschafter und Gläubiger abhängigen Gesamtfinanzierung an. Der Beitrag schließt mit Ausführungen zur Bedeutung der Fortbestehens-Fehlprognose in der gerichtlichen Auseinandersetzung.

In einem weiteren Beitrag, der in einer der nächsten Ausgaben der WPg erscheint, wird der Fokus auf die Erstellung der Fortbestehensprognose aus Sicht eines unabhängigen Gutachters unter Berücksichtigung verschiedener Perspektiven sowie auf Möglichkeiten der Plausibilisierung gerichtet.

### 1. „Begriff“ der Fortbestehensprognose

Die Fortbestehensprognose<sup>1</sup> beinhaltet eine begründete Aussage darüber, ob das Unternehmen *nachhaltig* seine geschäftlichen Aktivitäten unter Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen fortführen kann. Sie ist deshalb „Zahlungsfähigkeitsprognose“<sup>2</sup>, die auf der Grundlage geeigneter Planungsinstrumente aus verschiedenen Perspektiven<sup>3</sup> zu erstellen ist. Künftige Zahlungsfähigkeit ist anzunehmen, wenn sich voraussichtlich mit üblichen Dispositionen und Kapitalbeschaffungsmaßnahmen das finanzielle Gleichgewicht wahren

1 Grundlegende Literatur: *Bork*, ZIP 2000, S. 1709–1713; *Braun*, WPg 1989, S. 683–694; *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, 1997; *Dörner*, in: WP-Handbuch 1998, Band II, S. 299–491; *Drukarczyk*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1, 2001, § 18, S. 318–333; *Drukarczyk/Schüler*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer, a.a.O., § 19, S. 333–365; *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 57–95; *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 95–139; *Groß*, WPK-Mitteilungen, Sonderheft Dezember 1997, S. 61–83; *IDW PS 800*, WPg 1999, S. 250–253; *Stellungnahme FAR 1/1996*, WPg 1997, S. 22–25; *Stellungnahme FAR 1/1991*, IDW-FN 1991, S. 319.

2 Vgl. *Drukarczyk/Schüler*, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 345 f., Rn. 53, sowie die dort angegebene Literatur (im Original z. T. Fettdruck); ebenso *Bork*, ZIP 2000, S. 1710.

3 Siehe dazu *Groß/Amen*, in einer der nächsten Ausgaben der WPg.

lässt.<sup>4</sup> Wie für jede Prognose stellen sich auch für die Fortbestehensprognose die Fragen nach dem Prognosehorizont sowie nach der Zuverlässigkeit und Glaubhaftigkeit der Prognoseaussage.

Im heute differenzierten Wirtschafts- und Alltagsleben sind von Experten unterschiedlichster Berufsgruppen bei vielfältigen Gelegenheiten weitreichende Prognosen abzugeben. So prognostizieren der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, die Forschungsinstitute und die Bundesregierung alljährlich die Rate des künftigen Wirtschaftswachstums. Analysten treffen Aussagen über die künftige Kursentwicklung an den Börsen. Rechtsanwälte müssen ihren Mandanten gegenüber konkret zu den Erfolgsaussichten eines Rechtsstreites Stellung nehmen.<sup>5</sup> Auch sind Ärzte täglich gefordert, sich zu den Rekonvaleszenzaussichten ihrer Patienten zu äußern. Erweisen sich diese hier genannten Prognosebeispiele späterhin als unzutreffend, so hat dies allenfalls rufschädigende, jedoch nur in seltenen Fällen haftungs- oder gar strafrechtliche Konsequenzen.

Anders hingegen verhält es sich bei der Fortbestehensprognose, die von der Geschäftsführung mit gesetzlich vorgegebener Sorgfalt unter Anwendung anerkannter Erkenntnisse und Erfahrungsgrundsätze zu erstellen ist. Denn das Prognoseergebnis hat aus Gründen des Gläubigerschutzes weitreichende Folgen hinsichtlich der Verhaltenspflichten der Geschäftsführung. Nach den Grundsätzen unserer Rechtsordnung dürfen beschränkt haftende Gesellschaften mit negativer Fortbestehensprognose allenfalls noch zu Lasten des vorhandenen Eigenkapitals, nicht jedoch auf Risiko der Gläubiger ihren Geschäftsbetrieb weiter fortführen.<sup>6</sup> Die Geschäftspartner selbst eines schon in der Krise befindlichen Unternehmens sollen bei der Anbahnung von Neugeschäften grundsätzlich auf die nachhaltige Zahlungskraft des Unternehmens vertrauen dürfen.<sup>7</sup>

Demnach beinhaltet eine Fortbestehensprognose mehr als eine bloß rechnerisch richtige Zusammenstellung von Tabellen mit Zukunftsdaten. Verlangt wird vielmehr ein mit den Realitäten (Marktentwicklungen und Unternehmensressourcen) abgestimmtes schlüssiges Unternehmenskonzept. Keinesfalls genügt die nicht durch Fakten begründete Hoffnung der Geschäftsführung, es werden sich die Unternehmensverhältnisse in naher Zukunft schon bessern. Eine Fortbestehensprognose muss vielmehr „auf systematischer Grundlage nach sachgerechten Kriterien und für sachverständige Dritte nachvollziehbar erstellt werden“<sup>8</sup>, um schließlich auch einer gerichtlichen Überprüfung standzuhalten.<sup>9</sup> Eine positive Fortbestehensprognose ist demnach „das qualitative, wertende Gesamturteil über die Lebensfähigkeit des Unternehmens in der vorhersehbaren Zukunft“<sup>10</sup> und setzt dessen Fortführungsfähigkeit voraus.

## 2. „Anlässe“ der Fortbestehensprognose

### 2.1 „Allgemeine Anlässe“ zur Erstellung einer Fortbestehensprognose

Anlass zur sorgfältigen Erstellung einer Fortbestehensprognose besteht immer dann, wenn sich für die Fortführung des Unternehmens aus eigener Kraft Zweifel ergeben und der Eintritt eines Insolvenzgrundes zu befürchten ist.<sup>11</sup> Dies kann der Fall sein, wenn Kapitalbedarf und verfügbare Finanzmittel in kritischer Relation zueinander stehen, so dass die nachhaltige Gesamtfinanzierung des Unternehmens nicht mehr ausreichend gesichert ist. Dafür besteht schon dann ein deutliches Warnsignal<sup>12</sup>, wenn das Working Capital (Netto-Umlaufvermögen) kaum noch positiv oder gar bereits negativ ist.<sup>13</sup> Auch sich ankündigende Verluste oder ein negativer Cashflow aus laufender Geschäftstätigkeit machen eine Fortbestehensprognose erforderlich,<sup>14</sup> um rechtzeitig auf einen sich abzeichnenden Insolvenzgrund reagieren zu können.

Als weitere Alarmzeichen, die zur Erstellung einer Fortbestehensprognose auffordern, werden folgende Indikatoren einer Unternehmensgefährdung genannt:<sup>15</sup>

- Umsatzeinbrüche und steigende Vorräte,
- ausgeschöpfte und/oder gekündigte Kreditlinien,
- Verlust der Hälfte des gezeichneten Kapitals oder Ausweis eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags in der letzten Bilanz oder Planbilanz.

### 2.2 „Spezielle Pflichten“ zur Erstellung einer Fortbestehensprognose

Über die allgemeinen Anlässe aufgrund wirtschaftlicher Indikatoren hinaus bestehen aufgrund folgen-

4 Vgl. *IDW PS 800*, WPg 1999, S. 252.

5 Beispielsweise hat auch der Aufsichtsrat vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Vorstand um etwaigen Schadensersatz eine Risikoanalyse durchzuführen. Vgl. BGH II ZR 175/95 vom 21. 4. 1997 = ZIP 1997, S. 883–887.

6 Siehe auch BGH II ZR 178/99 vom 17. 9. 2001 = ZIP 2001, S. 1874–1881.

7 Vgl. hierzu *Altmeyen*, ZIP 2001, S. 1837–1847.

8 Vgl. *Borg*, ZIP 2000, S. 1711.

9 Siehe z.B. die Anforderungen in BGH IX ZR 47/97 vom 4. 12. 1997 = ZIP 1998, S. 248–253, und ferner OLG München 31 U 4886/95 vom 15. 4. 1996 = GmbHR 1998, S. 281 f.

10 *Stellungnahme FAR 1/1996*, WPg 1997, S. 24.

11 Siehe die Zusammenstellung von Anlässen bei *Dörner*, a.a.O. (Fn. 1), S. 308 f., Rn. 32–37, und in ISA 570 Abs. 8.

12 Zu offensichtlichen Krisensignalen siehe auch *Häger*, Checkbuch Überschuldung und Sanierung, 2. Aufl. 2002, S. 1–8.

13 Vgl. *Budde/Geißler*, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 4. Aufl. 1999, § 252 HGB, S. 399, Rn. 15; *Winnefeld*, Bilanz-Handbuch, 2. Aufl. 2000, S. 841, Rn. 27; ferner *Selchert*, in: Küting/Weber, Handbuch der Rechnungslegung, Band Ia, 4. Aufl. 1995, § 252 HGB, S. 837, Rn. 37.

14 *Winnefeld*, a.a.O. (Fn. 13), S. 841, Rn. 27.

15 Vgl. *Häger*, a.a.O. (Fn. 12), S. 15. Dies sind nur Indikatoren, welche die Fortbestehensprognose veranlassen. Würden die Indikatoren selbst als Prognoseinstrumente eingesetzt, würde eine beachtliche Fehlerquote resultieren (vgl. *Ballwieser*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 4, 2001, § 252, S. 146, Rn. 13).

der rechtlicher Verpflichtungen im Einzelfall konkrete Anlässe zur Erstellung einer Fortbestehensprognose:

- Die *Geschäftsführer* haben:
  - sich alljährlich im Rahmen der Abschlusserstellung damit zu befassen, ob nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB die Bewertung des Betriebsvermögens noch unter der Going-Concern-Prämisse erfolgen kann;<sup>16</sup>
  - nach § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG an den Aufsichtsrat über grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, also auch über die künftige Liquiditätsentwicklung und dementsprechend über Maßnahmen zur Wahrung des finanziellen Gleichgewichtes zu berichten;<sup>17</sup>
  - überdies nach § 91 Abs. 2 AktG ein Überwachungssystem<sup>18</sup> einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Liquiditätsentwicklungen frühzeitig erkannt werden und noch mit geeigneten Maßnahmen gegengesteuert werden kann.
- Der *Abschlussprüfer* ist verpflichtet:<sup>19</sup>
  - nach § 321 Abs. 1 HGB im Prüfungsbericht vorweg auf die Beurteilung des Fortbestehens und der künftigen Entwicklung des Unternehmens unter Berücksichtigung des Lageberichtes einzugehen, soweit die geprüften Unterlagen eine derartige Beurteilung erlauben. Ferner ist darzustellen, ob bei der Prüfung Tatsachen festgestellt worden sind, die den Bestand des geprüften Unternehmens gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können;<sup>20</sup>
  - nach § 322 Abs. 3 HGB im Bestätigungsvermerk auf Risiken, die den Fortbestand gefährden, gesondert hinzuweisen.<sup>21</sup>

Diese für die Abschlussprüfung geltenden Vorschriften dienen vor allem der Schließung der „*Erwartungslücke*“,<sup>22</sup> was in Krisensituationen faktisch nur möglich ist, wenn der Abschlussprüfer die von ihm verlangten Äußerungen (Urteile) auf der Grundlage einer qualifizierten Fortbestehensprognose abgibt.<sup>23</sup>

In Krisensituationen hat der *Aufsichtsrat* seine Überwachungsaufgaben mit erhöhter Wachsamkeit und Intensität durchzuführen,<sup>24</sup> um die Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung durch den Vorstand sicherzustellen.<sup>25</sup> Er wird sich hierbei in erster Linie auf die ihm vom Vorstand vorgelegte Unternehmensplanung<sup>26</sup> sowie auf die Prüfungsberichte des Abschlussprüfers stützen und dafür Sorge tragen, dass rechtzeitig ein Sanierungskonzept und eine darauf aufbauende Fortbestehensprognose in Auftrag gegeben werden.<sup>27</sup>

- 16 Siehe vor allem *Winnefeld*, a.a.O. (Fn. 13), S. 840, Rn. 25 f. Ferner *Lück*, DB 2001, S. 1945–1949, m.w.N.; *Wiedmann*, Bilanzrecht, 1999, § 252 HGB, S. 102 f., Rn. 10–15. Nach *Baetge/Kirsch/Thiele*, Bilanzen, 5. Aufl. 2001, S. 160, reichen bloße Zweifel an der Fortführungsprämisse nicht aus, um diese zu widerlegen. Dazu ist eine beabsichtigte oder rechtlich gegebene Liquidation (also das Vorliegen eines Insolvenzantragsgrundes) erforderlich. Ferner siehe *Moxter*, WPg 1980, S. 345–351; *Leffson*, WPg 1980, S. 637–643; *Janssen*, WPg 1984, S. 341–348; *Leffson*, WPg 1984, S. 604–606; *Sarx*, in: Förtschle/Kaiser/Moxter, Rechenschaftslegung im Wandel, FS Budde, 1995, S. 570–573.
- 17 Diese in das AktG aufgenommenen Neuregelungen haben Ausstrahlungswirkung auf den Pflichtenrahmen der Geschäftsführer auch anderer Gesellschaftsformen (GmbH, KG etc.) (vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung des KonTraG, BT Drucksache 13/9712 vom 28. 1. 1998, S. 15; *Drygala/Drygala*, ZIP 2000, S. 297–305). Hier wird die Tragweite der durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) konkretisierten Verhaltensanforderungen an Vorstände und Geschäftsführer deutlich. Einen Überblick über die auf das KonTraG zurückgehenden Änderungen und Konsequenzen gibt der Sammelband *Dörner/Menold/Pfitzer*, Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und Prüfung, 1999. Ferner siehe *Schindler/Rabenhorst*, BB 1998, S. 1886–1893 und S. 1939–1944; *Gelhausen*, AG 1997, S. 73–82; *Moxter*, BB 1997, S. 722–730. Siehe auch *Dörner*, Praxis des Risikomanagements, 2000.
- 18 Siehe auch *Arbeitskreis „Externe und Interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V.*, DB, Beilage Nr. 11/2000. Zu den Anforderungen an ein Überwachungssystem in Zeiten organisatorischen Wandels siehe *Mochty/Gorny*, WPg 2001, S. 537–543.
- 19 Zu Folgendem siehe auch *Baetge/Linßen*, BFuP 1999, S. 369–389. Zur Stellung des Abschlussprüfers nach KonTraG siehe *Hommelhoff*, BB 1998, S. 2567–2573 und S. 2625–2631. Ferner *Dörner*, DB 2000, S. 101–105; *Dörner*, DB 1998, S. 1–8; *Gelhausen*, BFuP 1999, S. 390–406. Zum Abschlussprüfer als Überwachungsorgan siehe *Dörner*, in: Scheffler, Corporate Governance, 1995, S. 171 ff.
- 20 Vgl. *Ludewig*, WPg 1998, S. 595–600. Zur Berichterstattung über Risiken im Lagebericht nach §§ 289 Abs. 1 und 315 Abs. 1 HGB siehe *Dörner/Bischof*, WPg 1999, S. 445–455; *Baetge/Schulze*, DB 1998, S. 937–948; *Küting/Hütten*, AG 1997, S. 250–256. Zur Prognose der voraussichtlichen Entwicklung im Lagebericht nach §§ 289 Abs. 2 Nr. 2 und 315 Abs. 2 Nr. 2 HGB siehe auch *Dörner*, in: Baetge u.a., Rechnungslegung, Prüfung und Beratung, FS Ludewig, 1996, S. 217 ff.
- 21 Zur Beurteilung der Unternehmensrisiken im Rahmen der Abschlussprüfung siehe *Dörner*, in: IDW, Kapitalmarktorientierte Unternehmensüberwachung, 2001, S. 229 ff.
- 22 Zur Erwartungslücke bei der Abschlussprüfung siehe *Forster*, WPg 1994, S. 789–795; *Ruhnke/Deters*, ZfB 1997, S. 923–945; *Clemm*, WPK-Mitt. 1995, S. 65–78.
- 23 Vgl. *Niehus*, WPK-Mitt. 1998, S. 20. Zur Reduktion der Erwartungslücke durch KonTraG siehe *Böcking/Orth*, WPg 1998, S. 351–364; *Wolz*, WPK-Mitt. 1998, S. 122–135. Zur Corporate Governance und KonTraG siehe *Hommelhoff/Mattheus*, AG 1998, S. 249–259; *Forster*, AG 1999, S. 193–198; *Schulze-Osterloh*, ZIP 1998, S. 2129–2135; *Dörner*, DB 2000, S. 101–105; *Arbeitskreis „Externe und Interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e. V.*, DB, Beilage Nr. 11/2000, sowie das WPg-Sonderheft 2001 „Corporate Governance“. Ein weiterer Ausbau des Überwachungssystems mit weitgehenden Pflichtenregelungen für Geschäftsführung und Abschlussprüfer wird durch das vorgesehene Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) mit dem „Deutschen Corporate-Governance-Kodex“ (Verabschiedung Ende Februar 2002) beabsichtigt. Siehe dazu den Entwurf des Kodex unter <http://www.corporate-governance-code.de> sowie *Pfitzer/Oser/Orth*, DB 2002, S. 157–165, und die Stellungnahme des IDW zum Kodex-Entwurf in WPg 2002, S. 152.
- 24 Vgl. *Pothhoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied, 5. Aufl. 2001, S. 225.
- 25 Vgl. *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, 15. Aufl. 2000, § 52, S. 792, Rn. 11.
- 26 Nach dem Regierungsentwurf zum TransPuG soll gemäß dem geänderten § 90 AktG der Vorstand auch auf Abweichungen von früher berichteten Zielen unter Angabe von Gründen eingehen. Vgl. zur entsprechenden Formulierung des Referentenentwurfs *Pfitzer/Oser/Orth*, DB 2002, S. 157–165.
- 27 Vgl. *Jula*, Die Haftung von GmbH-Geschäftsführern und Aufsichtsräten, 1998.

Mit diesen Unterlagen wird zugleich eine aussagefähige Basis für die Kreditüberwachung durch *Kreditinstitute* geschaffen. Diese

- haben nach § 18 KWG bei der Vergabe von Krediten über 250 000 € die wirtschaftlichen Verhältnisse insbesondere auf der Grundlage der letzten Jahresabschlüsse und gegebenenfalls weiterer Unterlagen zu prüfen;<sup>28</sup>
- sind zur Vornahme einer besonderen Prüfung der nachhaltigen Überlebensfähigkeit bei der Vergabe von Sanierungskrediten verpflichtet. Ohne eine positive Fortbestehensprognose kann ein Sanierungskredit nicht frei von rechtlichen Risiken gewährt werden.<sup>29</sup>

Wo für die *Belegschaft* das Urlaubs- und Weihnachtsgeld gestundet oder gekürzt werden und überdies ein Personalabbau erfolgen soll, wird der Betriebsrat nicht selten seine Entscheidung von einem schlüssigen Unternehmenskonzept und einer darin enthaltenen positiven Fortbestehensprognose abhängig machen.<sup>30</sup>

### 3. Die Fortbestehensprognose im „System der Insolvenzgründe“

Die Fortbestehensprognose steht in engem Zusammenhang mit den Insolvenzgründen. Die am 1. 1. 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung (InsO) sieht für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens den allgemeinen Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) vor. Im Fall von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (§ 19 InsO) sind bei Kapitalgesellschaften und ihnen gleichgestellten Personengesellschaften die Geschäftsführer verpflichtet, unverzüglich, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt des Insolvenzgrundes einen Insolvenzantrag zu stellen.<sup>31</sup> Weiterhin gewährt der Eröffnungsgrund der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ (§ 18 InsO) dem Schuldner das Recht, ein Insolvenzverfahren einzuleiten.

#### 3.1 „Zahlungsunfähigkeit“

Nach § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner „zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.“ Es handelt sich um eine zeitpunktbezogene Beurteilung eines derzeitigen Zustandes. Das praktische Hauptproblem liegt in der Abgrenzung einer vorübergehenden Zahlungsstockung von der dauernden Zahlungsunfähigkeit, wobei der *BGH* mit ausdrücklichem Verweis auf die Normen der InsO einen Zahlungsverzug von allenfalls vier Wochen als den Gläubigern zumutbar

angesehen hat.<sup>32</sup> Grundlage der Beurteilung der Feststellung von Zahlungsunfähigkeit ist eine Liquiditätsrechnung, die schon wegen ihrer kurzfristigen Auslegung keine Fortbestehensprognose beinhaltet.

#### 3.2 „Drohende Zahlungsunfähigkeit“

Anders ist es beim Insolvenzgrund „drohende Zahlungsunfähigkeit“ (§ 18 Abs. 2 InsO), der anhand einer zeitraumbezogenen Prognosebetrachtung zu beurteilen ist:

„Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.“

De facto liegt dieser Insolvenzgrund vor, wenn für das Unternehmen die Fortbestehensprognose negativ ausfällt (siehe Abb. 1).

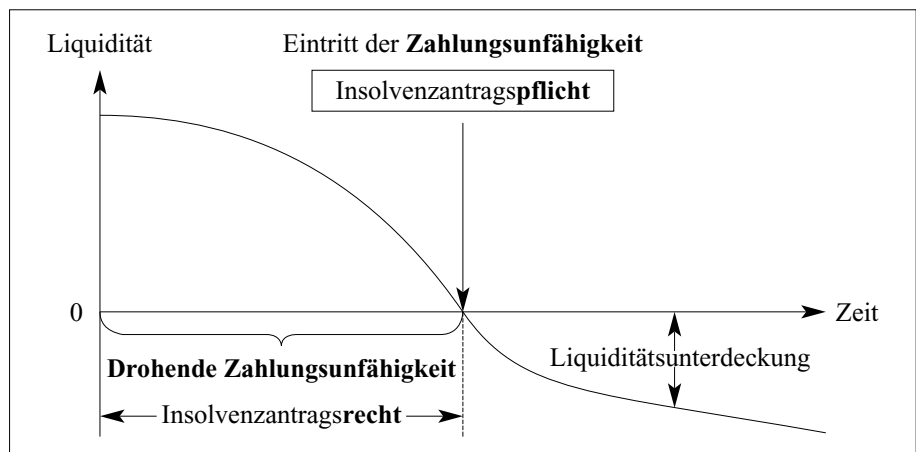


Abb. 1: Prognostizierte Liquiditätsentwicklung und insolvenzrechtliche Folgen für Kapitalgesellschaften

28 Vgl. dazu Meeh, WPK-Mitt. 1999, S. 221–223; Walter, DStR 2001, S. 906–912. Weiterer Prüfungsbedarf wird sich bei Umsetzung der „Neuen Baseler Eigenkapitalvereinbarung“ (Basel II) ergeben. Siehe dazu den Entwurf unter <http://www.duefinance.de/data/basel2.pdf>. Ferner Deutsche Bundesbank, Monatsbericht April 2001, S. 15–44.

29 Vgl. BGH IV ZR 242/52 vom 9. 7. 1953 = NJW 1959, S. 1665; BGH II ZR 109/84 vom 11. 11. 1985 = ZIP 1986, S. 14–21; BGH IX ZR 236/91 vom 12. 11. 1992 = ZIP 1993, S. 276–281; BGH IX ZR 47/97 vom 4. 12. 1997 = ZIP 1998, S. 248–253. Das dort verlangte Sanierungskonzept muss eine sorgfältige Prüfung der Erfolgsaussichten enthalten. Für die rechtlich unbedenkliche Gewährung von Sanierungskrediten haben Sanierungskonzepte somit zwingend eine Prognose über das Fortbestehen abzugeben. Von den *Sanierungskrediten* sind die *Überbrückungskredite* zu unterscheiden, die eine Bank während der Dauer der Erstellung der Fortbestehensprognose gewährt, um Zahlungsunfähigkeit zu vermeiden. Siehe ferner Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 5. Aufl. 1997, S. 543–566, insb. S. 546 und S. 558; Gawaz, Bankenhaftung für Sanierungskredite, 1997.

30 Der Betriebsrat kann gem. § 80 Abs. 3 BetrVG die Hinzuziehung eines Sachverständigen verlangen.

31 § 64 Abs. 1 GmbHG, §§ 177a, 130a HGB, § 92 Abs. 2 AktG, § 99 Abs. 1 GenG und § 42 Abs. 2 BGB.

32 Vgl. BGH IX ZR 147/94 vom 27. 4. 1995 = ZIP 1995, S. 929–932; BGH IX ZR 313/97 vom 3. 12. 1998 = ZIP 1999, S. 76–79; als Höchstfrist erneut angewendet in BGH IX ZR 48/01 vom 20. 11. 2001 = WM 2002, S. 137–141. Siehe ferner Uhlenbruck, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, S. 120, Rn. 7. Zu den Merkmalen der Zahlungsunfähigkeit siehe Groß/Hess, WPg 1999, S. 422–427; Harz, ZInsO 2001, S. 193–202, sowie BGH III ZR 139/55 vom 5. 11. 1956 = BB 1957, S. 8.

Mit diesem neu eingeführten Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit soll den Unternehmen die Möglichkeit gegeben werden, bei erkennbaren Zahlungsschwierigkeiten aufgrund prognostizierter Liquiditätsdefizite früher auf Unternehmenskrisen zu reagieren und dadurch die Sanierungschancen unter Verwendung insolvenzrechtlicher Instrumentarien zu erhöhen.

### 3.3 „Überschuldung“

Lässt die Fortbestehensprognose drohende Zahlungsunfähigkeit erkennen, so wandelt sich schon vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit das Antragsrecht zur Antragspflicht, wenn bei sachgerechter Bewertung des Betriebsvermögens bereits Überschuldung eingetreten ist. Der Insolvenzgrund „Überschuldung“ dient in erster Linie dem Gläubigerschutz.<sup>33</sup> Überschuldung liegt nach § 19 Abs. 2 InsO vor, wenn

„das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.“

Im Gegensatz zur früheren Rechtslage<sup>34</sup> wird im § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO eine Überschuldung auch dann als möglich erachtet, wenn von einer positiven Fortbestehensprognose auszugehen ist.<sup>35</sup> Überschuldung liegt (unverändert) demnach im Sinne der InsO stets dann vor, wenn das Vermögen geringer ist als die Schulden. Nach der InsO dient die Fortbestehensprognose nunmehr (lediglich) der Bestimmung der Wertansätze für das Vermögen und die Schulden.<sup>36</sup> Ausgehend vom Prognoseergebnis folgt im Überschuldungsstatus<sup>37</sup> der Ansatz des Vermögens entweder zu Fortführungs- oder Liquidationswerten.<sup>38</sup> Angesichts der haftungs- und strafrechtlichen Gefahren einer Insolvenzverschleppung hat der Geschäftsführer zur Fundierung der Entscheidung darüber, ob er die Insolvenzeröffnung beantragen muss, „die wirtschaftliche Lage des Unternehmens laufend zu beobachten. Bei Anzeichen einer Krise wird er sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand verschaffen müssen.“<sup>39</sup>

Im Fall von Indizien für das Vorliegen eines Insolvenzgrundes ist die Überschuldungsprüfung grundsätzlich in zwei Stufen durchzuführen (siehe Abb. 2).

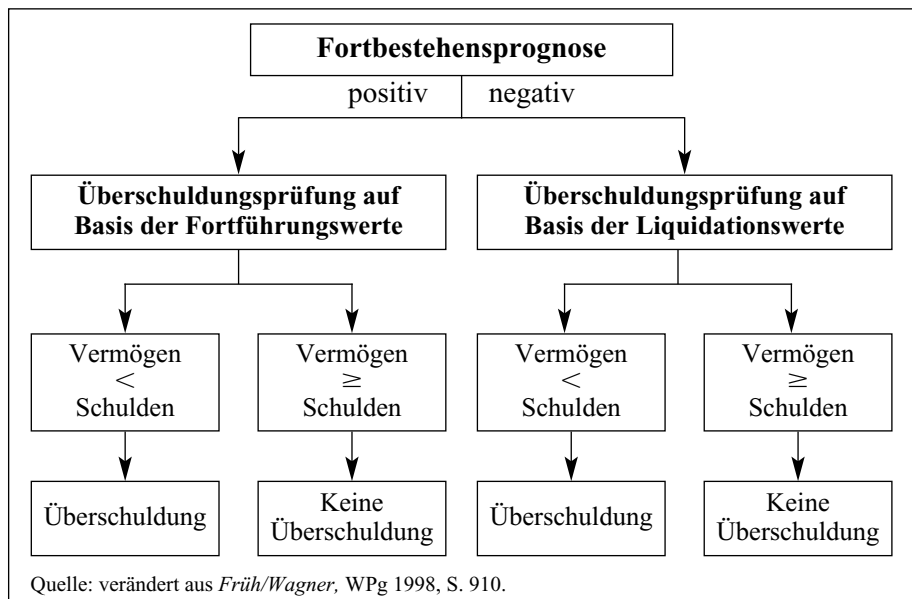


Abb. 2: Zweistufige Überschuldungsprüfung

Die auf erster Stufe vorgeschaltete Fortbestehensprognose ist mit der Sorgfalt eines ordentlichen (und bei der AG auch noch: gewissenhaften) Kaufmanns zu erstellen. Gefordert wird „entschieden mehr als reine Meinung und Hoffnung“.<sup>40</sup> Je deutlicher im Schuldnerunternehmen Krisensignale empfangen werden, um so gründlicher und detaillierter sind die entsprechenden Informationen zu analysieren und das zugrunde liegende Unternehmenskonzept und der sich daraus ableitende Finanzplan zu prüfen

33 Vgl. BGH II ZR 292/91 vom 6. 6. 1994 = ZIP 1994, S. 1103–1112; BGH II ZR 292/91 vom 20. 9. 1993 = ZIP 1993, S. 1543–1547, und grundlegend BGH VI ZR 245/57 vom 16. 12. 1958 = BGHZ 29, S. 100, sowie *Stellungnahme FAR 1/1996*, WPg 1997, S. 22 f.

34 Zu dieser Änderung siehe Früh/Wagner, WPg 1998, S. 909; Keller, Unternehmenssanierung, 1999, S. 47; Lutter/Hommelhoff, a.a.O. (Fn. 25), § 64, S. 962, Rn. 11, sowie BGH II ZR 269/91 vom 13. 7. 1992 = ZIP 1992, S. 1382–1387.

35 Vgl. *Stellungnahme FAR 1/1996*, WPg 1997, S. 22–25.

36 In der Literatur ist die Reihenfolge der Vorgehensweise bei der Überschuldungsprüfung bis heute noch umstritten (Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 32), S. 126 f., Rn. 15; Bork, ZIP 2000, S. 1709), wobei im Ergebnis keine Unterschiede zu sehen sind (vgl. Drukarczyk/Schüler, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 344, Rn. 46). Nach Auffassung des IDW ist eine zweistufige Prüfung durchzuführen (vgl. *Stellungnahme FAR 1/1996*, WPg 1997, S. 23). Ebenso Möhlmann, Die Richterstattung im neuen Insolvenzverfahren, 1999, S. 90 und S. 92, der hervorhebt, dass der Gesetzgeber in der InsO die „alternative“ zweistufige Überschuldungsprüfung kodifiziert hat, bei welcher der Überschuldungsmessung die Fortbestehensprognose vorangestellt ist (siehe auch ebenda, S. 109–111).

37 BGH II ZR 261/99 vom 2. 4. 2001 = ZIP 2001, S. 839 f.: „Eine in der Jahresbilanz ausgewiesene Überschuldung hat bei der Prüfung der Insolvenzreife der Gesellschaft allenfalls indizielle Bedeutung und ist lediglich Anhaltspunkt für die weitere Ermittlung des wahren Wertes des Gesellschaftsvermögens.“

38 Vgl. *Stellungnahme FAR 1/1996*, WPg 1997, S. 23; Groß, WPK-Mitteilungen, Sonderheft Dezember 1997, S. 62; Früh/Wagner, WPg 1998, S. 909 f., insb. die Abbildung auf S. 910.

39 BGH II ZR 292/91 vom 6. 6. 1994 = ZIP 1994, S. 1103–1112. Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 32), S. 126 f., Rn. 15, und Bork, ZIP 2000, S. 1709, schließen diesen Anlass in die stufenweise Abfolge der Überschuldungsprüfung ein und kommen so zu einer dreistufigen Prüfung.

40 Lutter/Hommelhoff, a.a.O. (Fn. 25), § 64, S. 962, Rn. 11. Siehe auch BGH IX ZR 47/97 vom 4. 12. 1997 = ZIP 1998, S. 248–253.

bzw. zu erarbeiten.<sup>41</sup> Für ein Urteil, dass ein vorhandenes, zumeist erfolversprechendes Unternehmenskonzept scheitert und sich damit eine positive zu einer negativen Fortbestehensprognose wandelt, sind allerdings im Einzelfall hohe Anforderungen zu stellen.<sup>42</sup> Wird jedoch die Fortbestehensprognose nicht mit der gebotenen Gründlichkeit erstellt, so bleiben für die Überschuldungsprüfung die Liquidationswerte maßgeblich.<sup>43</sup>

Überschuldung kann demnach aus zwei Gründen eintreten:

1. Das Vermögen übersteigt trotz fortwährender positiver Fortbestehensprognose nicht mehr die Schulden.
2. Das Ergebnis der Fortbestehensprognose fällt – anders als bisher – negativ aus, und die nun anzusetzenden Liquidationswerte des Vermögens decken nicht die Schulden (siehe Abb. 3).

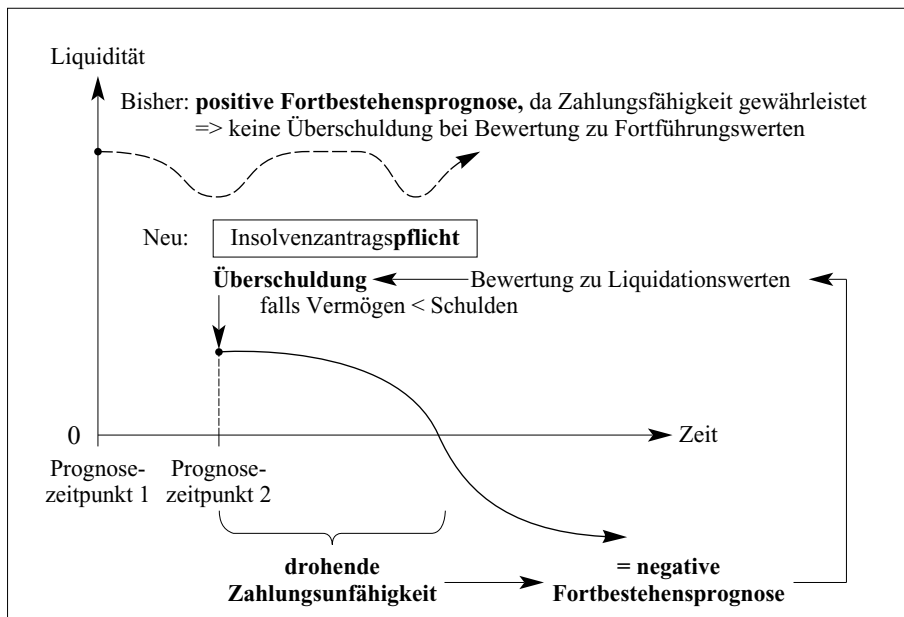


Abb. 3: Drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Entgegen der im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Ansicht bestehen gravierende Überschneidungen zwischen den Begriffen der Überschuldung und der drohenden Zahlungsunfähigkeit (siehe Abb. 3),<sup>44</sup> da das Ergebnis der Fortbestehensprognose schwerpunktmäßig durch die Entwicklung der künftigen Zahlungsfähigkeit determiniert werden soll.<sup>45</sup> Dementsprechend hat das *IDW* bei seinen Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen dargelegt, dass auch in diesem Zusammenhang der Finanzplan die Grundlage zur Beurteilung der Fortführungsfähigkeit darstellen soll.<sup>46</sup> Nach *Braun/Uhlenbruck* ist die Fortbestehensprognose in der Vorgehensweise sogar identisch mit der Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit.<sup>47</sup>

Unterschiede können sich allerdings bei der Handhabung der beiden Insolvenzgründe in der Kri-

senpraxis daraus ergeben, dass der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit dem Schuldner ein Antragsrecht gewährt, während bei Feststellung der Überschuldung die Geschäftsführer bzw. Vorstände von Kapital- und ihnen gleichgestellte Personengesellschaften zum Insolvenzantrag gezwungen sind. Wenn das Antragsrecht zur Einleitung des Insolvenzverfahrens als Sanierungsinstrument genutzt werden soll, werden die Auswirkungen von Sanierungsmaßnahmen in aller Regel eher zurückhaltend vorgetragen oder gar deshalb unterdrückt, weil sie erst im Wege eines Insolvenzplans durchgesetzt werden sollen. Wo jedoch demgegenüber Geschäftsführer mit einer negativen Fortbestehensprognose wegen der Antragspflicht und der Gefahr eines Gläubigerantrags unter Druck geraten, werden sie Sanierungsmaßnahmen auch in ihren materiellen und zeitlichen Auswirkungen eher offensiv darlegen und glaubhaft zu machen versuchen.

#### 4. Betriebswirtschaftliche „Prognosegrundlagen“

##### 4.1 Anforderungen an die „Finanzplanung als Prognosegegenstand“

Die Prognose der Fortführungsfähigkeit eines Unternehmens ist – wie eingangs definiert – eine *Zahlungsfähigkeitsprognose*. Dazu reicht es nicht aus, auf der Grundlage der Vergangenheitsdaten die aus der Buchhaltung bekannte (negative) Liquiditätsentwicklung fortzuschreiben. Vielmehr ist die Zahlungsfähigkeitsprognose zukunftsorientiert auf Basis eines Fi-

nanzplans durchzuführen, der in die Gesamtplanung des Unternehmens eingebunden ist. Bei der Aufstel-

41 Vgl. *Stellungnahme FAR 1/1996*, WPg 1997, S. 23. Für Finanzpläne im Konzern siehe insbesondere *Amen*, Erstellung von Kapitalflussrechnungen, 2. Aufl. 1998, S. 106–183.

42 Vgl. OLG Düsseldorf 6 U 194/99 vom 7. 6. 2001 = ZIP 2001, S. 2278–2282. Danach ist selbst die Ablehnung des Sanierungskonzeptes und die Beantragung einer einstweiligen Verfügung gegen eine Sanierungsmaßnahme durch einen für die Durchführung dieser Maßnahme unabdingbaren Vertragspartner des Schuldnerunternehmens noch kein Grund für eine negative Fortbestehensprognose, wenn begründete Aussicht besteht, den Verfügungsantrag noch abzuwehren und eine Verständigung mit dem Vertragspartner herbeizuführen.

43 Vgl. *Möhlmann*, a.a.O. (Fn. 36), S. 94.

44 So noch der Ausschussbericht in *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, 1995, S. 93.

45 Vgl. *Harz*, ZInsO 2001, S. 193.

46 Vgl. *Stellungnahme FAR 1/1996*, WPg 1997, S. 24.

47 Vgl. *Braun/Uhlenbruck*, a.a.O. (Fn. 1), S. 292. Ähnlich *Häger*, a.a.O. (Fn. 12), S. 26.

lung einer solchen integrierten Planung<sup>48</sup> sind Entwicklungen im Unternehmensumfeld sowie auch etwaige vorgesehene Restrukturierungsmaßnahmen und deren finanziellen Auswirkungen zu berücksichtigen.<sup>49</sup> Dadurch werden Strukturbrüche in der Unternehmens- und in der Umweltentwicklung erkennbar und lassen sich in dem Planungs- und Prognoseprozess sachgerecht verarbeiten.

Das Unternehmenskonzept enthält nach Auffassung des *IDW* eine Beschreibung und Analyse des Unternehmens und der relevanten Marktverhältnisse aus heutiger Sicht, das Leitbild bzw. die Vision sowie die geplanten Maßnahmen zur Erreichung dieser langfristigen Zielvorstellung.<sup>50</sup> Die Nachhaltigkeit der Fortführungsfähigkeit basiert vor allem auf der längerfristigen strategischen Planung, die wiederum Grundlage der operativen Geschäftsprozesse ist. Aus diesem Planungszusammenhang lässt sich eine jährliche Bilanz-, Ergebnis- und Finanzplanung ableiten,<sup>51</sup> die wiederum auf monatliche Planzahlen heruntergebrochen werden kann.

Ein solches Vorgehen entspricht auch den Anforderungen des *BGH*. Er setzt für eine Fortbestehensprognose „mindestens ein in sich schlüssiges Konzept voraus, das von den erkannten und erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht und nicht offensichtlich undurchführbar ist. ... Sowohl für die Frage der Erkennbarkeit der Ausgangslage als auch für die Prognose der Durchführbarkeit ist auf die Beurteilung eines unvoreingenommenen – nicht notwendigerweise unbeteiligten branchenkundigen Fachmanns abzustellen. ... Eine solche Prüfung muss die wirtschaftliche Lage des Schuldners im Rahmen seiner Wirtschaftsbranche analysieren und die Krisenursachen sowie die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage erfassen. Dies gilt ... grundsätzlich auch für den Versuch der Sanierung eines kleineren Unternehmens.“<sup>52</sup>

#### 4.2 Die „Sicherheit der künftigen Gesamtfinanzierung“

Der Finanzplan lässt die voraussichtliche Entwicklung des Liquiditätsbestandes erkennen. Er zeigt auf, ob im Prognosezeitraum die Liquidität zur Abdeckung der geplanten Auszahlungen reicht oder ob Liquiditätsunterdeckungen zu erwarten sind. Er ermöglicht somit die für die Fortbestehensprognose benötigte begründete Aussage darüber, ob das Unternehmen nachhaltig seine geschäftlichen Aktivitäten unter Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen fortführen kann oder ob sich Zweifel an der Tragfähigkeit und Geschlossenheit der künftigen Gesamtfinanzierung des Unternehmens ergeben. Dies ist unter folgenden Umständen der Fall:

- Der Finanzplan weist aufgrund von Umsatzrückgängen oder Kostensteigerungen (Preiserhöhungen, Währungsschwankungen, Lohn- und Gehaltserhöhungen) einen negativen Cashflow aus,

der durch zusätzliche Kapitalzuführungen gedeckt werden muss.

- Es sind außerordentliche zahlungswirksame Verluste (z.B. aufgrund von Gewährleistungen und Regressen) zu erwarten, die aus den üblichen Einnahmen nicht gedeckt werden können.
- Es sind nicht aufschiebbare Investitionen (z.B. Ersatzinvestitionen aufgrund von Störfällen oder Investitionen im Umweltbereich aufgrund von behördlichen Auflagen) erforderlich, die sich nicht aus dem vorhandenen Finanzierungspotenzial decken lassen.
- Für auslaufende Kreditverträge sind Tilgungen oder Prolongationen zu beschaffen; das Verhalten der Kreditgeber könnte von größerer Vorsicht und Zurückhaltung geprägt sein.
- Aufgrund sich verschlechternder wirtschaftlicher Verhältnisse entfallen die Voraussetzungen für eine bereits in Aussicht gestellte Landesbürgschaft.

Die vorgenannten Beispiele zeigen, dass die Deckung des Kapitalbedarfs ganz wesentlich auch von der Bereitschaft der Kapitalgeber – z.B. Gesellschafter und Banken – abhängig ist, dem Unternehmen weiterhin das benötigte Kapital zur Verfügung zu stellen.<sup>53</sup> Wo rückläufige Ergebnisentwicklungen im Unternehmen ein vorsichtigeres Verhalten der Kapitalgeber bewirken, sind verstärkte Bemühungen erforderlich, um die Stakeholder zu bewegen, das Unternehmen weiterhin finanziell zu begleiten. Damit werden die voraussichtlichen Entscheidungen der Kapitalgeber zu den Kapitalzuführungs- und Kreditgesuchen des Unternehmens ebenfalls Bestandteil der Fortbestehensprognose.<sup>54</sup>

48 Siehe auch § 229 InsO. Zur integrierten Planung siehe *Hahn*, in: Szyperski, HWPlan, 1989, Sp. 770–788. Zu den Begriffen Integration und Koordination siehe *Wild*, Grundlagen der Unternehmensplanung, 1974, S. 161 f.

49 Dies gilt selbst bei Einsatz statistischer Extrapolationsverfahren. Eine derartige Zahlungsfähigkeitsprognose – auch anhand der Diskriminanzanalyse oder Künstlicher Neuronaler Netze – weist einen zu großen Anteil an Fehlklassifikationen auf, um auf dieser Grundlage eine rechtlich bindende Fortbestehensprognose mit weitreichenden Konsequenzen für den Fortbestand des Unternehmens zu rechtfertigen (vgl. *Möhlmann*, a.a.O. (Fn. 36), S. 57–61, m.w.N.).

50 Siehe die *Stellungnahme FAR 1/1991*, IDW-FN 1991, S. 319. Ähnlich *BGH II ZR 118/77* vom 9. 7. 1979 = *NJW* 1979, S. 1823–1828. Siehe dazu auch *Groß/Amen*, in einer der nächsten Ausgaben der *WPg*.

51 Die Finanzplanung wird meist derivativ aus der Bilanz- und Erfolgsplanung abgeleitet (vgl. dazu vor allem *Amen*, a.a.O. (Fn. 41)).

52 *BGH IX ZR 47/97* vom 4. 12. 1997 = *ZIP* 1998, S. 248–253. Siehe ferner *OLG München 31 U 4886/95* vom 15. 4. 1996 = *GmbHR* 1998, S. 281 f. Auch in dem Fall, dass die Gläubiger im Wege eines Insolvenzplans aus den Erträgen des fortgeführten Unternehmens befriedigt werden sollen, ist nach § 229 InsO der Insolvenzplan zwingend um eine integrierte Ergebnis- und Finanzplanung zu ergänzen.

53 Wohl ebenso *Braun*, *WPg* 1989, S. 687.

54 Vgl. *Winnefeld*, a.a.O. (Fn. 13), S. 841 f., Rn. 28 f. Siehe auch z.B. *OLG Düsseldorf 6 U 194/99* vom 7. 6. 2001 = *ZIP* 2001, S. 2278–2282. Die Abhängigkeit der Going-Concern-Prämisse von dem Verhalten der Gesellschafter und der Gläubiger wird auch von *Selchert*, a.a.O. (Fn. 13), § 252 HGB, S. 838, Rn. 37, angeführt.

Dazu sind die faktischen und rechtlichen Rahmenbedingungen auszulegen. Ein Gesellschafter kann dem Unternehmen nur die Finanzmittel zuführen, über die er tatsächlich verfügen kann. Die Kreditinstitute haben ihrerseits das Gebot zu beachten, „Risiken nur in sinnvoller kaufmännischer Interessenabwägung einzugehen“.<sup>55</sup> Auch für Sanierungskredite gilt grundsätzlich, dass diese nicht ohne Sicherheiten gewährt werden dürfen und zudem eine ordnungsgemäße Bewertung der Sicherheiten zu erfolgen hat, sowie die Richtlinien über Beleihungsobergrenzen einzuhalten sind.

### 5. Zur „Nachhaltigkeit“ der Fortführungsfähigkeit

Die Fortbestehensprognose soll Auskunft darüber geben, ob der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft aufrecht erhalten werden kann.<sup>56</sup> Nur ein nachhaltiger Ausschluss der Insolvenzgründe suspendiert von der Insolvenzantragspflicht. Dies folgt im Umkehrschluss aus § 212 InsO, der die Einstellung eines bereits eröffneten Insolvenzverfahrens dann ermöglicht, wenn die Insolvenzgründe nachhaltig beseitigt sind.<sup>57</sup> Auch nur unter dieser Bedingung kann – im Hinblick auf den Gläubigerschutz – für ein bereits insolvenzrechtlich verstricktes Unternehmen die Dreiwochenfrist für die Antragspflicht entfallen.<sup>58</sup>

Angesichts des Erfordernisses der Nachhaltigkeit stellt sich für beide Insolvenzgründe – drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung – konkret die Frage, über welchen Zeitraum die Fortführungsrisiken bzw. -chancen zu prognostizieren sind.

#### 5.1 „Prognosezeitraum“ bei Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit

Nach der Begründung zum Regierungsentwurf der InsO ist für die Glaubhaftmachung der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ in der Fortbestehensprognose „die gesamte Entwicklung der Finanzlage des Schuldners bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten“ einzubeziehen.<sup>59</sup> Der Prognosezeitraum endet also mit dem spätesten Fälligkeitszeitpunkt der bestehenden Verbindlichkeiten.

Eine Verkürzung des Prognosezeitraums ist jedoch schon deshalb erforderlich, weil sich mit zunehmender Reichweite die Aussagefähigkeit und damit die Zuverlässigkeit der Prognose zunehmend verringert.<sup>60</sup> Im „Ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht“ umfasst der Prognosezeitraum „die nächsten Monate“.<sup>61</sup> Der BGH fordert, dass die Finanzkraft grundsätzlich mittelfristig zur Fortführung ausreicht.<sup>62</sup> Dementsprechend geht das IDW von einem Prognosezeitraum aus, der üblicherweise das laufende und das folgende Geschäftsjahr umfasst.<sup>63</sup>

#### 5.2 „Prognosezeitraum“ bei Feststellung der Überschuldung

Ebenso wenig wie die Definition der Überschuldung in § 19 InsO enthält die Begründung zum Regierungsentwurf eine Aussage über den maßgeblichen Zeitraum der Prognose. Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung soll stichhaltige Gründe aufzeigen, dass das Unternehmen nachhaltig überlebensfähig ist.<sup>64</sup> Sie sollte sich nach *Drukarczyk/Schüler* prinzipiell über die gesamte Lebensdauer eines Unternehmens erstrecken.<sup>65</sup> Da jedoch ein Unternehmen regelmäßig nicht auf Zeit gegründet wird, wäre ein unendlich langer Prognosezeitraum erforderlich. Nach herrschender Meinung ist allerdings der Prognosezeitraum aus Gründen der Praktikabilität und Justitiabilität wie bei der Prüfung drohender Zahlungsunfähigkeit auf einen grundsätzlich mittelfristigen<sup>66</sup> Zeitraum von mindestens zwölf Monaten begrenzt.<sup>67</sup> Darunter wird ebenso wie bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit das laufende Geschäftsjahr und das Folgejahr<sup>68</sup> oder ein Zeitraum bis zu etwa zwei Jahren<sup>69</sup> verstanden.<sup>70</sup>

Die Gesamtfinanzierung des Unternehmens ist aus Sicht der Überschuldungsprüfung jedoch so sicherzustellen, dass erkennbare Risiken von Finanzierungslücken möglichst nicht zu Lasten der Gläubiger gehen. Daher kann je nach Branche (z. B. Immobilienwirtschaft, Anlagenbau, Energie- und Wasserwirtschaft) im Einzelfall auch ein deutlich längerer Prognosezeitraum maßgeblich sein.<sup>71</sup> Der Prognosezeitraum ist u. E. stets dann zu erweitern, wenn

55 BGH II ZR 308/99 vom 3. 12. 2001 = ZIP 2002, S. 213–216; BGH I StR 280/99 vom 6. 4. 2000 = ZIP 2000, S. 1210–1212.

56 Für den Sanierungsplan vgl. *Braun*, WPg 1989, S. 684.

57 Vgl. *Pape*, in: *Kübler/Prütting*, InsO, 1. ErgLfg., August 1998, § 212, S. 3, Rn. 5 f.

58 *Lutter/Hommelhoff*, a.a.O. (Fn. 25), § 64, S. 970, Rn. 27.

59 *Balz/Landfermann*, a.a.O. (Fn. 44), S. 91; *Groß/Hess*, WPg 1999, S. 422–427.

60 Vgl. *Wild*, a.a.O. (Fn. 48), S. 136.

61 Bundesministerium der Justiz, Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, S. 111.

62 BGH II ZR 269/91 vom 13. 7. 1992 = ZIP 1992, S. 1382–1387.

63 Vgl. *IDW PS 800*, WPg 1999, S. 251. Nach IAS 1 (rev. 1997) Abs. 24 und ISA 570 Abs. 18 beträgt der Prognosezeitraum mindestens 12 Monate. Ebenso *Selchert*, a.a.O. (Fn. 13), § 252 HGB, S. 836, Rn. 36, m.w.N.

64 *Lutter/Hommelhoff*, a.a.O. (Fn. 25), § 64, S. 962, Rn. 11.

65 Vgl. *Drukarczyk/Schüler*, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 346, Rn. 56.

66 BGH II ZR 269/91 vom 13. 7. 1992 = ZIP 1992, S. 1382–1387.

67 Ebenso *Selchert*, a.a.O. (Fn. 13), § 252 HGB, S. 836, Rn. 36, m.w.N. Ebenso IAS 1 (rev. 1997) Abs. 24 und ISA 570 Abs. 18.

68 *Stellungnahme FAR 1/1996*, WPg 1997, S. 24; *Früh/Wagner*, WPg 1998, S. 911, sprechen von mindestens 12 Monaten bzw. bis zum Ende des nächsten Geschäftsjahres.

69 Vgl. *Drukarczyk*, a.a.O. (Fn. 1), § 18, S. 332, Rn. 55.

70 Vgl. *Müller*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1997, S. 103; *Drukarczyk/Schüler*, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 346, Rn. 56, und die dort angegebene Literatur.

71 Vgl. *Früh/Wagner*, WPg 1998, S. 911; IAS 1 (rev. 1997) Abs. 24; *Selchert*, a.a.O. (Fn. 13), § 252 HGB, S. 836 f., Rn. 36. Nach ISA 570 Abs. 18 kann der Wirtschaftsprüfer die Unternehmensleitung zur Ausdehnung des Prognosezeitraumes auffordern. Siehe auch *Tinbergen*, Zeitschrift für Nationalökonomie 1932, S. 171.

sich das übliche Unternehmensrisiko tendenziell zu einem abgrenzbaren „Projektrisiko“ konkretisiert. Dies trifft z.B. auf Unternehmen zu, die sich noch in der Aufbauphase befinden und voraussichtlich über längere Zeit mit Anlaufverlusten zu kämpfen haben. In solchen Fällen muss zur Vermeidung einer Überschuldung der konzeptgemäß erwartete Start-up-Verlust durch die in der Planung vorgesehenen Eigenmittel gedeckt sein, weil sonst das Risiko des Scheiterns konzeptgemäß den Gläubigern angelastet würde.<sup>72</sup>

### 6. Zur „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ der Fortführungsfähigkeit

Sowohl bei der Überprüfung des Insolvenzgrundes der Überschuldung als auch der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist die Fortbestehensprognose mit Unsicherheit behaftet. Der Gesetzgeber hat diese Unsicherheit bei der Definition der Insolvenzgründe gesehen und in Kauf genommen. Bei der positiven Fortbestehensprognose kommt es darauf an, dass die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit innerhalb des Prognosezeitraums mit *überwiegender Wahrscheinlichkeit* begründbar ist.

#### 6.1 Fortbestehensprognose mit Hilfe „statistischer Szenariotechnik“

Zur Bewältigung dieses Problems übernimmt ein Teil der Kommentar-Literatur eine Meinung, die das Kriterium der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ der Unternehmensfortführung mit statistischen Methoden durch Berechnung quantitativer Wahrscheinlichkeiten zu lösen versucht.<sup>73</sup> Dazu werden für die Zukunftsentwicklung des Unternehmens jeweils mehrere Szenarien<sup>74</sup> modelliert und die sich daraus ableitenden Zukunftsprojektionen mit Eintrittswahrscheinlichkeiten belegt.<sup>75</sup>

*Drukarczyk/Schüler* haben in der im Jahre 1997 erschienenen Erstauflage der „Kölner Schrift zur Insolvenzordnung“ den aus finanzierungstheoretischer Sicht nahe liegenden Vorschlag gemacht, eine mehrwertige Prognose anhand von Szenarien durchzuführen, in denen jeweils unterschiedliche Umweltentwicklungen abgebildet werden.<sup>76</sup> Da die *Szenarien jeweils den gesamten Prognosezeitraum* umfassen, ist der Ansatz als statisch zu bezeichnen. Für die einzelnen Szenarien wird entweder mittelfristige „Zahlungsfähigkeit“ oder „Zahlungsunfähigkeit“ *erwartet*.<sup>77</sup> Die einzelnen Szenarien sollen mit subjektiven Eintrittswahrscheinlichkeiten gewichtet werden. Für sämtliche definierte Szenarien lassen sich *erwartete* Finanzpläne aufstellen und daraus positive oder negative Fortbestehensprognosen ableiten.

Übersteigt die Summe der Eintrittswahrscheinlichkeiten aller Szenarien, für die Zahlungsfähigkeit *erwartet* wird, den Wert von 0,5, so soll eine positive Fortbestehensprognose gegeben bzw. der Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit ausgeschlossen sein. Abbildung 4 zeigt ein Methodenbeispiel mit vier Szenarien, den angenommenen Eintrittswahrscheinlichkeiten der Szenarien und den szenarioindividuell *erwarteten* Ergebnissen.

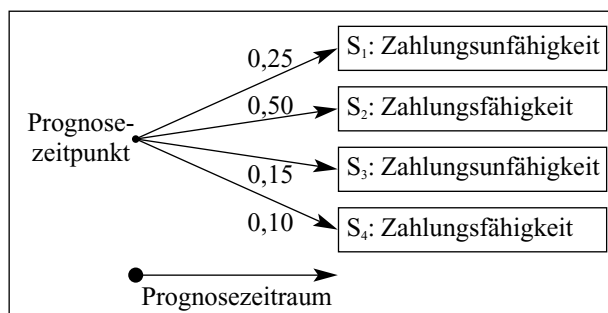


Abb. 4: Mehrwertige Prognose anhand der Szenariotechnik

Tabelle 1 gibt die Berechnung für die Daten des Methodenbeispiels wieder.

Szenario	Eintrittswahrscheinlichkeit für das Szenario	Erwartete Zahlungsfähigkeit („einwertiges“ Ergebnis im Szenario)	Eintrittswahrscheinlichkeit für ein Szenario mit erwartetem Ergebnis „Zahlungsfähigkeit“
S <sub>1</sub>	0,25	Nein	
S <sub>2</sub>	0,50	Ja	0,50
S <sub>3</sub>	0,15	Nein	
S <sub>4</sub>	0,10	Ja	0,10
<b>Total</b>			<b>0,60</b>
<b>Fortbestehensprognose</b>			<b>positiv</b>

Tab. 1: Ergebnis der mehrwertigen Prognose anhand der Szenariotechnik

72 Siehe auch BGH II ZR 178/99 vom 17. 9. 2001 = ZIP 2001, S. 1874–1881.

73 Vgl. *Burger/Schellberg*, BB 1995, S. 265; *Drukarczyk/Schüler*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1997, S. 72, Rn. 40; *Drukarczyk/Schüler*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 113–119, Rn. 49–62; *Drukarczyk*, a.a.O. (Fn. 1), § 18, S. 324–330, Rn. 25–40; *Drukarczyk/Schüler*, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 346–353, Rn. 58–78. Der Vorgehensweise haben sich angeschlossen *Pape*, a.a.O. (Fn. 57), § 18, S. 5, Rn. 9; *Uhlenbruck*, a.a.O. (Fn. 32), S. 124, Rn. 12; *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, *InsO*, Bd. 1, 2. Aufl. 2001, § 18, S. 323, Rn. 20.

74 Der Einsatz der Szenariotechnik wird auch von *Häger*, a.a.O. (Fn. 12), S. 27, empfohlen. Siehe auch bereits *Veit*, *Die Konkursrechnungslegung*, 1982, S. 22; *Burger*, *DB* 1992, S. 2152. Zur Szenariotechnik und zur Definition von Szenarien siehe *Geschka/von Reibnitz*, in: *Töpfer/Afheldt*, *Praxis der strategischen Unternehmensplanung*, 2. Aufl. 1986, S. 125–170; *Götze*, *Szenario-Technik in der strategischen Unternehmensplanung*, 1991; *Gausemeier/Fink/Schlake*, *Szenario-Management*, 2. Aufl. 1996.

75 Vgl. *Gausemeier/Fink/Schlake*, a.a.O. (Fn. 74), S. 221–250.

76 Vgl. *Drukarczyk/Schüler*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1997, S. 72, Rn. 40. Ebenso *Burger/Schellberg*, BB 1995, S. 265.

77 Die Prognoseunsicherheit innerhalb eines Szenarios bleibt unberücksichtigt, da dort jeweils ein *einwertiges Prognoseergebnis* gesetzt wird.

Ergebnis der *erwarteten* Finanzpläne in den Szenarien S<sub>2</sub> und S<sub>4</sub> ist „Zahlungsfähigkeit“. Werden die entsprechenden Eintrittswahrscheinlichkeiten addiert, so errechnet sich als Fortbestehenswahrscheinlichkeit  $0,50 + 0,10 = 0,60$ , d.h. im Ergebnis eine positive Fortbestehensprognose, da das Fortbestehen mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ zu erwarten ist.

6.2 „Grenzen“ statistischer Szenarioansätze

6.2.1 „Verlagerung der Problemstellung“ in die einzelnen Szenarien

Unbefriedigend bei dieser Vorgehensweise ist allerdings die Annahme einwertiger Prognoseergebnisse innerhalb der einzelnen Szenarien. Die Einwertigkeit existiert nur dann, wenn es sich realiter ausschließlich um sichere Zahlungen im szenariospezifischen Finanzplan handelt oder eine mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ erwartete Zahlungsfähigkeit als „sicher“ interpretiert wird.<sup>78</sup>

Dies ist jedoch eine kühne Annahme, da die Entwicklung der künftigen Ist-Daten nicht nur von den szenario-beschreibenden Umweltbedingungen abhängt, sondern mindestens ebenso von einer Vielzahl struktureller und operativer Maßnahmen. So können ein leistungsfähiges Marketingkonzept, rationell durchgestaltete Produktionsabläufe, eine ausgeklügelte Qualitätssicherung, vorausschauend geplante Innovationen, ein aussagefähiges Controlling, eine motivierende Mitarbeiterführung etc. die Ergebnis- und Liquiditätsentwicklung deutlich verbessern. Die sich daraus ableitenden nachweisbaren Effekte können die Kapitalgeber zu Prolongationen oder gar Kapitalzuführungen veranlassen, wohingegen Misserfolge in der Umstrukturierung Bankern unter Umständen Anlass geben, sich aus der Finanzierung des Unternehmenskonzeptes zurückzuziehen. Die durch Unternehmerleistungen bewirkten Veränderungen in der Ergebnis- und Finanzentwicklung lassen sich nicht einwertig abschätzen.

Demgegenüber steht das von *Drukarczyk/Schüler* vorgeschlagene Lösungskonzept allein in Abhängigkeit szenario-definierender Umweltbedingungen und den daraus abgeleiteten einwertigen Finanzplänen. Die so berechnete „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ bezieht sich nur auf einen engen unsicheren Ausschnitt der weitaus komplexeren Krisensituation, so dass der Lösungsansatz unvollständig bleibt. Es kommt nicht nur auf die *Eintrittswahrscheinlichkeit eines Szenarios* als solches an, sondern ebenso

auf die *Zahlungsfähigkeits-Wahrscheinlichkeit innerhalb der einzelnen Szenarien!* Entsprechend sind die in Tabelle 1 angegebenen Aussagen „Ja“ oder „Nein“ durch die Aussagen „überwiegend wahrscheinlich Ja“ oder „überwiegend wahrscheinlich Nein“ zu ersetzen.

Werden in Ergänzung des obigen Methodenbeispiels zur statistischen Szenariotechnik statt der als einwertig unterstellten Ergebnisse innerhalb der Szenarien mehrwertige Ergebnisse zugelassen, so kann sich gar eine völlige Umkehr des Prognoseergebnisses einstellen: Wird beispielsweise mit einer „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ im Szenario S<sub>2</sub> von 0,60 und im Szenario S<sub>4</sub> von 0,90 Zahlungsfähigkeit erwartet (daraus folgt jeweils das einwertige „Ja“-Urteil in Tabelle 1), hingegen im Szenario S<sub>1</sub> nur mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,10 und im Szenario S<sub>3</sub> mit 0,20 von Zahlungsfähigkeit ausgegangen (daraus folgt jeweils das einwertige „Nein“-Urteil in Tabelle 1), so beträgt die totale Wahrscheinlichkeit für Zahlungsfähigkeit bei unveränderten Eintrittswahrscheinlichkeiten der einzelnen Szenarien nur noch 44,5% statt der oben berechneten 60% (siehe Tabelle 2).<sup>79</sup>

Szenario	Eintrittswahrscheinlichkeit für das Szenario		Zahlungsfähigkeits-Wahrscheinlichkeit innerhalb des Szenarios (bedingte Wahrscheinlichkeit)	=	Wahrscheinlichkeit, dass das Szenario und Zahlungsfähigkeit eintritt
S <sub>1</sub>	0,25	×	0,10 („Nein“-Urteil)	=	0,025
S <sub>2</sub>	0,50	×	0,60 („Ja“-Urteil)	=	0,300
S <sub>3</sub>	0,15	×	0,20 („Nein“-Urteil)	=	0,030
S <sub>4</sub>	0,10	×	0,90 („Ja“-Urteil)	=	0,090
<b>Totale Zahlungsfähigkeits-Wahrscheinlichkeit</b>					<b>0,445</b>
<b>Fortbestehensprognose</b>					<b>(„Nein“-Urteil)</b>
					<b>negativ</b>

Tab. 2: Ergebnis bei Berücksichtigung der szenariospezifischen Zahlungsfähigkeits-Wahrscheinlichkeit

Im Ergebnis stellt sich nunmehr eine negative (!) Fortbestehensprognose heraus, wobei nicht einmal geklärt ist, wie und von wem die szenariospezifische Zahlungsfähigkeits-Wahrscheinlichkeit bestimmt werden soll. Damit wird überdeutlich, dass das Problem der Beurteilung künftiger Zahlungsfähigkeit *durch den Szenarioansatz nicht gelöst, sondern stillschweigend als offenes Problem – mit viel statistischem Methodenaufwand und für die Praxis in sanierungshemmender Diskussionsvielfalt – nur in die szenarioabhängigen Prognosen verlagert wird!*

78 Vgl. auch im Folgenden (insbesondere für die dynamische zustandsabhängige Szenariotechnik) *Wild*, a.a.O. (Fn. 48), S. 97 f.

79 Zum „Satz von der totalen Wahrscheinlichkeit“ siehe *Bronstein/Semendjajew*, Taschenbuch der Mathematik, 25. Aufl. 1991, S. 660; *Schwarze*, Grundlagen der Statistik – Wahrscheinlichkeitsrechnung und induktive Statistik, 1986, S. 43; *Bamberg/Bauer*, Statistik, 5. Aufl. 1987, S. 87.

Dies gilt noch mehr für die in den neueren Beiträgen von *Drukarczyk/Schüler*<sup>80</sup> vorgeschlagene dynamische Szenariotechnik, die die Problemlösung noch komplizierter gestaltet, ohne dass für den Nachweis der tatsächlichen Sanierungsfähigkeit aussagefähigere Grundlagen geschaffen werden.

### 6.2.2 „Manipulierbarkeit“ des Prognoseergebnisses durch Wahl der Modellparameter

Die scheinbar objektive Prognose unter Verwendung mehrerer Szenarien ist leicht manipulierbar, da sie von der subjektiven Kreativität des Prognoseerstellers abhängt. Er kann bei der Definition der Szenarien jedes für sich mit eher pessimistischer oder eher optimistischer Grundhaltung modellieren und so auf ein gewünschtes Ergebnis hinarbeiten. Es bleibt seinem Ideenreichtum überlassen, wie groß er die Grundgesamtheit der Szenarien wählt und mit welcher Anzahl optimistisch und pessimistisch gefärbter Szenarien er diese Grundgesamtheit belegt. Bei einer dynamischen zustandsabhängigen Prognose treten weitere willkürliche Festlegungen hinzu. Diese Vorgehensweise impliziert allenfalls mit einer Scheingenauigkeit ein Ergebnis, das einer objektiven Überprüfung nicht standhält.

Mit der subjektiven Wahl der Parameter des Prognosemodells (Dauer des Prognosezeitraums, Anzahl der Szenarien sowie bei der dynamischen Szenariotechnik auch Anzahl der Folgezustände und Dauer der Teilperioden) ist das Gesamtergebnis der Prognose gestaltbar.<sup>81</sup> Es besteht damit die Gefahr, dass das Analyseergebnis keinesfalls objektiver, sondern eher willkürlicher ausfällt.

### 6.2.3 „Eingeschränkte Rationalität“ der Prognoseersteller

Die dargestellte Vorgehensweise setzt voraus, dass der Ersteller der Fortbestehensprognose in der Lage ist, konkrete Eintrittswahrscheinlichkeiten für die Szenarien zu bestimmen. *Drukarczyk/Schüler* weisen darauf hin, dass „Probleme bei der Modellierung von Szenarien unter Unsicherheit und der Zuordnung von subjektiven Wahrscheinlichkeiten“ auftreten.<sup>82</sup> Ferner räumen sie ein, dass eine szenarioabhängige Finanzplanung für viele kleinere Gesellschaften ein Novum darstellen würde und daher in der Praxis unverändert „einwertige“ Finanzplanungen anzutreffen sind, die mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ erwartet werden.<sup>83</sup>

Aufgrund des subjektiven Wissensvorrates und subjektiver Wissensverarbeitungsregeln besteht ein „Gestaltungsspielraum bei der Zuordnung von subjektiven Wahrscheinlichkeiten“.<sup>84</sup> Sind keine Anhaltspunkte vorhanden, um ein Szenario für wahrscheinlicher als ein anderes zu halten, so bleibt nur die Möglichkeit, nach dem „Prinzip des unzurei-

chenden Grundes“<sup>85</sup> zu handeln und Gleichwahrscheinlichkeit der Szenarien anzunehmen (*Laplace-Regel*).<sup>86</sup> Im obigen Fall würde bei der statischen Szenariotechnik in zwei von vier Szenarien „Zahlungsfähigkeit“ erwartet, d.h. das Unternehmen also mit einer Wahrscheinlichkeit von genau 50% mittelfristig fortbestehen können.<sup>87</sup> Das Unternehmen wäre im mathematisch stringenten Sinne weder mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ fortführungsfähig noch mittelfristig zahlungsunfähig.

Bei der Zuordnung von subjektiven Wahrscheinlichkeiten zu verschiedenen Szenarien ist in der Tat von eingeschränkter Rationalität der Akteure auszugehen.<sup>88</sup> Die subjektive Quantifizierung wird schon durch die Prominenz im Zahlensystem<sup>89</sup> deshalb verzerrt, weil bei Schätzungen eine menschliche Präferenz für gerade Zahlen und für Intervallhalbierungen (0,5 – 0,25 – 0,125 – usw.) besteht. Die Rationalität der Akteure wird durch folgende aus der Verhaltensforschung bekannten Phänomene weiter eingeschränkt:<sup>90</sup>

- Wird ein Szenario durch mehrere andere Szenarien ersetzt, so wird tendenziell die Summe der Eintrittswahrscheinlichkeiten der neuen Szenarien

80 Siehe *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 113–119, Rn. 49–62; *Drukarczyk*, a.a.O. (Fn. 1), § 18, S. 324–330, Rn. 25–40; *Drukarczyk/Schüler*, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 346–354, Rn. 58–82.

81 Die Gestaltbarkeit des Ergebnisses wirft die Frage auf, ob die statische Szenariotechnik wie auch die dynamische Betrachtung mit Zustandsbäumen die Problemstruktur adäquat abbilden. Da ein Insolvenzgrund zu beliebigen Zeitpunkten innerhalb des Prognosezeitraums eintreten kann, kommt alternativ eine prozessorientierte anstelle einer zustandsabhängigen Modellformulierung in Frage, sofern der Prognoseersteller an einer modellgestützten Ermittlung der Fortbestehenswahrscheinlichkeit festhalten würde. Zur Subjektivität von Entscheidungsmodellen siehe *Laux*, Entscheidungstheorie, 3. Aufl. 1995, S. 56–58.

82 *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 72.

83 Vgl. *Drukarczyk/Schüler*, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 353, Rn. 78; *Wild*, a.a.O. (Fn. 48), S. 89.

84 *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 129, Rn. 98; *Drukarczyk*, a.a.O. (Fn. 1), § 18, S. 329, Rn. 36; *Drukarczyk/Schüler*, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 350, Rn. 67. Ebenso *Burger/Schellberg*, BB 1995, S. 265.

85 Vgl. *Leibnitz*, De incerti aestimatione, 1678, abgedruckt und kommentiert in: *Biermann/Faak*, Forschungen und Fortschritte 1957, S. 45–50; kritisch *Schneider*, Betriebswirtschaftslehre, Band 4, 2001, S. 556 f.; *Laux*, a.a.O. (Fn. 81), S. 133.

86 Vgl. *Schaich u.a.*, Statistik I, 3. Aufl. 1987, S. 19 f.; *Kraft/Braun*, Statistische Methoden, 1981, S. 139; *Laux*, a.a.O. (Fn. 81), S. 121 f. und S. 136. Die subjektive Wahrscheinlichkeitsschätzung wird in der Regel von der Anzahl von Szenarien beeinflusst und entwickelt sich mit zunehmender Anzahl in Richtung einer Gleichverteilung. Siehe dazu *Weber/Eisenführ/von Winterfeldt*, Management Science 1988, S. 431–445.

87 Die Gleichwahrscheinlichkeit der Szenarien wird offensichtlich auch von *Häger*, a.a.O. (Fn. 12), S. 26, unterstellt.

88 Der Begriff der „bounded rationality“ geht auf *Simon*, Models of Man, 1957, zurück. Unter „eingeschränkter Rationalität“ ist die „Rationalität des tatsächlich beobachteten Verhaltens“ zu verstehen (*Selten*, in: Hoffmann, Erweiterung der EU, 2000, S. 129).

89 Vgl. *Albers/Albers*, in: Scholz, Decision making under uncertainty, 1983, S. 271–287.

90 Zu weiteren Aspekten der eingeschränkten Rationalität siehe auch *Selten*, European Economic Review 1998, S. 414; *Gigerenzer/Selten*, Bounded Rationality, 2001.

signifikant höher geschätzt als die Eintrittswahrscheinlichkeit des ursprünglichen Szenarios.<sup>91</sup>

- Leichter vorstellbare Szenarien werden als wahrscheinlicher angesehen als komplexere Szenarien („Simulationsirrtum“ oder „Verfügbarkeitsfalle“).<sup>92</sup>
- Positive und negative Entwicklungen werden tendenziell nicht gleichermaßen wahrgenommen. Im Allgemeinen werden negative Entwicklungen stärker gewichtet.<sup>93</sup>
- Positiv eingestellte Individuen überschätzen tendenziell signifikant die Eintrittswahrscheinlichkeit positiver Entwicklungen (Phänomen des „vorsichtigen Optimismus“).<sup>94</sup>
- Individuen haben Schwierigkeiten, verbale Wahrscheinlichkeitsaussagen in quantitative Wahrscheinlichkeitsangaben zu transformieren.<sup>95</sup>
- Die Anzahl kognitiv zu bewältigender unterschiedlicher Szenarien mit abweichenden Ausprägungen der Einflussfaktoren ist begrenzt.<sup>96</sup>

Ferner können Individuen binäre Entscheidungen („Zahlungsunfähigkeit droht“ oder „Zahlungsunfähigkeit droht nicht“) wesentlich leichter treffen als subjektive Wahrscheinlichkeiten quantifizieren (Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit in Prozent).<sup>97</sup> Bei einer zustandsabhängigen Betrachtung wird der Prognostiker durch die Vielzahl von Einzelschätzungen im System bedingter Wahrscheinlichkeiten geradezu überfordert.<sup>98</sup> Abschließend lässt sich mit *Kahnemann/Tversky* zusammenfassen: „Die Menschen folgen nicht den Prinzipien der Wahrscheinlichkeitstheorie, wenn sie über das Eintreffen ungewisser Ereignisse urteilen.“<sup>99</sup>

Vor diesem Hintergrund liegt das zentrale Problem in der „Nachprüfbarkeit der von einem Prognoseersteller zugeordneten subjektiven Wahrscheinlichkeiten durch Dritte. Diese kennen weder den dem Prognoseersteller verfügbaren Wissensvorrat noch die Regeln, nach denen dieser gegenwärtig vorhandenes Wissen in eine Wahrscheinlichkeitsaussage umsetzt.“<sup>100</sup>

### 6.3 Die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ als „juristisches Beweismaß“

Die vorstehenden Ausführungen machen die Probleme der Quantifizierung der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ des Fortbestehens unter Anwendung statistischer Szenariotechnik überdeutlich. Für die Rechtspraxis erwachsen mehr Zweifel als stichhaltige Argumente, dass auf diesem Wege eine Fortbestehensprognose einer rechtlichen Prüfung und Würdigung tatsächlich standhält.<sup>101</sup>

In der Tat sind im Zeitablauf verschiedene Wahrscheinlichkeitsbegriffe geprägt worden.<sup>102</sup> In der betriebswirtschaftlichen und juristischen Literatur wird der Wahrscheinlichkeitsbegriff oft nicht spezifiziert.

Bei einem singulären Ereignis, wie dem Fortbestehen eines konkreten Unternehmens, scheitern logische und statistische Wahrscheinlichkeiten.<sup>103</sup> Der heute allgemein akzeptierte Begriff der subjektiven Wahrscheinlichkeit als „Grad des vernünftigen persönlichen Für-wahr-Haltens“<sup>104</sup> ist als Prognose- und Entscheidungshilfe für wirtschaftliche Entscheidungen umstritten.<sup>105</sup> In der betriebswirtschaftlichen Praxis werden zudem die Messbarkeitsanforderungen für das Rechnen mit „personalen“ Wahrscheinlichkeiten verletzt sein.<sup>106</sup>

Ferner ist zwischen Ereigniswahrscheinlichkeit und Hypothesenwahrscheinlichkeit zu unterscheiden.<sup>107</sup> Eine *Ereigniswahrscheinlichkeit* ist in diesem Zusammenhang eine quantifizierte *Wahrscheinlichkeitsaussage innerhalb einer Prognose*. Wohl in diesem Sinne wird der Wahrscheinlichkeitsbegriff auch von *Drukarczyk/Schüler* benutzt.

91 Vgl. *Weber/Eisenführ/von Winterfeldt*, Management Science 1988, S. 431–445. Siehe auch *Selten*, a.a.O. (Fn. 88), S. 131 f.

92 Vgl. *Kahnemann/Tversky*, 1980, zitiert in: *von Randow*, Das Ziegenproblem, 9. Aufl. 2000, S. 25 f. und S. 62.

93 Vgl. *Luce*, zitiert in: *von Randow*, a.a.O. (Fn. 92), S. 80.

94 Vgl. *Johnson/Tversky*, Journal of Personality and Social Psychology 1983, S. 20–31; *Mayer u.a.*, Journal of Personality and Social Psychology 1992, S. 119–132; *Wright/Bower*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 1992, S. 276–291.

95 Selbst die verbale „Fünfzig zu Fünfzig“-Aussage kann nicht in eine Wahrscheinlichkeit von 0,5 transformiert werden, sondern ist oftmals lediglich Ausdruck des Unbehagens, die subjektiv empfundene Glaubhaftigkeit (vgl. *Mag*, Unternehmensplanung, 1995, S. 78) nicht in Zahlen ausdrücken zu können. Vgl. *Bruine de Bruin u.a.*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 2000, S. 115–131, und die dort angegebene Literatur.

96 Individuen können in der Regel  $7 \pm 2$  verschiedene Dinge gut voneinander unterscheiden. Vgl. *Miller*, Psychological Review 1956, S. 81–97.

97 Vgl. *Slegers/Brake/Doherty*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 2000, S. 113.

98 Vgl. *Bretzke*, Das Prognoseproblem bei der Unternehmensbewertung, 1975, S. 194.

99 *Kahnemann/Tversky*, Übersetzung, in: *von Randow*, a.a.O. (Fn. 92), S. 169. Ähnlich *Selten*, a.a.O. (Fn. 88), S. 130.

100 *Drukarczyk*, a.a.O. (Fn. 1), § 18, S. 329, Rn. 36; ebenso *Wanik*, in: Bericht über die Fachtagung 1974 des IDW, S. 53; *Wild*, a.a.O. (Fn. 48), S. 128; *Braun*, WPg 1989, S. 686.

101 Zur Diskussion um die praktische Anwendbarkeit mathematischer Wahrscheinlichkeitsberechnungen in der Beweiswürdigung siehe kritisch *Huber*, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983, S. 107–112. Die Genauigkeit der Rechenergebnisse verdeckt die Unsicherheiten der Grundannahmen (ebenda, S. 110 f.).

102 Siehe auch zu Folgendem *Schneider*, a.a.O. (Fn. 85), S. 554–562, m.w.N.; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 61 f.; *Huber*, a.a.O. (Fn. 101), S. 78–81.

103 Vgl. *Laux*, a.a.O. (Fn. 81), S. 134; *Prütting*, a.a.O. (Fn. 102), S. 62; *Huber*, a.a.O. (Fn. 101), S. 79. Zur „induktiven“ und „statistischen“ Wahrscheinlichkeit siehe *Carnap/Stegmüller*, Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit, 1959, S. 20–30 und S. 90–94; *Stegmüller*, Personelle und Statistische Wahrscheinlichkeit, 2. Halbband, 1973, S. 32–41.

104 *Schneider*, ZfbF 1979, S. 92; auch *Prütting*, a.a.O. (Fn. 102), S. 92. Ferner *Kant*, Schriften zur Metaphysik und Logik, Bd. 2, 1958, S. 494 und S. 512.

105 Vgl. *Hax*, Entscheidungsmodelle in der Unternehmung, 1974, S. 44 f.; *Mag*, a.a.O. (Fn. 95), S. 78, m.w.N.

106 Vgl. *Schneider*, ZfbF 1979, S. 89–122. *Wild*, a.a.O. (Fn. 48), S. 89, schätzt den Anteil der Prognosen in der Unternehmensplanung, die mit einer objektiven quantitativen Wahrscheinlichkeit belegt werden können, auf nicht einmal über ein Prozent. Zur Messung siehe auch *Laux*, a.a.O. (Fn. 81), S. 219–234.

107 Vgl. *Wild*, a.a.O. (Fn. 48), S. 90 und S. 128–130.

Bei der *Hypothesenwahrscheinlichkeit* handelt es sich um die *Wahrscheinlichkeit der Prognose* als Terminus technicus für deren Sicherheitsgrad, der von *Drukarczyk/Schüler* nicht weiter behandelt wird. Für die Hypothesenwahrscheinlichkeit ist nur eine komparative Angabe, jedoch keine Quantifizierung möglich. Der Gesetzgeber benutzt wohl deshalb bei der Forderung der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ der Fortbestehensprognose einen komparativen und keinen quantitativen Wahrscheinlichkeitsbegriff.<sup>108</sup>

Zu diesem Ergebnis kommt auch der *BGH* gleichermaßen in Übereinstimmung mit der juristischen Literatur.<sup>109</sup> Er lehnt in einem Grundsatzurteil die Statistik, insbesondere das auch bei der mehrwertigen Szenariotechnik erforderliche Rechnen mit bedingten Wahrscheinlichkeiten, im Rahmen der Beweiswürdigung ab: „Sofern die Beweiswürdigung nachvollziehbar und frei von Gedankenfehlern ist, bedarf es keiner weiteren Kontrolle des Ergebnisses anhand von Wahrscheinlichkeitsberechnungen unter Zugrundelegung des so genannten Bayes'schen Theorems.“<sup>110</sup> Ein solches Verfahren kann „zu überdeutlichen manipulierbaren Scheingewissheiten führen“.<sup>111</sup>

Eine Quantifizierung der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ wird folgerichtig weder im Gesetz noch in der Begründung zum Regierungsentwurf gefordert.<sup>112</sup> Der Begriff der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ ist laut Ausschussbericht ausgehend von einer Grundsatzentscheidung des *BGH*<sup>113</sup> in den Gesetzestext der *InsO* übernommen worden.<sup>114</sup> In dieser höchstrichterlichen Entscheidung erfolgte ebenfalls keine mathematische Konkretisierung der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“.

Die Begründung des Regierungsentwurfs setzt für die drohende Zahlungsunfähigkeit voraus, „dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher sein muss als deren Vermeidung.“<sup>115</sup> Für eine positive Prognose soll laut Ausschussbericht „die Fortführung nach den Umständen wahrscheinlicher als die Stilllegung“ sein.<sup>116</sup> Auch für die allgemeine freie Beweiswürdigung nach § 286 ZPO ist beim Regelbeweismaß keine „mathematisch-naturwissenschaftliche Stringenz nötig“.<sup>117</sup> Vielmehr ist ein Abwägen aller Umstände erforderlich, die für und gegen ein nachhaltiges Ergebnis der Fortbestehensprognose sprechen.<sup>118</sup> Bei der Beweiswürdigung muss sich der Richter „mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der etwaigen Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.“<sup>119</sup> Die Beweiswürdigung muss jedoch widerspruchsfrei und vollständig erfolgen.<sup>120</sup>

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ im Sinne der *InsO* als juristisches Beweismaß zur Prüfung einer Fortbestehensprognose im Sinne einer komparativen, nicht quantifizierbaren Hypothesenwah-

scheinlichkeit, keinesfalls jedoch als statistisches Konzept aufzufassen ist.<sup>121</sup>

Weniger die Datenunsicherheit wird mit der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ des Fortbestehens angesprochen als vielmehr die Aussichten der Realisierung des Unternehmenskonzeptes unter Einbindung von Gesellschaftern, Arbeitnehmern, Gläubigern und Kreditinstituten, deren Bereitschaft zur weiteren Begleitung des Unternehmens in unter Umständen mühsamen Verhandlungen gewonnen werden muss. Die Sicherheit der Tragfähigkeit der künftigen Gesamtfinanzierung wird daher nicht nur von den eher objektiven Grundlagen der Unternehmensplanung bestimmt, sondern auch ganz wesentlich von dem dadurch beeinflussten Verhalten der Stakeholder.<sup>122</sup>

## 7. Die „Fortbestehens-Fehlprognose“ in der gerichtlichen Auseinandersetzung

### 7.1 „Arten“ von Fortbestehens-Fehlprognosen

Die Fortbestehensprognose ist eine Aussage über die zukünftigen Fortführungschancen des Unternehmens. Dem Charakter einer Prognose entsprechend kann sich späterhin herausstellen, dass die tatsächliche von der prognostizierten Entwicklung abweicht.

108 Vgl. *Schneider*, ZfB 1979, S. 99–102, der von „qualitativen“ oder „ordinalen“ Wahrscheinlichkeiten spricht. Der Gesetzgeber benutzt die Steigerungen „überwiegend wahrscheinlich“ (= glaubhaft), „sehr wahrscheinlich“ (= Regelbeweismaß) und „offenbar“ (vgl. *Prütting*, a.a.O. (Fn. 102), S. 74 f. und S. 84; *Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, 2. Aufl. 1971, S. 10 f.).

109 Vgl. hierzu *Prütting*, a.a.O. (Fn. 102), S. 93; *Foerste*, in: Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 1999, § 286, S. 727, Rn. 19; *Prütting*, in: Lücke/Walchshöfer, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 1992, § 286, S. 1709, Rn. 33; *Nell*, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983; *Weitnauer*, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, Karlsruher Forum 1966, 1968, S. 3 (Beiheft zum VersR).

110 *BGH* VI ZR 232/88 vom 28. 3. 1989 = NJW 1989, S. 3161 f.

111 *BGH* VI ZR 232/88 vom 28. 3. 1989 = NJW 1989, S. 3161 f. Ausnahmen stellen beispielsweise Abstammungsgutachten dar.

112 Nach *Huber*, a.a.O. (Fn. 101), S. 104, ist es eine „irrigere Annahme, jede Wahrscheinlichkeitsaussage müsse notwendigerweise in einer zahlen- oder prozentmäßigen Angabe (möglichst mit zwei Stellen hinter dem Komma) enden.“

113 *BGH* II ZR 269/91 vom 13. 7. 1992 = ZIP 1992, S. 1382–1387.

114 Vgl. *Balz/Landfermann*, a.a.O. (Fn. 44), S. 93.

115 *Balz/Landfermann*, a.a.O. (Fn. 44), S. 91.

116 *Balz/Landfermann*, a.a.O. (Fn. 44), S. 93.

117 *Foerste*, a.a.O. (Fn. 109), § 286, S. 727, Rn. 19.

118 Ebenso spricht sich *Möhlmann*, a.a.O. (Fn. 36), S. 52, gegen eine mathematische Interpretation aus.

119 *Foerste*, a.a.O. (Fn. 109), § 286, S. 727, Rn. 19.

120 *Foerste*, a.a.O. (Fn. 109), § 286, S. 725, Rn. 10.

121 Eine Möglichkeit zur modellhaften Abbildung der unscharfen Trennung zwischen positiver und negativer Fortbestehensprognose könnte in der Fuzzy Logic bestehen (vgl. z. B. *McNeill/Freiberger*, Die „unscharfe“ Logik erobert die Technik, 1994, S. 297–323; *Zaeh*, Entscheidungsunterstützung in der Risikoorientierten Abschlussprüfung, 1997, S. 413–467). Mit Neuronalen Netzen können Wissensvorrat und Wissensverarbeitungsregeln der Prognoseentscheidungen modelliert werden (vgl. z. B. *Füser*, Neuronale Netze in der Finanzwirtschaft, 1995; *Krause*, Kreditwürdigkeitsprüfung mit Neuronalen Netzen, 1993).

122 Vgl. z. B. *OLG Düsseldorf* 6 U 194/99 vom 7. 6. 2001 = ZIP 2001, S. 2278–2282.

Im Fall einer *negativen Fortbestehensprognose* hat die Bewertung des Vermögens zu den niedrigeren Liquidationswerten zu erfolgen. Das Unternehmen kann trotz negativer Fortbestehensprognose der Insolvenzantragspflicht nur entgehen, wenn sich entweder zu diesen niedrigen Bewertungsansätzen keine Überschuldung einstellt oder der Insolvenzgrund binnen der Dreiwochenfrist beseitigt wird. Trifft dies nicht zu, so ist zwingend der Insolvenzantrag zu stellen. Im Nachhinein wird sich bei dieser Konstellation kaum herausstellen können, dass die Fortbestehensprognose zu Unrecht negativ ausfiel.

Liegt trotz negativer Fortbestehensprognose der Überschuldungstatbestand nicht vor, so besteht jedoch noch drohende Zahlungsunfähigkeit, die zu einem Insolvenzantrag berechtigt. Nur dann, wenn ohne Einleitung eines Insolvenzantrags das Unternehmen unter Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen über den Prognosezeitraum weitergeführt wird, kann sich im Zeitablauf die negative Fehlprognose herausstellen. Außer dem mit der Fehlprognose verbundenen Reputationsschaden für den Prognoseersteller führt eine fälschlicherweise negativ erstellte Fortbestehensprognose kaum zu Konsequenzen.

Anders liegt der Fall bei einer *positiven Fortbestehensprognose*, die sich im Nachhinein, spätestens jedoch mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit als unrealistisch erweist. Im Gegensatz zur negativen Fehlprognose wird die Tatsache der positiven Fehlprognose, meist verbunden mit einem Reputationsschaden des Prognoseerstellers, offenkundig. Da der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit nur ein Antragsrecht gewährt, das sich bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit in eine Antragspflicht wandelt, wird die Fehlprognose auch hier nur dann weitere Konsequenzen nach sich ziehen, wenn der Insolvenzgrund der Überschuldung schuldhaft zu spät erkannt ist.

### 7.2 Verteilung der „Darlegungs- und Beweislast“ im Falle einer Fortbestehens-Fehlprognose

Eine Unternehmenskrise, die sich nicht mehr außergerichtlich bewältigen lässt, zieht zwingend die für die Geschäftsführung haftungs- und strafrechtlich relevante Frage nach sich, ob der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt wurde oder ob der Tatbestand der Insolvenzverschleppung verwirklicht ist, da die Geschäftsführung einer beschränkt haftenden Gesellschaft den Insolvenzantrag nach Eintritt des Insolvenzgrundes nicht rechtzeitig gestellt hat.<sup>123</sup>

Für den subjektiven Tatbestand der Insolvenzverschleppung genügt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung die Erkennbarkeit der Insolvenzureife für die Geschäftsführer, wobei ein entsprechendes Verschulden vermutet wird.<sup>124</sup> Diese Ver-

mutung kann die Geschäftsführung dadurch widerlegen, dass sie mit stichhaltigen Argumenten eine positive Fortbestehensprognose überzeugend darlegt. Nur wenn unter Ansatz von Fortführungswerten keine Überschuldung besteht, darf das Unternehmen weiterbetrieben werden. Hierzu ist der Geschäftsführung ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Vor allem kommt es nicht auf nachträgliche Erkenntnisse, sondern auf die damalige Sicht eines sorgfältig handelnden Geschäftsführers an.<sup>125</sup>

In einem Prozess wegen Insolvenzverschleppung liegt die Darlegungslast einer positiven Fortbestehensprognose für den Beginn der Insolvenzantragspflicht bei der Geschäftsführung.<sup>126</sup> Die Geschäftsführung trägt ferner die Beweislast für die zur Begründung der positiven Fortbestehensprognose relevanten Tatsachen<sup>127</sup> ebenso wie für fehlende Erkennbarkeit eines Insolvenzgrundes.<sup>128</sup> Nach Meinung des *BGH* kann sich eine Beweislast für die positive Fortbestehensprognose selbst naturgemäß nicht ergeben, da diese selbst keine Tatsache, sondern nur eine Wertung aus der Einschätzung von Tatsachen und künftigen Entwicklungen ist.<sup>129</sup>

### 7.3 Die „haftungsfreie“ Fortbestehens-Fehlprognose

Angesichts der haftungs- und strafrechtlichen Konsequenzen einer Insolvenzverschleppung und den von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast sollte eine positive Fortbestehensprognose so stichhaltig begründet und dokumentiert sein, dass sie in einer späteren gerichtlichen Überprüfung den rechtlichen Anforderungen auch dann noch standhält, wenn das Unternehmen zusammengebrochen ist.<sup>130</sup>

Daher ist dringend anzuraten, durch Einrichtung eines leistungsfähigen Controllings mitsamt eines Früherkennungssystems und Risikomanagements die laufende Beobachtung der wirtschaftlichen Lage sicherzustellen.<sup>131</sup> Damit werden zugleich Vorausset-

123 § 64 Abs. 1 GmbHG, §§ 177a, 130a HGB, § 92 Abs. 2 AktG, § 99 Abs. 1 GenG und § 42 Abs. 2 BGB.

124 Vgl. BGH II ZR 273/98 vom 29. 11. 1999 = ZIP 2000, S. 184–186.

125 Vgl. BGH II ZR 292/91 vom 6. 6. 1994 = ZIP 1994, S. 1103–1112.

126 Vgl. BGH II ZR 292/91 vom 6. 6. 1994 = ZIP 1994, S. 1103–1112; BGH II ZR 273/98 vom 29. 11. 1999 = ZIP 2000, S. 184–186.

127 Siehe *Bork*, ZIP 2000, S. 172.

128 Vgl. BGH II ZR 273/98 vom 29. 11. 1999 = ZIP 2000, S. 184–186.

129 Vgl. BGH II ZR 205/94 vom 20. 3. 1995 = ZIP 1995, S. 819–833. Anders die herrschende Meinung (siehe dazu *Bork*, ZIP 2000, S. 1712 und die dort angegebene Literatur), die der BGH jedoch als zweifelhaft bezeichnet (vgl. BGH II ZR 292/91 vom 6. 6. 1994 = ZIP 1994, S. 1103–1112). Im Urteil BGH II ZR 211/95 vom 2. 6. 1997 = ZIP 1997, S. 1648–1651, war die Beweislast für den Gegenbeweis zu einer im Sachverständigengutachten begründeten negativen Fortbestehensprognose der Geschäftsführung zugewiesen worden.

130 Vgl. BGH II ZR 292/91 vom 6. 6. 1994 = ZIP 1994, S. 1103–1112.

131 Vgl. BGH II ZR 292/91 vom 6. 6. 1994 = ZIP 1994, S. 1103–1112.

zungen geschaffen, der wirtschaftlichen Entwicklung entsprechend eine erforderlich werdende Fortbestehensprognose rechtzeitig anzufertigen.

Im Rahmen der Überschuldungsprüfung existiert keine rechtlich zwingende Bestimmung über die schriftliche Aufarbeitung einer Fortbestehensprognose.<sup>132</sup> Im Haftungsprozess reicht es aus, wenn sich der Richter auf anderem Wege, als beispielsweise durch ein gerichtlich in Auftrag gegebenes Sachverständigengutachten, von den Tatsachen überzeugen kann, aus denen sich eine positive Fortbestehensprognose ableiten lässt.<sup>133</sup> Jedoch könnte bei einer unterbliebenen Dokumentation im Einzelfall die Sorgfaltspflicht verletzt und damit ein Verschulden begründet sein.<sup>134</sup>

Wenn die Ausgangslage und die wesentlichen Annahmen, Überprüfungen und Schlussfolgerungen unter Verweis auf Aktenvermerke, Korrespondenz, Pressemitteilungen, Gutachten etc. geordnet und rechnerisch folgerichtig in Textform vorliegen, dürfte die Nachvollziehbarkeit der Fortbestehensprognose und letztlich auch der darauf aufbauenden Überschuldungsrechnung für einen sachverständigen Dritten gegeben sein.<sup>135</sup> Ein Geschäftsführer, der diesen Anforderungen mit einem hohen Maß an Sorgfalt gerecht werden will, sollte die Erstellung der Fortbestehensprognose möglichst an einen unabhängigen Sachverständigen in Auftrag geben, um zu verhindern, dass seine Rechtsposition wegen einer von vornherein schwachen Argumentationsbasis zum Spielball innerhalb einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung wird.

Dadurch werden zugleich Voraussetzungen für die rechtlich unbedenkliche Vergabe von Sanierungskrediten erfüllt, denn der *BGH* verlangt in einem Grundsatzurteil vor der Vergabe eines solchen Kredites die Erstellung eines Sanierungsgutachtens mit einer eingehenden und objektiven Prüfung der Erfolgsaussichten – also einer positiven Prognose über das Fortbestehen des Unternehmens – durch einen unabhängigen branchenkundigen Sachverständigen.<sup>136</sup> Ein zum Zwecke der Vergabe eines Sanierungskredites angefertigtes Sanierungsgutachten sollte das positive Prognoseergebnis durch eine zweifelsfreie Formulierung unmissverständlich zum Ausdruck bringen. Zudem setzt der *BGH* auch erste Schritte der Realisierung eines Sanierungskonzeptes voraus.<sup>137</sup>

Kreditinstitute, die diese Regeln außer Acht lassen, laufen bei gescheiterten Sanierungsversuchen Gefahr, in eine mit dem Geschäftsführer vergleichbare Haftung zu geraten.<sup>138</sup> Schon aus Gründen des eigenen Schutzes sollten auch die in einer Unternehmenskrise involvierten Kreditinstitute darauf drängen, dass eine Fortbestehensprognose an einen unabhängigen Sachverständigen in Auftrag gegeben wird.

#### 7.4 Die „haftungs- und strafbewehrte“ Fortbestehens-Fehlprognose

Bei schuldhafter Verletzung der Insolvenzantragspflicht haftet der Geschäftsführer – selbst wenn er auf Weisung der Gesellschafter gehandelt hat – den Altgläubigern für den seit Eintritt des Insolvenzgrundes entstandenen Quotenschaden und den Neugläubigern für den gesamten Schaden, der ihnen entstanden ist, weil sie in eine Geschäftsbeziehung mit einem bereits überschuldeten Unternehmen getreten sind.<sup>139</sup> Eine interne Geschäftsaufteilung zwischen mehreren Geschäftsführern entbindet den einzelnen nicht von der Insolvenzantragspflicht.<sup>140</sup> Strafrechtlich kann die Insolvenzverschleppung eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe nach sich ziehen.<sup>141</sup>

Diese Rechtsfolgen können eintreten, wenn die Geschäftsführung die Verschuldensvermutung nicht zu widerlegen vermag, weil sie zum Zeitpunkt des Insolvenzeintritts keine oder eine unzureichend begründete positive Fortbestehensprognose erstellt hat. Eine Fortbestehensprognose ist dann unzureichend aufgearbeitet, wenn sie die von der Rechtsprechung aufgestellten rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Anforderungen (siehe Abschnitt 4) nicht erfüllt hat,<sup>142</sup> z. B. weil:

- ein Unternehmenskonzept gar nicht in Auftrag gegeben oder ein schlüssiges Unternehmenskonzept deshalb nicht vorgelegt werden kann, weil etwa Unstimmigkeiten im Konzept vorhanden sind oder auf eine integrierte Bilanz-, Finanz- und Ergebnisplanung verzichtet wurde;
- die Krisenursachen sowie die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage nicht ausreichend untersucht wurden;

132 Wohl anders das Urteil OLG München 31 U 4886/95 vom 15. 4. 1996 = GmbHR 1998, S. 281 f., nach dem eine positive Fortbestehensprognose die Aufstellung eines dokumentierten Finanz- und Ertragsplans sowie ggf. ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen voraussetzt.

133 Vgl. *Schmidt*, in: Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd. II, 8. Aufl. 1995, § 63, Rn. 12.

134 Vgl. *Bork*, ZIP 2000, S. 1712, Fn. 23.

135 Vgl. *Bork*, ZIP 2000, S. 1712.

136 Vgl. BGH IV ZR 242/52 vom 9. 7. 1953 = NJW 1959, S. 1665. Ohne ausdrücklichen Verweis auf einen neutralen Gutachter auch BGH II ZR 109/84 vom 11. 11. 1985 = ZIP 1986, S. 14–21. Daraus lässt sich jedoch nicht auf eine Abkehr von der höchstrichterlichen Erfordernis einer neutralen Begutachtung schließen (vgl. *Neuhof*, NJW 1998, S. 3230).

137 Vgl. BGH IX ZR 236/91 vom 12. 11. 1992 = ZIP 1993, S. 276–281; BGH IX ZR 47/97 vom 4. 12. 1997 = ZIP 1998, S. 248–253.

138 Siehe dazu insbesondere *Neuhof*, NJW 1998, S. 3225–3234, und NJW 1999, S. 20–25.

139 Vgl. BGH II ZR 292/91 vom 6. 6. 1994 = ZIP 1994, S. 1103–1112. Zur Haftung bei Insolvenzverschleppung siehe auch *Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, 2001, S. 268–284; *Jula*, a.a.O. (Fn. 27), S. 66–76.

140 Vgl. BGH II ZR 81/94 vom 1. 3. 1993 = ZIP 1994, S. 891–895.

141 § 84 GmbHG, § 130b HGB, § 401 AktG, § 148 GenG.

142 Siehe vor allem BGH IX ZR 47/97 vom 4. 12. 1997 = ZIP 1998, S. 248–253.

- die wirtschaftliche Lage des Unternehmens im Rahmen der Wirtschaftsbranche nicht analysiert wurde, d.h. die Markt- und Branchenstrukturkräfte nicht fundiert erfasst und keine fundierten Aussagen zu den wichtigsten Kunden, den wesentlichen Wettbewerbern, den Absatzchancen der Produkte und der strategischen Fortführungsfähigkeit aus Markt- und Wettbewerbssicht insgesamt getroffen wurden;
- die erkannten oder erkennbaren Gegebenheiten nicht Ausgangspunkt des Unternehmenskonzeptes waren, also eine Bestandsaufnahme der internen Strukturen und Potenziale (Stärken-Schwächen-Analyse) unterblieb;
- ein Konzept offensichtlich undurchführbar war, weil z.B. wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen entgegenstanden, überzogene oder unrealistische Annahmen über die Entwicklung wesentlicher Größen getroffen wurden oder das vorgesehene Management in Hinblick auf die komplexe Sanierungssituation als unzureichend zu qualifizieren ist und auch nicht zumindest mit Interimsmanagement verstärkt wurde.

Eine positive Fortbestehensprognose erfordert auch die Akzeptanz des zugrunde liegenden Unternehmenskonzeptes bei den Stakeholdern, denen ein Beitrag zur Stärkung der Finanzen abverlangt werden soll. Falls rückblickend das Konzept wegen der damals objektiv nicht zu erwartenden Zustimmung der Beteiligten nicht mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ als realisierbar erachtet wird, lässt sich in einem Haftungs- oder Strafprozess die Vermutung der Insolvenzverschleppung nicht widerlegen. Die Erfolgsaussichten der Unternehmensfortführung hängen daher neben der „Stärke“ des Unternehmenskonzeptes im wesentlichen Maße auch von der Kompetenz und Leistungskraft der mit der Konzeptdurchsetzung und Konzeptumsetzung beauftragten Personen sowie von dem bei einer Aufgabenteilung notwendigen Koordinationsmanagement ab.<sup>143</sup>

## 8. Fazit

Der vorliegende Beitrag beschäftigte sich mit den rechtlichen Anforderungen und betriebswirtschaftlichen Grundlagen der Prognose des Fortbestehens eines Unternehmens. Nach einer Begriffsklärung der Fortbestehensprognose als Zahlungsfähigkeitsprognose und einer Darstellung hauptsächlicher Anlässe der Prognoseerstellung wurde die Fortbestehensprognose im System der Insolvenzgründe eingeordnet. Dabei wurde insbesondere auf die Überschuldungsgefahr bei einer sich plötzlich von positiv zu negativ gewandelten Fortbestehensprognose hingewiesen.

Als betriebswirtschaftliche Prognosegrundlage dient der Finanzplan als Bestandteil der aus dem Unternehmenskonzept abgeleiteten integrierten Bilanz-, Erfolgs- und Finanzplanung. Aus dem Finanzplan ist die Entwicklung der Liquidität erkennbar. Der Finanzplan hat unter Einbeziehung des Investitions- und Finanzierungsbereichs die künftige Gesamtfinanzierung darzustellen. Dabei wurde herausgestellt, dass die *Durchführbarkeit der dargestellten Gesamtfinanzierung auch von dem Verhalten der Gesellschafter und der Gläubiger* vor dem Hintergrund der erwarteten Ergebnisentwicklung *abhängig* ist.

Im Weiteren wurden die mit der Prognose verknüpften Fragestellungen der Nachhaltigkeit und der Ermittlung der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ des Fortbestehens behandelt. Während sich zu der Frage der Nachhaltigkeit eine einhellige Literaturmeinung herausgebildet hat, ist dies bei der Ermittlung der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ des Fortbestehens nicht der Fall.

Es konnte gezeigt werden, dass die teilweise in der Kommentar-Literatur zu findende Ansicht, die Wahrscheinlichkeit des Fortbestehens könne nur anhand einer mehrwertigen Prognose unter Verwendung der Szenariotechnik errechnet werden, für die Rechtspraxis nicht haltbar ist. Neben methodischen und rechtlichen Bedenken sprechen auch die Manipulierbarkeit derartiger statistischer Modellrechnungen und die eingeschränkte Rationalität der Prognoseersteller nachdrücklich gegen eine solche mathematische Interpretation des vom Gesetzgeber benutzten Begriffs der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ als Ereigniswahrscheinlichkeit. Die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ ist vielmehr – wie in der Rechtspraxis üblich – im Sinne einer komparativen, nicht quantifizierbaren Hypothesenwahrscheinlichkeit als juristisches Beweismaß zu interpretieren, das ein Richter bei seiner Überzeugungsmeinung anzulegen hat.

Die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ des Fortbestehens ist somit nicht hauptsächlich unter dem Aspekt der Datenunsicherheit zu interpretieren, sondern vielmehr unter dem Aspekt der *Realisierbarkeit des Unternehmenskonzeptes* und der damit verknüpften integrierten Planung vor dem Hintergrund des voraussichtlichen Verhaltens der Gesellschafter und der Gläubiger, die das Unternehmen weiterhin finanziell begleiten und dessen Gesamtfinanzierung sicherstellen sollen. Abschließend wurde die Bedeutung der Fortbestehens-Fehlprognose im Rahmen der rechtlichen Auseinandersetzung unterstrichen.

<sup>143</sup> Vgl. vor allem *Groß/Amen*, in einer der nächsten Ausgaben der WPg. In diesem Beitrag wird der Fokus auf die Erstellung der Fortbestehensprognose aus der Sicht eines unabhängigen Gutachters unter Berücksichtigung verschiedenster Perspektiven sowie auf die Plausibilisierung der Fortbestehensprognose gerichtet.