

BGH: Positive Fortbestehensprognose kraft Patronatserklärung?

Der BGH hat jüngst in einem Urteil vom 13.07.2021 (II ZR 84/20) die Anforderungen an die Fortbestehensprognose gem. § 19 Abs. 2 Satz 1, 2. HS InsO präzisiert. Eine lediglich »weiche« Patronatserklärung ist nach zutreffender Ansicht des BGH nicht geeignet, eine rechnerische Überschuldung auszuschließen. Damit kommt es zur Vermeidung einer Überschuldung durch eine Patronatserklärung entscheidend auf die Frage an, ob eine positive Fortbestehensprognose gegeben ist. Eine »weiche« Patronatserklärung kann nur ausnahmsweise eine positive Fortbestehensprognose begründen. Stets ist als Basis für eine positive Fortbestehensprognose ein »aussagekräftiger«, so der BGH, Ertrags- und Finanzplan zwingend (BGH, a. a. O., Tz. 71).

Text: Rechtsanwältin Dr. jur. Sandra Körner und Rechtsanwalt Dr. jur. Dietmar Rendels, beide RST Rendels Körner & Partner mbB, Köln

1. Sachverhalt

Der BGH-Fall betrifft die Insolvenz von Air Berlin. Der Beklagte war ab Februar 2017 sog. Executive Director der A. PLC. Diese war wiederum Komplementärin der A. PLC & Co. KG (Air Berlin, im Folgenden kurz »Schuldnerin«).

Die Klägerin verfügte als GmbH über eine Registrierung im Bereich der Inkassodienstleistungen. Sie verlangt von dem Beklagten Zahlung von rd. 24.000 Euro. Dem lagen Flugbuchungen von sieben Kunden im Zeitraum vom 05.05.2017 bis zum 06.07.2017 zugrunde, die bereits bezahlt waren. Am 15.08.2017 wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Flüge wurden infolge der Insolvenz der Schuldnerin nicht mehr durchgeführt. Die Klägerin reklamiert damit vom Beklagten einen sog. Neugläubigerschaden.

2. Das BGH-Urteil

2.1 Zunächst befasst sich der BGH intensiv mit der Frage, ob die Abtretung der Kundenforderungen an die Klägerin gem. § 134 BGB i. V. m. § 3 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) nichtig war. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass das vorliegende »Sammelklage-Inkasso« nicht gegen die Vorschriften des RDG verstößt. Der BGH vertritt zugunsten der Klägerin einen weiten Inkassobegriff. Darauf soll hier nicht weiter eingegangen werden.

2.2 Anspruchsgrundlage zum Ersatz des vollen sog. Neugläubigerschadens ist § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15 a Abs. 1 Satz 1, 2 InsO. »Verschläft« der Geschäftsführer den Zeitpunkt der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung, hat der Geschäftsführer einem vertraglichen Neugläubiger den Schaden zu ersetzen,

der ihm dadurch entstanden ist, dass er infolge des Vertragsschlusses mit der insolvenzreifen Gesellschaft im Vertrauen auf deren Solvenz noch Geld- oder Sachmittel als Vorleistung zur Verfügung gestellt hat (BGH unter Tz. 66).

2.3 Im Fall hatte die Klägerin behauptet, der Beklagte habe die Insolvenzantragstellung wegen Überschuldung versäumt.

Rechnerische Überschuldung?

Eine Überschuldung ist immer dann ausgeschlossen, wenn es schon an der rechnerischen Überschuldung i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1, 1. HS InsO fehlt (»wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt«). Wie der vorstehend zitierte Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 1, 1. HS InsO ergibt, trägt die Darlegungs- und Beweislast für diese rechnerische Überschuldung der Insolvenzverwalter. Nach (zutreffender) Ansicht des BGH kann nur eine sog. »harte« Patronatserklärung diese rechnerische Überschuldung vermeiden (BGH, a. a. O., Tz. 74 mit Hinweis auf STAR 21 – BGH, Urt. v. 20.09.2021 – II ZR 296/08). Für die Revisionsinstanz ging der BGH davon aus, dass es sich um eine »weiche« Patronatserklärung handelte. Die rechnerische Überschuldung war damit nicht ausgeräumt.

Positive Fortbestehensprognose erfordert »aussagekräftigen« Ertrags-/Finanzplan

Damit kam es auf die Frage an, ob eine positive Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1, 2. HS InsO vorlag (»... es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.«). Nach dem vorstehend zitierten Gesetzeswortlaut – nach Änderung des

Überschuldungsbegriffs durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (vom 17.10.2008, BGBl. I, 1982) – ist trotz einer (etwaigen) rechnerischen Überschuldung die insolvenzrechtliche Überschuldung immer dann ausgeschlossen, wenn eine positive insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose besteht.

Zur Prognose betont der BGH (Tz. 71), dass die Geschäftsleitung zwar einen Beurteilungsspielraum habe. Als Basis für eine positive Fortbestehensprognose sei aber immer ein »aussagekräftiger« Ertrags- und Finanzplan ex ante erforderlich.

Zudem betont der BGH (a. a. O., Tz. 71), dass bei Krisenanzeichen oder bei einer sich »zunehmend abzeichnenden Verschlechterung der finanziellen Situation« diese Fortbestehensprognose nebst Ertrags- und Finanzplan in »kurzen zeitlichen Abständen an die jeweilige Lage angepasst« werden müsse. Ein Geschäftsleiter müsse »den Vermögensstand jederzeit im Blick (haben).«

In diesem Zusammenhang kann dann auch eine »weiche« Patronatserklärung von Bedeutung sein. Der BGH hebt hervor, dass entgegen einer in der Literatur und Rechtsprechung verbreiteten Ansicht im Rahmen der Fortbestehensprognose auch eine »weiche« Patronatserklärung zu einer positiven Fortbestehensprognose führen könne. Zur Begründung führt der BGH u. a. an, dass auch die Unternehmenserträge, die im Rahmen der Ertragsplanung eingestellt werden, nur eine Zukunftserwartung widerspiegeln würden und keinen Rechtsanspruch (wie eine »harte« Patronatserklärung).

Allerdings unterstreicht der BGH weiter, dass eine »weiche« Patronatserklärung bei Krisenanzeichen nur ausnahmsweise zu einer positiven Fortbestehensprognose führen kann. Bei Krisenanzeichen seien, sofern eine »weiche« Patronatserklärung zu einer positiven Fortbestehensprognose führen soll, dem »Beurteilungsspielraum der Geschäftsleitung vor dem Hintergrund der Interessen der Gläubiger ... enge Grenzen gesetzt« (BGH, a. a. O., Tz. 80).

3. Anmerkung:

Integrierte Unternehmensplanung erforderlich; häufiges »Schönrechnen« durch Patronatserklärungen

3.1 Zutreffend betont der BGH, dass ohne eine aussagekräftige Unternehmensplanung keine positive Fortbestehensprognose angenommen werden kann. Damit teilt der BGH einer (wohl auch nicht mehr aktuell vertretbaren) Ansicht indirekt eine Absage, wonach sog. Indikatoren (z. B. Bewilligung öffentlicher

Mittel oder Interesse von Investoren an Kauf/Beteiligungserwerb) zu einer positiven Fortbestehensprognose führen könnten (vgl. dazu Bork, ZIP 2000, 1709, 1712 ff.).

Leider lässt der BGH aber – in betriebswirtschaftlicher Hinsicht – offen, wann der Ertrags- und Finanzplan des Unternehmens »aussagekräftig« ist. In der betriebswirtschaftlichen Praxis, sofern es sich nicht um ein Kleinunternehmen handelt, wird die sog. integrierte Unternehmensplanung als betriebswirtschaftlicher Standard angesehen (vgl. dazu Steffan/Oberg/Poppe, ZIP 2021, 617 ff. unter Bezugnahme auf Sanierungsabläufe im Zusammenhang mit StaRUG-Modulen). Die Praxis hätte zu den Prognosegrundlagen mehr Rechtssicherheit, wenn sich der BGH dazu »durchringen« könnte, auch in betriebswirtschaftlicher Hinsicht »Klartext« zu definieren. Die Instanzgerichte werden zur Frage der »Aussagekraft« der Unternehmensplanung ggf. Sachverständige bestellen. Betriebswirtschaftlich orientierte Sachverständige, insbesondere Wirtschaftsprüfer, die sich an den Verlautbarungen des IDW orientieren, werden im Zweifel ausnahmslos eine integrierte Unternehmensplanung verlangen (sofern es sich nicht um kleine Unternehmen handelt).

3.2 »Harte« oder »weiche« Patronatserklärungen werden in der Praxis häufig erwogen, um

- eine etwaige eingetretene/drohende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen (vgl. dazu BGH v. 19.09.2013 – IX ZR 232/12 »... *Gesellschafter ihrer Ausstattungsverpflichtung tatsächlich nachkommen*«),
- die Überschuldung zu vermeiden oder
- unter Ausräumung ansonsten gegebener Insolvenzzgründe zu einer positiven handelsrechtlichen Fortführungsprognose (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) zu gelangen.

Prüfung und Beleg der Finanzkraft des Patrons

Die Aussage des BGH im hier erörterten Fall, dass eine »harte« Patronatserklärung gegenüber einer Tochtergesellschaft geeignet sei, eine rechnerische Überschuldung zu vermeiden, ist zwar grundsätzlich richtig. Ergänzend ist zu betonen, dass (ex ante) eine Untersuchung und ein Nachweis ausreichender finanzieller Leistungsfähigkeit des Patrons erforderlich sind. Manchmal sind in der Praxis – insbesondere in Konzernlagen – Fälle zu beobachten, in denen eine Muttergesellschaft gegenüber einer Vielzahl von Tochtergesellschaften Patronatserklärungen abgibt. Dann mag diese Patronin noch gegenüber einer einzelnen Tochtergesellschaft in der Lage sein, ihre Verpflichtungen zu

erfüllen, aber nicht in Summe alle Verpflichtungen aus allen Patronatserklärungen. Das erfordert eine konsolidierte Gesamtbetrachtung eines Konzerns. Ohne ausreichende Überprüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Patronin (des Patrons) besteht die Gefahr, dass vorschnell die Beseitigung einer rechnerischen Überschuldung angenommen wird.

Bei der sog. internen Patronatserklärung (z. B. von Mutter an Tochter) ist zudem die Entscheidung des BGH vom 20.09.2010 – II ZR 296/08 (STAR 21) von Bedeutung. Danach – im Einzelfall, je nach Auslegung der Erklärung – kann die Patronatsvereinbarung mit Wirkung für die Zukunft gekündigt werden, wenn die Parteien dies den Umständen nach (ggf. auch konkludent) vereinbart haben. Das vereinbarte Kündigungsrecht kann dazu führen, dass die Patronatserklärung mit Wirkung für die Zukunft nicht als »hart« zu bewerten ist. In der Entscheidung des BGH zu STAR 21 hatte sich der BGH auf die Auslegung der Patronatsabrede beschränkt, d. h. keine Überschuldungsprüfung vorgenommen.

Zum Ausschluss einer rechnerischen Überschuldung oder Herbeiführung einer positiven insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose ist daher grundsätzlich zu empfehlen, einen Ausschluss des Kündigungsrechts des Patrons zu vereinbaren. Um das Risiko des Patrons einzugrenzen, mag eine (je nach Finanzbedarf z. B. in der Tochtergesellschaft) anhand der Unternehmensplanung berechnete, betragsmäßige »Deckelung« der Patronatserklärung verabredet werden.

Weiter hat der BGH bezogen auf eine externe, d. h. an einen Gläubiger gerichtete (ggf. auch »harte«) Patronatserklärung einer Muttergesellschaft entschieden, dass diese externe Patronatserklärung nicht geeignet sei, eine objektiv gegebene Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft zu beseitigen (BGH, Urt. v. 19.05.2011 – IX ZR 9/10).

3.3 Zudem ist immer wieder die Überschuldungsprüfung bei Start-up-Unternehmen ein Problem (vgl. dazu aktuell OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.07.2021 – 12 W 7/21). Das OLG Düsseldorf hat in der bezeichneten Entscheidung in Bezug auf ein Start-up ausgesprochen, dass zur Annahme einer positiven Fortbestehensprognose ein einklagbarer Anspruch gegen den Geldgeber nicht erforderlich sei.

Diese Aussage ist mit Skepsis zu betrachten. So gibt es manches Start-up mit einer sog. monatlichen Burn-Rate, d. h. mit einem monatlichen Finanzmittelbedarf, der schlicht »verbrannt« wird. So mancher Start-up-Unternehmer verschätzt sich hinsichtlich

der Länge der Verlustanlaufphase, was dazu führen kann, dass der Finanzinvestor früher oder später das Interesse an der freiwilligen Gewährung von Zuschüssen verliert. Das birgt das Risiko von Gläubigerschäden.

3.4 Mit StaRUG-Modulen Überschuldung vermeiden/beseitigen?

Weiter ist noch nicht abschließend geklärt, ob die StaRUG-Module im Einzelfall – bei Eignung des StaRUG zur durchgreifenden Sanierung im konkreten Fall – in der Lage sind, zu einer positiven insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose zu führen (dazu jüngst Rendels/Zabel/Körner, ZRI 2021, 653 ff.). Im Ergebnis wird man im Anschluss an die Gesetzesbegründung zum StaRUG, bei einem sehr gut vorbereiteten StaRUG-Vorgehen zur Annahme einer positiven insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose gelangen können. Grundlage dafür muss aber (sofern es sich nicht wiederum um ein Kleinunternehmen handelt) ebenfalls eine integrierte Unternehmensplanung sein (Rendels/Zabel/Körner, a. a. O., u. a. im Anschluss an den IDW ES 11, hier zitiert zum Stand 08.01.2021, Tz. 58 »... auf Grundlage ... der integrierten Planung abgeleiteten Finanzplans ...«).

Fazit

Zur »Aussagekraft« der Ertrags- und Finanzplanung wäre zu begrüßen, wenn sich der BGH dazu entschließen könnte, die Notwendigkeit einer integrierten Unternehmensplanung explizit zu betonen (vgl. dazu und zur Fortbestehensprognose Rendels/Zabel/Körner, ZRI 2021, 653 ff.).

Zudem ist bei dem Versuch der Beseitigung einer potenziellen Überschuldung durch »harte« oder »weiche« Patronatserklärungen ex ante aus Sicht der Geschäftsleitung oder des Abschlussprüfers Vorsicht geboten. Die »harte« Erklärung nützt nur, wenn sie »wirklich hart« und der Patron leistungsstark (Stichwort: eventuell konsolidierte Konzernbetrachtung erforderlich) ist. Die »weiche« Patronatserklärung ist zur Sicherstellung einer positiven Fortbestehensprognose nur sehr ausnahmsweise geeignet, was ex ante dazu führt, vom Versuch der Herbeiführung einer positiven Fortbestehensprognose kraft »weicher« Erklärung besser abzusehen.

Ergibt bei Prüfung der Prognose (z. B. »heute«) die Rückschau in die Vergangenheit trotz Patronatserklärung bei Fälligkeit »geschobene« Verbindlichkeiten, spricht das gegen eine positive Fortbestehensprognose. Das gilt auch bei einer »harten« Patronatserklärung (vgl. dazu BGH v. 19.09.2013 – IX ZR 232/12). «