

veräußerung bei Aufteilung eines Unternehmens in eine Betriebsaufspaltung nicht realisierbar. Im Streitfall scheiterte die Geschäftsveräußerung in Bezug auf das Besitzunternehmen schon daran, dass dieses sein Anlagevermögen

unentgeltlich an das Betriebsunternehmen überließ und damit keine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des § 2 UStG ausübte.

Weiterführende Quellen:

Ott, Ungewollte Beendigung einer Betriebsaufspaltung, GmbH-Stpr 2016, S. 12 ff.

Ott, Steuerfallen bei verbilligter Nutzungsüberlassung, GmbH-Stpr 2015, S. 322 ff.

Mertens, Verdeckte Gewinnausschüttungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung, GmbH-Stpr 2015, S. 290 ff.

Dipl.-Kaufmann/Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Christoph Hillebrand und Assessorin Marie Claire Moll*

Die Going Concern-Prämisse und daran anknüpfende Pflichten und Haftungsrisiken (Teil I)

Die Konsequenzen des BGH-Urteils vom 26.1.2017 (Az. IX ZR 285/14) für Steuerberater und GmbH-Geschäftsführer

Der Beitrag widmet sich in Teil I allen Fragen rund um das Going Concern-Prinzip und in Teil II den daraus resultierenden Pflichten und Haftungsrisiken für Geschäftsführer und Steuerberater. Die große praktische Bedeutung des Themas wird durch die BGH-Entscheidung vom 26.1.2017 zur Steuerberaterhaftung bei Insolvenzverschleppung unterstrichen.

Überblick:

1. Einführung
2. Handelsrechtliches Going Concern
3. Anwendung der Going Concern-Prämisse
4. Pflichten des Bilanzerstellers
5. Auswirkungen der Abkehr von der Going Concern-Prämisse
 - Änderungen in der Bewertung
 - Auswirkungen auf einzelne Bilanzpositionen
6. Wegfall der Fortführungsvermutung
7. Zwingende Abkehr von Going Concern
 - Feststellung der Insolvenzgründe
 - Going Concern trotz Insolvenzgründen
8. Fazit

1. Einführung

„Going Concern“ bedeutet Fortführung des Unternehmens. Der Grundsatz „Going Concern“ prägt das gesamte Rechnungswesen und die ihm zugrunde liegenden Prinzipien. Es werden davon die Ansatzvorschriften in der Buchhaltung und in der Bilanz beeinflusst. Aus diesem Grund ist die Frage, ob weiter von einer Fortführung des Unter-

nehmens ausgegangen werden kann, von zentraler Bedeutung. Liegen bereits Anzeichen bestandsgefährdender Risiken vor, müssen eingehende Untersuchungen (Fortbestehensprognose) durchgeführt werden, weil andernfalls der Vorwurf der Insolvenzverschleppung drohen kann.

2. Handelsrechtliches Going Concern

Der Begriff des Going Concern wird in der Praxis bei der Bewertung von Vermögensgegenständen verwendet. Die Frage, mit welchem Wert Vermögensgegenstände in der Bilanz anzusetzen sind, beschäftigt seit jeher die Praktiker und die Literatur. Zwar wurden mit dem Bilanzrichtlinien-gesetz (BiRiLiG) die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung im Handelsgesetzbuch (HGB) kodifiziert, damit war die Diskussion aber noch nicht abgeschlossen. Es geht also nicht um das „Ob“, sondern um das „Wie“. Fortführungswert, Buchwert, Zerschlagungswert, Liquidationswert sind nur einige Beispiele dafür, wie ein Vermögensgegenstand in der Buchführung und letztendlich auch im Jahresabschluss und dort in der Bilanz bewertet und angesetzt werden kann.

Aber damit nicht genug, im allgemeinen Sprachgebrauch geht die Begriffsanwendung viel weiter. Going Concern bedeutet vielfach auch, dass die Fortführung der Unternehmenstätigkeit insgesamt garantiert ist oder die Unternehmenssanierung gelingen wird.

Für die Abkehr von der Going Concern-Prämisse gibt es

* Christoph Hillebrand ist Partner bei Nacken Hillebrand Partner (NHP) in Köln und Fachberater für Sanierung und Insolvenzverwaltung (DStV e.V.) sowie Geprüfter ESUG-Berater (DIAI). Marie Claire Moll ist als Assessorin in der Rechtsanwaltskanzlei Rechtsanwälte Schneider in Düsseldorf tätig und Assistentin bei der Morison Köln AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.

keinen festen Begriff. Es wird sowohl von Non-Going Concern als auch von Break Up gesprochen.

Das Going Concern-Prinzip als Bestandteil der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (GoB) war bereits vor der Einführung des BiRiLiG geltendes Recht. Das BiRiLiG hat nun den handelsrechtliche Going Concern- bzw. Fortführungsgrundsatz als Bestandteil der gesetzlich normierten allgemeinen Bewertungsprinzipien des § 252 HGB kodifiziert. Nach Abs. 1 Nr. 2 dieser Vorschrift ist bei der Bewertung von Vermögensgegenständen und Schulden von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen.

Das Going Concern-Prinzip ist gerade die notwendige Voraussetzung einer periodischen Erfolgsrechnung und gleichzeitig die Voraussetzung für die meisten anderen Bewertungsgrundsätze. Nur wenn angenommen werden kann, dass das bilanzierende Unternehmen seine Tätigkeit fortsetzt, sind Folgerungen für eine periodengerechte Bewertung möglich. Dies gilt insbesondere für das **Anschaffungskostenprinzip**, das ohne den Going Concern-Grundsatz nicht denkbar ist (Moxter, WPg 1980, S. 345). Der Fortführungsgrundsatz ist daher auch ein Fundamentalprinzip, auf das andere Bewertungsregeln aufbauen (Lück, DB 2001, S. 1944).

Nun stellt sich die Frage, was sich hinter den einzelnen **Voraussetzungen für eine positive Fortführungshypothese** verbirgt. Mit den der Fortführungshypothese entgegenstehenden tatsächlichen Gegebenheiten sind in erster Linie wirtschaftliche Schwierigkeiten gemeint. Schwerpunktmäßig handelt es sich dabei um die Gründe, die einen Insolvenzantrag nötig machen. Eine stille oder offene Liquidation kann der Fortführungsannahme ebenso entgegenstehen. Die Insolvenzeröffnung reicht für sich gesehen allein nicht für eine negative Prognose aus, da ein Unternehmen in der Insolvenz fortgeführt und insbesondere auch saniert werden kann. Für eine negative Prognose müsste eine Liquidation auch tatsächlich beabsichtigt sein.

Zu welchem Zeitpunkt eine Unternehmensfortführung nicht mehr möglich ist und von einem Break Up gesprochen werden kann, wurde im Laufe der Zeit unterschiedlich betrachtet. Früher wurde alles sehr großzügig gesehen, sodass man sich vom Going Concern-Prinzip erst zu einem relativ späten Zeitpunkt abwandte, wenn die Beendigung der Unternehmenstätigkeit zweifelsfrei feststand.

Zur Verminderung der sogenannten Erwartungslücke (siehe hierzu WP-Handbuch 2012, Bd. I, Kap. Q, Rn. 349 m.w.N.) wurde durch die Wirtschaftsprüfer-Lobby das Positionspapier 270 am 8.5.2003 vom Hauptfachausschuss (HFA) verabschiedet. Dort wird dargelegt, wie die Einschätzung der gesetzlichen Vertreter des bilanzierenden Unternehmens zur Fortführung der Unternehmenstätigkeit bei einer Abschlussprüfung zu beurteilen ist. Danach können

die gesetzlichen Vertreter bei der Aufstellung des Jahresabschlusses nur dann ohne Weiteres von einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit ausgehen, wenn das Unternehmen in der Vergangenheit nachhaltig Gewinne erzielt hat, leicht auf finanzielle Mittel zurückgreifen kann und keine bilanzielle Überschuldung droht (Rn. 9). Diese Voraussetzungen müssen **kumulativ** vorliegen. Ist das nicht der Fall und verfügt das Unternehmen auch nicht über ausreichend stille Reserven, müssen die gesetzlichen Vertreter eingehende Untersuchungen zur Unternehmensfortführung anstellen, in deren Rahmen auch realisierbare Sanierungsmaßnahmen berücksichtigt werden können (Rn. 10).

Das vom Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) herausgegebene Positionspapier zum Zusammenwirken von handelsrechtlicher Fortführungsannahme und insolvenzrechtlicher Fortbestehensprognose aus dem Jahr 2012 geht hier noch einen Schritt weiter und stellt klar, dass Going Concern durch das Eingreifen von Insolvenzgründen nicht nur gefährdet ist; vielmehr ist im Fall des fortgeschrittenen Krisenverlaufs von den gesetzlichen Vertretern eine insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose zu erstellen (Rn. 24). Sollte das Unternehmen schon einen Insolvenzantrag gestellt haben, bedeutet das nicht gleichzeitig, dass die Fortführungsbilanzierung aufzugeben ist, sondern es müssen hinreichende Anhaltspunkte für eine positive Prognose vorliegen (Rn. 7). Hier muss der Abschlussprüfer die Fortführungsannahme der Geschäftsführung eingehend prüfen. Dies setzt Kenntnisse in der Unternehmenssanierung einschließlich der einschlägigen rechtlichen Bezüge voraus.

Neben den tatsächlichen Gegebenheiten ist **aufgrund folgender rechtlicher Verpflichtungen eine Fortführungsprognose aufzustellen:**

- Die Geschäftsführung muss sich im Rahmen der Finanzbuchhaltung spätestens einmal jährlich **bei der Jahresabschlusserstellung** damit befassen, ob nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB die Bewertung des Aktivvermögens unter Going Concern-Prämissen erfolgen kann.
- Gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG hat der Vorstand an den Aufsichtsrat über grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung zu berichten. Dazu zählen nach herrschender Meinung auch die künftige Liquiditätsentwicklung und die Maßnahmen zur Wahrung des finanziellen Gleichgewichts. Zusätzlich verpflichtet § 91 Abs. 2 AktG den Vorstand, ein Überwachungssystem einzurichten, damit dem Fortbestand der gesellschaftsgefährdenden Liquiditätsentwicklungen frühzeitig und noch mit geeigneten Maßnahmen gegengesteuert werden kann.
- Der Abschlussprüfer muss gemäß § 321 Abs. 1 HGB im Prüfungsbericht darauf eingehen, ob bei der Prüfung Tatsachen festgestellt worden sind, die den Bestand des geprüften Unternehmens gefährden oder seine

Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können. Dabei hat er gemäß § 322 Abs. 3 HGB im **Bestätigungsvermerk** auf Risiken, die den Fortbestand des Unternehmens gefährden können, gesondert hinzuweisen. Man spricht in diesem Kontext von der Redepflicht des Abschlussprüfers.

Für den Fall, dass aus Sicht des Verantwortlichen die Fortführung der Unternehmenstätigkeit gefährdet ist, muss die GmbH-Geschäftsführung sich mit den Insolvenzgründen befassen. Der Nachweis, dass kurzfristig keine Zahlungsunfähigkeit besteht, ist verpflichtend. Darüber hinaus ist bei juristischen Personen eine **insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose** aufzustellen. Ziel ist es, die Fortbestehensprognose so früh wie möglich aufzustellen, um so einen frühen Insolvenzantrag zu ermöglichen. Die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose soll aufzeigen, ob durch die festgestellten Annahmen und deren Auswirkung auf die Ertrags- und Liquiditätslage ausreichend Finanzkraft vorhanden ist, um die jeweils fälligen Verbindlichkeiten bedienen zu können.

Auch der Wirtschaftsprüfer bzw. Abschlussprüfer muss sich im Rahmen der Durchführung der gesetzlichen Jahresabschlussprüfung vom Grundsatz der Fortführung der Unternehmenstätigkeit überzeugen und ggf. von seiner Redepflicht gemäß § 322 Abs. 2 Satz 2 HGB Gebrauch machen. Steht für ihn fest, dass sein Urteil mit dem der Unternehmensführung nicht übereinstimmt, wird er sein Prüfungsurteil einschränken oder versagen.



Die Positionspapiere IDW PS 270 und IDW S 11 können dem Bilanzersteller weiterhelfen, ob der für die Rechnungslegung zentrale Grundsatz des Going Concern unterstellt werden darf. Aus haftungsrechtlicher Sicht sollte der Going Concern-Check bereits dann durchgeführt werden, wenn nur leichte Zweifel an der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens bestehen.

3. Anwendung der Going Concern-Prämisse

Im Folgenden werden Beispiele aufgeführt, die den Einfluss der Going Concern-Prämisse auf den Ansatz sowohl von Vermögen als auch von Schulden in der Bilanz zeigen:

Solange das Unternehmen fortgeführt werden kann, brauchen **Rückstellungen für zukünftige Sozialplanverpflichtungen gegenüber Arbeitnehmern** nicht in der Bilanz ausgewiesen werden. Ist von einer Fortführung nicht mehr auszugehen, ist ein Bilanzausweis verpflichtend.

Darüber hinaus ergeben sich für einzelne Vermögensgegenstände (deutliche) **Wertveränderungen**: Ein **Warenbestand**, der der Produktion des Unternehmens dient, ist anders zu bewerten, wenn die Produktion in naher Zukunft eingestellt wird. Der Wert einer **Betriebsimmobilie** wird unterschiedlich beurteilt, je nachdem, ob sie dem Unternehmen als Produktionsstätte dient, vermietet ist oder an einen Investor verkauft wird.

Von dem Grundsatz der Fortführung der Unternehmenstätigkeit muss abgewichen werden, wenn entweder eine abweichende Beschlussfassung der Unternehmensorgane vorliegt oder die wirtschaftlichen Verhältnisse eine Fortführung des Unternehmens nicht gewährleisten. Die Beurteilung der Fortführungsfähigkeit obliegt den gesetzlichen Vertretern. Die Fortführung kann unterstellt werden, wenn das Unternehmen in der Vergangenheit profitabel war und das Unternehmen leicht auf finanzielle Mittel zurückgreifen kann. Zweifel an der Fortführung der Unternehmenstätigkeit können sich insbesondere aus folgenden finanziellen, betrieblichen und sonstigen Umständen ergeben (IDW Positionspapier zum Zusammenwirken von handelsrechtlicher Fortführungsannahme und insolvenzrechtlicher Fortbestehensprognose, FN-IDW 9/2012 Rn. 8.).

► Beispiele für betriebliche Anzeichen:

Der Abgang von Schlüsselpersonal ohne adäquaten Ersatz; Verlust eines Hauptabsatzmarkts, von wichtigen Patenten; Verlust von Hauptlieferanten oder wesentlichen Kunden; Kündigung von bedeutenden Franchise-Verträgen; gravierende Personalprobleme; Engpässe bei der Beschaffung wichtiger Vorräte; nicht ausreichend kontrollierter Einsatz von Finanzinstrumenten.

► Beispiele für finanzielle Anzeichen:

In der Vergangenheit eingetretene oder für die Zukunft erwartete negative Zahlungssalden aus der laufenden Geschäftstätigkeit; die Schulden übersteigen das Vermögen oder die kurzfristigen Schulden übersteigen das Umlaufvermögen; Kredite zu festen Laufzeiten, die sich dem Fälligkeitsdatum nähern, ohne realistische Aussichten auf Verlängerung oder Rückzahlung; übermäßige kurzfristige Finanzierung langfristiger Vermögenswerte; Anzeichen für den Entzug finanzieller Unterstützung durch Lieferanten oder andere Gläubiger; ungünstige finanzielle Schlüsselkennzahlen; erhebliche Betriebsverluste oder erhebliche Wertminderungen bei betriebsnotwendigem Vermögen; Ausschüttungsrückstände oder Aussetzen der Ausschüttung; Unfähigkeit, Zahlungen an Gläubiger bei Fälligkeit zu leisten; Unfähigkeit, Darlehenskonditionen einzuhalten; Lieferantenkredite stehen nicht mehr zur Verfügung; Unmöglichkeit, Finanzmittel für wichtige neue Produktentwicklungen oder andere wichtige Investitionen zu beschaffen; Unfähigkeit, Kredite ohne Sicherheitenstellung von außerhalb zu beschaffen.

► Beispiele für sonstige Anzeichen:

Eigenkapitalunterdeckung, Verstoß gegen Eigenkapitalvorschriften; Rechtsstreitigkeiten mit hohen Ansprüchen gegen das Unternehmen und Änderungen in der Gesetzgebung oder Regierungspolitik, von denen negative Folgen für das Unternehmen erwartet werden.

Diese Anzeichen führen **nicht automatisch** zu einer Abkehr vom Going Concern-Grundsatz. Es muss vielmehr sorgfältig geprüft werden, ob Gegenmaßnahmen kurzfristig Abhilfe schaffen können. Es lassen sich beispielsweise zu hohe Steuerfestsetzungen oder die Zahlungsschwierigkeiten eines wichtigen Schuldners mit Einzelmaßnahmen unter Kontrolle bringen.

4. Pflichten des Bilanzerstellers

Nun zu der aktuellen Rechtsprechung des BGH: In dem Urteil des BGH vom 26.1.2017 (a.a.O.) ging es um einen Steuerberater, der für eine Kapitalgesellschaft die Jahresabschlüsse zum 31.12.2003 bis 31.12.2007 erstellt hatte und jeweils keinerlei Zweifel hatte, dass Going Concern gewährleistet war, obwohl in den Bilanzen jeweils erhebliche nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge ausgewiesen wurden.

Der Steuerberater muss sich nun nach der neuen Rechtsprechung mit der Frage des Going Concern unmittelbar auseinandersetzen, dies war bisher nicht so (BGH, Urteil vom 7.3.2013, Az. IX ZR 64/12, GmbH-Stpr 2013, S. 316).



Der Bundesgerichtshof hat in dem neuen Urteil zwei grundlegende Feststellungen getroffen: Zum einen ist die Erstellung eines Jahresabschlusses eine **werkvertragliche Verpflichtung mit Geschäftsbesorgungsscharakter**. Zum anderen schuldet der Steuerberater einen den handelsrechtlichen Vorschriften entsprechenden, die Grenzen der zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten nicht überschreitenden und in diesem Sinne richtigen Jahresabschluss.

Wie bereits erörtert, ist nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB in einer Handelsbilanz bei der Bewertung grundsätzlich von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Ausnahmen von diesem Grundsatz sieht § 252 Abs. 2 HGB vor. § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB bestimmt, dass der Jahresabschluss der Kapitalgesellschaft unter Beachtung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft zu vermitteln hat. Daraus folgt nach der Ansicht des BGH, dass der Steuerberater mit all seiner fachlichen Kompetenz den Jahresabschluss unter Berücksichtigung der gesetzlichen Normen, der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen und der ihm bekannten besonderen Umstände vollständig erstellen und Bewertungsfragen im Zusammenwirken mit dem Mandanten beantworten muss.



Für den Fall, dass Zweifel an der Fortführung des Unternehmens bestehen, ist der **Steuerberater grundsätzlich nicht verpflichtet**, von sich aus eine **Fortführungsprognose aufzustellen**. Etwas anderes gilt dann, wenn der Auftrag entsprechend weiter gefasst ist als nur die Erstellung des Jahresabschlusses oder wenn der Steuerberater ein umfassendes Dauermandat innehat.

5. Auswirkungen der Abkehr von der Going Concern-Prämisse

Als Nächstes stellt sich die Frage, wie weiterzufahren ist, wenn ggf. Going Concern in Zukunft nicht mehr gewährleistet werden kann.

Zunächst muss man dazu wissen, dass die bloße Eröffnung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich keine Wirkung für die allgemeinen Bilanzierungs- und Bewertungsgrundsätze des Handels- und Steuerrechts hat. In diesem Fall sind die Wertansätze allerdings danach auszurichten, ob eine Liquidation oder eine Fortführung des Unternehmens beabsichtigt ist. Kann das Unternehmen weitergeführt werden, ergeben sich keine wesentlichen Abweichungen gegenüber der „regulären“ handelsrechtlichen Rechnungslegung.

Etwas anderes gilt, wenn ein **Liquidationsszenario** in Betracht gezogen wird. In diesem Fall besteht Streit über die Anwendbarkeit der Rechnungslegungsvorschriften. Laut einem Teil der Literatur (Förschle/Deubeit, DStR 1996, S. 1743) sollen auch bei Liquidation der Gesellschaft die handelsrechtlichen Vorschriften über den Jahresabschluss auf die Eröffnungsbilanz anzuwenden sein (§ 270 Abs. 2 Satz 2 AktG, § 71 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Nach unserer Auffassung treten die gesellschaftsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften der § 270 AktG, § 71 GmbHG nicht an die Stelle der handels- und steuerrechtlichen Bilanzierungsvorschriften, sondern die gesellschaftsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften für die Abwicklung der Kapitalgesellschaft finden allenfalls daneben Anwendung (so auch Kunz/Mundt, DStR 1997, S. 664 ff.).

Die gesellschaftsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften sehen nach der Auflösung der Gesellschaft die Abwicklung vor. Die Abwicklung einer AG findet nicht statt, wenn nach der Auflösung das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet wurde (§ 264 Abs. 1 AktG). Dies macht unter dem Aspekt, dass alle Handelsgesellschaften auch nach ihrer Auflösung Kaufmann im Sinne des HGB bleiben, Sinn, denn dann bestehen die Buchführungs- und Inventaraufstellungspflichten (§§ 238 bis 241 HGB) unverändert fort.

Wie § 270 AktG und § 71 GmbHG zeigen, ergeben sich die abwicklungs- bzw. liquidationsspezifischen gesellschaftsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften nicht aus dem Abwicklungs- bzw. Liquidationsstatus der Gesellschaft, sondern aus dem Auftrag der Liquidatoren als Verwalter fremden Vermögens gegenüber den Gesellschaftern. Da der Insolvenzverwalter weder Abwickler noch Liquidator im Sinne der gesellschaftsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften ist, kann er diese Vorschriften mit der Maßgabe anwenden, dass das Registergericht von der Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts durch einen Abschlussprüfer befreien kann (§ 71 Abs. 3 GmbHG).

Möchte der Insolvenzverwalter das Unternehmen

stilllegen, bedarf er hierzu der ausdrücklichen Zustimmung des Insolvenzgerichts oder des Gläubigerausschusses (§§ 157 Satz 1, 158 InsO). Die Insolvenzeröffnung bedeutet keinesfalls auch den Liquidationsbeginn. Die Insolvenz muss allerdings im Rahmen der handels- und steuerrechtlichen Bilanzierung und Bewertung berücksichtigt werden.

Wertaufhellende Umstände sind dabei anders als wertbegründende Tatsachen (Ereignisse, die nach dem Bilanzstichtag eingetreten sind) zu berücksichtigen, wenn sie zum Bilanzstichtag bereits objektiv vorlagen und nach dem Bilanzstichtag, aber vor dem Tag der Bilanzerstellung bekannt oder erkennbar wurden (BFH, Urteil vom 27.4.1965, Az. I 324/62 S, NJW 1965, S. 1879). Dies gilt sowohl für negative als auch für positive Tatsachen.

• Änderungen in der Bewertung

Bei Wegfall der Going Concern-Prämisse ist grundsätzlich die Zerschlagung des Unternehmens durch Liquidation oder Abwicklung vorrangig.

Bezüglich der **Schuldenbewertung** ist zu berücksichtigen, dass sich eine frühere Rückzahlung als geplant ergeben kann. Der dann verbleibende Zeitraum wird bei einer bevorstehenden Abwicklung der Gesellschaft in der Regel deutlich geringer sein als zunächst angenommen. Deshalb ist genau zu unterscheiden, welche Rückstellungen als langfristig und welche als kurzfristig zu qualifizieren sind. Seit der Einführung des BilMoG wird nach § 253 HGB bei der Bewertung der zukünftige Erfüllungsbetrag zugrunde gelegt und langfristige Rückstellungen laufzeitadäquat abgezinst.

Betreffend des Einzelbewertungsgrundsatzes wird auf die Ausnahme bei Vorliegen von Bewertungseinheiten gemäß § 254 HGB hingewiesen.

• Auswirkungen auf einzelne Bilanzpositionen

► Immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens

Nach § 248 Abs. 2 Satz 1 HGB sind **selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände** des Anlagevermögens zu aktivieren. Dies gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Das Aktivierungsverbot gemäß § 248 Abs. 2 Satz 2 HGB muss hier beachtet werden, das auf **firmenwertähnliche Vermögensgegenstände** anwendbar ist. Dieses **Verbot** gilt auch dann, wenn eine Veräußerung dieser Vermögensgegenstände vorgesehen ist. Es findet auch auf Geschäfts- oder Firmenwerte Anwendung.

Bei Abkehr von der Going Concern-Prämisse muss die **Bilanzierung, die auf dem Aktivierungswahlrecht** gemäß § 248 Abs. 2 Satz 1 HGB gründet, auf den Prüfstand gestellt werden. Eine Fortführung des Ansatzes wäre nur möglich, wenn das Wahlrecht über einen längeren Abwicklungszeitraum in Betracht kommt.

Für die Aktivierung von **Entwicklungskosten** ist entscheidend, ob das zu erreichende Ergebnis des Entwicklungsprozesses noch erfüllbar ist.

► Rückstellungen

Rückstellungen muss der Insolvenzverwalter erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bilanzieren.

Ist das Beibehaltungswahlrecht nach Art. 67 Abs. 3 EGHGB für Aufwandsrückstellungen angewendet worden, muss dieser Ansatz überprüft werden. Diese müssten aufgrund des Vorsorgecharakters der Aufwandsrückstellungen für zukünftige Belastungen infolge der Änderung des Unternehmenszwecks in der Regel aufgelöst werden.

► Gesellschafterdarlehen

Gesellschafterdarlehen unterliegen als nachrangige Insolvenzforderung einer Passivierung unter den Verbindlichkeiten.

6. Wegfall der Fortführungsvermutung

Bei Zweifel an der Überlebensfähigkeit darf nach der Auffassung des BGH im Urteil vom 26.1.2017 zu Going Concern bilanziert werden, da die Fortführungsvermutung erst entfällt, wenn es **objektiv fehlerhaft** wäre, von der Aufrechterhaltung der Unternehmenstätigkeit auszugehen. Hier ist eine Einzelfallbeurteilung erforderlich, ob die Einstellung der Unternehmenstätigkeit unvermeidbar oder beabsichtigt ist. Dabei müssen sich die tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten derart konkretisieren, dass die Unternehmenstätigkeit zumindest im Prognosezeitraum eingestellt werden wird.

7. Zwingende Abkehr von Going Concern

Dass bei dem Vorliegen eines Insolvenzgrundes, sei es bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, regelmäßig tatsächliche Gegebenheiten im Sinne des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB vorliegen, die der Regelvermutung der Fortführung entgegenstehen, hat der BGH in seinem Urteil bestätigt (a.a.O. Rn. 26).

• Feststellung der Insolvenzgründe

► Zahlungsunfähigkeit

Die Zahlungsunfähigkeit ist ein Insolvenzgrund, der in § 17 Abs. 1 InsO geregelt ist. Danach ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. **Zahlungsunfähigkeit** kann regelmäßig angenommen werden, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat (BGH, Urteil vom 24.5.2005, Az. IX ZR 123/04, GmbH-Stpr 2006, S. 59). Die höchste Stufe der Zahlungsunfähigkeit ist die **Zahlungseinstellung**. Sie liegt vor, wenn das Krisenunternehmen seine Zahlungen nach außen hin erkennbar eingestellt hat. Als typische An-

zeichen für eine Zahlungseinstellung gelten die in IDW S 11 unter Rn. 16 aufgeführte Nichtbegleichung von Sozialversicherungsbeiträgen, dauerhafte schleppende Zahlungsweise und zurückgegebene Lastschriften. Die Zahlungseinstellung kann erst dann wieder verneint werden, wenn der Schuldner seine Zahlungen an die Gesamtheit der Gläubiger wieder leistet.

Zur **Ermittlung der Zahlungsfähigkeit/-unfähigkeit** ist eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der verfügbaren Zahlungsmittel einerseits und der fälligen Verbindlichkeiten andererseits erforderlich (BGH, Urteil vom 26.3.2015, Az. IX ZR 134/13, GmbH-Stpr 2015, S. 345). Es sind auf der einen Seite bei den verfügbaren Zahlungsmitteln nur die vorhandenen, liquiden Mittel, d.h. die ggf. vorhandenen Bankguthaben, die Kasse sowie der ggf. nicht ausgeschöpfte Teil des bestehenden Kontokorrentkreditrahmens aufzuführen. Dagegen sind der Forderungsbestand oder andere Aktiva des Krisenunternehmens nicht zu berücksichtigen.

Es sind nur die Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, die zum Stichtag tatsächlich fällig sind. Daher fallen nicht fällig gestellte Kredite oder ausdrücklich gestundete Zahlungsverpflichtungen aus der Betrachtung heraus. Eine Gegenüberstellung von fälligen Verbindlichkeiten und den zur Verfügung stehenden Zahlungsmitteln gibt darüber Aufschluss, ob eine Zahlungsunfähigkeit anzunehmen ist. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Rechtsprechung bei ganz geringfügigen Liquiditätslücken von weniger als 10% in Bezug auf die Gesamtverbindlichkeiten noch nicht von einer Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 17 InsO ausgeht (BGH vom 24.5.2005, a.a.O.).

Von der Zahlungsunfähigkeit zu unterscheiden ist die bloße **Zahlungsstockung**, die keinen Insolvenzgrund darstellt und somit auch nicht zum Insolvenzverfahren berechtigt. Sie liegt vor, wenn zwar zum Stichtag die Zahlungsunfähigkeit festgestellt wird, aber durch kurzfristig eingehende Zahlungseingänge oder aber einen entsprechenden Abbau der fälligen Verbindlichkeiten die Zahlungsfähigkeit kurzfristig wiederhergestellt werden kann.

Kann innerhalb der im Liquiditätsplan dargestellten Periode die Zahlungsfähigkeit des Schuldners wiederhergestellt werden, ist von einer bloßen Zahlungsstockung auszugehen. Auch hier sind ganz geringfügige **Unterdeckungen von weniger als 10%** gerechnet auf die Gesamtverbindlichkeiten **unbeachtlich**. Bei einer Lücke von mehr als 10% der fälligen Verpflichtungen muss diese im weiteren Prognosezeitraum mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wieder geschlossen werden können. Besteht eine Lücke von weniger als 10%, ist zur Lückenschließung nur eine geringe Wahrscheinlichkeit erforderlich (Steffan/Solmecke, ZInsO 2015, S. 1367 ff.). Hierbei handelt es sich dann um eine sogenannte Bugwelle. Der BGH hat in seiner

Entscheidung vom 24.5.2005 (a.a.O.) offengelassen, ob eine dauerhafte Bugwelle zur Zahlungsunfähigkeit und damit zur Insolvenzantragspflicht führt oder nicht.

► Drohende Zahlungsunfähigkeit

Ausgangspunkt für die Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit gemäß § 18 InsO ist, dass sich die Verantwortlichen laufend über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens vergewissern. Die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit/-unfähigkeit erfolgt **auf der Grundlage eines Finanzstatus** und eines darauf aufbauenden und abgeleiteten Finanzplans. Können nach dem Finanzstatus alle fälligen Zahlungsverpflichtungen erfüllt werden, liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor; eine Erstellung eines Finanzplans ist sodann nicht erforderlich.

Werden die fälligen Verbindlichkeiten aktuell nicht gedeckt, ist aber nach dem Finanzplan davon auszugehen, dass die Liquiditätslücke innerhalb von maximal drei Wochen (in Ausnahmefällen innerhalb von maximal sechs Monaten) zumindest bis auf einen geringfügigen Rest geschlossen wird, liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor.

Im Finanzstatus werden die verfügbaren liquiden Mittel und fälligen Verbindlichkeiten gegenübergestellt. Dazu muss das Rechnungswesen verlässliche Informationen bereitstellen.

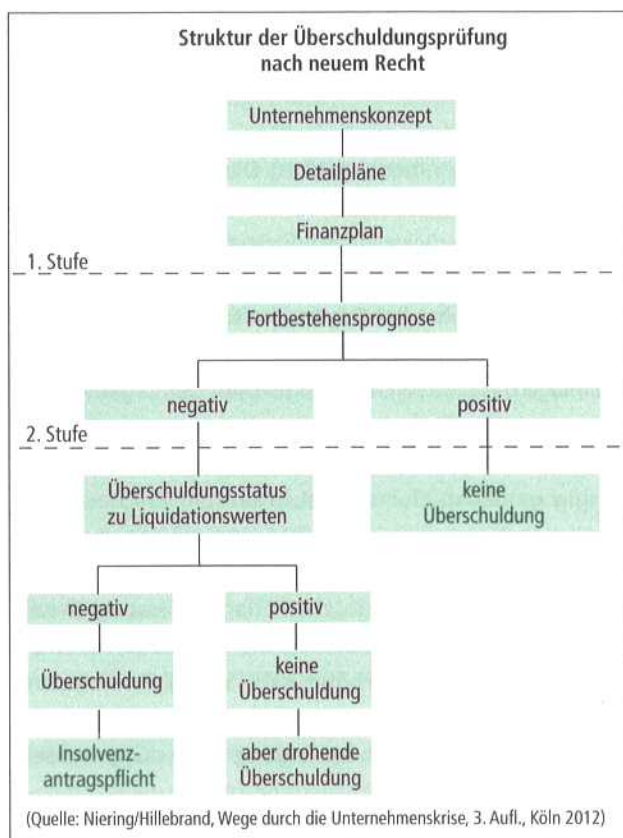
Weist der Finanzstatus einen negativen Saldo auf, liegt eine Liquiditätslücke vor. Sodann muss ein ausreichend detaillierter Finanzplan nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen aufgestellt werden, in dem sämtliche zahlungswirksamen Konsequenzen der künftigen Geschäftstätigkeit darzustellen sind.

► Überschuldung

Die Feststellung eingetretener oder drohender Überschuldung macht in der Praxis ein sachgerechtes, methodisches Vorgehen unerlässlich, auch wenn die Unternehmensleitung mangels konkreter gesetzlicher Regelungen bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Überschuldungsprüfung weitgehend frei ist. Aufgrund von Haftungsrisiken sollten die anzustellenden Überlegungen in Form einer Überschuldungsprüfung schriftlich dokumentiert werden. Die Prüfung des Überschuldungstatbestands erfolgt im Rahmen der zweistufigen Überschuldungsprüfung. Es gilt der **modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff** (siehe dazu das Schaubild auf Seite 273).

Zunächst werden die Überlebenschancen des Unternehmens im Rahmen einer **Fortbestehensprognose** beurteilt. Das Unternehmenskonzept ist die Grundlage der Fortbestehensprognose. Dieses Konzept muss die Zielvorstellungen, die Strategien, den Gestaltungsrahmen und die beabsichtigten Handlungsabläufe sowohl verständlich als auch in Planzahlen darlegen. Es muss in sich schlüssig sein und auf geeigneten Unterlagen beruhen. Vor dem Hinter-

Schaubild:



grund personeller, sachlicher, fachlicher und finanzieller Potenziale muss es realisierbar sein.

Die **Finanzplanung** konkretisiert, ob und wie das Unternehmen fällige Zahlungsverpflichtungen im Prognosezeitraum erfüllen kann. Auf ihrer Grundlage werden die getroffenen Annahmen anhand der erwarteten Zahlungsströme dokumentiert. Der Planungsstichtag ist der Stichtag für die Erstellung des Überschuldungsstatus. Zeitlich werden in der Regel das laufende und das folgende Geschäftsjahr in die Beurteilung aufgenommen. Am Stichtag müssen vorhandene Rahmenbedingungen und Gestaltungselemente nachgewiesen bzw. plausibel dargelegt werden. Es dürfen Sanierungsmaßnahmen einbezogen werden, wenn deren Eintrittswahrscheinlichkeit bzw. Realisierung hinreichend sichergestellt werden kann.

Ergibt sich aus der Finanzplanung eine positive Fortbestehensprognose, liegt keine Überschuldung vor und von der Aufstellung eines Überschuldungsstatus kann abgesehen werden. Dagegen ist für den Fall einer negativen

Fortbestehensprognose ein Überschuldungsstatus aufzustellen.

Im zweiten Schritt erfolgt im Überschuldungsstatus eine Gegenüberstellung von Vermögenswerten und Schulden. Die Grundlage für den Überschuldungsstatus bildet eine zeitnahe Handelsbilanz. Dazu kann es erforderlich sein, unterjährig einen Zwischenabschluss aufzustellen.

Im Falle einer **negativen Fortbestehensprognose** sind Vermögen und Schulden unter Liquidationsgesichtspunkten anzusetzen. Kann das Unternehmen im Ganzen veräußert werden, ist die Ermittlung von Einzelveräußerungswerten nur als Basis für den Nachweis der besten Verwertungsalternative erforderlich. Der Gesamtliquidationswert ist dann das Kaufpreisangebot des Erwerbers oder auch die Kaufpreisangebote mehrerer Erwerber, wenn das Unternehmen in verschiedene Teile zerschlagen wird. Bei Verwertung einzelner Vermögensgegenstände durch Einzelveräußerung bildet die Summe der Einzelveräußerungserlöse das den Schulden gegenüberzustellende Vermögen.

• Going Concern trotz Insolvenzgründen

Der BGH stellt in seinem Urteil vom 26.1.2017 (a.a.O.) klar, dass die Going Concern-Prämisse auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens angenommen werden kann, wenn ein glaubhafter Fortführungsinsolvenzplan vorliegt oder eine übertragende Sanierung innerhalb des Prognosezeitraums angestrebt wird und möglich ist oder wenn anzunehmen ist, dass die Unternehmenstätigkeit auch nach einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens und jedenfalls innerhalb des Prognosezeitraums fortgeführt werden wird (a.a.O., Rn. 27). Somit ist auch in Fällen des Rechtsträgerwechsels (Sanierung durch Auffanggesellschaften) die Going Concern-Prämisse anwendbar.

8. Fazit

Das Urteil des BGH vom 26.1.2017 hat deutliche Auswirkungen auf die praktische Arbeit der Steuerberater bei der Erstellung von Jahresabschlüssen. Die Steuerberater müssen sich zukünftig viel mehr als in der Vergangenheit mit den rechtlichen Gegebenheiten der Fortführung, insbesondere der Frage des Vorliegens von Insolvenzgründen, auseinandersetzen. Welche haftungsrechtlichen Risiken damit verbunden sind, erläutert Teil II im nächsten Heft.

Weiterführende Quellen:

Hillebrand/Frystazki, Going Concern versus Break Up, Herne 2016 (NWB)

Niering/Hillebrand, Wege durch die Unternehmenskrise, 3. Aufl., Köln 2012

Ott, Steuerfolgen von Maßnahmen zur Vermeidung der Überschuldung einer GmbH, GmbH-Stpr 2016, S. 65 ff.

Lammel/Martens/Reinke, Neue Anforderungen an Rangrücktrittsvereinbarungen mit einer GmbH, GmbH-Stpr 2015, S. 258 ff.