

JAHREIS  KOLLEGEN

powered by 

Fachinformation

HDI Generalvertretung Jahreis & Kollegen



Teil
VIII

Überschuldung:

Insolvenzantragspflicht
bei negativer Prognose!



Der Autor

Dr. Dietmar Rendels Rechtsanwalt in Köln

Tätigkeitsschwerpunkt im
Sanierungs-/Insolvenzrecht

Qualifikationen

- 1981 Abitur, Hennef (bei Bonn)
- 1987 1. jur. Staatsexamen (Bonn)
- 1990 2. jur. Staatsexamen (Düsseldorf)
- 1991 Anwaltszulassung
- 1993 Promotion

Praxis

- 1992-2000 Anwaltstätigkeit bei Insolvenzverwalter und Großsozietät
- 2000-2020 Anwaltstätigkeit/Partner bei KÜBLER (Köln)
- 2011 Sachverständiger im BT-Rechtsausschuss/
Anhörung zum ESUG
- 2015 (Mit-) Autor Buch Rendels/Zabel, Insolvenzplan;
Handbuch für Restrukturierung in der Insolvenz
(zuletzt in 4. Aufl. 2023);
diverse Veröffentlichungen;
diverse, langjährige Referententätigkeiten
- seit 2020 Partner RST-Beratungsgruppe
diverse Mitgliedschaften u.a.
DIE FAMILIENUNTERNEHMER e. V.,
Arbeitskreis Insolvenzwesen Köln

Dr. Dietmar Rendels



RA, Dr. jur.

Krefelder Straße 36, 50960 Köln

koeln@rst-beratung.de
Telefon: +49 221 429100



Überschuldung: Insolvenzantragspflicht bei negativer Prognose!

von Rechtsanwalt Dr. Dietmar Rendels, Köln

Nach §§ 19 Absatz 2, Satz 1, 15a Absatz 1, Satz 1 der Insolvenzordnung (InsO) löst die Überschuldung einer juristischen Person nach wie vor eine Insolvenzantragspflicht aus. In der Praxis wird die Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung häufig verkannt. Das zieht oft – manchmal viele Jahre nach Schließung eines Unternehmens – Haftungsklagen mit enorm hohen Haftungssummen gegen Geschäftsleiter und/oder vormalige Berater nach sich. Neben der Geschäftsleitung müssen deshalb sowohl betriebswirtschaftlich orientierte Berater (wie Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Unternehmensberater) als auch juristische Berater, die ein Unternehmen in der Ertrags- oder Liquiditätskrise beraten, mit Überschuldungsfragen sensibel umgehen. Ein wesentlicher „Kern“ der Überschuldungsprüfung ist die – rechtzeitige und dokumentierte – Erstellung einer belastbaren Fortbestehensprognose.

I. Sachverhalte/Haftungsrisiken

Ein aktuelles Fall-Beispiel für den „Ärger“, den die Überschuldung als Thema verursachen kann, ist die Insolvenz der Solar World AG. Diese musste im Jahr 2017 Insolvenz beantragen. Eine Auffanggesellschaft musste bereits im März 2018 erneut Insolvenz beantragen. Anfang 2023 – also ca. 5 Jahre nach den Insolvenzereignissen – wurde aufgrund einer mündlichen Verhandlung vor dem LG Bonn bekannt, dass der Insolvenzverwalter rd. 731 Mio. € von den vormaligen Geschäftsleitern wegen verkannter Überschuldung verlangt.¹ Der Fall zeigt, dass sich Geschäftsleiter und Berater oft Jahre nach Beendigung ihrer Tätigkeit mit Klagen, in denen hohe Summen vom Insolvenzverwalter begehrt werden, auseinandersetzen müssen.

II. Gesetzliche Ausgangslage

1. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB

Der Kaufmann (bei juristischen Personen wie GmbH, GmbH & Co. KG² oder AG i. d. R. der Geschäftsleiter) muss bei der Erstellung des Jahresabschlusses die Vorschrift des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB beachten. Danach ist bei der Bewertung der Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten im Jahresabschluss von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Der Wortlaut der Norm ist so gefasst, dass grundsätzlich die Fortführung der Unternehmenstätigkeit, der nach dem Gesetz zunächst zu unterstellende Regelfall ist.³ Die Fortführungsvermutung entfällt nach dem Gesetzeswortlaut erst dann, wenn es objektiv fehlerhaft wäre, von der Aufrechterhaltung der Unternehmenstätigkeit auszugehen.⁴

Es handelt sich um eine Bewertungsvorschrift, die bei Aufstellung des Jahresabschlusses zu beachten ist.

2. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO

2.1 Überschuldungsstatus

Die InsO enthält – vom HGB abweichende – eigenständige Regelungen. Nach § 19 Abs. 2 S. 1, 1. HS InsO ist zunächst die sogenannte rechnerische (= insolvenzrechtliche) Überschuldung zu prüfen. Diese rechnerische Überschuldung liegt nach dem Gesetzeswortlaut vor „*wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt*“. Nach diesem Gesetzeswortlaut ist also – im Grundsatz – unter insolvenzrechtlichen Aspekten nach dem Mengengerüst des Jahresabschlusses eine Aufstellung von Aktiva und Passiva erforderlich, um nachzuweisen, dass die Aktiva die Passiva decken.

¹ Vgl. bereits die ersten Berichte zum Prozess im Handelsblatt vom 08.09.2022 und JUVE vom 09.09.2022.

² § 15a Abs. 1 Satz 3 InsO erwähnt seit dem 1.1.2024 ausdrücklich die „rechtsfähigen Personengesellschaft(en)“.

³ Vgl. dazu OLG Celle, Beschl. v. 11.11./12.12.2022 – 18 U 2/22.

⁴ OLG Celle a. a. O.



Festzuhalten bleibt also schon hier, dass die Aufstellung eines sogenannten Überschuldungsstatus, der vorerwähnte Vergleich von Aktiva und Passiva, nach dem Gesetzeswortlaut nicht überflüssig ist. Ergibt – was allerdings selten ist! – eine Bewertung von Aktiva und Passiva zu Zerschlagungswerten, dass das Vermögen die Schulden deckt, ist in jedem Fall eine insolvenzrechtliche (= rechnerische) Überschuldung ausgeschlossen. Zweck der Überschuldungsbilanz ist es, die Schuldendeckungsfähigkeit zu belegen. Der Überschuldungsstatus oder die Überschuldungsbilanz ist eine Sonderbilanz, die mit den Rechnungslegungszwecken des Jahresabschlusses (siehe vorstehend zu § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) wenig gemein hat. Einzelheiten der – vom HGB abweichenden – Bewertung zu Aktiva und Passiva können hier nicht erörtert werden.⁵

Allerdings: Ein Überschuldungsstatus, ein Aktiva-/Passiva-Vergleich ist dann entbehrlich, wenn „die Fortführung des Unternehmens in den nächsten 12 Monaten ... nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich (ist)“ (so der Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 1, 2. HS InsO).

2.2 Fortbestehensprognose

Da in der Praxis – bei der notwendigen Erstellung eines Überschuldungsstatus zu Liquidationswerten – die meisten Unternehmen rechnerisch überschuldet sind und der Aktiva-/Passiva-Vergleich erhebliche Mühe bei der Aufstellung bereitet, wird häufig „nur“ die Prognose zur Fortführungswahrscheinlichkeit des Unternehmens aufgestellt.

Wie der zuvor (II. 2.1 am Ende) zitierte Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 1, 2. HS InsO zur Prognose ergibt, kommt es auf die sogenannte rechnerische Überschuldung – und damit auf einen Überschuldungsstatus in Form eines Aktiva-/Passiva-Vergleichs – bei einer positiven Fortbestehensprognose nicht an.

Der Wortlaut der Norm („es sei denn, die Fortführung ... überwiegend wahrscheinlich“) ergibt, dass für die positive Fortbestehensprognose Geschäftsleiter und/oder Berater darlegungs- und beweispflichtig sind!

Das ist – schon bei reiner Wortlautinterpretation des Gesetzestextes – ein deutlicher Unterschied zu § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB: Während das HGB vom Grundsatz der Fortführung ausgeht, bürdet die InsO demjenigen die Darlegungs- und Beweislast auf, der sich auf die positive Fortbestehensprognose beruft.

Übertragen auf den Ausgangsfall zu Solar World (s. o. I.) bedeutet das, dass die in Anspruch genommenen Geschäftsleiter – oft nach vielen Jahren mit einer schlechten Dokumentenlage – im Grundsatz dafür darlegungs- und beweispflichtig sind, dass sie rechtzeitig den Insolvenzantrag gestellt haben. Im Ausgangspunkt müssen die Geschäftsleiter darlegen, dass vor der Insolvenzantragstellung die Fortbestehensprognose positiv war. Das ist nach vielen Jahren oft schwierig (Einzelheiten zu den Prognoseanforderungen sogleich unter III. und zu Handlungsempfehlungen unter IV.).

2.3 Prognosezeitraum von zwölf Monaten

Nach der insolvenzrechtlichen Betrachtungsweise (die wiederum auch von der handelsrechtlichen Betrachtungsweise abweicht) beträgt der Prognosezeitraum zwölf Monate. Die Begrenzung des Prognosezeitraums auf vier Monate ist (spätestens) zum 31.12.2023 entfallen, so dass jetzt wieder auf einen Zwölf-Monatszeitraum abzustellen ist.⁶

In diesem Zeitraum muss die Durchfinanzierung (am besten deutlich) wahrscheinlicher sein als der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit.

⁵ Vgl. zur Prüfungstechnik und Bewertung zu Liquidationswerten u. a. Drukarczyk/Schüler, MüKo InsO, 4. A. (2019), § 19, Rz. 1 ff.

⁶ Die gesetzliche Regelung des § 4 Abs. 2 SanInsKG ist per 31.12.2023 ausgelaufen.



3. §§ 1, 102 StaRUG

Zum 01.01.2021 ist das sog. StaRUG in Kraft getreten. Dieses Gesetz bietet einen Rahmen für eine frühe und auch gerichtsferne finanzwirtschaftliche Sanierung. Da § 1 StaRUG das Vorhandensein von Früherkennungssystemen verlangt, ist nicht auszuschließen, dass dadurch mittelbar verschärfte Prognoseanforderungen entstehen. Zu dem noch recht neuen StaRUG ist die Rechtsentwicklung noch nicht abgeschlossen.⁷ § 102 StaRUG verlangt einen kritischen Blick auf den Jahresabschluss. Auch das wird zur Verschärfung der Beraterhaftung beitragen.

Konkrete Maßnahmen nach StaRUG können einzelfallabhängig dazu führen, dass eine „an sich“ gegebene Überschuldung entfällt.⁸

III. Prognoseanforderungen nach Rechtsprechung und Literatur

1. Abgrenzung HGB-Prognose/insolvenzrechtliche Prognose?

§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist, wie soeben ausgeführt, eine handelsrechtliche Bewertungsvorschrift (vgl. II. 1.).

Unabhängig von § 252 HGB ist die Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 S. 1, 2. HS InsO nach überwiegender Auffassung eine reine Liquiditätsprognose. Auf die Ertragsfähigkeit soll es nach h. M. im Rahmen des § 19 InsO nicht entscheidend ankommen.⁹

Die insolvenzrechtliche „Fortführungsprognose“ nach der InsO wird häufig auch als „Fortbestehensprognose“ bezeichnet, um sie von der handelsrechtlichen Fortführungsprognose nach HGB zu unterscheiden.

Dennoch – so die diesseitige Ansicht – gibt es auch einen Überschneidungsbereich zwischen beiden Prognosen.¹⁰ Schon § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB erwähnt „tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten“, die der Bewertung zu Going-Concern entgegenstehen können. Solche „Gegebenheiten“ können auch (drohende) Insolvenzereignisse sein, spätestens dann, wenn der Insolvenzverwalter voraussichtlich keine Betriebsfortführung (z. B. mangels Liquidität) sicherstellen kann.¹¹

Selbst – so der BGH – die (drohende) Insolvenz muss jedoch der handelsrechtlichen Bewertung nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB zu Going-Concern nicht zwingend entgegenstehen. Könnte ein Insolvenzverwalter das Unternehmen fortführen, darf auch handelsrechtlich nach BGH zu Going-Concern bewertet werden.¹²

Nach diesseitiger Auffassung ist der Überschneidungsbereich zwischen handelsrechtlicher Fortführungsprognose nach HGB und insolvenzrechtlicher Fortbestehensprognose nach § 19 InsO noch nicht abschließend geklärt.

⁷ Vgl. dazu Hölzle ZIP 2023, 2498 mit strengen Prognoseanforderungen.

⁸ Vgl. BT-Drucks. 19/24182 (Gesetzesbegründung RegE zu SanInsFoG), S. 91: „Zudem soll die Antragsfrist bei Überschuldung auf sechs Wochen erhöht werden, um dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, Sanierungen im präventiven Restrukturierungsrahmen...ordentlich und gewissenhaft vorzubereiten.“; IDW ES 11 Tz. 71: „Strebt der Schuldner einen Restrukturierungsplan gemäß StaRUG an, können sich hieraus Auswirkungen auf die Beurteilung der Fortbestehensprognose ergeben, wenn die Zahlungsfähigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch die Rechtswirkungen des Restrukturierungsplans im Prognosezeitraum erhalten bleiben kann ...“

⁹ Vgl. IDW ES 11, Tz. 60: „Sie ist eine reine Zahlungsfähigkeitsprognose“; vgl. auch Bork, ZRI 2023, 897, 900; zu den Prognoseanforderungen Schröder, in: Hamburger Kommentar, 9. A. 2021, § 19, Rz. 20 ff.

¹⁰ Vgl. auch ein sog. Positionspapier des IDW vom 15.08.2012, WPg 17/2012, S. 906.

¹¹ Vgl. BGH v. 26.01.2017 – IX ZR 285/14, NZI 2017, 312, unter Tz. 26 des Urteils.

¹² BGH a. a. O., Tz. 27.



2. Meinungsstand zu Prognoseanlass und Prognoseinhalten

2.1 BGH

Insbesondere in der schon zuvor zitierten sogenannten Steuerberaterentscheidung des BGH vom 26.01.2017 – IX ZR 285/14 hat dieser sogenannte „Sonnenscheinkriterien“ aufgestellt. Ergibt die handelsbilanzielle Betrachtung (der Jahresabschluss oder ein aktueller Zwischenabschluss), dass handelsbilanziell ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag (ausgewiesen auf der linken Seite der Bilanz) gegeben ist, konnte das Unternehmen in der Vergangenheit nicht leicht auf Liquidität zugreifen oder/und hat das Unternehmen Verluste erwirtschaftet, ist eine explizite und schriftliche Fortbestehensprognose angezeigt, und zwar bereits dann wenn nur eines der vorgenannten Sonnenscheinkriterien fehlt.

Auf eine explizite und schriftlich dokumentierte Prognose kann also nur dann verzichtet werden, wenn alle drei vorgenannten Kriterien kumulativ erfüllt sind.

Die zuvor zitierte BGH-Entscheidung, die sich mit der handelsrechtlichen Prognose befasst, ist zu den Prognoseanforderungen eher ungenau. Der BGH spricht von einer „komplexen Prognose über die Gesamtsituation des Unternehmens“. Zur exakten betriebswirtschaftlichen Technik der Prognoseprüfung sagt der BGH wenig.

2.2 OLG-Entscheidungen

Insbesondere das OLG Stuttgart hat in mehreren Entscheidungen die Prognosetechnik aus juristischer Sicht näher definiert.¹³ In einer Entscheidung aus dem Jahr 2020 führte das OLG Stuttgart zu den Prognoseanforderungen aus:

„Eine positive Fortführungsprognose setzt neben einem Fortführungswillen ... jedenfalls voraus, dass das Unternehmen über den Prognosezeitraum ... voraussichtlich zahlungsfähig bleibt. ... Eine ordnungsgemäße Fortführungsprognose muss nach sachgerechten Kriterien für sachverständige Dritte nachvollziehbar erstellt werden ... Hierzu ist regelmäßig zunächst – ggf. unter Einbeziehung von realistischen Sanierungsbemühungen – ein aussagekräftiges und plausibles Unternehmenskonzept zu erstellen. Hieraus ist dann eine Ertrags- und vor allem Finanzplanung des Unternehmens für diesen Prognosezeitraum zu entwickeln ...“¹⁴

2.3 IDW (E)S 11

Das IDW formuliert auszugsweise wie folgt:

„Für die positive Fortbestehensprognose muss die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit innerhalb des Prognosezeitraums wahrscheinlicher sein als der Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit.“¹⁵

¹³ Vgl. OLG Stuttgart v. 27.10.2020 – 12 U 82/20.

¹⁴ OLG Stuttgart a. a. O. Tz. 48 ff.

¹⁵ IDW ES 11, Tz. 68.



IV. Empfehlungen

1. Dokumentation: Rechtzeitig erstelltes Gutachten

1.1 Inhalte: IDW S 6 und „in sich schlüssiges Unternehmenskonzept“

Da, wie ausgeführt, Geschäftsleiter und Berater in einem Rechtsstreit die Darlegungs- und Beweislast für die positive – insolvenzrechtliche – Fortbestehensprognose tragen (s. o. II. 2.2), ist dringend anzuraten, eine – in gutachterlicher Form dokumentierte – Prognose von einem Fachmann erstellen zu lassen, wenn eines der sogenannten Sonnenscheinkriterien (s. o. III. 2.1 zur BGH-Rechtsprechung) nicht erfüllt ist.

Im IDW ES 11 (soweit bisher bekannt) sagt das IDW wenig zu den Anforderungen an das Unternehmenskonzept i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1, 2. HS InsO.¹⁶ Dieser „Standard“ des IDW behandelt die Insolvenzgründe, d. h. die insolvenzrechtliche Überschuldung. Bisher liegt nur ein Entwurf vor.

Da die „Formeln“ zu einem „in sich schlüssigen Unternehmenskonzept“ in der Rechtsprechung aus betriebswirtschaftlicher Sicht wenig präzise ausgefüllt sind, dürfte, so die diesseitige Ansicht und Empfehlung, zumindest eine „Orientierung“ an dem Standard IDW S 6 (zu Sanierungskonzepten) auch im Rahmen des § 19 Abs. 1 S. 1, 2. HS. InsO, d. h. bei Untermauerung der Prognose, sinnvoll sein. Von einer „Orientierung“ wird hier deshalb gesprochen, weil der IDW S 6 bekanntlich eine Ertrags- und Wettbewerbsfähigkeit für eine Sanierung verlangt sowie hohe Anforderungen an die Eigenkapitalausstattung stellt. Da nach überwiegender Auffassung die Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 S. 1, 2. HS InsO eine – bloße – Liquiditäts- und Zahlungsfähigkeitsprognose ist, kann es im Rahmen des § 19 InsO nach diesseitiger Auffassung nicht auf die Elemente des IDW S 6, die eine Wettbewerbs- und Renditefähigkeit oder eine besonders intensive Eigenkapitalausstattung verlangen, ankommen.

„Streicht“ (gedanklich) der Verfasser der dokumentierten Überschuldungsprüfung – der positiven Fortbestehensprognose – die Passagen des IDW S 6 zu Wettbewerbs- und Renditefähigkeit und zur hohen Eigenkapitalausstattung, ist der „Rest“ des IDW S 6 stets eine geeignete Grundlage für das „in sich schlüssige Unternehmenskonzept“ – als Basis der Zahlungsfähigkeitsprognose – i. S. d. § 19 Abs. 2 S. 1, 2. HS InsO.

1.2 Integrierte Unternehmensplanung

Ein auf dieser Basis erstelltes „in sich schlüssiges Unternehmenskonzept“ ist dann die Grundlage für die Erstellung der – integrierten – Unternehmensplanung, die die Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum (von zwölf Monaten) nach § 19 InsO nachweisen muss.¹⁷

Ergibt die integrierte Unternehmensplanung, dass die juristische Person im Prognosezeitraum von externer Seite mit Liquidität versorgt werden muss (was häufig durch die Gesellschafter geschieht), ist grundsätzlich eine sogenannte „harte“ Patronatserklärung zu empfehlen. Immer dann, wenn die integrierte Unternehmensplanung im Prognosezeitraum schon eine Liquiditätslücke prognostiziert, wird die Situation kritisch. „Weiche“ Unterstützungserklärungen sind nach der Air-Berlin-Entscheidung des BGH in der Regel in dieser Situation nicht ausreichend.¹⁸

Die bloße Praxis, die häufig zu beobachten ist, wonach auf „Zuruf“ Gesellschafter in eine Verlustgesellschaft Geld einschießen bzw. in der Vergangenheit eingeschossen haben, führt (regelmäßig) nicht zur Annahme einer positiven Fortbestehensprognose. Etwas großzügiger ist der BGH im Bereich öffentlicher Daseinsvorsorge oder in sonstigen Bereichen, in denen es nicht auf Gewinnerzielung ankommt.¹⁹

¹⁶ IDW ES 11 Tz. 62: „Die Fortbestehensprognose ist das wertende Gesamturteil über die Lebensfähigkeit des Unternehmens in der vorhersehbaren Zukunft. Sie wird auf Grundlage des Unternehmenskonzepts und des auf der integrierten Planung abgeleiteten Finanzplans getroffen.“

¹⁷ Zur Definition der sog. integrierten Unternehmensplanung vgl. IDW F&A zu IDW S 6, Ziff. 7.1: „In der Regel ist es erforderlich, dass eine integrierte Finanzplanung erstellt wird. Diese beinhaltet immer eine GuV-, Bilanz- sowie eine Liquiditätsplanung. Es ist erforderlich, dass die drei Bestandteile der Planung nicht nur aufeinander abgestimmt, sondern auch miteinander verknüpft sind, dass sich Prämissen und ihre Änderung in einer Teilplanung auch folgerichtig in den anderen Teilplanungen auswirken.“

¹⁸ BGH v. 13.07.2021 – II ZR 84/20 unter Tz. 80.

¹⁹ BGH v. 13.07.2021 – II ZR 84/20 unter Tz. 82: „Außergewöhnliche Umstände, die im Ausnahmefall eine abweichende Beurteilung rechtfertigen mögen, etwa, weil der Patron mit der Ausstattung der Gesellschaft ganz überwiegend keine Gewinnerzielung anstrebt und aus übergeordneten Gründen zur Übernahme von Verlusten bereit bzw. etwa im Bereich der Daseinsvorsorge verpflichtet ist, sind vom Geschäftsleiter substantiiert darzulegen und zu beweisen.“



1.3 Gefahr „... in Anlehnung an IDW S 6“; Prämissen und Beurteilungsspielraum?

Ein nach Maßgabe vorstehender Ausführungen „verschlanktes“ IDW S 6-Gutachten ist nicht mit einem Gutachten „in Anlehnung“ an IDW S 6 zu verwechseln!

Manche (nach diesseitiger Erfahrung die meisten) IDW S 6-Gutachten „in Anlehnung“ befassen sich nicht ausreichend mit den Prämissen für die Unternehmensplanung. So finden sich gelegentlich in diesen Gutachten „in Anlehnung“ Formulierungen wie *„die Prämissen haben wir nicht geprüft und sind von der Geschäftsleitung zu verantworten“*. Solche Ausführungen sind keine taugliche Basis für eine solide Fortbestehensprognose zum Nachweis fehlender insolvenzrechtlicher Überschuldung. Wenn der Gutachter, der eine positive Fortbestehensprognose belegen will, die Prämissen nicht „stresst“ oder durch andere Formulierungen letztlich die Verantwortung für die Tatsachenbasis des Gutachtens an die Geschäftsleitung zurückgibt, droht im Insolvenzfall Streit. Zwar mag die Beurteilung der Tatsachenbasis für die Prämissen primäre Aufgabe der Geschäftsleitung sein. Der Gutachter muss das aber betont kritisch hinterfragen. Diese kritische Prüfung der Prämissen muss im Gutachten zur Fortbestehensprognose klar erläutert werden. Sonst droht, dass Wunschdenken eine positive Prognose tragen soll, was nicht anzuerkennen ist.

Erweist sich die Prognose nachträglich als fehlerhaft, sind bei „dünnen“ Unternehmenskonzepten (vom Gutachter nicht sehr kritisch überprüften Prämissen und/oder keine vollständige Datengrundlage) begründete Angriffe des Insolvenzverwalters zu befürchten.²⁰ Zwar besteht bei der Prognose ein „gewisser“ Beurteilungsspielraum.²¹ Das heißt aber nicht, dass bloße Hoffnungswerte eine positive Prognose tragen. Wie oben ausgeführt, ist der Beurteilungsspielraum insbesondere dann eingeschränkt, wenn die Unternehmensplanung im Prognosezeitraum Liquiditätslücken ausweist, also Zufuhr von Liquidität „von außen“, z. B. durch Gesellschafter, prognostisch erforderlich ist.²²

1.4 Keine schnellen Rangrücktritts-/Patronatserklärungen

Nicht selten werden z. B. in Zusammenhang mit der Erstellung des Jahresabschlusses Rangrücktritts- und/oder Patronatserklärungen abgegeben. Solche Erklärungen müssen Bestandteil einer intensiven und „durchgerechneten“ Prüfung der Insolvenzgründe sein. Wird z. B. durch solche Erklärungen versucht, ein negatives handelsbilanzielles Eigenkapital auszugleichen, droht ohne „Intensiv-Prüfung“ der Insolvenzgründe, dass der Rangrücktritt schon rechnerisch nicht ausreicht, die Insolvenzreife zu beseitigen. Oft unterlaufen bei Abfassung der Erklärungen rechtliche Fehler (z. B. untaugliche, befristete Rangrücktritte). Der Patron muss neben der Abgabe einer „harten“ Erklärung²³ auch so bonitätsstark sein, dass er die berechneten finanziellen Lücken rechtzeitig schließen kann. Seinen Zahlungspflichten muss der Patron kontinuierlich nachkommen.²⁴

²⁰ Vgl. auch F&A zu IDW S 6 unter Ziff. 2.4: „Kein Raum ... für lediglich in Anlehnung ...“.

²¹ BGH v. 13.7.2021 – II ZR 84/20 („Air Berlin“), dort Tz. 69: „Dem Geschäftsleiter ist bei der Beantwortung der Frage, ob eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann, ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Bei der Prüfung, ob der Geschäftsleiter seinen Beurteilungsspielraum überschritten hat, darf die Vermögenssituation der Gesellschaft nicht aus der Rückschau beurteilt werden, sondern es ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines ordentlichen Geschäftsleiters in der konkreten Situation abzustellen ...“

²² s. o. IV. 1.2 und BGH, Urteil vom 13.7.2021 – II ZR 84/20, Tz 80: „Geht es darum, ob sich bei einer bereits in der Krise befindlichen Gesellschaft aufgrund der Ertrags- und Finanzplanung abzeichnende Liquiditätslücken nur schließen lassen, wenn man eine Mittelzufuhr durch einen Patron unterstellt, die dieser lediglich im Rahmen einer weichen Patronatserklärung zugesagt hat und auf die demgemäß kein Rechtsanspruch besteht, sind dem Beurteilungsspielraum der Geschäftsleitung vor dem Hintergrund der Interessen der Gläubiger der Gesellschaft allerdings enge Grenzen gesetzt.“

²³ oben IV 1.2

²⁴ Dazu BGH Urt. v. 19. 5. 2011 IX ZR 9/10.



2. Plausibilitätsprüfung der Geschäftsleitung erforderlich!

Ein plausibles Gutachten eines Fachmanns, der die Überschuldung verneint, führt grundsätzlich dazu, dass ein Geschäftsleiter nicht schuldhaft handelt. Die Haftungsrisiken lassen sich so, selbst wenn der Ersteller des Gutachtens angreifbare Aspekte ausführte, stark eingrenzen.²⁵ Fehler des Gutachtens sind der Geschäftsleitung tendenziell nicht zuzurechnen.

Es reicht aber nicht, dass der Geschäftsleiter einen Fachmann mit der – dokumentierten – Erstellung einer Fortbestehensprognose beauftragt. Die Geschäftsleitung muss die Tätigkeit des beauftragten Fachmanns (z. B. eines insolvenzerfahrenen Wirtschaftsprüfers) auf „Plausibilität“ überprüfen.²⁶ Dies bedeutet: Der Geschäftsleiter muss auf eine zeitnahe Erstellung der Fortbestehensprognose hinwirken (maximal vier bis sechs Wochen, wegen des Laufs der Insolvenzantragsfrist). Ist die Datengrundlage für die Fortbestehensprognose unvollständig oder nicht aktuell, fehlt es ebenfalls an der Plausibilität.²⁷ Verletzt die Geschäftsleitung ihre Pflicht, das Gutachten auf Plausibilität zu überprüfen, haftet die Geschäftsleitung (oft zusammen mit dem Gutachter) wegen Insolvenzverschleppung.

Nach vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass ein Berater, der eine Fortbestehensprognose erstellt, nicht versuchen sollte, die Verantwortung dafür auf die Geschäftsleitung „abzuwälzen“. Warnhinweise wie *„konnten unter Zeitdruck nur cursorisch prüfen und unterstellen die Richtigkeit und Vollständigkeit aller Zahlen, die in die Verantwortung der Geschäftsleitung fallen“* können wegen Verletzung von Hinweis- und Beratungspflichten im Falle einer späteren Insolvenz zur Haftung des Beraters führen.

Insbesondere: Schließt ein Berater einen Vertrag z. B. mit einer GmbH, kann dieser Beratungsvertrag – in einer etwaigen Ertrags- und Liquiditätskrise der GmbH – leicht eine sogenannte Schutzwirkung zu Gunsten des Geschäftsleiters (Schutzwirkung zu Gunsten Dritter) entfalten.²⁸ Diese Schutzwirkung gilt nach der zuvor zitierten BGH-Entscheidung auch bei Nebenpflichten, wie dem geschuldeten Hinweis auf die notwendige Prüfung der (etwaigen) insolvenzrechtlichen Überschuldung.

Das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ist nach verbreiteter Auffassung das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung. Recht leicht nimmt der BGH (a. a. O.) an, dass ein sanierungsnaher Berater auch für Schäden, die dem Geschäftsleiter persönlich entstehen, einstehen muss.

Beispiel:

Würde etwa oben im Ausgangsfall (I.) der Geschäftsleiter auf 731 Mio. € haften, ist es möglich, dass dieser Geschäftsleiter versucht, diese Haftung auf seine Berater „abzuwälzen“.

Risikante Mandatsinhalte, die zur Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung führen können, werden oft verkannt:

In vielen Fällen beraten Rechtsanwälte oder Steuerberater einen ursprünglich „gesunden“ Mandanten. Oft handelt es sich auch um ursprünglich klar abgegrenzte, nicht sanierungsbezogene Mandatsinhalte. Kommt es dann aber – später – zu Krisenanzeichen des Mandanten, wird der „vertraute“ Berater – oft ohne schriftliche Abrede – zu diesen „Krisenthemen“ hinzugezogen. Das kann Bereiche wie etwa eine Kreditbeschaffung, Sanierungskonzepte oder auch Überlegungen zur Liquidation der Gesellschaft betreffen. Diese „ungewollte Sanierungsnahe“ löst leicht insolvenzbezogene Hinweispflichten aus. Diese insolvenzbezogenen Hinweispflichten haben auch Schutzwirkung zu Gunsten des Geschäftsleiters oder ggf. anderer Organe oder Gesellschafter der Gesellschaft.²⁹

²⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 28.4.2015 – II ZR 63/14 zu etwaigen Rechtsirrtümern.

²⁶ BGH v. 24.09.2019 – II ZR 248/17, NZI 2020, 180.

²⁷ Zu einem Fall mangelnder Plausibilitätsprüfung vgl. KG v. 28.04.2022 – 2 U 39/18 (im dortigen Fall waren Steuer-/Sozialversicherungsverbindlichkeiten vom Ersteller des Gutachtens nicht gesehen und diesem nicht mitgeteilt worden).

²⁸ Vgl. BGH v. 29.06.2023 – IX ZR 56/22.

²⁹ OLG Köln, Beschl. v. 13.10.2021 – 2 U 23/21, ZIP 2022, 384 (der Fall betraf einen Sanierungsberater, der sich nicht klar und intensiv genug mit der Prüfung der Insolvenzgründe befasst hatte; das OLG nimmt eine Schutzwirkung zu Gunsten der Geschäftsleiter persönlich an, sodass der Berater für Schäden, die bei Organ- und/oder Geschäftsleitern eintreten, dann haften muss, selbst wenn der Vertrag eigentlich nur mit der GmbH zustande gekommen ist).



3. Kontinuierliche Fortschreibung

Die Überschuldungsprüfung muss, solange die Krisensituation nicht „nachhaltig“ beseitigt ist, kontinuierlich fortgeschrieben werden. Da sich bei einer Besserung der Lage darüber streiten lässt, wann die Krise „nachhaltig beseitigt“ ist, sollte im Zweifelsfall die Prüfung der Überschuldung nicht zu schnell beendet werden.

V. Einheitlicher und ausreichender Versicherungsschutz?

Schließlich sind Aspekte des Versicherungsschutzes wichtig:

Wie schon oben (I.) im Ausgangsfall geschildert, können die Haftungssummen enorm hoch werden. Bei insolvenznaher Beratung oder einer Tätigkeit des Geschäftleiters in der Krise sollte deshalb zunächst die Höhe der Deckungssummen im Blick behalten werden. Bei der Beratung eines größeren Unternehmens kann eine sogenannte Objektdeckung für das Beratungsmandat mit höheren Versicherungssummen empfehlenswert sein.

Zudem kann die Beauftragung einer Vielzahl von Beratern dazu führen, dass im Regressfall mehrere D&O- und/oder Haftpflichtversicherer mehrerer Berater involviert sind. Das kann einerseits dazu führen, dass verschiedenste Anspruchsgrundlagen von einem Insolvenzverwalter angeführt werden, andererseits dazu, dass verschiedenste Versicherungen beteiligt sind. Das kann zu Streitigkeiten untereinander und der Erschwerung einer zügigen – ggf. auch vergleichswisen – Erledigung des Falles beitragen. Bei Sanierungsmandaten mag sich deshalb im Einzelfall empfehlen, dass sich die (ggf. mehreren) Berater und die Geschäftsleitung abstimmen und Versicherungsschutz nur bei einer – bestimmten – Versicherung abschließen.

VI. Fazit ³⁰

Ist eines der sogenannten Sonnenscheinkriterien nicht (mehr) erfüllt (das handelsbilanzielle Eigenkapital ist negativ, in der Vergangenheit wurden Verluste erzielt oder es war nicht leicht möglich, auf Liquidität zuzugreifen), ist eine – explizite und dokumentierte, d. h. schriftliche – Fortbestehensprognose zu erstellen. Grundlage ist ein Unternehmenskonzept, das sich an den Grundsätzen des IDW S 6 orientieren sollte (jedenfalls, wenn es sich nicht nur um ein kleines Unternehmen handelt). Da die Fortbestehensprognose nach h. M. eine reine Zahlungsfähigkeitsprognose ist, sind allerdings die Elemente des IDW S 6, die eine Ertrags- und Renditefähigkeit und Eigenkapital verlangen, für das Unternehmenskonzept i. S. d. § 19 InsO nicht notwendig abzuarbeiten.

Auf Basis eines hiernach „schlüssigen“ Unternehmenskonzepts ist die integrierte Unternehmensplanung zu entwickeln. Diese muss im Zwölf-Monatszeitraum die Zahlungsfähigkeit der juristischen Person mit einer Wahrscheinlichkeit von über 50% belegen. Eine notwendige externe Liquiditätszufuhr ist durch rechtsverbindliche Erklärungen inklusive Bonitätsnachweis des Patrons abzusichern.



Christian Lorenz

Experte
Rechtsanwälte,
Steuerberater,
Wirtschaftsprüfer

Erlenstegenstr. 89
90491 Nürnberg

Telefon +49 911 960429-59
Telefax +49 911 960429-51
Mobil +49 175 3644128

christian.lorenz@hdi.de



³⁰ Wegen einiger weiterer typischer „Stolpersteine“ bei Mandanten in einer Ertrags- oder Liquiditätskrise sei ergänzend auf einen diesseitigen Aufsatz (Körner/Rendels) in der GmbH-Rundschau 2023, S. 1251-1259 verwiesen. Dort werden u.a. Aspekte eines kontinuierlichen Soll-/Ist-Abgleichs ebenso behandelt wie Fragen zu Inhalten von Beraterverträgen.

**Das Preis-Leistungs-Verhältnis der DKV-Gruppentarife
ist gegenüber dem einer Einzelversicherung unschlagbar!**

Versicherte profitieren von denselben Leistungen –
und zahlen bis zu 65 % weniger!

Ihre Vorteile:

- ✓ **Gleiche Konditionen** für Familienangehörige und Lebenspartner
- ✓ **Annahmegarantie** für versicherungsfähige Personen
- ✓ **Sofortiger Versicherungsschutz** ohne Wartezeit bei Tarifen mit Gesundheitsfragen
- ✓ **Krankheitskostenvollversicherung** zur Absicherung von ambulanten, zahnärztlichen und stationären Privatbehandlungen
- ✓ **Zusatzversicherung** als Erweiterung des gesetzlichen Krankenversicherungsschutzes
- ✓ **Krankentagegeldversicherung** für die weiterlaufenden fixen Kanzlei- und Betriebskosten bei Arbeitsunfähigkeit
- ✓ **Pflegeversicherung** bei Pflegebedürftigkeit

**Wir machen keine Werbung –
wir machen Ihnen ein Angebot zu Top-Konditionen!**



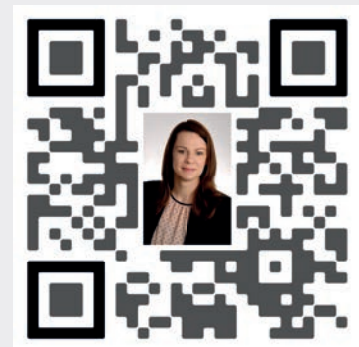
Tanja Bloß

Expertin
Gesundheit

Erlenstegenstr. 89
90491 Nürnberg

Telefon +49 911 960429-64
Telefax +49 911 960429-51

tanja.bloss@hdi.de



JAHREIS  KOLLEGEN

powered by **HDI**

Bayreuth · Nürnberg · Dresden · Düsseldorf · Osnabrück · Halle (Westf.) · Eitorf / Bonn

