

## Die Wirtschaftsprüfung

Der Berater der Wirtschaft

**Fachlicher Beirat:**

WP/RA Dr. Hans Friedrich Gelhausen  
WP/StB Prof. Dr. Norbert Herzig  
Prof. Dr. Hans-Jürgen Kirsch  
WP/StB Prof. Dr. Norbert Pfitzer  
WP Prof. Dr. Wienand Schruff

**Herausgeber:**

Institut der Wirtschaftsprüfer  
in Deutschland e.V.

Jahrgang 56 · 1. Februar 2003

### **Das Beweismaß der „über- wiegenden Wahrscheinlichkeit“ im Rahmen der Glaubhaftmachung einer Fortbestehensprognose**

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

**Sonderdruck**

WPg 3/2003, Seite 67–89

# Inhaltsübersicht

## 1. „Diskussion“ um die Fortbestehensprognose

- 1.1 Unstrittige Ausgangspunkte
- 1.2 Streitpunkt: „Begriffsauffassung und Ermittlung“ der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

## 2. „Einheitliche Ausprägung“ der Fortbestehensprognose

- 2.1 „Bestandsgefährdung und Bearbeitungsintensität“ der Fortbestehensprognose
- 2.2 Die Fortbestehensprognose als Voraussetzung zur „Gewährung von Sanierungskrediten“
- 2.3 Die Fortbestehensprognose in „Rechnungslegung und Abschlussprüfung“

## 3. Die „Bürde der Darlegungs- und Beweislast“ für die Fortbestehensprognose

- 3.1 „Verteilung“ der Darlegungs- und Beweislast
- 3.2 „Konsequenzen“ der Darlegungs- und Beweislast

## 4. Die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ des Fortbestehens

- 4.1 Die „Hypothesenwahrscheinlichkeit“ als sachgerechte Ausprägung der überwiegenden „Fortbestehens-Wahrscheinlichkeit“
- 4.2 Die überwiegende Wahrscheinlichkeit als „Beweismaß“ für die Annahme der Unternehmensfortführung
- 4.3 Ablehnung statistischer Wahrscheinlichkeitsrechnung in der „Rechtssprechung“
- 4.4 Bestätigung der ablehnenden Rechtssprechung in der „Rechtswissenschaft“

## 5. Grenzen rechtserheblicher Quantifizierung subjektiver „Fortbestehens-Wahrscheinlichkeiten“

- 5.1 „Beurteilungsspielraum und Entscheidungsermessen“ bei Abfassung des Prognoseurteils
- 5.2 „Fehlende praktikable Quantifizierungsregeln“ für die Ableitung subjektiver Fortbestehens-Wahrscheinlichkeiten
- 5.3 Problematik der „Multiplikationsregel“ zur Bestimmung der Fortführungswahrscheinlichkeit
- 5.4 Zur Bestimmung der „Finanzplan-Wahrscheinlichkeit“
- 5.5 Zur Bestimmung der „Durchsetzungswahrscheinlichkeit“
- 5.6 Zur Bestimmung der „Umsetzungswahrscheinlichkeit“
- 5.7 Zur Bestimmung der „Koordinationswahrscheinlichkeit (-stärke)“
- 5.8 Ergebnis: „Mangelnde Objektivierbarkeit“ einer nachprüfaren Ableitung konkreter „Fortbestehenswahrscheinlichkeiten“

## 6. Grenzen statistischer Szenariotechnik zur Ableitung von „Fortbestehenswahrscheinlichkeiten“

- 6.1 Probleme aus der „Verknüpfung von Statistik und Szenariotechnik“
- 6.2 Die Unternehmensfortführung als „mathematisch schlecht-strukturiertes Problem“
- 6.3 „Ungeeigneter Plausibilisierungsvorschlag“ für die Fortführungswahrscheinlichkeit

## 7. Ableitung der „Fortbestehenswahrscheinlichkeit“ in der Ausprägung der Hypothesenwahrscheinlichkeit

- 7.1 „Aussage“ der Fortführungshypothese
- 7.2 „Begründung“ der Fortführungshypothese

## 8. Fazit

# Das Beweismaß der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ im Rahmen der Glaubhaftmachung einer Fortbestehensprognose – zugleich Replik auf die Entgegnung von *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 56 bis 67 –

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

## 1. „Diskussion“ um die Fortbestehensprognose<sup>1</sup>

### 1.1 Unstrittige Ausgangspunkte

Im Insolvenzrecht spielt die Einschätzung der Überlebensfähigkeit eines Unternehmens bei den Insolvenzgründen der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ und der „Überschuldung“ eine entscheidende Rolle.

„Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen“ (§ 18 Abs. 2 InsO). Nach der Begründung zum Regierungsentwurf ist „das Wort ‚voraussichtlich‘ ... so zu verstehen, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher sein muss als deren Vermeidung.“<sup>2</sup>

Überschuldung liegt 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“ (§ 19 Abs. 2 InsO). Damit ist die Überschuldungsprüfung in zwei Stufen durchzuführen. Der Bewertungsmaßstab im Überschuldungsstatus hängt vom Ergebnis einer vorgeschalteten Fortbestehensprognose ab.<sup>3</sup>

Bei negativer Fortbestehensprognose sind Liquidationswerte, bei positiver Fortbestehensprognose sind Fortführungswerte maßgebend. Da das Ergebnis der Fortbestehensprognose schwerpunktmäßig durch die voraussichtliche Entwicklung der Zahlungsfähigkeit determiniert wird,<sup>4</sup> ist die Fortbeste-

1 Grundlegende Literatur: *Arbeitskreis „Externe und Interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V.*, DB 2003, S. 105–111; *Bork*, ZIP 2000, S. 1709–1713; *Braun*, WPg 1989, S. 683–694; *Drukarczyk*, in: *Kirchhof/Lwowski/Stürner*, Münchener Kommentar zur InsO, Bd. 1, 2001, § 18, S. 318–333; *Drukarczyk/Schüler*, in: *Kirchhof/Lwowski/Stürner*, a.a.O., § 19, S. 333–365; *Drukarczyk/Schüler*, in: *Kölner Schrift zur InsO*, 1997, S. 57–95; *Drukarczyk/Schüler*, in: *Kölner Schrift zur InsO*, 2. Aufl. 2000, S. 95–139; *Früh/Wagner*, WPg 1998, S. 907–913; *Groß*, WPK-Mitt., Sonderheft Dezember 1997, S. 61–83; *Groß*, Sanierung durch Fortführungsgesellschaften, 2. Aufl. 1988; *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 225–240 und S. 433–450; *Hages/Kellinghusen*, WPg 1977, S. 405–415; *IDW* (Hrsg.), WP-Handbuch 1998, Bd. II, S. 299–491; *IDW Prüfungsstandard: Empfehlungen zur Prüfung eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit bei Unternehmen (IDW PS 800)*, WPg 1999, S. 250–253; *Karollus*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung, 1997; *Keller*, Unternehmenssanierung, 1999; *Stellungnahme FAR 1/1991*, IDW-FN 1991, S. 319–324 und IDW-FN 1992, S. 75; *Stellungnahme FAR 1/1996*, WPg 1997, S. 22–25.

2 Begründung zum RegE, in: *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, 1995, S. 91.

3 Vgl. zur Reihenfolge auch *Temme*, Die Eröffnungsgründe der Insolvenzordnung, 1997, S. 112–117.

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

hensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung identisch mit der Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit.<sup>5</sup>

Zur Prüfung beider Insolvenzgründe ist also eine Fortbestehensprognose zu erstellen. Sie „beinhaltet eine begründete Aussage darüber, ob das Unternehmen *nachhaltig* seine geschäftlichen Aktivitäten unter Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen fortführen kann.“<sup>6</sup> Das Prognoseergebnis, das alternativ entweder nur *positiv* oder *negativ* ausfallen kann, ist in vielen Fällen für das Unternehmen selbst sowie für manche an der Entscheidung Beteiligten und von ihr Betroffenen von sehr weitreichender Bedeutung. Insofern lohnt es sich und ist es in der Tat angebracht, sich intensiv mit den rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Grundlagen sowie der gesetzeskonformen Handhabung der Fortbestehensprognose zu beschäftigen. Deshalb danken wir *Drukarczyk/Schüler*, dass sie uns mit ihrer Entgegnung Gelegenheit verschafft haben, die Möglichkeiten überzeugender Glaubhaftmachung einer Fortbestehensprognose insbesondere im Rahmen juristischer Beweiserhebung zu vertiefen.

### 1.2 Streitpunkt: „Begriffsauffassung und Ermittlung“ der überwiegenden Wahrscheinlichkeit

In dem Beitrag „Die Fortbestehensprognose – Rechtliche Anforderungen und ihre betriebswirtschaftlichen Grundlagen“ (WPg 2002, S. 225–240) haben wir uns u. a. mit den einer Prognose eigenen Fragen des Prognosehorizontes sowie der Zuverlässigkeit und Glaubhaftigkeit der Prognoseaussage beschäftigt.

Während sich hinsichtlich des Prognosezeitraumes eine einhellige Literaturmeinung herausgebildet hat, interpretieren *Drukarczyk/Schüler* die vom Gesetzgeber postulierte „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ der Fortführungsfähigkeit eines Unternehmens als berechenbare Ereigniswahrscheinlichkeit. Demgemäß soll sich die Eintrittswahrscheinlichkeit der „Zahlungsfähigkeit“ mit Hilfe eines Szenarioansatzes quantifizieren lassen, indem die subjektiv geschätzten Eintrittswahrscheinlichkeiten all der Szenarien, die zu einem positiven Zahlungsmittelsaldo führen, zu einer „Urteilszahl“ addiert werden. *Drukarczyk/Schüler* haben unseres Wissens in der juristischen Kommentar-Literatur als einzige den Vorschlag zur Berechnung einer Ereigniswahrscheinlichkeit anhand der statistischen Szenariotechnik ausführlich dargelegt. Einige Kommentatoren<sup>7</sup> verweisen unseres Wissens nur kurz – ohne weitere Vertiefung – auf diese Konzeption, während *Uhlenbruck*<sup>8</sup> in der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ eher ein juristisches Beweismaß sieht.

Bereits an einem einfachen, später dargestellten Methodenbeispiel lässt sich u. E. zweifelsfrei nachweisen, dass das von *Drukarczyk/Schüler* vorgestellte

Rechenmodell für die Lösung der Problemstellung in der Rechtspraxis keinesfalls adäquat ist. Dies liegt zum einen daran, dass sie das Kernproblem künftiger Zahlungsfähigkeit in die einzelnen Planungsszenarien verlagern, für die dort jeweils sicheres Fortbestehen oder sicheres Nichtfortbestehen angenommen wird, zum anderen in der gegebenen Manipulierbarkeit durch die Auswahl der Modellparameter.

Überdies bestehen mannigfaltige Gründe der begrenzten Rationalität, die erhebliche Verzerrungen der Wahrscheinlichkeitseinschätzungen seitens der Prognoseersteller zur Folge hätten,<sup>9</sup> wenn sie entsprechend dem Ansatz von *Drukarczyk/Schüler* gehalten wären, Szenarien zu entwickeln und diesen konkrete Eintrittswahrscheinlichkeiten zuzuordnen. „Erwartungstreue Prognosen“<sup>10</sup> des Schuldners sind auf diesem Wege nicht zu erwarten. *Drukarczyk/Schüler* lassen aber diese Einwände gänzlich „unbeachtet“, weil sie andernfalls „die Suche nach rationalen Lösungen einzustellen“ hätten.<sup>11</sup> Jedoch schließt der Begriff der Rationalität auch die Lösungen ein, welche die begrenzten Fähigkeiten des Menschen zur Informationswahrnehmung, -verarbeitung und -speicherung berücksichtigen.<sup>12</sup> Durch bloße Nichtbeachtung unserer Bedenken lässt sich allerdings noch nicht hinreichend belegen, „dass diese Einwände gänzlich unbegründet sind.“<sup>13</sup>

Wir haben uns in unserem Beitrag auf ein breites Spektrum an Literaturmeinungen aus ganz unterschiedlichen Wissenschaftsbereichen gestützt, u. a. auch auf *Daniel Kahneman*,<sup>14</sup> der für seine Arbeiten über die systematische Abweichung menschlicher Entscheidungen unter Unsicherheit von den grundlegenden Sätzen der Wahrscheinlichkeitslehre jüngst den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften 2002 erhalten hat.<sup>15</sup> Weiterhin haben wir in unserer Argumentation auf Forschungsergebnisse von *Herbert A. Simon* und *Reinhard Selten*, Wirtschafts-Nobelpreisträger der Jahre 1978 und 1994, zurückgegriffen, die sich in ihren wissenschaft-

5 Vgl. *Temme*, a. a. O. (Fn. 3), S. 121; *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, 1997, S. 292; *Häger*, Checkbuch Überschuldung und Sanierung, 2. Aufl. 2002, S. 26.

6 *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 225.

7 Siehe *Pape*, in: *Kübler/Prütting*, InsO, 1. Erg.-Lfg., August 1998, § 18, S. 5, Rn. 9; *Uhlenbruck*, in: *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl. 2001, S. 124, Rn. 12; *Hess*, in: *Hess/Weis/Wienberg*, InsO, Bd. 1, 2. Aufl. 2001, § 18, S. 323, Rn. 20.

8 Vgl. *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung, 12. Aufl. 2003, § 19, Rn. 30.

9 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 235 f.

10 *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 57.

11 *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 59.

12 Vgl. *Voigt*, Strategische Planung und Unsicherheit, 1992, S. 57 f.

13 *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 57.

14 *Kahneman/Tversky*, Judgement under uncertainty, 1982, beschreiben die „Verfügbarkeitsheuristik“: Je leichter sich ein Szenario vorstellen lässt, desto wahrscheinlicher mutet uns sein Eintreten an.

15 Vgl. Pressemitteilung der Königlich Schwedischen Akademie der Wissenschaften vom 9. 10. 2002, <http://www.nobel.se/economics/laureates/2002/press-ge.html>.

lichen Untersuchungen insbesondere mit Fragen der „begrenzten Rationalität“ auseinander gesetzt haben.

Auch ein Richter muss sich im Rechtsstreit zum einen der begrenzten Rationalität und zum anderen der geschickten Verteidigungsargumentation des Prognoseerstellers, der eine positive Fortbestehensprognose rechtfertigen muss, bewusst sein. *Drukarczyk/Schüler* sehen wohl nur eine quantitative Lösung als rational an. Ein Richter sollte sich aber an allen Umständen der Realität, nicht jedoch allein an bloßen Modellannahmen orientieren und daraus sein Urteil ableiten. Die individualpsychologischen und gruppenspezifischen Gegebenheiten sind jedenfalls auch in der gerichtlichen Auseinandersetzung von Bedeutung!<sup>16</sup>

Mit der Rechtsprechung und juristischen Literatur können wir klar und überzeugend darlegen, dass der Gesetzgeber mit dem Postulat der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ keine statistische, quantifizierbare „Ereigniswahrscheinlichkeit“, sondern eine komparative, nicht quantifizierbare „Hypothesenwahrscheinlichkeit“ im Sinne eines Glaubhaftigkeitsgrades des vom gesetzlichen Vertreter zu begründenden Ergebnisses der Fortbestehensprognose vorgibt. Es ist das nicht zu errechnende Beweismaß, das ein Richter bei der Bildung seiner Überzeugungsmeinung im Rahmen der Beweiswürdigung anzulegen hat.

Da wir die vom Gesetzgeber geforderte „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ als eine nicht quantifizierbare „Hypothesenwahrscheinlichkeit“ interpretieren, brauchen wir auch kein ausgearbeitetes Wahrscheinlichkeitsrechenmodell als „bessere“ Alternativlösung dagegen zu stellen. Gleichwohl bezeichnen *Drukarczyk/Schüler* unseren „zentralen Lösungsbeitrag“ als „bedauerlich“<sup>17</sup>, wobei sie allerdings unseren Folgebeitrag zur „Erstellung der Fortbestehensprognose“ (WPg 2002, S. 433–450) nicht mehr in ihre Diskussion einbezogen haben.

Eine Prognose gilt von vornherein als „fehlerhaft“ oder gar als „unbrauchbar“, wenn „zugunsten einer mathematischen Formulierbarkeit der Fragestellung auf wesentliche Informationen und Argumente verzichtet wird.“<sup>18</sup> Vor allem bei langfristigen Vorhersagen erweisen sich „intuitive“ *Prognoseverfahren* gegenüber mechanistischen Verfahren als überlegen, da die kreativen Fähigkeiten nicht an die Voraussetzung der Strukturinvarianz gebunden sind,<sup>19</sup> was im Fall der Fortbestehensprognose auch deshalb von Bedeutung ist, weil der aus dem Unternehmenskonzept abgeleitete Finanzplan nur einen Teilausschnitt der Beurteilungsbereiche einer mathematischen Berechnungsmethode zugänglich macht.<sup>20</sup> In der Praxis der strategischen Planung erweisen sich zudem einfachere Prognosen oftmals besser als komplexere Prognosen, weil sich diese –

wenn auch modellhaft strukturiert – auf eine zu große Fülle (angenommener) quantitativer Informationen stützen und sich im Ergebnis von einem Nicht-Spezialisten nicht mehr ohne weiteres nachvollziehen lassen.<sup>21</sup>

*Motsch* spricht denn auch von „der – berechtigten – Abneigung gegen jede Art von mechanistischen Beweisvorschriften. Die Wahrscheinlichkeitslehre, besonders in Gestalt eines quantitativen Wahrscheinlichkeitskalküls, erscheint als der auf die Spitze getriebene Ausdruck dieser Tendenz.“<sup>22</sup> Die Intuition und das juristische Richtigkeitsempfinden (Judiz) „sind unentbehrlich und nicht durch Wahrscheinlichkeitsberechnungen ersetzbar“,<sup>23</sup> oder mit den Worten der Rechtsprechung: „Eine ‚allein quantitative Betrachtungsweise‘ ist bei der richterlichen Prognose niemals angebracht.“<sup>24</sup>

## 2. „Einheitliche Ausprägung“ der Fortbestehensprognose

### 2.1 „Bestandsgefährdung und Bearbeitungsintensität“ der Fortbestehensprognose

In unseren früheren Beiträgen haben wir eingehend nachgewiesen, dass ein Urteil über das Fortbestehen des Unternehmens nicht nur bei der Überprüfung der Insolvenzgründe, sondern bei zahlreichen Gelegenheiten erforderlich ist.<sup>25</sup> *Drukarczyk/Schüler* vertreten dagegen die Meinung, dass insbesondere die Beurteilung der Voraussetzungen eines Sanierungskredites grundlegend verschieden sei von der im Rahmen der Prüfung der Insolvenzgründe durchzuführenden Fortbestehensprognose. Sie geben allerdings für ihre Auffassung keine weitere Begründung; vielmehr vermuten sie, dass wir mit unseren Darlegungen neue Geschäftsfelder im Zusammenhang mit der „Einwerbung von Sanierungskrediten“ wohl insbesondere für Wirtschaftsprüfer schaffen wollen,<sup>26</sup> wobei in der Tat dem Ergebnis der Fortbestehensprognose im Rahmen der Rechnungslegung und Abschlussprüfung insbesondere bei ertrags- und kapitalschwachen Unternehmen eine zentrale Bedeutung zukommt.<sup>27</sup>

16 Vgl. *Motsch*, Vom rechtsgenügenden Beweis, 1983, S. 35.

17 *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 61.

18 *Hagest/Kellinghusen*, WPg 1977, S. 412.

19 Vgl. *Bretzke*, Das Prognoseproblem bei der Unternehmensbewertung, 1975, S. 187.

20 Ebenfalls ablehnend *Braun*, WPg 1989, S. 685.

21 Vgl. *Mintzberg*, Die Strategische Planung, 1995, S. 271 f.

22 *Motsch*, a.a.O. (Fn. 16), S. 24.

23 *Motsch*, a.a.O. (Fn. 16), S. 35.

24 BVerwG vom 31. 3. 1998 – 9 B 843/97.

25 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 226–228 und S. 434. Zur Veranlassung der Fortbestehensprognose aufgrund der Aufzehrung des Kapitals siehe *Lutter*, ZIP 1999, S. 643; ferner *Müller*, ZGR 1985, S. 197–204.

26 Vgl. *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 66.

27 Vgl. *Entwurf IDW Prüfungsstandard: Die Fortführung der Unternehmenstätigkeit (IDW EPS 270)*, WPg 2002, S. 935 ff.

Die Fortbestehensprognose wird auf der Grundlage eines Unternehmenskonzeptes und der daraus abgeleiteten integrierten Planung erstellt. Instrument zur Feststellung etwaiger Zahlungsmitteldefizite ist der aus der Unternehmensplanung heruntergebrochene operative Finanzplan. Es ist „die gesamte Entwicklung der Finanzlage“ zu beachten.<sup>28</sup> In die Planung sind sämtliche Maßnahmen, also auch etwaige Sanierungs- und Finanzierungsmaßnahmen einzubeziehen.<sup>29</sup> Die Fortbestehensprognose ist somit keine bloße Konstatierung künftig erwarteter Entwicklungen und deshalb Lageprognose, sondern sie basiert darüber hinaus auf unternehmerischen Aktionen zum Abbau von Defiziten und der Beeinflussung von erwarteten Entwicklungen. Sie ist daher vollumfänglich Wirkungs-<sup>30</sup> sowie Durchsetzungs- und Umsetzungsprognose.

In Abhängigkeit vom Grad der Bestandsgefährdung verändert sich die Tragweite der Fortbestehensprognose.<sup>31</sup> Dies hat zur Folge: Je deutlicher Krisensignale im Unternehmen empfangen werden, desto gründlicher und detaillierter sind die Analysen durchzuführen, das Unternehmenskonzept und die daraus abgeleitete integrierte Planung mit den heruntergebrochenen operativen Finanzplänen zu erarbeiten bzw. zu überprüfen. Hinsichtlich der mit unterschiedlichen Bestandsgefährdungsgraden gekennzeichneten Anlässe einer Fortbestehensprognose besteht kein grundsätzlicher, sondern lediglich ein gradueller (intensitätsmäßiger) Unterschied in den Prognose-Erstellungsarbeiten.<sup>32</sup>

## 2.2 Die Fortbestehensprognose als Voraussetzung zur „Gewährung von Sanierungskrediten“

Umfangreiche Grundlagenarbeit erfordert die Fortbestehensprognose insbesondere im Zusammenhang mit der Prüfung der Insolvenzgründe „drohende Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“. Gerade in einer zugespitzten Situation akuter Bestandsgefährdung kann die Insolvenz meist nur noch durch einschneidende Sanierungsmaßnahmen abgewendet werden, die ihrerseits zu Zusatzkosten und einem zunächst erhöhten Mittelbedarf führen. Genau hier liegt der Einsatzbereich von Sanierungskrediten.

Die Rechtsprechung verlangt, dass die einen Sanierungskredit gewährende Bank die Sanierungsaussichten insbesondere unter Berücksichtigung der Kapaldienstfähigkeit des kreditaufnehmenden Unternehmens durch einen unabhängigen branchenkundigen Fachmann prüfen lässt.<sup>33</sup> Nur wenn der Sachverständige aufgrund des Sanierungskonzeptes zu dem begründeten Urteil gelangt, dass voraussichtlich die Gesamtfinanzierung des Unternehmens geschlossen und tragfähig ist und daher das Unternehmen fortbestehen wird, ist die Kreditgewährung rechtlich unbedenklich. Erfolgt die Kreditgewährung hingegen ohne eine mit einer positiven Fortbe-

stehensprognose endende gutachterliche Stellungnahme, dann läuft die kreditgewährende Bank bei Scheitern des Sanierungsversuchs Gefahr, gleichsam in die für gesetzliche Vertreter geltende Insolvenzverschleppungshaftung zu geraten.<sup>34</sup>

Dass sich eine Fortbestehensprognose im Rahmen der Überprüfung „drohender Zahlungsunfähigkeit“ oder „Überschuldung“ grundsätzlich von einer Fortbestehensprognose im Zusammenhang mit der Gewährung eines Sanierungskredites in derselben Krisensituation unterscheidet, widerspricht den Erfahrungen aus der Beratungs- und Finanzierungspraxis. Allerdings können die Annahmen für eine positive Fortbestehensprognose aus Sicht der Geschäftsführung schnell entfallen, wenn nämlich für sie erkennbar wird, dass die Banken die zur Sicherstellung der Liquidität erforderlichen Kredite trotz günstiger Sanierungsaussichten – aus welchen Gründen auch immer – nicht mehr zur Verfügung stellen werden. In solchen Fällen ist die Dauer der Vertretbarkeit einer positiven Fortbestehensprognose oftmals äußerst gering; die Annahme der Fortführungsfähigkeit muss dann anhand neuer Konzepte geprüft und fortgeschrieben werden.<sup>35</sup>

## 2.3 Die Fortbestehensprognose in „Rechnungslegung und Abschlussprüfung“

Die gesetzlichen Vertreter haben im Rahmen der Aufstellung des Jahresabschlusses über die Berechtigung der „Going-Concern-Prämisse“ zu entscheiden. Die Angemessenheit der getroffenen Annahme hat dann der Abschlussprüfer bei der Planung und Durchführung der Prüfungshandlungen und bei der Abwägung der Prüfungsaussagen zu beurteilen.<sup>36</sup> Bestehen Zweifel an der Annahme der Fortführung der Unternehmenstätigkeit, haben die gesetzlichen Vertreter eine „eingehende Fortbestehensprognose zu erstellen.“<sup>37</sup> In diesem Zusammenhang kommt Müller<sup>38</sup> zu dem zutreffenden Ergebnis, dass hinsichtlich des Aufbaus und der Vorgehensweise „für die Fortbestehensprognose ... in der Krise des

28 Begründung zum RegE, in: Balz/Landfermann, a.a.O. (Fn. 2), S. 91.

29 Vgl. Stellungnahme FAR 1/1996, WPg 1997, S. 24; Schaub, DSfR 1993, S. 1486.

30 Vgl. Wild, Grundlagen der Unternehmensplanung, 1974, S. 88.

31 Vgl. Stellungnahme FAR 1/1996, WPg 1977, S. 23–25.

32 Vgl. Müller, ZGR 1985, S. 201.

33 Vgl. BGH vom 9. 7. 1953 – IV ZR 242/52 = NJW 1959, S. 1665; BGH vom 11. 11. 1985 – II ZR 109/84 = ZIP 1986, S. 14–21; BGH vom 12. 11. 1992 – IX ZR 236/91 = ZIP 1993, S. 276–281; BGH vom 4. 12. 1997 – IX ZR 47/97 = ZIP 1998, S. 248–253. Siehe ferner Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 5. Aufl. 1997, S. 543–566, insb. S. 546 und S. 558; Gawaz, Bankenhaftung für Sanierungskredite, 1997.

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

35 Vgl. Groß/Amen, WPg 2002, S. 437.

36 Vgl. ISA 570 „Going Concern“.

37 Vgl. IDW EPS 270, WPg 2002, S. 935 ff.

38 Müller, ZGR 1985, S. 203.

Unternehmens grundsätzlich kein Unterschied zwischen Jahresabschluss, Zwischenabschluss und Bilanz zur Feststellung des halben Kapitalverlustes und Überschuldungsfeststellung besteht.“

### 3. Die „Bürde der Darlegungs- und Beweislast“ für die Fortbestehensprognose

#### 3.1 „Verteilung“ der Darlegungs- und Beweislast

Die Pflicht zur dauernden Überprüfung der Fortführungsfähigkeit haben unbestritten die gesetzlichen Vertreter.<sup>39</sup> Diese rechtliche Verpflichtung lässt sich – wie wir deutlich hervorgehoben haben – nicht auf einen Sachverständigen übertragen.<sup>40</sup> Der Gutachter kann allenfalls rechtlichen Rat und kompetente Hilfestellung für die sachgerechte Ableitung des Prognoseergebnisses gewähren.

Die Rechtsprechung vermutet vom Zeitpunkt der Erkennbarkeit rechnerischer Überschuldung an die Verwirklichung des Tatbestands schuldhafter Insolvenzverschleppung durch den Geschäftsführer.<sup>41</sup> Er kann die Verschuldensvermutung widerlegen, indem er mit stichhaltigen Argumenten überzeugend darlegt, dass aus der damaligen Sicht eines sorgfältig handelnden Geschäftsführers eine positive Fortbestehensprognose gerechtfertigt war. Der Geschäftsführer hat somit die Darlegungs- und Beweislast für die zur Begründung der positiven Fortbestehensprognose relevanten Tatsachen wie auch für die fehlende Erkennbarkeit eines Insolvenzgrundes. Dem alten Sprichwort, die Auferlegung der Beweislast bedeute bereits den „halben Prozessverlust“<sup>42</sup>, ist zu entnehmen, dass für die gesetzlichen Vertreter äußerste Vorsicht und höchste Sorgfalt angesagt sind.<sup>43</sup>

Dies gilt auch für den mit der Erstellung der Fortbestehensprognose beauftragten Sachverständigen und überdies sogar für den die Prognose beurteilenden Abschlussprüfer; denn beiden ist nach der „Reform des Schuldrechts“ gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB im Falle der Geltendmachung eines Schadens wegen einer fehlerhaften Einschätzung der Fortführungsaussichten des Unternehmens der Entlastungsbeweis auferlegt.<sup>44</sup> Sie müssen im Falle einer Schadensersatzklage nunmehr dartun, dass sie die ihnen vorgehaltene Pflichtverletzung nicht zu vertreten haben.<sup>45</sup> Zusätzliche Brisanz dieser gesetzlich vollzogenen Beweislastumkehr erwächst daraus, dass in einem Strafverfahren z.B. wegen (Beihilfe zur) Insolvenzverschleppung das Strafgericht berechtigt ist, sein Urteil auf die Entscheidung des Zivilgerichts zu stützen; es braucht nicht einmal die Beweise, auf denen es beruht, nochmals zu erheben, wenn es die Beweisaufnahme für ausreichend hält.<sup>46</sup>

#### 3.2 „Konsequenzen“ der Darlegungs- und Beweislast

Zwar gibt es rechtlich keine zwingende „Bestimmung“ über die schriftliche Aufarbeitung einer Fortbestehensprognose,<sup>47</sup> doch besteht das erhöhte Risi-

ko der Verletzung der Sorgfaltspflicht, wenn im Einzelfall die gebotene Dokumentation unterbleibt.<sup>48</sup> Die Richter werden im Rechtsstreit von den gesetzlichen Vertretern erwarten, dass sie die Gründe für die Fortbestehensprognose umfassend und detailliert dokumentiert darlegen können.<sup>49</sup> Gerade deshalb haben wir den Geschäftsführern, die diesen Anforderungen mit einem hohen Maß an Sorgfalt gerecht werden wollen, nachdrücklich empfohlen, möglichst einen unabhängigen Sachverständigen mit der Erstellung einer Fortbestehensprognose zu beauftragen.<sup>50</sup> Dies hat zudem den Vorteil, dass damit zugleich die Voraussetzungen für die bereits oben erwähnte rechtlich unbedenkliche Gewährung von Sanierungskrediten geschaffen werden.

Natürlich führt nicht jede „Prognose“-Aussage eines Dritten zur Widerlegung der Verschuldensvermutung. Verlangt wird „entschieden mehr als reine Meinung und Hoffnung.“<sup>51</sup> Es sind die an eine Prognose gestellten Anforderungen zu erfüllen. Dazu gehört, dass die Prognose mit den in der Fachwelt anerkannten Methoden und Erfahrungsgrundsätzen so erstellt und dokumentiert wird, dass das Ergebnis plausibel und dessen Ableitung für einen sachverständigen Dritten nachvollziehbar ist.<sup>52</sup> Zur Beurteilung der Prognosequalität sind die allgemeinen Kriterien der Prognoseprüfung anzulegen: Zum Erstellungszeitpunkt der Prognose kann sich damit die Beurteilung der Prognosequalität nur auf den Prozess der Herleitung des Prognoseergebnisses<sup>53</sup> und dessen Folgerichtigkeit beziehen.<sup>54</sup> Ein Sachverständiger hat bei der Erstellung der Fortbestehensprognose grundsätzlich die im Verkehr erforderliche

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

40 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 226, 229 und S. 238.

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

42 Vgl. *Nierhaus*, Beweismaß und Beweislast, 1989, S. 18; *Rosenberg*, Die Beweislast, 5. Aufl. 1965, S. 61, Fn. 1.

43 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1983, S. 183.

44 Vgl. *Zugehör*, Beraterhaftung nach der Schuldrechtsreform, 2002; *Henssler/Dedek*, WPK-Mitt. 2002, S. 278–285.

45 Vgl. *Palandt*, BGB, 62. Aufl. 2003, § 280, Rn. 40.

46 Vgl. *Kleinknecht/Meyer-Großner*, StPO, 44. Aufl. 1999, Rn. 14 zu § 262; Rn. 3 zu § 154 d.

47 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 239, mit Hinweis auf die wohl anderslautende Meinung im Urteil des OLG München vom 15. 4. 1996 – 31 U 4886/95 = GmbHR 1998, S. 281 f., nach dem für eine positive Fortbestehensprognose die Aufstellung eines dokumentierten Finanz- und Ertragsplans sowie ggf. ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorausgesetzt wird.

48 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 239, mit Verweis auf *Bork*, ZIP 2000, S. 1712, Fn. 23.

49 Vgl. *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, 2002, S. 253.

50 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 239.

51 *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 64, Rn. 11. Siehe ferner BGH vom 4. 12. 1997 – IX ZR 47/97 = ZIP 1998, S. 248–253.

52 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 435; *Bechtel/Köster/Steenken*, in: *Baetge/Moxter/Schneider* (Hrsg.), FS Leffson, 1976, S. 212.

53 Vgl. ISA 570.20.

54 Vgl. *Hagest/Kellinghusen*, WPg 1977, S. 409; *Braun*, WPg 1989, S. 685.

Sorgfalt zu beachten. Die Sorgfaltspflicht gilt schon dann als verletzt, wenn „allein aufgrund einer angesichts der tatsächlichen Gegebenheiten unsachgemäßen Methode“ analysiert und beurteilt wurde.<sup>55</sup>

Mit unserer Empfehlung zur Einschaltung eines unabhängigen Sachverständigen schließen wir uns dem OLG Koblenz und dem OLG Frankfurt an: „Dem Geschäftsführer kann jedenfalls dann kein Verschuldensvorwurf gemacht werden, wenn er sich zur Erstellung der Fortführungsprognose der Hilfe eines Wirtschaftsprüfungsunternehmens bedient und dieses (nicht unvertretbar) zu einer positiven Prognose gelangt.“<sup>56</sup> Allerdings ist die Einschaltung eines Sachverständigen nicht zwingend erforderlich: „Der Geschäftsführer kann aber auch dann nicht schlechter gestellt werden, wenn er fachlichen Rat nicht in Anspruch genommen hat, bei Inanspruchnahme solchen Rates eines Gutachters aber zu einer günstigen Prognose gelangt wäre.“ Doch erteilt auch das OLG Düsseldorf den gesetzlichen Vertretern den weisen Rat, dass sie sich „notfalls von Wirtschaftsprüfern oder Rechtsanwälten intensiv beraten lassen, um ein schuldhaftes Zögern mit dem Konkursantrag und damit (ihre) persönliche Haftung ausschließen zu können.“<sup>57</sup>

#### 4. Die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ des Fortbestehens

Wir haben in unserem Beitrag „Die Fortbestehensprognose“<sup>58</sup> deutlich herausgestellt, dass es mehrere Wahrscheinlichkeitsbegriffe gibt, wie z.B. die „objektive“ (auf dem Gesetz der großen Zahl beruhende statistische) und die „subjektive“ (induktive, psychologische) Wahrscheinlichkeit.<sup>59</sup> Neben diesen ganz unterschiedlich angelegten Wahrscheinlichkeitskonzepten besteht noch der Begriff der nicht quantifizierbaren „Hypothesenwahrscheinlichkeit“.<sup>60</sup> Trotz dieses Befundes haben Drukarczyk/Schüler die vom Gesetzgeber geforderte „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ zwar „wortlautkonform“ als „subjektive Wahrscheinlichkeit“, nicht aber im Rechtssinne als „Hypothesenwahrscheinlichkeit“ ausgelegt. Hierin sehen wir den eigentlichen Ursprung unserer divergierenden Auffassungen. Nichtmathematische Wahrscheinlichkeitsbegriffe, die auch in der Rechtspraxis verwendet werden, werden ignoriert.

##### 4.1 Die „Hypothesenwahrscheinlichkeit“ als sachgerechte Ausprägung der überwiegenden „Fortbestehens-Wahrscheinlichkeit“

Die Hypothesenwahrscheinlichkeit ist keinesfalls eine neue Erkenntnis unseres Beitrages, sondern ein wesentlich älteres wissenschaftstheoretisches Konzept, das sowohl in der Betriebswirtschaftslehre als auch in der Rechtswissenschaft und Philosophie eingehend diskutiert worden ist und immer noch wird.

Bereits die seinerzeit im „Wiener Kreis“<sup>61</sup> zusammengeschlossenen Wissenschaftler und Vordenker bemühten sich um eine streng logische Auslegung des Wahrscheinlichkeitsbegriffs.<sup>62</sup> Zugleich wurden Grundlagen für eine personalistische (psychologische) und induktive Interpretation der Wahrscheinlichkeit gelegt, die Kyburg<sup>63</sup> wie folgt beschreibt:

Induktive „Deutungen der Wahrscheinlichkeit fassen Wahrscheinlichkeitsbehauptungen auf als Aussagen über den Grad des Glaubens [degree of belief] einer Person zu einer besonderen Zeit [a particular person at a particular time]. ... Ein Grad des Glaubens wiederum wird gedeutet als eine Neigung [propensity], bestimmte Handlungen auszuführen, bestimmte Wahlen zu treffen oder bestimmte Wetten anzunehmen. ... Eine Wahrscheinlichkeitsaussage ist dann eine empirische psychologische Aussage, die wahr oder falsch ist je nach dem tatsächlichen oder idealisierten Zustand der Meinungen dieser Person.“

Ausgehend von solchen Interpretationen des Wahrscheinlichkeitsbegriffs konnte Wild<sup>64</sup> den Begriff der „Hypothesenwahrscheinlichkeit“ im Zusammenhang mit einer Prognose eindrucksvoll und klarstellend wie folgt umschreiben und von der Ereigniswahrscheinlichkeit abgrenzen:

„Der zentrale Unterschied, auf den es hier ankommt, liegt darin, auf welcher sprachlichen Ebene (Objektsprache, Metasprache) die Wahrscheinlichkeit als Prädikat benutzt wird, ob also innerhalb der Prognose selbst eine Wahrscheinlichkeitsangabe verwendet wird oder ob über die Prognose gesprochen wird. Ersteres trifft für die stochastische (oder statistische) Prognose zu: Sie behauptet z. B. ‚S, wird mit einer Wahrscheinlichkeit ...“

55 BGH vom 14. 11. 2000 – X ZR 203/98 = ZIP 2001, S. 538–549.

56 Für diese und die folgende Urteilspassage OLG Koblenz vom 8. 12. 2000 – 8 U 1542/96 = OLGR Koblenz 2001, S. 228–230; OLG Frankfurt vom 25. 10. 2000 – 17 U 63/99 = NZG 2001, S. 173 f. Ebenso Lutter, ZIP 1999, S. 644, Fn. 21.

57 OLG Düsseldorf vom 31. 3. 1999 – 12 U 176/97 = NZG 1999, S. 944–947.

58 Vgl. Groß/Amen, WPg 2002, S. 225 ff.

59 Siehe insbesondere die Übersicht bei Stegmüller, Personelle und statistische Wahrscheinlichkeit, erster Halbband, 1973, S. 133. Ferner Carnap/Stegmüller, Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit, 1959, S. 21; Carnap, Logical Foundations of Probability, 2. Aufl. 1962, S. 19–51.

60 Siehe z.B. Popper, Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie, 1979, S. 137–158; Popper, Logik der Forschung, 10. Aufl. 1994, S. 201–209.

61 Vgl. hierzu Kraft, Der Wiener Kreis, 1984; Popper, Die Logik der Forschung, 1935; Carnap, Logical Foundations of Probability, 1950; Ayer, The foundations of empirical knowledge, 1951; Waismann, Einführung in das mathematische Denken, 3. Aufl. 1970. Der „Wiener Kreis“ bemühte sich auch um Fragen des Rechtspositivismus: so Brüning, Der Gesetzesbegriff im Positivismus der Wiener Schule, 1954.

62 Kraft, a.a.O. (Fn. 61), S. 141: „Wahrscheinlichkeit kann streng genommen und richtig verstanden nicht einem Ereignis zukommen. Denn für das Eintreten eines Ereignisses gibt es keine Unsicherheit; es ist eindeutig bestimmt, ob es eintritt oder nicht. Wahrscheinlichkeit kommt vielmehr eigentlich der Aussage zu, in der das Eintreten eines Ereignisses vorausbestimmt werden soll, aufgrund anderer Aussagen. Wahrscheinlichkeit besagt somit eine logische Beziehung zwischen Aussagen. Diese Beziehung ist zum Unterschied von der eindeutigen Ableitbarkeit einer Aussage aus einer anderen, ihrer strengen Erschließbarkeit, nur eine teilweise bestimmte, nicht eine vollständig bestimmte, und das Ausmaß der Bestimmtheit ergibt die Gradabstufung der Wahrscheinlichkeit.“ Vgl. auch Sandvoss, Geschichte der Philosophie, 2001, S. 452 ff.

63 Kyburg, Probability and the Logic of Rational Belief, 1961, S. 1.

64 Vgl. Wild, a.a.O. (Fn. 30), S. 90 und S. 128–130.

lichkeit von 0,75 eintreten'. Die Angabe 0,75 stellt eine Ereigniswahrscheinlichkeit dar; sie bezieht sich auf reale Ereignisse. Die entsprechende deterministische Prognose lautet ‚S<sub>i</sub> wird eintreten'. Nun kann man in beiden Fällen aber fragen, mit welcher Wahrscheinlichkeit diese Prognosen zutreffen werden. Jetzt wird über die Prognosen geurteilt, so dass man in diesem Fall von Hypothesenwahrscheinlichkeit spricht. Man könnte also auch die Frage stellen, mit welcher Wahrscheinlichkeit die stochastische Prognose zutreffend ist.“<sup>65</sup>

Die Kernfrage nach der Hypothesenwahrscheinlichkeit beinhaltet daher, mit welcher Wahrscheinlichkeit im weiteren Sinne (mit welcher Sicherheit bzw. Bestätigung<sup>66</sup>) eine Information gültig bleibt, die noch nicht verifiziert oder falsifiziert wurde.<sup>67</sup> Für die Hypothesenwahrscheinlichkeit sind auf der Grundlage logischer Implikationsbeziehungen lediglich komparative Urteile möglich. Schneider spricht hier von der qualitativen oder ordinalen Wahrscheinlichkeit.<sup>68</sup> Für die Hypothesenwahrscheinlichkeit sind zwei Bestimmungsgrößen von Bedeutung:

- der Informationsgehalt der Aussage und
- das Erfahrungswissen (die Erfahrungen, die Evidenzen), das zur empirischen Begründung des Wahrscheinlichkeitsurteils verwendet wird.

Wird die Hypothesenwahrscheinlichkeit ohne Herbeiziehung von Erfahrungswissen beurteilt, so handelt es sich um eine „absolute logische Wahrscheinlichkeit“.<sup>69</sup> Informationsgehalt und Wahrscheinlichkeit einer Aussage verhalten sich konträr zueinander. Werden zwei Aussagen ohne Erfahrungswissen getroffen, so ist die Aussage mit höherem Informationsgehalt unwahrscheinlicher als die mit niedrigerem Informationsgehalt. Stützt sich eine Aussage auch auf das Erfahrungswissen, wird das Wahrscheinlichkeitsurteil zusätzlich durch andere Aussagen gestützt, so handelt es sich um eine „relative logische Wahrscheinlichkeit“.<sup>70</sup> Bei Vorliegen zweier Hypothesen mit gleichem Informationsgehalt hat diejenige einen höheren Bestätigungsgrad, die durch das Erfahrungswissen, durch Evidenzen besser begründet und gestützt ist. Sie ist – logischerweise – wahrscheinlicher.<sup>71</sup> Eine Quantifizierung ist nicht möglich, lediglich ein komparatives Urteil.<sup>72</sup>

Prognosen im Sinne objektiv begründeter Vorhersagen können unter Verwendung dieser absoluten und relativen logischen Wahrscheinlichkeiten nur komparativ beurteilt werden. Daher wird unter Prognosewahrscheinlichkeit die nicht quantifizierbare, „komparative Hypothesenwahrscheinlichkeit“ verstanden.<sup>73</sup> Dies ist unmittelbar auf die Kernfrage zu übertragen: Die Aussage „Unternehmen A wird zahlungsunfähig“ hat den gleichen Informationsgehalt wie die Gegenaussage „Unternehmen A wird nicht zahlungsunfähig“. Wird die Aussage aber durch mehr und/oder gewichtigere Argumente gestützt als die Gegenaussage, so ist sie wahrscheinlicher als die Gegenaussage.

#### 4.2 Die überwiegende Wahrscheinlichkeit als „Beweismaß“ für die Annahme der Unternehmensfortführung

Auch in der Rechtspraxis wird die Wahrscheinlichkeit als „komparative Hypothesenwahrscheinlichkeit“ aufgefasst. Beispielsweise verwendet der Gesetzgeber für die Beweismaßabstufungen die Steigerung „überwiegend wahrscheinlich“ (= glaubhaft), „sehr wahrscheinlich“ (= Regelbeweismaß) und „offenbar“, ohne eine Quantifizierung anzugeben.<sup>74</sup> Dies bedeutet aber nicht, dass Wahrscheinlichkeitsrechnungen angestellt werden.

Die juristische Formulierung „überwiegend wahrscheinlich“ hat unmittelbaren Bezug zur Glaubhaftmachung, die in § 15 Abs. 2 und § 212 InsO in Zusammenhang mit den Insolvenzeröffnungsgründen das Beweismaß darstellt. Gemäß § 15 Abs. 2 InsO ist ein Insolvenzantrag, der nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans, allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Abwicklern gestellt wird, zulässig, wenn „der Eröffnungsgrund glaubhaft gemacht wird.“ Nach § 212 InsO wird das Insolvenzverfahren auf Antrag des Schuldners eingestellt, „wenn das Fehlen der Eröffnungsgründe glaubhaft gemacht wird.“ Auch der von der Fortbestehensprognose unberührte Eröffnungsgrund der Zahlungsunfähigkeit ist glaubhaft zu machen. „Dabei setzt die geforderte Glaubhaftmachung [der Zahlungsunfähigkeit] voraus, dass auf Grund der Angaben eine *überwiegende Wahrscheinlichkeit* für die Richtigkeit der Tatsachenbehauptung des Antragstellers besteht.“<sup>75</sup>

Zum Beweis ist die volle Überzeugung von der Richtigkeit der Angaben des Klägers bzw. Beklagten erforderlich, für die Glaubhaftmachung genügt, wenn der Kläger die Richtigkeit der Angaben mit einer ernstlichen Zweifel ausschließenden Wahrscheinlichkeit darton kann.<sup>76</sup> In der Sprache des Gesetzgebers heißt dies:

65 Wild, a.a.O. (Fn. 30), S. 90. Ferner siehe auch *Mummenhoff*, Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität, 1997, insb. S. 80 f. Die statistische Ereigniswahrscheinlichkeit kann somit auch einer von mehreren Faktoren zur Bestimmung der Hypothesenwahrscheinlichkeit sein. Vgl. *Mummenhoff*, a.a.O., S. 85.

66 Vgl. *Carnap*, a.a.O. (Fn. 59), S. 25.

67 Vgl. *Stegmüller*, a.a.O. (Fn. 59), S. 131–133.

68 Vgl. *Schneider*, ZfB 1979, S. 99–102.

69 Vgl. *Popper*, 1994, a.a.O. (Fn. 60), S. 83, dort auch Fn. \*2.

70 *Carnap* bezeichnet dies als „induktive Wahrscheinlichkeit“; vgl. *Carnap/Stegmüller*, a.a.O. (Fn. 59), S. 21.

71 Vgl. *Wild*, a.a.O. (Fn. 30), S. 130.

72 Vgl. *Carnap/Stegmüller*, a.a.O. (Fn. 59), S. 21 und S. 29.

73 Vgl. *Wild*, a.a.O. (Fn. 30), S. 90.

74 Vgl. *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 74 f. und S. 84; *Schneider*, Beweis und Beweiswürdigung, 2. Aufl. 1971, S. 10 f.

75 *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur InsO/EGInsO, 3. Aufl. 2001, S. 169, Rn. 84 (Kursivschrift im Original Fettdruck).

76 Vgl. BVerwG vom 10. 6. 1955 – IV C 55.54 = NJW 1956, S. 604.

„Eine Tatsache ist glaubhaft gemacht, wenn ihr Vorliegen nach dem Ergebnis der Ermittlungen, die sich auf sämtliche erreichbaren Beweismittel erstrecken sollen, überwiegend wahrscheinlich ist.“<sup>77</sup>

Die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ spielt somit auch bei nicht-prognostischen Sachverhalten eine Rolle. Gerade dies verdeutlicht, dass die Rechtspraxis mit dem Begriff der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ keine statistische Ereigniswahrscheinlichkeit umschreibt.

Im Rahmen der Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO stellt der Begriff der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ das erforderliche Beweismaß dar, das ein Richter bei seiner Überzeugungsbildung von der Fortbestehensprognose anlegen muss. Bei der richterlichen Überzeugungsbildung handelt es sich niemals (!) um eine quantitative Wahrscheinlichkeit.<sup>78</sup> Auch in der juristischen Diskussion um die Wahrscheinlichkeitsanforderung hat sich „gezeigt, dass eine genaue Zahlenangabe ... nicht möglich und praktisch nicht hilfreich ist“.<sup>79</sup> „Praktisch bedeutet die Formel der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“, dass etwas mehr für das Vorliegen der Tatsache spricht als gegen sie.“<sup>80</sup> Es reicht nicht, „wenn nur ein Quentchen mehr für als gegen“ das Vorliegen der Tatsache spricht. „Zu fordern ist vielmehr ein den konkreten Umständen angepasstes Maß an Glaubhaftigkeit, d. h. die Sicherheit der Feststellung muss von den Folgen der zu treffenden Entscheidung abhängig gemacht werden.“<sup>81</sup>

#### 4.3 Ablehnung statistischer Wahrscheinlichkeitsrechnung in der „Rechtsprechung“

Die grundsätzliche Ablehnung der Interpretation der Wahrscheinlichkeit als statistische, berechenbare Ereigniswahrscheinlichkeit findet sich auch in der von uns als Grundsatzurteil bezeichneten BGH-Entscheidung.<sup>82</sup> *Drukarczyk/Schüler* bezweifeln den Grundsatzcharakter dieser Entscheidung<sup>83</sup> und wollen dies mit folgendem Satz belegen: „Im Rahmen der Würdigung von Indizien wird der Richter allerdings die unangefochtenen logischen und mathematischen Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung nicht verletzen dürfen.“ Isoliert betrachtet könnte dieser Satz die Wahrscheinlichkeitsrechnung auf den Schild des Richters heben. Liest man allerdings das Urteil in der unmittelbaren Fortführung, so wird in der Tat die Ablehnung der Wahrscheinlichkeitsrechnung im Rahmen der Beweiswürdigung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung deutlich:

„Er (der Richter) wird dazu aber im Allgemeinen (!), insbesondere wenn wie im Streitfall keine einigermaßen gesicherten empirischen statistischen Daten (!) zur Verfügung stehen, im Rahmen der von ihm vorzunehmenden Beweiswürdigung nicht (!) so genannte Anfangswahrscheinlichkeiten in Prozentsätzen ausweisen und mit diesen dann Berechnungen anstellen müssen. Sicherlich kann es häufig nützlich sein, sich über die Tragfähig-

keit und das Gewicht der einzelnen Indizien genauere Rechenhaft abzulegen und vielleicht auch einmal anhand von Berechnungsformeln das Ergebnis zu überprüfen. Andererseits besteht die Gefahr, dass bei wie häufig ungesicherter empirischer Grundlage (!) für die Annahme so genannter Anfangswahrscheinlichkeiten ein solches Verfahren zu überdies manipulierten Scheingewissheiten (!) führen kann. Zu der Frage, ob es Fälle gibt, die eine exaktere Wahrscheinlichkeitsberechnung im Rahmen der Beweiswürdigung von Indizien gebieten (ein in der Rechtsprechung des BGH anerkannter Sonderfall (!) der Anwendung des so genannten Bayes'schen Theorems ist die Esser-Möller-Formel bei serologischen Abstammungsgutachten), kann und braucht anhand des Streitfalles nicht Stellung genommen zu werden.“

Unabhängig von der nachrangigen Frage, ob der BGH diese Entscheidung selbst als Grundsatzurteil bezeichnet hat oder nicht, kommt u. E. der Grundsatzcharakter durch die Wortwahl „im Allgemeinen“ und die Tatsache, dass bis auf die als „Sonderfall“ bezeichnete Anwendung der BGH keine weiteren Fälle erwähnt, zum Ausdruck. Nach *Rommé* hat das Urteil „eine über den Einzelfall hinausgehende, grundsätzliche Bedeutung.“<sup>84</sup> Auch *Weber* weist darauf hin, dass der BGH zum Bayes'schen Theorem „erstmalig einige allgemeine Aussagen“ gemacht hat.<sup>85</sup> Zutreffend folgert *Goerke* aus diesem Urteil: „Der BGH hat ... dem Versuch, die Überzeugungsbildung des Gerichts mittels der Grundsätze einer Wahrscheinlichkeitsrechnung zu begründen, eine Absage erteilt.“<sup>86</sup> Auch weitere Autoren würdigen die in dem Urteil zum Ausdruck kommende grundsätzliche Ablehnung der Wahrscheinlichkeitsrechnung durch den BGH.<sup>87</sup>

Noch weitergehend resümiert das LG Tübingen für einen anderen Fall: „Es ist dem Gericht verwehrt, sich seine Überzeugung von dem Unfallhergang mittels der Grundsätze der Wahrscheinlichkeitsrechnung zu bilden.“<sup>88</sup> Gleichwohl soll hier unbestritten bleiben, dass ein Richter „im Rahmen der Würdigung von Indizien ... die unangefochtenen logischen und mathematischen Regeln der Wahr-

77 § 4 Abs. 1 S. 2 FANG (Fremdrenten- und Auslandsrenten-Neuregelungsgesetz).

78 Sehr deutlich bereits *Bohne*, Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, 1948, S. 12 f.

79 *Prütting*, in: Lücke/Walchshöfer, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1, 1992, § 294, Rn. 2; ebenso *Prütting*, a.a.O. (Fn. 74), S. 74, m.w.N.

80 *Prütting*, a.a.O. (Fn. 79), § 294, Rn. 23.

81 *Greger*, in: Zöller/Geimer u. a., ZPO, 21. Aufl. 1999, § 294, S. 826, Rn. 6.

82 BGH vom 28. 3. 1989 – VI ZR 232/88 = NJW 1989, S. 3161 f. Im Original der nachfolgend wiedergegebenen Urteilspassage keine Kursivschrift.

83 Vgl. *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 62.

84 *Rommé*, NZV 1989, S. 469.

85 *Weber*, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess, 1997, S. 144.

86 *Goerke*, VersR 1990, S. 710. Ähnlich würdigt *Hansen*, JuS 1992, S. 329, das erwähnte Urteil.

87 So z. B. *Hagenloch*, DRiZ 1990, S. 392–396; *Rüßmann*, ZZP 1990, S. 65–76.

88 LG Tübingen vom 19. 4. 1991 – 2 O 524/89 = VersR 1992, S. 1368.

scheinlichkeitsrechnung“ nicht verletzen darf.<sup>89</sup> Allerdings machen die Folgeausführungen des BGH-Urteils sehr deutlich, dass der praktische Anwendungsbereich der Wahrscheinlichkeitsrechnung extrem eng ist. In unserem Beitrag haben wir bereits darauf hingewiesen, dass die Interpretation als statistische Ereigniswahrscheinlichkeit bei einem singulären Ereignis wie dem Fortbestehen eines Unternehmens nicht möglich ist.<sup>90</sup> Für diese Problemstellung können „keine einigermaßen gesicherten empirischen statistischen Daten“ vorliegen. Dies ist bei subjektiven Wahrscheinlichkeiten erst recht nicht der Fall.

Offensichtlich sieht der BGH einen Anwendungsbereich der statistischen Ereigniswahrscheinlichkeit allenfalls bei naturgesetzlichen Phänomenen (wie der erwähnten biologischen Fragestellung). Aber selbst dort fließt eine ermittelte statistische Wahrscheinlichkeit nur als einer von mehreren Faktoren in die Urteilsbildung ein. Das Urteil wird aufgrund der komparativen Hypothesenwahrscheinlichkeit gefällt, die auch durch die Evidenz einer objektiven Wahrscheinlichkeit gebildet wird.<sup>91</sup>

Nell sieht „eine Neigung der Rechtsprechung, [mathematisch-statistische] Wahrscheinlichkeitsurteile dann (und nur dann) zuzulassen, wenn sie sich auf lange Beobachtungsreihen stützen“.<sup>92</sup> Selbst bei vorhandenen objektiven Wahrscheinlichkeiten wird ablehnend argumentiert, „dass die Wahrscheinlichkeitsrechnung nur in einer großen Anzahl von Fällen zu brauchbarem Ergebnis führt und die dadurch gewonnenen Erkenntnisse nicht auf einzelne Fälle übertragen werden können.“<sup>93</sup>

Erstaunt hat uns nach alledem der Hinweis von Drukarczyk/Schüler<sup>94</sup>, der BGH<sup>95</sup> habe ein Urteil zur Fortbestehensprognose unter Verwendung von subjektiven Wahrscheinlichkeiten auf der Grundlage eines Entscheidungsbaumes getroffen. Beim Lesen des Urteils kommt man allerdings sehr schnell zu dem Ergebnis, dass die Richter keinesfalls einen Zustandsbaum mit Wahrscheinlichkeiten als Grundlage ihrer Urteilsbegründung herangezogen, sondern nur Wenn-Dann-Überlegungen angestellt haben, die naturgemäß bei einer differenzierten Sachverhaltsanalyse und Urteilsbegründung Verwendung finden. Keinesfalls quantifiziert und berechnet der BGH bedingte Wahrscheinlichkeiten, um zur Entscheidungsfindung und Urteilsbegründung zu gelangen.

#### 4.4 Bestätigung der ablehnenden Rechtsprechung in der „Rechtswissenschaft“

Ebenso wie die Rechtsprechung lehnt auch die juristische Literatur die Interpretation des Wahrscheinlichkeitsbegriffs als statistische Ereigniswahrscheinlichkeit und damit die Quantifizierung subjektiver Wahrscheinlichkeiten ab.<sup>96</sup>

Überrascht hat uns der Versuch von Drukarczyk/Schüler, die von uns angeführten Autoren Huber und Nell in die Reihen der Verfechter ihrer Quantifizierungsthese einzugliedern.<sup>97</sup> Wir haben Huber wörtlich in einer Fußnote unseres Beitrags zitiert,<sup>98</sup> wonach es eine „irrigte Annahme sei, dass jede Wahrscheinlichkeitsaussage notwendigerweise in einer zahlen- oder prozentmäßigen Angabe (möglichst mit zwei Stellen hinter dem Komma) enden“<sup>99</sup> müsse. Dabei beschäftigt sich Huber eingehend mit den in der Jurisprudenz gebräuchlichen ordinalen Wahrscheinlichkeitsbegriffen und unterscheidet die Abstufungen „hoch wahrscheinlich“, „sehr wahrscheinlich“ und „überwiegend wahrscheinlich“. Diese Begriffe werden als Beweismaß im Sinne einer komparativen, nicht quantifizierbaren Hypothesenwahrscheinlichkeit gebraucht. Die bloße Verwendung des Wortes Wahrscheinlichkeit hat aber nichts mit der Quantifizierung einer statistischen Ereigniswahrscheinlichkeit zu tun! Nach Nell sind „die Versuche, solchen Begriffen Zahlenwerte zuzuordnen, ... aber – auch im juristischen Bereich im Hinblick auf die richterliche Überzeugungsbildung – immer wieder gescheitert.“<sup>100</sup>

Huber konstatiert allenfalls die Verwendung eines Grenzwertes von 0,5<sup>101</sup>; er lehnt jedoch die Verwendung von Wahrscheinlichkeitszahlen aus folgenden grundsätzlichen Erwägungen ab: „Eine weitere Frage ist, ob Abstufungen überhaupt mit einer Zahlenangabe versehen werden sollten; ... Allerdings sollte generell von einer zahlenmäßigen Definition der Abstufungen abgesehen werden, weil damit nichts gewonnen wird und sich deswegen am Charakter der Werte als Schätzwerte nichts ändert.“<sup>102</sup> Es „steht und fällt das Ergebnis der Wahrscheinlichkeitsberechnung mit der Exaktheit der in das Re-

89 Dies ist jedoch nicht mit tatsächlicher Berechnung zu verwechseln. Siehe Mummenhoff, a.a.O. (Fn. 65), insb. S. 92–94.

90 Vgl. Groß/Amen, WPg 2002, S. 236, mit Verweis auf Laux, Entscheidungstheorie, 3. Aufl. 1995, S. 56–58; Prütting, a.a.O. (Fn. 74), S. 61 f.; Huber, Das Beweismaß im Zivilprozess, 1983, S. 107–112.

91 Vgl. Mummenhoff, a.a.O. (Fn. 65), S. 104.

92 Nell, Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen, 1983, S. 22.

93 BVerwG vom 28. 11. 1963 – I C 69.60, I C 72.60 = BVerwGE 17, S. 182–192.

94 Vgl. Drukarczyk/Schüler, WPg 2003, S. 63.

95 Vgl. BGH vom 2. 6. 1997 – II ZR 211/95 = ZIP 1997, S. 1648–1651.

96 Vgl. hierzu Prütting, a.a.O. (Fn. 74), S. 93; Foerste, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 1999, § 286, S. 727, Rn. 19; Prütting, a.a.O. (Fn. 79), § 286, S. 1709, Rn. 33; Nell, a.a.O. (Fn. 92), S. 41; Weitnauer, Wahrscheinlichkeit und Tatsachenfeststellung, Karlsruher Forum 1966, 1968, S. 3 (Beiheft zum VersR).

97 Vgl. Drukarczyk/Schüler, WPg 2003, S. 65.

98 Siehe Groß/Amen, WPg 2002, S. 237, Fn. 112.

99 Huber, a.a.O. (Fn. 90), S. 104.

100 Nell, a.a.O. (Fn. 92), S. 36.

101 Ebenso Nell, a.a.O. (Fn. 92), S. 117.

102 Huber, a.a.O. (Fn. 90), S. 104.

chenwerk eingesetzten Zahlen. Bauen diese aber auf Hypothesen und Spekulationen auf, kann eine Wahrscheinlichkeitsrechnung schlechthin nicht mehr tragfähige Grundlage eines richterlichen Überzeugungsbildungsprozesses sein.<sup>103</sup>

Danach können wir im Ergebnis dem Resümee von Huber nur voll zustimmen:

„Das Bestreben, Wahrscheinlichkeiten und Gesamtwahrscheinlichkeiten stets und unter allen Umständen mit mathematischen Mitteln erfassen zu wollen, begegnet ganz erheblichen Bedenken. Die besondere Problematik mathematischer Methoden der Wahrscheinlichkeitsrechnung liegt nämlich darin, dass die Genauigkeit der Ergebnisse besticht und gerade deshalb die Unsicherheiten der Grundannahmen, auf denen die Rechnung basiert, verdeckt werden.“<sup>104</sup>

Mit anderen Worten: Eine exakte (oder näherungsweise) Festlegung der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ auf 0,5 oder irgendeinen anderen Wert darüber ist Augenschwermerei. Aus der Angabe eines derartigen Zahlenwertes lässt sich auch kein Operationalisierungs- oder Quantifizierungserfordernis einer Fortbestehenswahrscheinlichkeit ableiten.<sup>105</sup>

Schließlich lehnen auch Pape/Uhlenbruck in ihrer jüngst veröffentlichten Schrift zum Insolvenzrecht neben so genannten Insolvenzprognoseverfahren<sup>106</sup> auch die Wahrscheinlichkeitsrechnung ab.<sup>107</sup> Mit Leffson sind sie der Meinung, dass bei der Insolvenzfrüherkennung auf das „Fingerspitzengefühl für ökonomische Sachverhalte“ nicht verzichtet werden könne.<sup>108</sup> Damit ist genau das Abwägen der für und der gegen die Überlebensfähigkeit des Unternehmens sprechenden Gründe gemeint, also die Fundierung der Prognoseaussage „Unternehmen A wird zahlungsunfähig“ bzw. „Unternehmen A wird nicht zahlungsunfähig“ mit Erfahrungswissen und Evidenzen, um letztendlich zu einem ausreichend begründeten Urteil zu gelangen. Der Charakter des Abwägens der für und der gegen eine Fortführungsfähigkeit sprechenden Gründe kommt auch im Entwurf des IDW Prüfungsstandards „Die Fortführung der Unternehmenstätigkeit“ zum Ausdruck: „So können die Zweifel etwa dadurch aufgehoben werden, dass negative Umstände durch andere positive Gegebenheiten teilweise oder vollständig kompensiert werden.“<sup>109</sup>

### 5. Grenzen rechtserheblicher Quantifizierung subjektiver „Fortbestehens-Wahrscheinlichkeiten“

Drukarczyk/Schüler interpretieren sicherlich – wie wir – die „Fortbestehens-Wahrscheinlichkeit“ als „Maß der Vertrauenswürdigkeit“.<sup>110</sup> Sie unterliegen allerdings u. E. dem Irrtum, dass ein Bemessungserfordernis besteht und dieses allgemein unter Verwendung konkreter – mit statistischen Rechenoperationen ableitbarer – „subjektiver Wahrscheinlichkeiten“ erfüllt werden kann. Sie halten es dem-

nach in der Wirtschafts- und Rechtspraxis für durchführbar, quantitative „subjektive oder personale Wahrscheinlichkeiten [zu bilden], die ausdrücken, wie stark eine bestimmte hypothetische Annahme ... durch verfügbares Wissen gestützt wird, wobei dieses Wissen durch nachprüfbare Gründe zu untermauern ist.“<sup>111</sup>

#### 5.1 „Beurteilungsspielraum und Ermessen“ bei Abfassung des Prognoseurteils

Unbestritten kommt es bei der Fortbestehensprognose nicht auf nachträgliche Erkenntnisse, sondern auf die damalige Sicht eines „ordentlichen Geschäftsleiters“ an. Dieser hat einen gewissen Beurteilungsspielraum.<sup>112</sup> Dem „gewissen“ Beurteilungsspielraum sind aber Grenzen gesetzt, da der BGH<sup>113</sup> ausreichende begründete Anhaltspunkte fordert, um eine positive Fortbestehensprognose zu rechtfertigen. Dies gilt auch für die Objektivierbarkeit im Zusammenhang mit der Benachteiligungsabsicht im Rahmen einer Anfechtungsklage. In einem Urteil wurde nach BGH-Meinung „zu stark objektiviert“. Eine „abweichende Beurteilung der objektiven Lage durch das Gericht reicht allein nicht aus, um die Feststellung der Gläubigerbenachteiligungsabsicht zu tragen.“

Dem Beurteilungsspielraum des Geschäftsführers kommt in einer komplexen und schwierigen Gemengelage einer Unternehmenskrise insbesondere dann Bedeutung zu, wenn ein positives und ein negatives Prognoseergebnis argumentativ kaum scharf voneinander zu trennen sind. Maßgeblich ist in diesem Unschärfbereich das „Fingerspitzengefühl“<sup>114</sup> des Geschäftsführers. „Ergibt die Fortbeste-

103 Hagenlocher, DRiZ 1990, S. 396. Auch Nierhaus wendet sich gegen die Glaubhaftmachung von Gegebenheiten durch Skalierung subjektiver Wahrscheinlichkeiten: „Wer auf der Grundlage eines wie auch immer objektiv-logisch-statistisch ausgelegten Begriffs der Wahrscheinlichkeit die Beweiswürdigung des Richters ausschließlich auf einen rational-objektiven Erkenntnisvorgang zurückführt, täuscht eine Sicherheit oder Nachvollziehbarkeit bzw. Kontrollierbarkeit vor, die tatsächlich nicht besteht, es sei denn, man glaube an die Horrorvision einer entmenslichten ‚Institution des Richters‘.“ (Nierhaus, a.a.O. (Fn. 42), S. 56).

104 Huber, a.a.O. (Fn. 90), S. 114 f. Im Original nicht kursiv.

105 So wohl Drukarczyk/Schüler, WPg 2003, S. 65.

106 Die Treffsicherheit dieser Verfahren ist niedrig. Im Durchschnitt werden 7% der insolventen Unternehmen als nicht insolvenzgefährdet und 24,3% der solventen Unternehmen als insolvenzgefährdet eingestuft. Vgl. Günther/Grüning, DBW 2000, S. 57.

107 Vgl. Pape/Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 49), S. 14. Wir wollen der Vollständigkeit halber darauf hinweisen, dass beide an früherer Stelle auf den Ansatz von Drukarczyk/Schüler verwiesen haben. Siehe Pape, a.a.O. (Fn. 7), § 18, S. 5, Rn. 9; Uhlenbruck, a.a.O. (Fn. 7) S. 124, Rn. 12.

108 Leffson, Bilanzanalyse, 3. Aufl., S. 209 f., Rn. 507.

109 IDW EPS 270, Tz. 11, WPg 2002, S. 936.

110 Vgl. von Randow, Das Ziegenproblem, 9. Aufl. 2000, S. 45.

111 Vgl. Drukarczyk/Schüler, WPg 2003, S. 60.

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

113 BGH vom 4. 12. 1997 – IX ZR 47/97 = ZIP 1998, S. 248–253.

114 Leffson, a.a.O. (Fn. 108), S. 209 f., Rn. 507.

hensprognose keine signifikante Wahrscheinlichkeit für oder gegen das Überleben des Unternehmens, so liegt es im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens der Geschäftsleitung, sich für die eine oder andere Annahme zu entscheiden.<sup>115</sup> Ein Freibrief für willkürlich gebildete subjektive Eintrittswahrscheinlichkeiten ist durch den „Beurteilungsspielraum“ allerdings nicht gegeben, vielmehr kommt es auf die Qualität der Argumente (Indizien und Gründe) an.

Der Unschärfbereich für das Prognoseurteil nimmt gerade in Zeiten gesamtwirtschaftlicher Rückschläge einhergehend mit wachsender Verunsicherung über die konjunkturellen Wachstumsaussichten zu. Denn in solchen Situationen greift bei Banken wegen steigender Kreditausfälle zunehmend Vorsicht und Zurückhaltung hinsichtlich der Vergabe neuer Kredite um sich,<sup>116</sup> so dass auch die Vorhersage von Kreditentscheidungen als solche immer schwieriger wird. Wo jedoch trotz Krise noch neue Kredite zugesagt werden, können sich die Geschäftsführer sicherlich bei einer späteren gerichtlichen Überprüfung ihrer Fortbestehensprognose darauf berufen, dass damals aus Sicht der Banken die mit dem Kreditantrag vorgelegten Unterlagen plausibel und glaubhaft waren, weshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens angenommen wurde.<sup>117</sup> In solchen Fällen wird die – aus Sicht der Geschäftsführung – positive Beurteilung der Zukunftsaussichten des Unternehmens sowohl durch das Analyseurteil der Bankenvertreter als auch durch die Risikobereitschaft zur Kreditvergabe selbst bestätigt.

Auch dann müssen in einem Rechtsstreit sowohl die Prognosegrundlagen als auch das Prognoseurteil einer gerichtlichen Überprüfung standhalten. Dabei ist auch die Tatsache von Bedeutung, dass konkret errechnete subjektive Wahrscheinlichkeitszahlen bei der Vorbereitung von Kreditvergabeentscheidungen in der Bankenpraxis keine Rolle spielen. Selbst die heute angewandten Rating-Verfahren zur standardisierten Kreditentscheidung und -überwachung durch Klassifizierung von Unternehmen in Bonitätsklassen basieren nicht auf dem statistischen Konzept subjektiver Wahrscheinlichkeiten,<sup>118</sup> vielmehr werden die Bonitätsrisiken im standardisierten Massen-Firmenkundengeschäft vor allem aus dem Bilanzierungsverhalten sowie der Bewertung nachhaltiger Erfolgspotentiale des Unternehmens<sup>119</sup> – manchmal unter Einsatz von quantitativen Ratingverfahren wie Diskriminanzanalyse,<sup>120</sup> Fuzzy-Systemen<sup>121</sup> oder neuronalen Netzen<sup>122</sup> – bestimmt.<sup>123</sup>

Da auch in der Finanzierungspraxis nicht auf das von *Drukarczyk/Schüler* vorgeschlagene Wahrscheinlichkeitskonzept zurückgegriffen wird, stellt

sich letztendlich die grundsätzliche Frage, welchen Sinn die quantitative Schätzung subjektiver Eintrittswahrscheinlichkeiten noch hat, wenn auch der *BGH* die Wahrscheinlichkeitsrechnung ablehnt. Wir haben bereits oben ausgeführt, dass nur mit empirisch gesicherten Erhebungsmethoden<sup>124</sup> abgeleitete Wahrscheinlichkeiten als Beweismittel zugelassen werden. Der *BGH*<sup>125</sup> sieht daher „gewisse Beurteilungsspielräume“ und in gewissem Rahmen die Zulässigkeit einer „subjektiven Sicht“; er steht aber in der Tat der Quantifizierung subjektiver Eintrittswahrscheinlichkeiten für singuläre Zukunftszustände folgerichtig selbst dann ablehnend gegenüber, wenn diese in der Planung definiert sind.<sup>126</sup>

## 5.2 „Fehlende praktikable Quantifizierungsregeln“ für die Ableitung subjektiver Fortbestehenswahrscheinlichkeiten

Das Kernproblem des Vorschlages von *Drukarczyk/Schüler* besteht u. E. darin, konkrete Eintrittswahrscheinlichkeiten für die Fortführung des Unternehmens intersubjektiv nachprüfbar anhand objektiver Gegebenheiten zu bestimmen. Das „Mehr“ oder „Weniger“ an Gründen bzw. das „Mehr“ oder „Weniger“ an Glaubhaftigkeit bzw. Glaubwürdigkeit müsste durch eindeutig vorgegebene und praktikable Quantifizierungsregeln belegbar sein. Wie dies in einer für die Rechtspraxis zufrieden stellenden Weise erfolgen sollte, lässt sich ihren Ausführungen nicht entnehmen. Sie selbst sehen das Problem der „Nachprüfbarkeit“ der von einem Prognoseersteller zugeordneten subjektiven Wahrscheinlichkeiten durch Dritte. Diese kennen weder den dem Prognoseersteller verfügbaren Wissensvorrat noch die Regeln, nach denen gegenwärtig vorräufiges Wis-

115 Müller, ZGR 1985, S. 204.

116 Nach *Tversky*, in: Sharpe, Quantifying the Market Risk Premium Phenomenon for Investment Decision Making, 1990, S. 75, ist das Hauptmotiv „ein Widerwille gegen Verlust. Es ist nicht so sehr, dass die Menschen Ungewissheit nicht mögen – sie hassen es vielmehr zu verlieren.“

117 Vgl. *Bork*, ZIP 2000, S. 1713.

118 Vgl. *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Januar 1999, S. 51–63; *Eigermann*, Quantitatives Credit-Rating unter Einbeziehung qualitativer Merkmale, 2001; *Krause*, Kreditwürdigkeitsprüfung mit Neuronalen Netzen, 1993.

119 Vgl. *Eigermann*, FB 2001, S. 521–529

120 Vgl. *Blochwitz/Eigermann*, ZfbF 2000, S. 58–73; *Oser*, BB 1996, S. 367–374.

121 Vgl. *Grauel*, Fuzzy-Logik, 1995.

122 Vgl. hierzu *Füser*, Neuronale Netze in der Finanzwirtschaft, 1995; *Corsten/May*, WISU 1996, S. 217–219.

123 Vgl. *Füser*, Intelligentes Rating und Scoring, 2001; *Uhlig*, Finanzprognosen mit Neuronalen Netzen, 1995.

124 Vgl. hierzu *Erhard/Fischbach/Kehrle*, Praktisches Lehrbuch Statistik, 3. Aufl. 1989.

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

126 Vgl. ebenda.

sen in eine Wahrscheinlichkeitsaussage umgesetzt wurde.<sup>127</sup>

Uns stört keinesfalls die Skalierung subjektiver Wahrscheinlichkeiten im  $[0, 1]$ -Intervall,<sup>128</sup> falls es unbestrittene praktikable Methoden zu ihrer zahlenmäßigen Bestimmung gäbe. Allerdings ist dieses Problem mit der objektiven physikalischen Temperaturmessung nicht vergleichbar; vielmehr geht es um den Gebrauch eines falschen Wahrscheinlichkeitsbegriffs sowie die Unterschätzung der Kalkulationsschwierigkeiten subjektiver Glaubwürdigkeitszahlen und die Überschätzung statistischer Rechenkalküle hinsichtlich der zu prognostizierenden Überlebenschancen von Unternehmen.

Auch der von *Drukarczyk/Schüler* zitierte *Krelle* bemerkt zu den „subjektiven Wahrscheinlichkeiten“: „Sie sind umstritten.“<sup>129</sup> – Von Rechtssicherheit durch Quantifizierungsversuche kann also keine Rede sein! – Sie sind auch nicht mit Leichtigkeit und Genauigkeit zu bestimmen, wie der kurze Verweis von *Drukarczyk/Schüler* vermuten ließe. Vielmehr warnt *Krelle* vor dem „übertriebenen Grad der Genauigkeit für subjektive Wahrscheinlichkeiten“. Es habe „keinen Sinn, zwischen subjektiven Wahrscheinlichkeiten von 0,20 und 0,22 zu unterscheiden, wohl aber zwischen solchen von 0,2 und 0,5.“ In einem konkreten Quantifizierungsvorschlag setzt *Krelle* „wahrscheinlich“ mit der Bandbreite von „60 bis 80%“ gleich; also bereits deutlich höher als 50%, die nach Auffassung von *Drukarczyk/Schüler* schon mit „überwiegend wahrscheinlich“ zu belegen wären.

Insbesondere in der Entscheidungslogik und -theorie sind unterschiedliche Konzepte zur Ableitung „subjektiver Wahrscheinlichkeiten“ und differenzierte Prinzipien zum probabilistischen Deliberieren entwickelt worden, die teils formal mathematisch und teils eher psychologisch ausgerichtet sind, allerdings für die Praxis kaum praktische Problemlösungen bieten.<sup>130</sup>

So bleiben die verschiedenen Quantifizierungsversuche<sup>131</sup> „subjektiver Wahrscheinlichkeiten“ durch Wettabschluss und durch den Umweg über eine Nutzenfunktion für die Fortbestehensprognose ohne sichtbaren Aussagewert. Die Wetteinsätze hängen nicht nur von den subjektiven Wahrscheinlichkeiten, sondern auch von individuellen Nutzenvorstellungen und der Spielfreude ab.<sup>132</sup> Zum Quantifizierungsversuch über Wetten führt *Popper* aus: „Diese Theorie ist unglaublich naiv.“<sup>133</sup> Denn kann man einer Wette nicht ausweichen, vielleicht weil die Existenz eines Unternehmens auf dem Spiel steht, so fühlt sich der Wettende veranlasst, sich „der trivialsten Behauptungen zu vergewissern.“

Überdies ist die Deutung „subjektiver Wahrscheinlichkeiten“ als fiktive relative Häufigkeiten, die anhand eines Gedankenexperimentes bestimmt

werden, ebenfalls theoretischer Natur und wirft psychologische Probleme auf, da zum einen das gedanklich vorstellbare Möglichkeitsspektrum unbegrenzt ist, zum anderen die Realisation sich gedanklich unendlich wiederholbar darstellt.<sup>134</sup> Je mehr Möglichkeiten (Szenarien) in Betracht gezogen werden, desto weniger wahrscheinlich wird jede einzelne der Möglichkeiten (Szenarien).<sup>135</sup>

Psychologische Untersuchungen<sup>136</sup> haben neben der Gefahr systematischer erheblicher Verzerrungen bei ihrer Quantifizierung zudem gezeigt, dass die tatsächlich bestehenden „subjektiven Wahrscheinlichkeiten“ nicht unabhängig voneinander geschätzt werden und sich nicht entsprechend der „Additionsregel“<sup>137</sup> auf eine Gesamtsumme von 100% summieren lassen.<sup>138</sup> Sie sind „inkohärent“<sup>139</sup> und führen zu offensichtlich unvernünftigen Entscheidungen.<sup>140</sup> Dies gilt um so mehr für einen Geschäftsführer in der Krise, der aufgrund von Existenzängsten unter Stress<sup>141</sup> gerät und damit einhergehend – aufgrund des in der Praxis häufig anzutreffenden Phänomens der „Verdrängung“<sup>142</sup> bis hin zum Realitätsverlust – die Fähigkeit verliert, nicht nur subjektive Wahrscheinlichkeiten für die Fortführungsfähigkeit seines Unternehmens zu bestimmen, sondern darüber hinaus solche Wahrscheinlichkeiten im weiteren Verlauf der Krisenentwicklung den tatsächlichen Fortführungschancen anzupassen (*Wahrscheinlichkeitsrevision*)<sup>143</sup>.

Dies hat in der Krisenpraxis häufig zur Folge, dass die gesetzlichen Vertreter in der internen und

127 *Drukarczyk/Schüler*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürner, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 350, Rn. 67; ferner *Wanik*, in: IDW (Hrsg.), Bericht über die Fachtagung 1974 des IDW, 1974, S. 53; *Wild*, a.a.O. (Fn. 30), S. 128; *Braun*, WPg 1989, S. 686.

128 Vgl. *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 60.

129 *Krelle*, Präferenz- und Entscheidungstheorie, 1968, S. 198.

130 Vgl. *Lee*, Psychologische Entscheidungstheorie, 1977; *Stegmüller*, Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie, Bd. II, 6. Aufl. 1977, S. 203 ff.; *Winkler*, Journal of the American Statistical Association 1967, S. 776 ff.

131 Vgl. dazu *Krelle*, a.a.O. (Fn. 129), S. 198.

132 Vgl. *Laux*, Entscheidungstheorie II, 2. Aufl. 1988, S. 30.

133 *Popper*, Objektive Erkenntnis, 1998, S. 80, auch für das folgende Zitat.

134 Vgl. *Weier*, Das Phänomen Geist, 1995, S. 31.

135 Vgl. *Krelle*, a.a.O. (Fn. 129), S. 198.

136 Zu den Verzerrungen der subjektiven Wahrscheinlichkeit und dem Phänomen der Wahrscheinlichkeitsrevision siehe auch *Städtler*, Lexikon der Psychologie, 1998, S. 1211–1218.

137 Vgl. *Scharnbacher*, Statistik im Betrieb, 8. Aufl. 1991.

138 Vgl. *Edwards*, Psychological Bulletin 1954, S. 397 f.

139 Vgl. *Stegmüller*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Band IV: Personelle und Statistische Wahrscheinlichkeit, erster Halbband: Wahrscheinlichkeit und Rationale Entscheidung, 1973, S. 397.

140 Vgl. *Nell*, a.a.O. (Fn. 92), S. 48.

141 Vgl. *Staehe*, Management, 7. Aufl. 1994, S. 234 ff.

142 Vgl. *Perrig*, Unbewusste Informationsverarbeitung, 1993.

143 *Grabitz*, Experimentelle Untersuchungen zur Bewertung von Informationen vor Entscheidungen, 1969; *Grabitz*, Zur Beziehung von Inertia-Effekt und sequentieller Position widersprechender Ergebnisse bei der Revision subjektiver Wahrscheinlichkeiten, PF 35, 1971, S. 35 ff.; *Pilz u.a.*, Sequential effects in the revision of subjective probabilities, CGP 21, 1967, S. 381 ff.

externen Kommunikation Fehler machen, indem sie zu optimistische Vorhersagen treffen und dadurch zunehmend unglaubwürdig werden. Dann werden ihre Aussagen zur Unternehmenssituation und über die weitere Entwicklung des Unternehmens schlichtweg nur noch als bloße Behauptungen aufgefasst. Die geäußerten Annahmen werden nicht mehr als wahrscheinlich genug angesehen und damit schon als unglaubhaft empfunden.<sup>144</sup>

Falls die gesetzlichen Vertreter in einer solchen Situation ihre Hypothesen noch mit konkreten Wahrscheinlichkeitszahlen versehen, erhöht sich dadurch nicht unbedingt – schon wegen der oftmals voreingenommen unterstellten „eingeschränkten Rationalität“<sup>145</sup> bei der Prognoseerstellung – die Glaubhaftigkeit ihrer Darlegungen. Vielmehr ist zu befürchten, dass mit der offenen Benennung von Wahrscheinlichkeitszahlen zusätzlicher Zündstoff für unnötige und sanierungshemmende Diskussionen geboten wird, wobei es die gesetzlichen Vertreter – vor allem in atmosphärisch aufgeladenen Finanzierungsrunden – sicherlich schwer haben, ihre Wahrscheinlichkeitsangaben mangels fehlender allgemeingültiger Quantifizierungsregeln ernsthaft zu behaupten. Das eigentliche nicht lösbare Kernproblem bleibt demnach – wie *Keynes*<sup>146</sup> richtig resümiert –, dass es „keine wissenschaftliche Grundlage gibt, auf der sich irgendeine kalkulierte Wahrscheinlichkeit aufbauen ließe. Wir wissen es einfach nicht“ und können solches Wissen auch nicht von einem Geschäftsführer eines Krisenunternehmens ernsthaft verlangen.

### 5.3 Problematik der „Multiplikationsregel“ zur Bestimmung der Fortführungswahrscheinlichkeit

Wir stimmen *Drukarczyk/Schüler* zu, eine ordnungsgemäße Erstellung der Fortbestehensprognose „verlangt, dass der Prognostizierende Argumente (Indizien, Gründe) sammelt, die für die beiden Ausgänge argumentativ ins Feld geführt werden können, um ihre Glaubwürdigkeit zu belegen.“<sup>147</sup> So sind für den Informationsgehalt der Fortbestehensprognose neben quantitativen Größen wie die Liquiditätsentwicklung nach dem Unternehmenskonzept auch eher qualitative Aussagen aus dem Durchsetzungs-, Umsetzungs- und Koordinationsmanagement relevant (siehe Abb. 1), und zwar vor dem Hintergrund gesamtwirtschaftlicher und branchenbezogener Entwicklungen.<sup>148</sup> Auch der *BGH* verlangt die Einbeziehung solcher Aspekte. Wird beispielsweise das Umsetzungsmanagement in die Hände einer Person gelegt, die hinsichtlich der Sanierung keine positiven Referenzen aufweist, so wird die positive Fortbestehensprognose vom *BGH* verneint.<sup>149</sup>

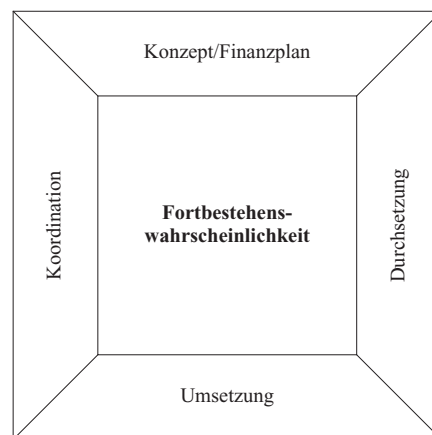


Abb. 1: Einzelkomponenten der Fortbestehenswahrscheinlichkeit aus den Managementbereichen

*Drukarczyk/Schüler* berücksichtigen die weiteren Beurteilungsbereiche allerdings nicht. Im Rahmen einer Quantifizierung einer Fortbestehenswahrscheinlichkeit müssten die Chancen des Fortbestehens aus der Sicht der vier Managementbereiche („Berater-Perspektiven“)<sup>150</sup> unabhängig voneinander mit Wahrscheinlichkeitszahlen belegt und die Gesamt-Fortbestehenswahrscheinlichkeit unter Anwendung der „Multiplikationsregel“<sup>151</sup> aus dem Produkt von vier Einzelwahrscheinlichkeiten berechnet werden (siehe Abb. 2):

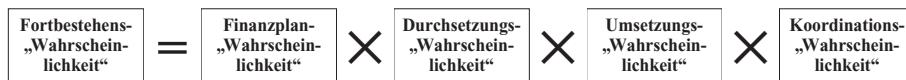


Abb. 2: Multiplikative Ermittlung der Fortbestehenswahrscheinlichkeit

Zur Errechnung einer Fortbestehenswahrscheinlichkeit von 0,5 müsste bei einer gleichmäßigen Ausprägung in jedem der Untersuchungsbereiche jeweils eine Wahrscheinlichkeit von ca. 0,84 für das Fortbestehen sprechen. Würde beispielsweise nach dem Ansatz von *Drukarczyk/Schüler* eine Finanzplan-Wahrscheinlichkeit von 0,55 errechnet, so wäre bei gleichmäßiger Ausprägung der drei anderen Bereiche jeweils eine Wahrscheinlichkeit für das erfolgreiche Bewältigen der jeweiligen Managementaufgabe von mehr als 0,97 erforderlich.

Wir fordern damit keine weiteren Quantifizierungen von Wahrscheinlichkeiten, sondern wollen verdeutlichen, dass der Ansatz von *Drukarczyk/Schüler*

144 Vgl. *Keynes*, A Treatise on Probability, 1921, S. 3 f.; danach ist „eine Behauptung nicht wahrscheinlich, nur weil wir sie für wahrscheinlich halten.“

145 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 235 f., m.w.N.

146 *Keynes*, Quarterly Journal of Economics 1937, S. 209–233.

147 *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 60.

148 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 439 f.

149 Vgl. *BGH* vom 3. 4. 1990 – XI ZR 206/88 = ZIP 1990, S. 659–662.

150 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 440 ff.

151 Vgl. *Scharnbacher*, a.a.O. (Fn. 137); *Bosch*, Statistik-Taschenbuch, 1992, S. 110 ff.

wesentliche Bereiche außer Acht lässt, denen sie bei der Quantifizierung der Fortbestehenswahrscheinlichkeit ebenfalls Wahrscheinlichkeitszahlen zuordnen müssten. Die Verwendung der „Multiplikationsregel“ und die sich daraus ableitenden Schlussfolgerungen stehen zudem völlig außerhalb des normalen Denkens sowohl der Geschäftsführer in der Krise wie auch der Richter, die in einem späteren Prozess rückschauend die in den Schriftsätzen vorgetragenen Begründungen zur Fortbestehensprognose nachvollziehen sollen.

#### 5.4 Zur Bestimmung der „Finanzplan-Wahrscheinlichkeit“

##### 5.4.1 Maßgebliche Grundlagen der „Finanzplan-Wahrscheinlichkeit“

Der Finanzplan steht am Ende eines Planungsprozesses, der deshalb als Grundlage zur Überwindung von Unternehmenskrisen so schwierig ist, weil sich nur sehr eingeschränkt „Zukünftiges durch Vergangenes definieren lässt“<sup>152</sup>. Um vor diesem Hintergrund die Vollständigkeit und Nachprüfbarkeit des Konzeptes zu gewährleisten, sollten in ihm nach dem Vorschlag des IDW mindestens die folgenden Punkte dokumentiert sein:<sup>153</sup>

1. Beschreibung des Unternehmens
2. Analyse des Unternehmens
  - 2.1. Krisenursachenanalyse
  - 2.2. Lagebeurteilung
3. Leitbild des sanierten Unternehmens
4. Maßnahmen zur Sanierung des Unternehmens
5. Planverprobungsrechnung

Der Finanzplan ist Teil einer integrierten Planung, die daneben auch Plan-Erfolgsrechnungen und Plan-Bilanzen für den Prognosezeitraum umfasst.<sup>154</sup> Die Planverprobungsrechnung stellt sicher, dass die vorgesehenen Maßnahmen in eine integrierte Planung einbezogen und damit aufeinander abgestimmt werden. Zur Bestimmung einer „Finanzplan-Wahrscheinlichkeit“ ist es somit nicht ausreichend, auf einen positiven Überschuss zu vertrauen, der voraussichtlich für die betrachtete Umweltkonstellation mit einer Wahrscheinlichkeit von 100 % eintreffen wird. Die „Finanzplan-Wahrscheinlichkeit“ ist vielmehr durch die Eignung der geplanten Maßnahmen zur Gesundung des Unternehmens definiert oder – anders ausgedrückt – durch die Glaubhaftigkeit bestimmt, die im Finanzplan dokumentierte Entwicklung des Zahlungsmittelbestandes zu erreichen.

Schon der Wirkungszusammenhang von Maßnahmen und Planzahlen lässt sich in weiten Bereichen nur argumentativ plausibilisieren. Dazu hat sich die abgestufte Vorgehensweise nach dem Turn-Around-Modell des „Hockey-Sticks“ in der Praxis gut bewährt:<sup>155</sup> Zunächst ist die Liquidität des Unternehmens zu sichern, um über die nächsten Wochen den

Fortbestand des Unternehmens zu gewährleisten und eine Zahlungsunfähigkeit auszuschließen. Nach dieser dringlichsten Aufgabe sind Verlustquellen zu eliminieren und Kosten zu senken, um ein ausgeglichenes Ergebnis zu erhalten. Für den nachhaltigen Fortbestand des Unternehmens und damit für den geforderten nachhaltigen Ausschluss von Insolvenzgründen sind jedoch mittelfristig Erfolgspotentiale aufzubauen, die Wettbewerbsvorteile ermöglichen und Umsatz generieren.

##### 5.4.2 Modellkritik an der „Finanzplan-Wahrscheinlichkeit nach Drukarczyk/Schüler“

Ein Modell zur Ermittlung einer quantitativen Eintrittswahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit, so wie es Drukarczyk/Schüler vorschlagen, ist u. E. nicht notwendig, zumal erstens eine erwartungstreue Ermittlung unmöglich ist und zweitens der Gesetzgeber von einer komparativen Hypothesenwahrscheinlichkeit ausgeht.

Letztlich ist schon die Wahl einer bestimmten Modellstruktur eine willkürliche Entscheidung.<sup>156</sup> Wie bei den Quantitativen Methoden üblich, haben wir mit der Modellbildung von Drukarczyk/Schüler zwischen einer „einstufigen“ (statischen) und einer „mehrstufigen“ (dynamischen) Problemabbildung unterschieden, wobei dynamisch durch mindestens eine Unterteilung des Prognosezeitraumes charakterisiert ist.

###### 5.4.2.1 „Einstufiges (statisches) Prognosemodell“

Der Prognosezeitraum wird nicht in Abschnitte unterteilt. Für das Methodenbeispiel haben wir in unserem Beitrag den in Abb. 3 wiedergegebenen Zustandsbaum mit den Szenarioeintrittswahrscheinlichkeiten angenommen:

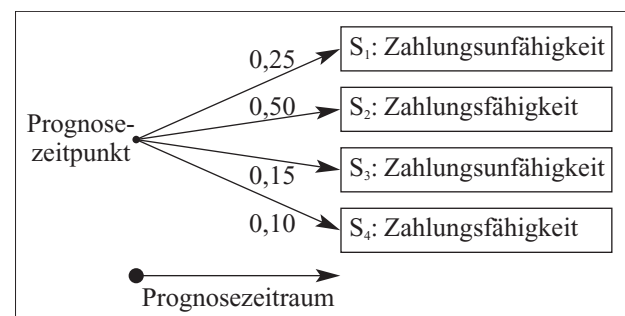


Abb. 3: Szenario-Eintrittswahrscheinlichkeiten bei statistischer Szenariotechnik

Damit ergab sich eine errechnete Fortbestehenswahrscheinlichkeit von 0,60 (siehe Tab. 1 auf Seite 81):

152 Bernstein, *Wider die Götter*, 3. Aufl. 2000, S. 16.

153 *Stellungnahme FAR 1/1991*, IDW-FN 1991, S. 319. Ähnlich BGH vom 9. 7. 1979 – II ZR 118/77 = NJW 1979, S. 1823–1828; Braun, WPg 1989, S. 689–693.

154 Siehe weiter Groß/Amen, WPg 2002, S. 230–232.

155 Vgl. Groß/Amen, WPg 2002, S. 442.

156 Vgl. Laux, a.a.O. (Fn. 90), S. 56–58.

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: Fortbestehensprognose bei statischer Szenariotechnik

Davon ausgehend stellt sich zwangsläufig die Frage, wie Zahlungsfähigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit innerhalb eines Szenarios bestimmt wird. Die Problemstellung wird also nicht gelöst, sondern mehrfach in die Szenarien verlagert. Statt nur einer Fortbestehensprognose sind im Beispiel nun vier Fortbestehensprognosen zu erstellen.

Wörtlich haben wir festgestellt: „Es kommt nicht nur auf die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Szenarios als solches an, sondern ebenso auf die Zahlungsfähigkeits-Wahrscheinlichkeit innerhalb der einzelnen Szenarien!“<sup>157</sup> Realiter wird es wohl kaum sichere Zahlungsströme in den Szenarien geben. In der Modellwelt von *Drukarczyk/Schüler* ist lediglich unsicher, welcher Umweltzustand eintritt.<sup>158</sup> Das Modell ist somit „künstlich und realitätsfremd“.<sup>159</sup>

Die Bestimmung subjektiver Eintrittswahrscheinlichkeiten der Szenarien ist naturgemäß abhängig von der Szenariodefinition. Je mehr Parameter bei der Definition der Szenarien herangezogen werden, je größer also der Informationsgehalt der szenariobeschreibenden Aussage ist, desto geringer ist einerseits die Eintrittswahrscheinlichkeit des Szenarios, desto höher ist andererseits aber auch die Zahlungsfähigkeitswahrscheinlichkeit oder Zahlungsunfähigkeitswahrscheinlichkeit innerhalb des Szenarios, da mit zunehmender Genauigkeit des Parametersystems die Schwankungsbreite der Zahlungsströme abnimmt. Hinzu tritt das Problem, dass die szenariobeschreibenden Parameter meist stetige oder quasi-stetige Größen sind. Damit wären theoretisch unendlich viele Szenarien definierbar; die Eintrittswahrscheinlichkeit eines einzelnen Szenarios würde gegen null gehen.

*Drukarczyk/Schüler* haben uns in diesem Zusammenhang in ihrer Entgegnung gleich mehrfach nicht richtig zitiert, wenn sie zum einen schreiben, dass wir die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Szenarios als nicht relevant ansehen,<sup>160</sup> auch haben wir nicht ausgeführt, dass nach unserer Auffassung „weitere Verästelungen innerhalb der Szenarien relevant seien“.<sup>161</sup>

Zusätzliche Aufgliederungen wären allerdings tatsächlich nur angebracht, wenn man die Zahlungsfähigkeitswahrscheinlichkeit innerhalb eines Szenarios

erneut mit dem Ansatz von *Drukarczyk/Schüler* ermitteln möchte. Dann würden erneut die Problemstellungen in die wiederum zu bildenden Subszenarien verlagert. Der Ansatz von *Drukarczyk/Schüler* führt also zu einem nicht zum Ende kommenden rekursiven Prozess. Um den Prozess enden zu lassen, kommen auch *Drukarczyk/Schüler* nicht umhin, *spätestens auf der letzten Stufe mit nicht quantifizierter komparativer „überwiegender (Hypothesen-)wahrscheinlichkeit“ entweder von Zahlungsfähigkeit oder von*

*Zahlungsunfähigkeit auszugehen*, da es in der Realität wohl kaum sichere Zahlungsströme in den Szenarien, Sub-Szenarien, Sub-Sub-Szenarien etc. geben wird. Letztlich wird bei der Szenariotechnik eine Reduktion auf „einwertige“ Größen notwendig.<sup>162</sup>

Aufgrund der Verlagerung des Ausgangsproblems in die Szenarien wird die Diskussion, die über jedes Unternehmenskonzept und über jede Finanzplanung zwischen Geschäftsführer und Kapitalgeber geführt wird, vervielfältigt, da sie nun über mehrere szenariospezifische Finanzplanungen geführt werden müsste, und selbst dann nicht gelöst.<sup>163</sup>

*Drukarczyk/Schüler* halten uns an dieser Stelle entgegen: „Was die Kritik von *Groß/Amen* indessen widersprüchlich macht, ist die Koppelung der Vorwürfe, unsere Darstellung sei ‚kühn‘, da zu einfach, und zugleich wegen Vielfalt sanierungshemmend. *Groß/Amen* sollten sich entscheiden, was sie nun stört.“<sup>164</sup> Nun haben wir an keiner Stelle ihren Ansatz zugleich mit „einfach“ und „Vielfalt“ beschrieben. Wir haben neben der für die Verhandlungspraxis tatsächlich zu befürchtenden „Diskussionsvielfalt“ (siehe oben) darauf hingewiesen, dass es in der Modellwelt von *Drukarczyk/Schüler* „kühn“ sei, innerhalb der Szenarien dann doch mit einwertigen Prognoseergebnissen zu rechnen.<sup>165</sup> Ein Widerspruch zwischen diesen beiden Aussagen besteht nicht.

#### 5.4.2.2 „Mehrstufiges (dynamisches) Prognosemodell“

##### 5.4.2.2.1 „Dynamische Interpretation“ des Methodenbeispiels

Wegen des Erfordernisses, irgendwann doch auf „einwertige“ Größen zurückgreifen zu müssen, ist

157 *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 234.

158 Zu dieser Kritik siehe auch *R. H. Schmidt*, *Ökonomische Analyse des Insolvenzrechts*, 1980, S. 104 f.

159 *R. H. Schmidt*, a.a.O. (Fn. 158), S. 106.

160 Vgl. *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 59.

161 *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 61.

162 Vgl. *Wild*, a.a.O. (Fn. 30), S. 97 f.

163 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 234.

164 Vgl. *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 61.

165 Vgl. *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 234.

das mit dem Ansatz von *Drukarczyk/Schüler* errechnete Ergebnis abhängig von der willkürlich festgelegten Anzahl der Stufen ihrer Analyse. Dies haben wir in unserem Methodenbeispiel klar gezeigt. Im Folgenden werden wir die Daten unseres Methodenbeispiels dynamisch interpretieren, um unsere Kritik noch eingehender zu verdeutlichen.

In einer Abänderung des Methodenbeispiels wird in den ursprünglichen Szenarien  $S_1, S_2, S_3$  und  $S_4$ , die den gesamten Prognosezeitraum umfassen, eine zeitliche Unterteilung vorgenommen. Für das laufende Geschäftsjahr wird innerhalb der Szenarien  $S_1, S_2, S_3$  und  $S_4$  jeweils eine einwertige Entwicklung unterstellt, die zu den entsprechenden Zuständen  $Z_1, Z_2, Z_3$  oder  $Z_4$  führt. Die Eintrittswahrscheinlichkeiten dieser Zustände sind folglich identisch mit den oben benutzten Eintrittswahrscheinlichkeiten der Szenarien  $S_1, S_2, S_3$  und  $S_4$ . Nach Ablauf des Geschäftsjahres wird eine mehrwertige Umweltentwicklung mit jeweils zwei Folge-Zuständen betrachtet.<sup>166</sup> Die zustandsabhängigen Eintrittswahrscheinlichkeiten der Folge-Zustände können dem Zustandsbaum der folgenden Abb. 4 entnommen werden.

schaubarer Umweltentwicklungen führt zu einem System bedingter Zustandseintrittswahrscheinlichkeiten. Damit wird aber die Zahlungsfähigkeitswahrscheinlichkeit in jedem Zustandspunkt des Baumes nicht berücksichtigt. Es fehlt daher neben dem System der Zustandseintrittswahrscheinlichkeiten noch das System der zustandsabhängigen Zahlungsfähigkeitswahrscheinlichkeiten. Die Zahlungsströme sind realiter in den einzelnen zu berücksichtigenden Zuständen nicht sicher.

Wie in den Beispielen von *Drukarczyk/Schüler* zur dynamischen Szenariotechnik<sup>167</sup> wird hier jedoch in jedem Zustand und Folge-Zustand ein „sicheres“ Ereignis „Zahlungsfähigkeit“ oder „Zahlungsunfähigkeit“ erwartet. Da realiter aber wohl keine sicheren Zahlungsströme existieren, benutzen *Drukarczyk/Schüler* also innerhalb der Szenarien bzw. der Zustände und der Folge-Zustände implizit das mit „überwiegender (Hypothesen-)Wahrscheinlichkeit“ erwartete Ergebnis. Die Problemstellung wird also ebenso wie zuvor nicht gelöst, sondern mehrfach in die Zustände und in die Folge-Zustände verlagert. Statt nur einer Fortbestehensprognose sind in der Beispielstruktur

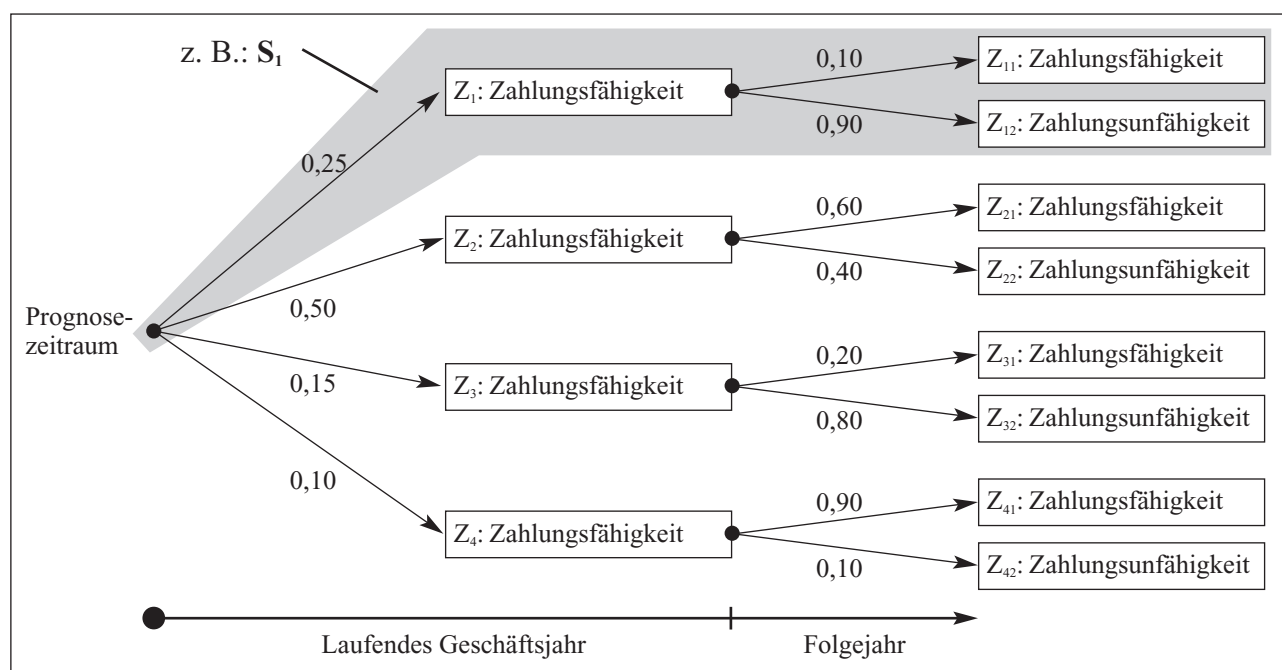


Abb. 4: Zustands-Eintrittswahrscheinlichkeiten bei dynamischer Szenariotechnik

Erneut stellt sich die Frage, wie Zahlungsfähigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit in den Zuständen und in den Folge-Zuständen bestimmt wird.

#### 5.4.2.2.2 Fehlende Berücksichtigung der zustandsabhängigen „Zahlungsfähigkeitswahrscheinlichkeiten“

Die Unterteilung des gesamten Prognosezeitraumes und die Berücksichtigung in der Anzahl über-

<sup>166</sup> Beispielsweise umfasst das ursprüngliche Szenario  $S_1$  den in Abbildung 4 grau unterlegten Bereich des Zustandsbaumes mit dem Zustandspunkt  $Z_1$  nach dem laufenden Geschäftsjahr und den Zustandspunkten  $Z_{11}$  und  $Z_{12}$  für das Folgejahr. (Inhaltlich wird jedes der oben betrachteten Szenarien  $S_1, S_2, S_3$  und  $S_4$  in zwei Teil-Szenarien aufgespalten.)

<sup>167</sup> Siehe *Drukarczyk/Schüler*, in: Kölner Schrift zur InsO, a.a.O. (Fn. 1), S. 113–119, Rn. 49–62; *Drukarczyk*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer, a.a.O. (Fn. 1), § 18, S. 324–330, Rn. 25–40; *Drukarczyk/Schüler* in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 346–354, Rn. 58–82.

nun vier bis zwölf Fortbestehensprognosen zu erstellen.<sup>168</sup>

#### 5.4.2.2.3 Effekt der „willkürlichen Periodenunterteilung“

Das hier dargestellte Methodenbeispiel ist konform mit der statischen Version, da die in den Zustandspunkten  $Z_1$ ,  $Z_2$ ,  $Z_3$  oder  $Z_4$  mit „überwiegender Wahrscheinlichkeit“ erwarteten Ergebnisse für das Folgejahr dem in der statischen Version gesetzten „einwertigen“ Ergebnis des Szenarios entsprechen. Es wurde nunmehr lediglich der gesamte Prognosezeitraum in zwei Zeitabschnitte unterteilt.

Die jeweils angegebenen Zustands-Eintrittswahrscheinlichkeiten für das Folgejahr (z. B. im Zustand  $Z_1$  0,10 für den Folge-Zustand  $Z_{11}$  mit dem erwarteten Ergebnis „Zahlungsfähigkeit“) gelten unter der Bedingung, dass der entsprechend zeitlich vorangehende Zustand im Geschäftsjahr (z. B. Zustand  $Z_1$ ) eingetreten ist. Es handelt sich also um bedingte Wahrscheinlichkeiten für den Eintritt der einzelnen Folge-Zustände. Die totale Wahrscheinlichkeit der erwarteten mittelfristigen Zahlungsfähigkeit bzw. Fortführungsfähigkeit lässt sich dann anhand des Satzes von der totalen Wahrscheinlichkeit errechnen.<sup>169</sup> Die Gesamtwahrscheinlichkeit der mittelfristigen Zahlungsfähigkeit bzw. Fortführungsfähigkeit ergibt sich aus den über alle Anfangszustände  $Z_1$ ,  $Z_2$ ,  $Z_3$  und  $Z_4$  (für die mit „überwiegender (Hypothesen-)Wahrscheinlichkeit“ Zahlungsfähigkeit angenommen wird) summierten Produkten der zustandsspezifischen Eintrittswahrscheinlichkeit aller Folge-Zustände, für die (mit „überwiegender (Hypothesen-)Wahrscheinlichkeit“) Zahlungsfähigkeit erwartet wird, mit der Eintrittswahrscheinlichkeit des jeweiligen Anfangszustandes (Tab. 2):

Zustand	Eintrittswahrscheinlichkeit für Zustand	Eintrittswahrscheinlichkeit für Folgezustand mit erwarteter Zahlungsfähigkeit	Errechnung der Wahrscheinlichkeit für Zahlungsfähigkeit
$Z_1$	0,25	0,10	0,025
$Z_2$	0,50	0,60	0,300
$Z_3$	0,15	0,20	0,030
$Z_4$	0,10	0,90	0,090
<b>Total</b>			<b>0,445</b>
<b>Fortbestehensprognose</b>			<b>Negativ</b>

Tab. 2: Fortbestehensprognose bei dynamischer Szenariotechnik

Durch die willkürliche Entscheidung, den Prognosezeitraum aufzufächern, kommen wir nun mit der errechneten Wahrscheinlichkeit von 0,445 zu einer negativen Fortbestehensprognose und damit zu einer völlig anders lautenden Prognoseaussage als bei Nicht-Unterteilung des Prognosezeitraums.

Da man in Abhängigkeit von der Anzahl der Teilperioden, in die der Prognosehorizont unterteilt

wird, zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen kann, stellt sich die Frage, ob die in den Beiträgen von *Drukarczyk/Schüler* zu findende Unterteilung auf Jahresbasis ausreichend ist oder ob nicht besser auf Halbjahres-, Quartals- oder Monatsbasis zu analysieren wäre. Die Antwort fällt eindeutig aus: Für die Abgrenzung zwischen Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit hat der BGH mit ausdrücklichem Hinweis auf die Normen der InsO einen Zahlungsverzug von allenfalls vier Wochen als den Gläubigern zumutbar angesehen.<sup>170</sup> Es ist unerheblich, ob nach dieser Frist wieder mit einer ausgeglichenen Liquidität zu rechnen wäre.

In dem zweistufigen Modell von *Drukarczyk/Schüler* wird eine Zahlungsunfähigkeit, die beispielsweise aufgrund eines fünföchigen Zahlungsverzugs eintritt und die nicht im Wechsel der Geschäftsjahre oder am Ende des Prognosezeitraums anhält, unerkannt bleiben. Ein vollständig rechtskonformes Modell müsste somit mindestens auf Vier-Wochen-Basis abgebildet werden, ein „näherungsweise“ rechtskonformes Modell würde auf Monatsbasis zu erstellen sein. Über einen Prognosehorizont, für den als Richtwert in der Literatur etwa 18 Monate (78 Wochen) angegeben werden, wäre also ein 18-stufiger (20-stufiger) Zustandsbaum aufzustellen. Jedenfalls schlägt die *Stellungnahme FAR 1/1996* für die Finanzplanung in Abhängigkeit von der Krisensituation einen unterschiedlichen Detaillierungsgrad vor, der von einer quartalsweisen bis zu einer wochenweisen Planung reicht.<sup>171</sup> Eine Abbildung der realen Situation ist aufgrund der großen Periodenzahl mit derartigen Modellen nahezu unmöglich.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass auch das von *Drukarczyk/Schüler* vorgeschlagene mehrstufige (dynamische) Wahrscheinlichkeitsmodell in der praktischen Problemlösung nicht weiterhilft. Vor diesem

168 Nur vier Fortbestehensprognosen sind zu erstellen, wenn sich nach einer Periode für jeden der Zustände schon Zahlungsunfähigkeit herausstellen würde. Nur wenn dies für einen Zustand nicht so ist, ist die Fortbestehensprognose auf die entsprechenden Folge-Zustände auszudehnen.

169 Vgl. z. B. *Bosch*, a.a.O. (Fn. 151), S. 112–114. Siehe auch die Ermittlung der totalen Wahrscheinlichkeit

für nicht deckbare Finanzplandefizite des Folgejahres bei *Drukarczyk/Schüler*, in: *Kölner Schrift zur InsO*, a.a.O. (Fn. 1), S. 119, Fn. 62; *Drukarczyk*, in: *Kirchhof/Lwowski/Stürmer*, a.a.O. (Fn. 1), § 18, S. 328, Fn. 34.

170 Vgl. BGH vom 27. 4. 1995 – IX ZR 147/94 = ZIP 1995, S. 929–932; BGH vom 3. 12. 1998 – IX ZR 313/97 = ZIP 1999, S. 76–79; als Höchstfrist erneut angewendet in BGH vom 20. 11. 2001 – IX ZR 48/01 = ZIP 2002, S. 87–91. Siehe ferner *Uhlenbruck*, a.a.O. (Fn. 7), S. 120, Rn. 7. Zu den Merkmalen der Zahlungsunfähigkeit siehe *Groß/Hess*, WPg 1999, S. 422–427; *Harz*, a.a.O. (Fn. 4), S. 193–202; sowie BGH vom 5. 11. 1956 – III ZR 139/55 = BB 1957, S. 8.

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

Hintergrund kann man in der Tat nur befürchten, dass in der Sanierungspraxis die Komplexität der Ergebnisermittlung in keinem Verhältnis zur Aussagekraft und -sicherheit steht, mit der Folge, dass allenfalls Freiräume für zeitraubende und sanierungshemmende Diskussionen geschaffen werden.

#### 5.5 Zur Bestimmung der „Durchsetzungswahrscheinlichkeit“

*Drukarczyk/Schüler* behandeln mit ihrem Ansatz lediglich einen Ausschnitt des Problems. Sie berücksichtigen nicht, dass die von ihnen definierten szenarioabhängigen Finanzpläne nicht nur umweltabhängig sind, sondern auch von mehr oder weniger geeigneten Maßnahmen zur Restrukturierung des Unternehmens, für das sich die Frage nach dem Fortbestehen stellt.

Geeignete Maßnahmen, die konzeptgemäß zu einer Gesundung eines Unternehmens und letztlich zu nachhaltiger defizitfreier Finanzentwicklung führen würden, müssen von den am Unternehmen beteiligten Gesellschaftern, den Kreditgebern, den Mitarbeitern und weiterer involvierter Personenkreise getragen werden. Zur breiten Akzeptanz ist es erforderlich, das Konzept in Verhandlungsrunden auf der Basis eines Konsenses über die Ausgestaltung der Unternehmensfortführung zwischen allen maßgeblich Beteiligten durchzusetzen.

Die „Durchsetzungswahrscheinlichkeit“ lässt sich nur als komparative Hypothesenwahrscheinlichkeit hinsichtlich der Chancen einer Konzeptdurchsetzung deuten. Die „Durchsetzungswahrscheinlichkeit“ ist üblicherweise um so höher einzuschätzen, je kräftiger das verfolgte Konzept ist und je sicherer sich aus der Fortführung individuelle Vorteile für die Beteiligten herausstellen lassen.<sup>172</sup> Allerdings kann ein durchaus schlüssiger Finanzplan, selbst wenn er günstige Perspektiven der Gläubigerbefriedigung öffnet, ohne hinreichende „Durchsetzungswahrscheinlichkeit“ bleiben, wenn ein maßgeblich involviertes Kreditinstitut angesichts weiterer bedeutender Engagements in der gleichen Branche sein Kreditportfolio dadurch entlasten will, dass es sich aus der Finanzierung des Unternehmens zurückzieht.

Auch ist die „Durchsetzungswahrscheinlichkeit“ – isoliert betrachtet – um so höher, je erfahrener und angesehener die eingeschalteten Durchsetzungsberater sind und je kompetenter und überzeugender ihr Handeln beurteilt wird. Letztlich kommt die „Durchsetzungswahrscheinlichkeit“ einer Benotung des verfolgten Konzepts sowie der Beraterqualifikation mitsamt des Beraterengagements gleich. Zum anderen kann sie sich auf etwaige Aussagen der Berater hinsichtlich der Akzeptanz der im Konzept vorgesehenen Vorschläge seitens der Betroffenen stützen.

#### 5.6 Zur Bestimmung der „Umsetzungswahrscheinlichkeit“

Die „Umsetzungswahrscheinlichkeit“ folgt sachlogisch auf die „Finanzplanwahrscheinlichkeit“ und die „Durchsetzungswahrscheinlichkeit“.<sup>173</sup> Die konzeptgemäß geplanten Maßnahmen zur Gesundung eines Unternehmens können dann als geeignet angesehen werden, wenn sie vor allem von den in den Unternehmensprozessen Beschäftigten angenommen werden. Dann hängt der Erfolg der im Konzept vorgesehenen Maßnahmen von der strukturierten Vorgehensweise und der personellen Verantwortlichkeit ab.

Sachliche Bereichs- und zeitliche Etappenziele sind aus dem Konzept abzuleiten und ihre Erreichung durch ein permanentes Umsetzungs-Controlling zu überwachen. Der Erfolg der Umsetzung wird zudem in starkem Maße durch die Qualifikation und das Engagement des Umsetzungsmanagers, der Zusammensetzung der zu bildenden Projektteams und der Installation eines übergreifenden Lenkungsausschusses bestimmt. Wie die Durchsetzungswahrscheinlichkeit ist auch die „Umsetzungswahrscheinlichkeit“ nur als komparative Hypothesenwahrscheinlichkeit hinsichtlich der Erfolgsaussichten argumentativ zu bewerten.

#### 5.7 Zur Bestimmung der „Koordinationswahrscheinlichkeit (-stärke)“

Mit der Konzepterstellung, der Konzeptdurchsetzung und der Konzeptumsetzung werden oftmals verschiedene Personen beauftragt. Zwischen diesen Phasen einer Sanierung besteht keine strikte zeitliche Trennung. Es ist daher dafür zu sorgen, dass frühzeitig eine koordinierte Abstimmung<sup>174</sup> zwischen den mit diesen unterschiedlichen Aufgaben beauftragten Personen erfolgt, um insgesamt das bestmögliche Ergebnis zu erzielen. Auch in der Umsetzungsphase ist eine Koordination der einzelnen Projektteams erforderlich, um in geeigneter – sachlich und zeitlich – strukturierter Weise den Turn-Around zu erarbeiten.

Die Wahrscheinlichkeit des „Koordinations- und Projekterfolges“ ist um so größer, je offener und fairer die Zusammenarbeit zwischen den einzelnen Beratern gestaltet und je professioneller die Kommunikation zu den Gläubigern, Arbeitnehmervertretern u.a. organisiert wird. Dazu ist vom Koordinator des Gesamtprojektes ein regelmäßiger wechselseitiger Informationsaustausch zu organisieren und zu moderieren. Aufgabe des Koordinationsmanagers ist

172 Zur Durchsetzungsperspektive siehe *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 443 f.

173 Zur Umsetzungsperspektive siehe *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 444.

174 Zur Koordinationsperspektive siehe *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 444 f.

es auch, etwaige erforderliche Nachbesserungen, Ergänzungen und Modifikationen im Konzept und in der Umsetzung anzustoßen, deren Notwendigkeit sich erst im Zeitablauf bei der Realisierung herausstellt. Auch ist der voraussichtliche Koordinationserfolg allenfalls in Form einer komparativen Hypothesenwahrscheinlichkeit in Abhängigkeit von der Beraterkompetenz und der Koordinationsleistung bewertbar.

#### 5.8 Ergebnis: „Mangelnde Objektivierbarkeit“ einer nachprüfbaren Ableitung konkreter „Fortbestehenswahrscheinlichkeiten“

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bereits die Ableitung der Finanzplanwahrscheinlichkeit einen Geschäftsführer vor größte Schwierigkeiten stellt. Noch größere Probleme dürfte es einem nicht in Methoden der Wahrscheinlichkeitsrechnung versierten Unternehmer, der in seinem bisherigen Schaffen auch noch keinerlei Erfahrungen über Abläufe und Tücken eines Turn-around-Prozesses sammeln konnte, bereiten, konkrete Wahrscheinlichkeitszahlen für die Durchsetzungs-, Umsetzungs- und Koordinationschancen zu bestimmen und sie zu einem Gesamtergebnis („Urteilszahl“) zu verdichten.

Üblicherweise fehlt es schon am Verständnis für das Rechnen mit bedingten Wahrscheinlichkeiten auf der Basis des *Bayes'schen* Theorems. Hinzu kommen Schwierigkeiten beim Denken in den Kategorien der „Multiplikationsregel“, zumal die dabei erzielten Ergebnisse kaum den Vorstellungen der Prognostizierenden entsprechen.

Die Bedeutung der Einzelkomponenten von „Konzept- oder Finanzplanwahrscheinlichkeit“, „Durchsetzungswahrscheinlichkeit“, „Umsetzungswahrscheinlichkeit“ und „Koordinationswahrscheinlichkeit“, die erst in ihrem Zusammenwirken die „Gesamt-Hypothesenwahrscheinlichkeit“ des Fortbestehens bewirken, haben wir bereits in unserem Aufsatz zur „Erstellung der Fortbestehensprognose“ herausgearbeitet. Der Quantifizierungsversuch von *Drukarczyk/Schüler* indes erstreckt sich lediglich auf den Beurteilungsteilbereich der „Finanzplanwahrscheinlichkeit“. Schon deshalb bleibt dieser Ansatz u.E. *unvollständig*, weil er wesentliche Bereiche der Entscheidungsfindung ausklammert, und *unrealistisch*, weil er von unverzerrten (erwartungstreuen) Schätzungen der Eintrittswahrscheinlichkeiten von Szenarien ausgeht, die wiederum objektiv nicht gegeben sind.

Aus den Formulierungen „voraussichtlich“, „droht“ oder „überwiegend wahrscheinlich“ des Gesetzgebers kann keinesfalls geschlossen werden, dass der Gesetzgeber zwingend eine mehrwertige Prognose verlangt. Diesen Eindruck lassen jedoch *Drukarczyk/Schüler* entstehen, wenn sie der Prognose

die Aufgabe zuweisen, „die Mehrwertigkeit künftiger finanzieller Ergebnisse transparent zu machen“<sup>175</sup>, oder vorgeben, dass die „Fortbestehensprognose in Form des Finanzplanes ... nicht einwertig sein“ dürfe.<sup>176</sup> Ferner unterstellen *Drukarczyk/Schüler* mit der Formulierung, der „Gesetzgeber will an die Höhe dieser Wahrscheinlichkeit Mindestanforderungen stellen. Sie soll größer als 0,5 sein“,<sup>177</sup> dass in der Insolvenzordnung eine Quantifizierung verlangt werde.

*Drukarczyk/Schüler* führen selbst aus, „dass viele kleinere Gesellschaften, die in den Geltungsbereich der Vorschrift fallen, keine ausgefeilte Finanzplanung betreiben. Eine szenarioabhängige Finanzplanung ist dann – zunächst jedenfalls – ein Novum, dessen zwangsweise Implementierung durch zielführende explizite Rechnungslegungsvorschriften gestützt werden müsste. Diese existieren bislang nicht. Folglich wird man in der Praxis unverändert einwertige Finanzplanungen antreffen, die die Ersteller (die Prognostizierenden; die Verf.) dann als diejenigen bezeichnen werden, die sie mit ‚überwiegender Wahrscheinlichkeit‘ erwarten.“<sup>178</sup>

Sicherlich steht es einem Geschäftsführer frei, im Verfahren vor Gericht seine positive Fortbestehensprognose auf der Grundlage des Vorschlages von *Drukarczyk/Schüler* zu verteidigen. Wir sehen jedoch in Anbetracht unserer Kritik an diesem Ansatz erhebliche Gefahren: „Für die Rechtspraxis erwachsen mehr Zweifel als stichhaltige Argumente, dass auf diesem Wege eine Fortbestehensprognose einer rechtlichen Prüfung und Würdigung tatsächlich standhält.“<sup>179</sup> In einem früheren Beitrag hat *Drukarczyk* selbst die praktischen Voraussetzungen des nun von ihm vorgeschlagenen Ansatzes wie folgt in Frage gestellt: „Insbesondere dann, wenn man erwägt, die zukünftige Zahlungsunfähigkeit mehrwertig zu messen, sind die erforderlichen Anforderungen an die Objektivierbarkeit kaum mehr zu erfüllen. Das gilt insbesondere für die Einengung der Intervalle, in denen ‚zulässige‘ subjektive Wahrscheinlichkeiten angesiedelt sein dürfen.“<sup>180</sup>

In einer noch früheren Schrift hat sich *Drukarczyk* mit der Beurteilung so genannter „Konkursmodelle“ durch *K. Schmidt* befasst,<sup>181</sup> der den Nutzen derartiger

175 *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 60.

176 *Drukarczyk/Schüler*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 346, Rn. 55.

177 *Drukarczyk*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer, a.a.O. (Fn. 1), § 18, S. 325, Rn. 25.

178 *Drukarczyk/Schüler*, in: Kirchhof/Lwowski/Stürmer, a.a.O. (Fn. 1), § 19, S. 353, Rn. 78.

179 *Groß/Amen*, WPg 2002, S. 236.

180 *Drukarczyk*, Überschuldung: Zur Konstruktion eines Insolvenztatbestandes im Spannungsfeld von Kapitalerhaltungsrecht und Kreditmarkt, Regensburger Diskussionsbeiträge zur Wirtschaftswissenschaft, Nr. 261, Februar 1994, S. 13 f.

181 Vgl. *K. Schmidt*, in: Verhandlungen des Vierundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Band I, 1982, S. D 59 f.; *K. Schmidt*, JZ 1982, S. 166.

Modelle „etwa in der Nähe von null“<sup>182</sup> einstuft. Das dort von *Drukarczyk* dargestellte Konkursmodell ist von gleicher Struktur wie das in den Beiträgen von *Drukarczyk/Schüler* zur Fortbestehensprognose vorgeschlagene Modell. Letztlich kommt *Drukarczyk* zu der seine eigene Argumentation in Zweifel ziehenden Folgerung: „Es ist somit der Annahmenkranz, ... der verhindert, dass praktische Gestaltungsempfehlungen für Insolvenztatbestände aus diesen einfachen Modellen abgeleitet werden können.“<sup>183</sup>

## 6. Grenzen statistischer Szenariotechnik zur Ableitung von „Fortbestehenswahrscheinlichkeiten“

### 6.1 Probleme aus der „Verknüpfung von Statistik und Szenariotechnik“

*Drukarczyk/Schüler* sind offensichtlich der Auffassung, dass sie mit der Anwendung der „statistischen Szenariotechnik“ nun endlich eine brauchbare Problemlösung für die Praxis gefunden haben. Wir sehen jedoch keine neuen Erkenntnisse, die der vorgeschlagenen Quantifizierung der Fortbestehenswahrscheinlichkeit einen erfolversprechenden Weg bahnen.

In den Abhandlungen zur Szenariotechnik werden auch nicht zwingend Eintrittswahrscheinlichkeiten für Szenarien angegeben.<sup>184</sup> „Szenarien sind weder Wunsch noch Realität, sondern nur Möglichkeiten ohne Bewertung einer Eintrittswahrscheinlichkeit...“<sup>185</sup> Bei Einsatz der Szenariotechnik wird üblicherweise mit „...zwei bis drei, jedoch maximal fünf Szenarien...“ gearbeitet, die „...sowohl die Randpunkte des Trichters [des Möglichkeitsspektrums] mit den ‚extremen Zukünften‘ abdecken als auch die Trendverlängerung aus der heutigen Situation erfassen.“

Würden *Drukarczyk/Schüler* auf diese praktisch bewährte Szenariotechnik zumindest ansatzweise zurückgreifen, so wären die zu formulierenden Extremszenarien, die das Möglichkeitsspektrum aufspannen, jeweils mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit nahe null zu belegen. Bei drei Szenarien bliebe neben dem optimistischen und dem pessimistischen Extremszenario ein Szenario, das dem zum Zeitpunkt der Prognoseerstellung „wahrscheinlichsten“ Zukunftsverlauf entspricht. Dieses müsste – sofern nach *Drukarczyk/Schüler* eine Quantifizierung vorgenommen werden sollte – eine Eintrittswahrscheinlichkeit von nahe eins haben.

Für das Entdecken des unternehmerischen Möglichkeitsspektrums<sup>186</sup> und die Auswahl des günstigsten Weges vor dem Hintergrund der mit „überwiegender (Hypothesen-)wahrscheinlichkeit“ erwarteten Umfeldentwicklung ist es nicht erforderlich, subjektive Szenario-Eintrittswahrscheinlichkeiten – wie von *Drukarczyk/Schüler* vorgeschlagen – zu quantifizieren. Dabei lassen sie offen, wie die von ihnen in die Analyse eingeführten Szenarien zu entwickeln sind.

Wir können damit festhalten, dass die in der Praxis bewährte Szenariotechnik offenbar wenig mit dem Ansatz von *Drukarczyk/Schüler* gemein hat. Zahlungsunfähigkeit droht, „wenn für ihren Eintritt aufgrund der Umstände des Einzelfalls (!) eine überwiegende Wahrscheinlichkeit spricht, nämlich der Eintritt nach dem normalen Ablauf (!) zu erwarten ist.“<sup>187</sup> Für *Koch* ist die Schätzung von Wahrscheinlichkeiten in der für den Prognosezeitraum relevanten strategischen Planung „ohnehin nur eine Farce“.<sup>188</sup>

### 6.2 Die Unternehmensfortführung als „mathematisch schlecht-strukturiertes Problem“

Die Frage nach dem Fortbestehen eines Unternehmens ist mathematisch betrachtet ein schlecht-strukturiertes Problem: Weder sind all die Handlungsalternativen und Variablen, die für die Beantwortung von Bedeutung sind, bekannt, noch lassen sie sich gar formelmäßig erfassen. Gleiches gilt für die zwischen ihnen bestehenden Interdependenzen. Eine Anwendung der mathematisch-statistischen Modelle ist allenfalls auf Teilaspekte möglich.<sup>189</sup> Die für zuverlässige mathematisch gestützte Prognosen erforderliche Wohlstrukturiertheit<sup>190</sup> ist aufgrund zahlreicher „Lösungsdefekte“ nicht gegeben.<sup>191</sup> Es handelt sich realiter um eine Situation weitgehend unbekannter künftiger Datenkonstellation. Der Zustandsraum ist unvollständig und keinesfalls so klar strukturiert, wie dies *Drukarczyk/Schüler* unterstellen. Aufgrund dieses „Informationsrisikos“ sind die bekannten Methoden der Entscheidungslogik – jedenfalls in der rechtsrelevanten Insolvenzprognose – nicht anwendbar.<sup>192</sup>

### 6.3 „Ungeeigneter Plausibilisierungsvorschlag“ für die Fortführungswahrscheinlichkeit

*Drukarczyk/Schüler* sprechen der *Stellungnahme FAR 1/1996 „Empfehlungen zur Überschuldungsprüfung bei Unternehmen“* hinsichtlich der dortigen Ausführungen eine gewisse „Samtigkeit“ zu. Denn diese Stellungnahme verlangt mit Recht keine statistische Quantifizierung der Fortbestehensprognose, wenn sie diese als „das qualitative (!), wertende Gesamturteil über die Lebensfähigkeit des Unterneh-

182 *Drukarczyk*, Unternehmen und Insolvenz, 1987, S. 80.

183 *Drukarczyk*, a.a.O. (Fn. 182), S. 91.

184 Vgl. *Baum/Coenenberg/Günther*, Strategisches Controlling, 2. Aufl. 1999, S. 338. Zur Szenariotechnik und zur Definition von Szenarien siehe *Geschka/von Reibnitz*, in: Töpfer/Afeldt, 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.

185 *Geschka/von Reibnitz*, a.a.O. (Fn. 184), S. 130, ebenso für das folgende Zitat.

186 Vgl. *Drukarczyk/Schüler*, WPg 2003, S. 61.

187 *Reck*, GmbH 1999, S. 270.

188 *Koch*, ZfB 1988, S. 1040.

189 Vgl. *Voigt*, a.a.O. (Fn. 12), S. 83–88.

190 Vgl. *Simon/Newell*, Operations Research 1958, S. 4 f.

191 Vgl. *Simon*, DBW 1980, S. 337–345.

192 Vgl. *Voigt*, a.a.O. (Fn. 12), S. 492 f.

mens in der vorhersehbaren Zukunft bzw. über dessen Verwertungsaussichten<sup>193</sup> definiert. Die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens „ist als gegeben anzusehen, wenn die Finanzplanung des Unternehmens plausibel macht, dass das finanzielle Gleichgewicht im Prognosezeitraum gewahrt bleibt oder wiedererlangt wird“.<sup>194</sup> Damit verfolgt auch die Stellungnahme des IDW das von uns vertretene Konzept der „Hypothesenwahrscheinlichkeit“.

„Plausibilisieren“ bedeutet keineswegs das Rechnen mit subjektiven Wahrscheinlichkeiten,<sup>195</sup> sondern das Erhärten der u.a. anhand des Instruments „Finanzplan“ festgestellten Prognoseaussage durch Evidenzen. Aufgabe der Prognose ist es, eine (überwiegend) glaubhafte künftige Entwicklung aufzuzeigen, die deshalb im Sprachgebrauch „überwiegend wahrscheinlich“ ist, weil der Prognoseersteller mehr gewichtige Gründe für das Fortbestehen des Unternehmens argumentativ ins Feld führen kann als dagegen.

Dass es sich dabei nicht um eine Planung mit sicheren Zahlungsströmen handelt, liegt schon im Zukunftsbezug der Prognose. Auch dass die Robustheit eines Unternehmenskonzeptes und des daraus abgeleiteten Finanzplans hinsichtlich des Eintritts wesentlicher unsicherer Annahmen durch Sensitivitätsanalysen (Alternativenbetrachtungen) untersucht wird,<sup>196</sup> ist selbstverständlich. Die Robustheit des Konzeptes steigert die (Hypothesen-)Wahrscheinlichkeit des Fortbestehens. Dennoch verlangt die Stellungnahme FAR 1/1996 mit Recht keine eigenständigen szenariobestimmten Unternehmenskonzepte oder gar die Angabe quantitativer Szenario-Eintrittswahrscheinlichkeiten. Sie aufgrund der dort erwähnten Alternativbetrachtungen mit einer mehrwertigen Prognose im Sinne von Drukarczyk/Schüler in Verbindung zu bringen,<sup>197</sup> ist nicht angezeigt.

## 7. Ableitung der „Fortbestehenswahrscheinlichkeit“ in der Ausprägung der Hypothesenwahrscheinlichkeit

### 7.1 „Aussage“ der Fortführungshypothese

Wie oben im Abschnitt 4 eingehend nachgewiesen, ist der vom Gesetzgeber benutzte Begriff der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ als komparative Hypothesenwahrscheinlichkeit zu verstehen. Um sie im Einzelfall zu konkretisieren, sind aus verschiedenen Perspektiven Argumente, die für und die gegen eine Unternehmensfortführung sprechen, zu sammeln, zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Sprechen dann mehr und gewichtigere Gründe für die nachhaltige Fortführung des Unternehmens als dagegen, so ist damit eine nicht weiter zu quantifizierende „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ des Fortbestehens und sind zugleich die Voraussetzungen für eine positive Fortbestehensprognose gegeben.

Wie die maßgeblichen Gründe aus verschiedenen Perspektiven zusammengetragen und zu einem ab-

gewogenen und unter Fachleuten vertretbaren Gesamturteil (*Fortführungshypothese*) zusammengeführt werden können, haben wir in dem Beitrag „Die Erstellung der Fortbestehensprognose“ ausführlich dargestellt.<sup>198</sup> Eine klare eindeutige Beziehung zwischen der in der Prognose zum Ausdruck gebrachten Fortführungshypothese und des ihr zugrunde liegenden Erfahrungswissens besteht nicht.<sup>199</sup>

Die Hypothesenwahrscheinlichkeit beinhaltet lediglich eine komparative Aussage über die Bestätigung der Annahme der Unternehmensfortführung durch die aus den verschiedenen Perspektiven gewonnenen Argumente. Die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ des Fortbestehens besagt infolgedessen nicht mehr und nicht weniger, als dass der Prognostizierende eher an das Gelingen als an das Scheitern der Fortführung des Unternehmens glaubt und aus rechtlicher Sicht glauben durfte.<sup>200</sup>

### 7.2 „Begründung“ der Fortführungshypothese

Das Abwägen der für und der gegen eine Fortführung sprechenden Argumente zu einem Gesamtergebnis erfolgt unter Beachtung der im Unternehmen vorhandenen Spannungsfelder zwischen den Unternehmenspotentialen einerseits sowie den sich den geplanten Veränderungen entgegenstellenden Handlungsbarrieren andererseits.<sup>201</sup> Gerade die in der Konzept-, Durchsetzungs- und Umsetzungsperspektive beschriebenen Maßnahmen sollen dieses Spannungsfeld möglichst abbauen, indem sie zum einen Potentiale verstärken oder aufbauen und zum anderen Fortführungschancen behindernde Barrieren reduzieren oder gänzlich aufheben. Die Fortbestehensprognose ist insofern eine Wirkungsprognose, zumal sie auch die Konsequenzen der vorgesehenen Maßnahmen berücksichtigt.

Das beschriebene Spannungsfeld lässt sich üblicherweise nicht allein dadurch abbauen, indem das Unternehmenskonzept mit seinem Maßnahmenkatalog die vorhandenen Kräfte mobilisiert. Vielmehr sollte es darüber hinaus den Vertretern aller Interessengruppen deutliche Vorteile aus der Unternehmensfortführung vermitteln und dadurch die erforderliche Akzeptanz aller Beteiligten (Gesellschafter, Gläubiger Arbeitnehmer) erreichen. Dazu muss das Konzept als solches überzeugend genug sein und müssen die handelnden Akteure insbesondere aufgrund ihrer Kompe-

193 Diese Definition lässt sich auf Früh, WPg 1995, S. 801, zurückführen.

194 Ebenso Borg, ZIP 2000, S. 1711.

195 Vgl. Krelle, a.a.O. (Fn. 129), S. 199.

196 Vgl. Früh, WPg 1995, S. 800.

197 Vgl. Drukarczyk/Schüler, WPg 2003, S. 60.

198 Für die folgenden Ausführungen siehe Groß/Amen, WPg 2002, S. 445 f.

199 Vgl. Stegmüller, a.a.O. (Fn. 130), S. 469.

200 Vgl. von Weizsäcker, Zeit und Wissen, 1992, S. 86 ff.

201 Vgl. Groß, WPK-Sonderheft Dezember 1997, S. 61 ff.

tenz und Integrität über ein hohes Maß an Glaubwürdigkeit verfügen, wenn sie mit den Beteiligten über die Vorteile der Fortführung kommunizieren.

Der mit der Erstellung einer Fortbestehensprognose befasste gesetzliche Vertreter oder beauftragte Sachverständige muss sich im Ergebnis entweder für die Fortführungsfähigkeit oder gegen sie entscheiden und sein Urteil schon wegen der weitreichenden Auswirkungen mit stichhaltigen Argumenten eingehend begründen. Dazu wird er sich aus den verschiedenen (oben beschriebenen) Berater-Perspektiven ein differenziertes Bild über die Wirkungsstärke der vorgeschlagenen Maßnahmen auf die vorhandenen Unternehmenspotentiale und Barrieren der Unternehmensfortführung verschaffen, wobei sich dieses Bild unter Berücksichtigung der aus den Umfeld-Perspektiven gewonnenen Erkenntnisse noch differenzierter auffächern lässt. Zur Bildung eines Gesamturteils über die Fortführungsfähigkeit ist zudem die unterschiedliche Relevanz der Berater-Perspektiven in Abhängigkeit von der Krisenentwicklung und dem aktuellen Krisenstadium zu beachten.

Ein *positives* Prognoseergebnis lässt sich dann mit Aussagen plausibilisieren wie: „*Je größer das Marktwachstum und je stärker ausgeprägt die Wettbewerbsvorteile des Unternehmens sind, um so größer sind die Chancen für ein nachhaltiges Überleben am Markt.*“

Möglich sind indes für eine *negative* Fortbestehensprognose Begründungen mit Erfahrungssätzen wie: „*Die von der Rechtsprechung geforderte überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Sanierungserfolg ist in aller Regel nicht gegeben, wenn sich das Unternehmen nicht klar für eine Art der Wettbewerbsstrategie entscheidet*“<sup>202</sup> oder „*das Unternehmen weist bei rückläufigem Marktwachstum eine derart große strategische Lücke auf, dass mit einem Aufschließen an den Wettbewerb nicht zu rechnen ist.*“

Qualifizierte und angesehene Berater sind üblicherweise bemüht, auf der Grundlage hervorragenden Erfahrungswissens (*Best Practice*), gepaart mit bewährten Urteilkriterien und Entscheidungsregeln, komplexe Sachverhalte – wie Unternehmen in der Krise und deren Chancen – treffsicher zu beurteilen. Darauf müssen sie schon aus eigenem Interesse hinarbeiten; denn nur so können sie nachhaltig den für ihren eigenen Erfolg erforderlichen guten Ruf und die Glaubwürdigkeit eines vertrauensvollen Geschäftspartners – beides Grundvoraussetzung für eine erfolgreiche und lange Kundenbeziehung im Markt – ausbauen und fortsetzen.

## 8. Fazit

Wir können keinesfalls erkennen, dass *Drukarczyk/Schüler* unsere Einwände zu ihrer Vorgehensweise in ihrer Entgegnung widerlegt haben.

Die Erstellung einer Fortbestehensprognose wird bei zahlreichen Gelegenheiten verlangt; ihre Ausprägung ist unabhängig vom konkreten Anlass hinsichtlich Aufbau und Vorgehensweise grundsätzlich gleich.

Die vom Gesetz und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vorgegebenen Regeln der Darlegungs- und Beweislast erfordern eine sorgfältige Prognoseerstellung sowie eine eingehende Dokumentation der Prognoseableitung und -begründung. Von der Rechtsprechung wird dazu in der Krisensituation die Beauftragung eines Sachverständigen, insbesondere eines Wirtschaftsprüfers, empfohlen.

Nach Gesetz, Rechtsprechung und Rechtsliteratur beinhaltet die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ einen „*Terminus technicus*“ des Beweisrechts, der in Form einer nicht quantifizierbaren Hypothesenwahrscheinlichkeit das Beweismaß für die Glaubhaftmachung einer berechtigten Annahme der Unternehmensfortführung vorgibt. Die Interpretation der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ als statistische Ereigniswahrscheinlichkeit wird von der Rechtsprechung und der Rechtsliteratur grundsätzlich abgelehnt.

Eine Quantifizierung subjektiver „Fortbestehenswahrscheinlichkeiten“ scheitert bereits daran, dass dafür keine praktikablen Bemessungsregeln bestehen. Dieses methodisch nicht überwindbare Hindernis wird deshalb um so bedeutender, weil gesetzliche Vertreter von Krisenunternehmen häufig aufgrund des stressbedingten Phänomens der „*Verdrängung*“ die Realitäten aus den Augen verlieren und unbewusst mit tendenziell zu optimistischen Äußerungen über die Unternehmensaussichten ihre eigene Glaubwürdigkeit untergraben.

Im Übrigen wird in der Praxis bei Abwägung von Chancen und Risiken einer Unternehmensfortführung selten in den Kategorien der Wahrscheinlichkeitsrechnung (z.B. *Additions- und Multiplikationsregel*) gedacht und vorgegangen, selbst wenn einem bewusst ist, dass sich die Gesamtwahrscheinlichkeit der Fortführung eines Unternehmens aus mehreren unterscheidbaren Bestandteilen zusammensetzt. Praktisch ist dies jedoch bei der Fortbestehenswahrscheinlichkeit kaum von Bedeutung, zumal sich ihre Komponenten wie die Durchsetzungs-, Umsetzungs- und Koordinationswahrscheinlichkeit ohnehin nur in der Ausprägung einer nicht quantifizierbaren komparativen Hypothesenwahrscheinlichkeit fassen lassen. Selbst für den aus dem Unternehmenskonzept abgeleiteten und einer quantitativen Analyse zugänglichen Finanzplan ist nur eine Hypothesenwahrscheinlichkeit bestimmbar.

Die in der Praxis durchzuführende Fortbestehensprognose entzieht sich überdies als schlecht-strukturiertes Problem einer mathematischen Lösung. Fasst man entgegen der Begriffsauffassung des Beweis-

202 Groß, WPK-Sonderheft Dezember 1997, S. 68.

rechts u.E. unzulässigerweise dennoch die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ als statistische Ereigniswahrscheinlichkeit auf, so führt die Verknüpfung der Szenariotechnik mit statistischen Rechenmethoden für den Teilbereich der „Finanzplan-Wahrscheinlichkeit“ zu genau berechneten Ergebnissen – diese wären jedoch nur dann zutreffend, wenn der Annahmenkranz objektiv gegeben wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Die Anforderungen an die intersubjektiv nachprüfbar Objektivierbarkeit sind kaum zu erfüllen. Neben der subjektiven Festlegung der Szenario-Eintrittswahrscheinlichkeiten wird eine so errechnete „Finanzplan-Wahrscheinlichkeit“ insbesondere auch durch die Wahl der Szenarien und die Unterteilung des Prognosezeitraums subjektiv gestaltet. In einer in Anbetracht der Bestandsgefährdung notwendigen detaillierten Finanzplanung müsste das System der Zustandseintrittswahrscheinlichkeiten zudem ergänzt werden durch ein System der zustandsabhängigen Zahlungsfähigkeitswahrscheinlichkeiten. In Anbetracht einer existenzbedrohenden Krisensituation würde u.E. ein derartiges Vorgehen die tatsächlich bestehende „Fortbestehenswahrscheinlichkeit“ erheblich reduzieren, da in der Diskussion der Beteiligten wertvolle Zeit verloren ginge, ohne dass Sanierungsmaßnahmen ergriffen werden. Ein alternativer Vorschlag zur Berechnung einer Wahrscheinlichkeitszahl ist jedoch nicht erforderlich, da die „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ als nicht quantifizierbare komparative Hypothesenwahrscheinlichkeit zu interpretieren ist.

Wir können somit den gesetzlichen Vertretern für den Ernstfall einer gerichtlichen Auseinandersetzung nur eindringlich raten, sich auf die aus den bisher ergangenen Urteilen erkennbaren Grundsätze zu verlassen. Die positive Fortbestehensprognose ist danach im Sinne der Hypothesenwahrscheinlichkeit durch Evidenzen zu begründen, die das mittelfristige Überleben überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Dazu haben wir in unserem Beitrag „Die Erstellung der Fortbestehensprognose“ (WPg 2002, S. 433–450) einen praxistauglichen Vorschlag gemacht.

Aufgabe der gesetzlichen Vertreter, die eine Fortbestehensprognose erstellen, bleibt somit die Suche nach geeigneten Konzepten und Vorgehensweisen sowie das Sammeln überzeugender Argumente und das Abwägen der Gründe, nicht jedoch die Berechnung von konkreten Eintrittswahrscheinlichkeiten mit Hilfe statistischer Rechenmethoden, deren theoretische Hintergründe und abgeleitete Ergebnisse für die Mehrzahl der Wirtschaftspraktiker ohnehin im Dunkeln bleiben. Ohne intersubjektive Nachvollziehbarkeit des Prognoseergebnisses läuft der gesetzliche Vertreter jedoch Gefahr, später in einem gerichtlichen Verfahren nicht einmal seine eigene Fortbestehensprognose überzeugend vertreten zu können.

Letztendlich beinhaltet die Interpretation der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ als komparative nicht

quantifizierbare Hypothesenwahrscheinlichkeit gegenüber der quantifizierten Ereigniswahrscheinlichkeit ein reduziertes Aussageniveau. Wir erachten trotz aller Erkenntnisfortschritte der Wissenschaft<sup>203</sup> die zur Ableitung subjektiver Wahrscheinlichkeiten erforderliche *klare und weitreichende – methodisch gesicherte – Vorausschau künftiger Unternehmensentwicklungen*<sup>204</sup> als nicht gegeben. Wir wollen jedoch nicht resignieren wie in Ionescos Schauspiel<sup>205</sup>:

„*Gar nichts hast du vorausgesehen. Du siehst nie was voraus. Du siehst nur voraus, was bereits eingetreten ist.*“

Vielmehr halten wir im Falle einer bereits eingetretenen Erfolgs- und Liquiditätskrise eine recht gut begründete qualitative Beurteilung für möglich, ob voraussichtlich die Überwindung der Krise und dementsprechend die nachhaltige Fortführung der Unternehmenstätigkeit zu erwarten ist. Bei weiter in der Zukunft liegenden Ereignissen verringert sich allerdings die Prognosesicherheit zunehmend, weshalb das IDW in IDW EPS 270 zu Recht verlangt, dass die aus der Annahme einer nicht gegebenen Fortführung der Unternehmenstätigkeit abzuleitende negative Fortbestehensprognose durch eine entsprechend hohe Wahrscheinlichkeit (gewichtige Gründe) abzusichern ist.<sup>206</sup>

Diese qualifizierte Vorgabe des Beweismaßes dürfte hinreichend verhindern, dass durch zu vorsichtige Urteilsbildung im Rahmen von Abschlussprüfungen unnötig Chancen der Fortsetzung von Unternehmenstätigkeiten vereitelt werden. Damit erhält die in IDW EPS 270 dargelegte Aussage zusätzliches Gewicht, wonach die Beurteilung des Abschlussprüfers, die von der Geschäftsleitung abgegebene positive Fortbestehensprognose sei angemessen, nicht bedeuten könne, durch künftige Ereignisse oder Verhältnisse sei eine Fortführung des Unternehmens nicht doch ausgeschlossen.<sup>207</sup> Deshalb kann auch nicht in der Tatsache, dass der Abschlussprüfer im Bestätigungsvermerk nach § 322 Abs. 2 Satz 2 HGB auf Risiken, die den Fortbestand des Unternehmens gefährden, nicht hingewiesen hat, *keine Garantie dafür gesehen werden, dass die Fortführung des Unternehmens gesichert ist*. Oder wie Jauernig<sup>208</sup> kurz und prägnant sagt:

„*Falsch zu sein, ist das mögliche Schicksal aller Prognosen*“.

203 Vgl. Barrow, Die Entdeckung des Unmöglichen, 2001, S. 320 ff.; Merö, Die Grenzen der Vernunft, 2002, S. 307 ff.; Popper/Eccles, Das Ich und sein Gehirn, 1977, S. 61 ff.

204 Vgl. Bloch, Utopie: Ortsbestimmungen im Nirgendwo, 1997; Flechtheim, Futurologie – Möglichkeiten und Grenzen, 1968; Kahn, Vor uns die guten Jahre, 1977; Modis, Die Berechenbarkeit der Zukunft, 1994; Sloterdijk, Jahrtausendwende, 1990.

205 Ionesco, Die Nashörner, in: Werke, 2. Bd., 1985, S. 334.

206 IDW EPS 270, Tz. 8, WPg 2002, S. 936.

207 IDW EPS 270, Tz. 14, WPg 2002, S. 937.

208 Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 1999, S. 256.