

Dietmar Rendels^{*)}/Karsten Zabel^{**)}/Sandra Körner^{***)}

Nur drohend zahlungsunfähig oder überschuldet? – Anforderungen an die Fortbestehensprognose nach SanInsFoG?

Die Abgrenzung drohende Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung als Insolvenzauslöser bleibt auch nach der Änderung der InsO durch das SanInsFoG schwierig. Der Beitrag plädiert in diesem Zusammenhang für eine Präzisierung der Anforderungen an die Erstellung der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO und für das Erfordernis einer integrierten Unternehmensplanung mit schriftlicher Dokumentation der Planungsprämissen.

I. Einführung

Die Anforderungen an die Fortbestehensprognose sind in § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO gesetzlich nur rudimentär geregelt und in der Rechtsprechung bislang unzureichend geklärt. Das wirft die Frage auf, was ein Unternehmen exakt „abliefern“ muss, um kraft positiver Fortbestehensprognose die Überschuldung als Auslöser der Insolvenzantragspflicht auszuräumen.

Nach der bisherigen BGH-Rechtsprechung (vor SanInsFoG) folgt aus der drohenden Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 18 Abs. 2 InsO eine negative Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO.¹⁾ Die Zahlungsfähigkeitsprognose i. S. d. § 18 InsO ist danach mit der Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO identisch.²⁾ Fast immer, worauf unten noch näher eingegangen wird, wird bei negativer Fortbestehensprognose eine insolvenzrechtliche Überschuldung vorliegen.

Die Überschuldung löst bei juristischen Personen weiterhin, auch nach der Änderung der InsO durch das SanInsFoG, nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO den Lauf der Insolvenzantragsfrist aus. Der Schuldner hat bei Überschuldung maximal sechs Wochen Zeit, diese zu beseitigen (§ 15a Abs. 1 Satz 2 InsO n. F.). Bei nicht beseitigter Überschuldung bleibt es bei der Insolvenzantragspflicht.³⁾ Der klare Wortlaut des § 15a InsO enthält bei Vorliegen des Tatbestands der Überschuldung kein Wahlrecht des Geschäftsleiters des Schuldners, beispielsweise die Option eines Vorgehens nach StaRUG anstatt der Stellung eines Insolvenzantrages.

Im Anschluss an einen Vorschlag von Brinkmann⁴⁾ hat der SanInsFoG-Gesetzgeber zur Abgrenzung Überschuldung/drohende Zahlungsunfähigkeit den Prognosezeitraum, der der Fortbestehensprognose bei der Überschuldungsprüfung nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO zugrunde zu legen ist, auf zwölf Monate beschränkt. Bei einem Prognosezeitraum von mehr als zwölf Monaten führt das tendenziell zu einer klaren Abgrenzung der Überschuldung von der drohenden Zahlungsunfähigkeit.

Im Zwölf-Monats-Zeitraum, z. B. bei drohender Zahlungsunfähigkeit wegen auslaufender Kreditlinien in sechs Monaten, bleibt es beim Überschneidungsbereich zwischen drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung.⁵⁾ Nach der Gesetzesbegründung im SanInsFoG zu § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO n. F. ist diese Überschneidung „aber weiterhin so aufzulösen, dass eine die Überschuldung ausschließende Fortführungsprognose auch aus der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der erfolgreichen Umsetzung eines Sanierungs- oder Restrukturierungsverfahrens resultieren kann“.⁶⁾

^{*)} Dr. iur., Rechtsanwalt, RST Rendels Körner & Partner mbB, Köln

^{***)} Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Partner der RST HANSA GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Essen/Köln

^{*)*)} Dr. iur., Rechtsanwältin, RST Rendels Körner & Partner mbB, Köln

1) Vgl. BGH v. 19. 11. 2019 – II ZR 53/18, Rz. 27: „Die drohende Zahlungsunfähigkeit schließt aber objektiv eine positive Fortbestehensprognose der Gesellschaft im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO aus.“

2) Zur Identität der beiden Prognosen auch Piekenbrock, in: Ebke/Seagon/Piekenbrock, Überschuldung: Quo vadis?, 2020, S. 13, 16 unten, 17; vgl. zu weiteren Vorschlägen betreffend die Abgrenzung der Prognosen nach §§ 18, 19 InsO noch unten II 2.

3) Vgl. im Hinblick auf ein Vorgehen nach StaRUG: Pluta, NZI-Beilage 2021, 22, 23: „Besteht die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung im Zeitpunkt der Anzeige des Restrukturierungsvorhabens, steht dies dem weiteren Vorgehen grundsätzlich entgegen.“

4) Brinkmann, in: Ebke/Seagon/Piekenbrock, Überschuldung: Quo Vadis?, 2020, S. 67, 75 ff.; Brinkmann, in: 2. Festschrift Karsten Schmidt, 2019, Band II, S. 153 und Brinkmann, NZI 2019, 921; Brinkmann, ZIP 2020, 2361, 2362.

5) Schülke, DStR 2021, 621, 623 sieht daher tendenziell den StaRUG-Anwendungsbereich bei drohender Zahlungsunfähigkeit zwischen 12 und 24 Monaten.

6) Begründung zu Art. 5 Nr. 11 SanInsFoG-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 192 unten.

Daran anschließend vertritt das IDW im Standard ES 11⁷⁾ die Ansicht, es könne sich eine die Überschuldung ausschließende positive Fortbestehensprognose ergeben, „wenn die Zahlungsfähigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch die Rechtswirkungen des Restrukturierungsplans im Prognosezeitraum erhalten bleiben kann“. Das Erfordernis „überwiegend wahrscheinlich“ steht im Einklang mit dem – durch das SanInsFoG nicht geänderten – Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO.

Dürfen StaRUG-Effekte im Rahmen der Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO antizipiert werden?

Die Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein Schuldner im Rahmen des Insolvenzverfahrens den Rechtsträger mit Zwangseingriffen, z. B. mittels Insolvenzplan, voraussichtlich wieder sanieren wird.⁸⁾ *Bitter* kritisiert (in einer Fußnote), die Insolvenz werde wegdefiniert, wenn bei der Fortbestehensprognose StaRUG-Effekte antizipiert würden.⁹⁾ Deshalb dürfe auch das Sanierungsergebnis nach StaRUG bei der Fortbestehensprognose nicht berücksichtigt werden.¹⁰⁾ Dafür könnte, was diesseits ergänzt sei, auch die Ähnlichkeit von Insolvenzplan und StaRUG-Reorganisationsplan sprechen.¹¹⁾

Falls StaRUG-Effekte in die Fortbestehensprognose einfließen dürfen oder müssen, führt dies zu der Frage, was der Schuldner i. R. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO zum Nachweis der Annahme einer „überwiegenden“ Fortführungswahrscheinlichkeit konkret „abliefern“ muss.

Einige Autoren lassen sich jedenfalls so interpretieren, dass quasi „automatisch“ von einer positiven Fortbestehensprognose auszugehen sei.¹²⁾ Es ist die Rede davon, dass „die Überschuldung [...] in diesen zwölf Monaten durch eine qualifizierte Einschätzung [...] geheilt“ werden könne.¹³⁾

Nachfolgend gehen wir unter II den Tatbestandsmerkmalen und den allgemeinen „handwerklichen“ Anforderungen an die Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO nach, unter III den Auswirkungen der SanInsFoG-Reform auf die Fortbestehensprognose, unter IV Fragen des Prognosezeitraums, um unter V unsere Überlegungen zusammenzufassen.

II. Fortbestehensprognose und Tatbestandsmerkmale – „Fortführung [...] überwiegend wahrscheinlich“

1. Unterscheidung: Fortbestehens-/Fortführungsprognose nach HGB

Die insolvenzrechtliche Prognose nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO wird insbesondere von betriebswirtschaftlich orientierten Autoren als *Fortbestehensprognose*¹⁴⁾ bezeichnet, die handelsrechtliche Prognose nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB als *Fortführungsprognose*.¹⁵⁾ Bei letzterer geht es um die Bewertung von Vermögensgegenständen im Rahmen der Aufstellung des Jahresabschlusses.

Vor dem Hintergrund der Unterscheidung dieser Prognosen ist insbesondere aus betriebswirtschaftlicher Sicht in § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO das Tatbestandsmerkmal „Fortführung“ irreführend. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht müsste es – im Hin-

blick auf die Unterscheidung zur *Fortführungsprognose* nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB – in § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO anstatt „Fortführung“ besser „Fortbestehen“ heißen.

Die *Verfasser* beziehen sich jedenfalls nachfolgend mit „Fortbestehensprognose“ nur auf die Prognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO und mit „Fortführungsprognose“ auf die Prognose i. S. d. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB.¹⁶⁾

2. Abgrenzung Fortbestehensprognose/drohende Zahlungsfähigkeit

Umstritten ist die Abgrenzung der Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO von der Zahlungsfähigkeitsprognose zur Ermittlung der drohenden Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 18 Abs. 2 Satz 1 InsO. Die (jedenfalls bisher) h. M. erachtet beide Prognosen als identisch.¹⁷⁾ Die Fortbestehensprognose im Sinne der Überschuldungsprüfung ist nach h. M. eine Zahlungsfähigkeitsprognose.¹⁸⁾ Nach der BGH-Rechtsprechung richtet sich die positive Fortbestehensprognose im Ergebnis nach der mittelfristigen Finanzkraft,¹⁹⁾ was einer Zahlungsfähigkeitsprognose entspricht. Für eine positive Fortbestehensprognose muss die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit innerhalb des Prognosezeitraums wahrscheinlicher sein als der Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit.²⁰⁾

Nach einer Minderansicht erfordert eine positive Fortbestehensprognose auch eine Ertragsfähigkeit.²¹⁾ Dahinter steckt u. a. die

- 7) IDW ES 11 v. 8. 1. 2021, Tz. 68 (bei Redaktionsschluss war der Entwurfsstandard auf der Zielgeraden. Die Endfassung lag uns noch nicht vor, sodass in der finalen Fassung des IDW S 11 zu den hier erörterten Problemen möglicherweise andere/weitere Kommentare und Empfehlungen enthalten sind).
- 8) Zur Unzulässigkeit der Berücksichtigung von Insolvenzeffekten bei der Überschuldungsprüfung ex ante MünchKomm-Drukarczyk/Schüler, InsO, 4. Aufl., 2019, § 19 Rz. 116: „Rückwirkungen des möglichen Eintritts in ein Insolvenzverfahren [...] nicht zu berücksichtigen“ (dort in Zusammenhang mit Bewertung).
- 9) *Bitter*, ZIP 2021, 321, 322 (dort Fußn. 14).
- 10) Vgl. *Bitter*, ZIP 2021, 321, 322, dort insbesondere Fußn. 14 („[...] Insolvenz löst sich definitiv in Luft auf, nicht aber der wirtschaftliche Tatbestand [...]“); gegen eine Berücksichtigung der StaRUG-Optionen bei Prognoseerstellung auch *Piekenbrock*, NZI-Beilage 2021, 82, 84.
- 11) Auch die Gesetzesbegründung zum StaRUG-RegE betont die Parallelen von Reorganisations- und Insolvenzplan, BT-Drucks. 19/24181, S. 83 unten/S. 84 oben: „[...] der zu schaffende Rahmen weitgehende funktionale Übereinstimmungen mit den insolvenzrechtlichen Sanierungsoptionen aufweist“.
- 12) Vgl. *Balthasar*, NZI-Beilage 2021, 18, 19; zur Abgrenzung drohende Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung *Piekenbrock*, NZI-Beilage 2021, 82, 84; *Skauradszun*, ZRI 2020, 625, 634 (unten rechts) möchte der Gesetzesbegründung entnehmen, dass das Fortbestehen nicht überwiegend wahrscheinlich sein müsse. Das erscheint unzutreffend. Die Gesetzesbegründung enthält keinen Verzicht auf die überwiegende Fortführungswahrscheinlichkeit und der Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO ist unverändert.
- 13) *Haghani*, NZI-Beilage 2021, 15 unter Hinweis auf *Balthasar*, NZI-Beilage 2021, 18, 19.
- 14) Vgl. dazu Positionspapier des IDW vom 13. 8. 2012 „Zusammenwirken von handelsrechtlicher Fortführungsannahme und insolvenzrechtlicher Fortbestehensprognose“; ebenso IDW ES 11 n. F., S. 14 ff.; *Gehrlein*, WM 2018, 1.
- 15) Vgl. IDW-Positionspapier (Fußn. 14), Tz. 13 ff.; *Ehlers*, NZI 2011, 161.
- 16) Wobei Überschneidungen und Unterscheidung dieser beiden Prognosen eine weitere „Baustelle“ sind, vgl. dazu schon *Ehlers*, NZI 2011, 161 und aktuell mit Bezug zur Corona-Pandemie *Neu/Senger*, GmbH 2021, 517.
- 17) S. o. 1 und Fußn. 1 und 2.
- 18) IDW ES 11, Tz. 64, 65.
- 19) BGH v. 20. 3. 1995 – II ZR 205/94, NJW 1995, 1740, Ls. 8.
- 20) IDW ES 11 n. F., Tz. 65; *Laroche*, in: HK-InsO, 10. Aufl., § 19 Rz. 9.
- 21) *Ehlers*, NZI 2011, 161, der aufgrund dieses Ausgangspunktes einen Gleichlauf des Inhalts der Prognosen nach § 19 InsO/§ 252 HGB annimmt.

Sorge, dass mangelnde Ertragsfähigkeit der juristischen Person nur zu einer Verlängerung des „Todeskampfes“ führe und Werte für sinnlose Sanierungsversuche verbraucht würden, bis es schließlich doch zur Insolvenz komme.²²⁾ Auch bestehe die Gefahr einer fortlaufenden Umschuldung zulasten der Gläubiger.²³⁾ Darauf wird unten beim Prognosezeitraum (IV) zurückzukommen sein.

Zunächst ist für die Abgrenzung Fortbestehensprognose (Überschuldung)/drohende Zahlungsunfähigkeit entscheidend, ob und unter welchen Voraussetzungen zukünftige Sanierungsaussichten antizipiert werden können oder gar müssen. Die h. M. stellt dabei, wie vorstehend ausgeführt, auf die Liquiditätssicherung und die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Fähigkeit zur Bedienung der Verbindlichkeiten bei deren Fälligkeit (nicht auf die Rendite- oder Ertragsfähigkeit) ab.

Insbesondere *Brinkmann* hat zu dieser „Antizipationsfrage“ die These erarbeitet, dass bei der Erstellung der Prognose nach § 18 Abs. 2 Satz 1 InsO (zur drohenden Zahlungsunfähigkeit) angestrebte Sanierungseffekte unberücksichtigt bleiben müssen, während aussichtsreiche Sanierungsbemühungen zu einer positiven Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO führen können.²⁴⁾ Diese Definition trägt jedenfalls zu einer klareren Abgrenzung bei. Im Wortlaut der InsO, im Anschluss an das SanInsFoG, spiegelt sich dieser Vorschlag nicht wider. Die Gesetzesbegründung hat sich der Ansicht, wonach Sanierungseffekte nur bei der Fortbestehensprognose zu berücksichtigen sind, nicht dagegen bei der Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit, allerdings angeschlossen.²⁵⁾

Hier kann offenbleiben, ob im Zusammenhang mit § 18 Abs. 2 InsO liquiditätsgenerierende Sanierungsmaßnahmen zu antizipieren sind.

Bei der Erstellung der Fortbestehensprognose (der Überschuldungsprüfung) *müssen* jedenfalls *außergerichtliche* Sanierungsaussichten, die die Liquidität überwiegend wahrscheinlich sicherstellen, bei der Prüfung des Merkmals „Fortführung überwiegend wahrscheinlich“ (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO) einbezogen werden. Der Berater hat dazu ex ante bei der Erstellung der Fortbestehensprognose auch im Zweifel (ggf. abhängig vom Mandatsinhalt) keinen Ermessensspielraum. Kann durch greifbare Sanierungsmaßnahmen eine positive Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO, nach h. M. eine überwiegend wahrscheinliche Liquiditätssicherung, erreicht werden, *muss* der Berater im Zweifel diese Chancen nutzen und bewerten. Andernfalls liegt wegen zu früher Insolvenzantragstellung (Überschuldung kann beseitigt werden) ein Beratungsfehler nahe. Ob das auch ein StaRUG-Vorgehen einschließt, wird zu erörtern sein (unten III).

3. Bedeutung der Fortbestehensprognose für die Überschuldungsprüfung; Insolvenzverschleppungshaftung

3.1 Fortbestehensprognose als fast immer entscheidender „Filter“

Seit Inkrafttreten des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (am 18. 10. 2008)²⁶⁾ ist die Fortbestehensprognose das zentrale und

wesentliche Element der Überschuldungsprüfung.²⁷⁾ In der Regel – bei der infolge negativer Fortbestehensprognose notwendigen Bewertung zu Liquidationswerten²⁸⁾ – wird nämlich beim Vergleich von Vermögen und Verbindlichkeiten insbesondere wegen der Notwendigkeit der Passivierung von Auslaufkosten anlässlich der Beendigung von Dauerschuldverhältnissen eine sog. rechnerische (= insolvenzrechtlich erhebliche) Überschuldung i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 InsO vorliegen.

Kann der klagende Insolvenzverwalter in einem späteren Rechtsstreit darlegen und beweisen, dass zum Stichtag zu Liquidationswerten²⁹⁾ das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckte (§ 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 InsO), trägt im Prozess der Geschäftsleiter die Darlegungs- und Beweislast für eine positive insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose. Dies ist im Anschluss an den Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO („es sei denn“) einhellige und zutreffende Auffassung.³⁰⁾ Es ist dann Sache des Geschäftsleiters, gegenüber dem angreifenden Insolvenzverwalter oder Staatsanwalt die positive Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO darzulegen und zu beweisen.

3.2 Strafrechtliches Risiko erfordert hinreichend bestimmte Tatbestandsmerkmale

Da § 15a Abs. 4 und 5 InsO (auch nach der Änderung der InsO durch das SanInsFoG) die wegen Überschuldung „verschlafene“ Insolvenzantragstellung unter Strafe stellt, sind bei der Prüfung der Fortbestehensprognose im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG, wonach eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit *gesetzlich* bestimmt ist, möglichst bestimmte Prüfungskriterien anzustreben. Definitionen durch Verbände und Kommentatoren sind kein „gesetzlicher“ Tatbestand.

3.3 Geschäftsleiterhaftung nach § 15b InsO n. F. auch für Berater riskant

In zivilrechtlicher Hinsicht profitieren Insolvenzverwalter oftmals von „Prüfungsgrauzonen“ bei der Überschuldungsprüfung. Bekanntlich sind Haftungsklagen von Insolvenzverwaltern gegen Geschäftsführer nach § 15b InsO n. F. (§ 64 Satz 1 GmbHG a. F.)

22) *Ehlers*, NZI 2011, 161, 162.

23) *Gehrlein*, GmbHR 2021, 183, 190.

24) *Brinkmann*, in: *Ebke/Seagon/Piekenbrock* (Fußn. 4), S. 67, 72; dazu auch *Bork*, ZIP-Beilage zu Heft 43/2019, 1 ff.

25) Allgemeine Begründung zum StaRUG-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 88 oben; so auch *Morgen/Arends/Schierhorn*, ZRI 2021, 305, 308, o. re.; Auch der Rechtsausschuss des Bundestages hat auf der Zielgraden des Gesetzgebungsverfahrens zum SanInsFoG Zweifel an der klaren Abgrenzbarkeit von drohender Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung angedeutet und insoweit Evaluationsbedarf reklamiert, BT-Drucks. 19/25353, S. 6, 2. Abs. von oben.

26) BGBl I, 1982.

27) Vgl. dazu ausführlich *Bork*, ZIP-Beilage zu Heft 43/2019, 1 ff.

28) Vgl. BGH v. 9. 10. 2006 – II ZR 303/05: ohne dargelegte und bewiesene positive Fortbestehensprognose Vermögensvergleich zu Liquidationswerten.

29) Insoweit ist zunächst bei der Beurteilung der rechnerischen Überschuldung von Liquidationswerten auszugehen, vgl. *Piekenbrock* (Fußn. 2), S. 13, 15.

30) Vgl. BGH v. 18. 10. 2010 – II ZR 151/09, ZIP 2010, 2400.

ein „scharfes Schwert“.³¹⁾ Hat ein Geschäftsleiter den Zeitpunkt der Insolvenzreife – was gerade bei Überschuldung oft versehentlich vorkommt – „verschlafen“, kann er sich hohen Ersatzansprüchen eines Insolvenzverwalters ausgesetzt sehen. Das gesamte Zahlungsvolumen ab dem Zeitpunkt des Eintritts der bekannten Insolvenzreife wegen Überschuldung ist grundsätzlich vom Geschäftsleiter in die Insolvenzmasse zu erstatten.

Da Insolvenzverwalter (oder Staatsanwälte) häufig erst nach längerem Zeitablauf „angreifen“, sei Geschäftsleitern und Beratern schon wegen der Darlegungslast eines Geschäftsleiters³²⁾ dringlich empfohlen, die Fortbestehensprognose detailliert anhand einer integrierten Unternehmensplanung nachzuweisen und die zugrunde gelegten Prämissen schriftlich zu dokumentieren. Die Dokumentation sollte für den Fall einer Insolvenz griffbereit und vollständig sein. Ein Geschäftsleiter sollte vor einer etwaigen Entlassung diese Dokumentation mit nach Hause nehmen. Sonst gelingt es oft viele Jahre später schon wegen schlechter Datengrundlage nicht, dem „Angreifer“ substantiiert zu entgegen. Die spätere Geltendmachung von Auskunftsansprüchen gegen Insolvenzverwalter ist zwar denkbar, aber oft nicht effektiv.

Im Rechtsstreit drohen zur Prüfung der Überschuldung (ex post) teure Sachverständigenschlachten. Der Kostendruck bei ungewissem Prozessausgang nebst Streitverkündung des verklagten Geschäftsleiters gegenüber den (vormaligen) Beratern erhöhen den Vergleichsdruck. Rechtssicherheit schaffen nur präzisere Kriterien, die ex ante bei der Erstellung der Fortbestehensprognose dokumentiert abzuarbeiten sind (s. unten II 5).

4. Anforderungen der Rechtsprechung an die Fortbestehensprognose

4.1 Ausgangspunkt: Nur rudimentäre gesetzliche Regelung

Welche Anforderungen sind an die „Technik“ der Erstellung der Fortbestehensprognose zu stellen? In § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO ist die Antwort mit den Tatbestandsmerkmalen „Fortführung des Unternehmens ... den Umständen nach überwiegend wahrscheinlich“ nur rudimentär geregelt. Da die Fortbestehensprognose das Kernelement der Überschuldungsprüfung ist, vermissen die Verfasser dieses Beitrags eine gesetzliche Definition oder eine zumindest intensive Diskussion zu den – exakten – Prognoseanforderungen in Subsumtion des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO. Auch die Diskussion im Vorfeld des StaRUG hat sich nur wenig mit den genauen betriebswirtschaftlichen „Erstellungsbausteinen“ der Fortbestehensprognose befasst. Zu definieren sind der Wahrscheinlichkeitsmaßstab³³⁾ und – insbesondere – die „technischen Anforderungen“ an die Fortbestehensprognose, d. h. die Anforderungen an die Unternehmensplanung sowie Inhalt und Aufbau des Dokuments zur Erstellung der Prognose.³⁴⁾

Die Kritiker des aktuell geltenden Überschuldungsbegriffs merken an, die in der Regel fallentscheidende Fortbestehensprognose sei wenig justiziabel und es bestehe die Gefahr des „Schönrechnens“.³⁵⁾ Das gibt Anlass, sich mit den Prognosekriterien, die die Rechtsprechung definiert, zu befassen.

4.2 BGH v. 13. 7. 1992 – II ZR 269/91 („Dornier“)

Der BGH hat sich mit den Kriterien der Fortbestehensprognose erstmals in der bekannten Dornier-Entscheidung³⁶⁾ befasst und damals noch recht vage formuliert, eine Überschuldung liege nur vor, wenn zusätzlich zur rechnerischen Überschuldung „die Finanzkraft der Gesellschaft nach überwiegender Wahrscheinlichkeit mittelfristig nicht zur Fortführung des Unternehmens ausreicht“.³⁷⁾ Der BGH bejahte eine positive Prognose durch Bewertung des Verhaltens öffentlicher Zuschussgeber und wegen des Interesses von Investoren an einer Unternehmensbeteiligung.

4.3 BGH v. 6. 6. 1994 – II ZR 292/91 („Beurteilungsspielraum“)

In einer nachfolgenden Entscheidung vom 6. 6. 1994 hat der BGH der Geschäftsleitung bei der Aufstellung der Fortbestehensprognose einen „Beurteilungsspielraum“ zugebilligt.³⁸⁾ Diese schon recht alte Entscheidung des BGH wird immer noch als aktuell zitiert.³⁹⁾

In betriebswirtschaftlicher Hinsicht, das mag höflich angemerkt werden, wirken jedenfalls aus heutiger Sicht die damaligen Ausführungen des BGH wenig präzise und überholt. Die Urteilsbegründung war mehr von allgemeinen Erwägungen als von der Anwendung konkreter, insbesondere betriebswirtschaftlicher Grundsätze geprägt.⁴⁰⁾ Sofern es sich nicht um ein Kleinstunternehmen handelt, entspricht es heute nicht mehr betriebswirtschaftlichen Standards, bei fehlender Unternehmensplanung ex ante oder ex post zu versuchen, mit „Indikatoren“ eine (positive) Fortbestehensprognose zu erstellen.⁴¹⁾ Das gilt u. E. auch bei öf-

31) Überblick zu § 15b InsO bei Bitter, ZIP 2021, 321; Hodgson, NZI-Beilage 2021, 85.

32) Vgl. oben Fußn. 30.

33) Zum Wahrscheinlichkeitsmaßstab F&A zu IDW S 6 unter 3.1: „Zwar können einzelne Maßnahmen und Annahmen ‚ambitioniert‘ oder ‚optimistisch‘ erscheinen, jedoch muss sich in der Gesamtschau der Annahmen, insb. der für die Sanierung wesentlichen Annahmen, eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Sanierung ergeben. Die Gesamtschau der Annahmen entsteht nicht aus einer mathematischen Systematik, sondern einer kritischen Würdigung durch den Konzeptersteller bzw. Gutachter.“

34) Aus juristischer Sicht soll es keine materiellrechtlichen Formerfordernisse geben – so K. Schmidt/K. Schmidt, InsO, 19. Aufl., 2016, § 19 Rz. 50 – aber wegen der Darlegungslast einen faktischen Dokumentationszwang. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht sieht das anders aus. Hierzu Zabel, in: Festschrift Kübler, 2015, S. 825, 827 ff. zu den betriebswirtschaftlichen Grundsätzen der Unternehmensplanung.

35) Bork, ZIP-Beilage zu Heft 43/2019, 1 ff.

36) BGH v. 13. 7. 1992 – II ZR 269/91, NJW 1992, 2891.

37) BGH NJW 1992, 2891, im 2. Ls.; vgl. zu dieser Entscheidung sowie insbesondere zur Auslegung des Begriffs „Finanzkraft“ auch Frystatzki, NZI 2011, 173, 175 f.

38) Vgl. BGH v. 6. 6. 1994 – II ZR 292/91, NJW 1994, 2220, 2224, unter II. 2. d) der Urteilsgründe: „Gibt es begründete Anhaltspunkte, die eine solche Prognose rechtfertigen, so kann das Unternehmen weiter betrieben werden. Hierbei ist dem Geschäftsführer ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzubilligen: vor allem kommt es nicht auf nachträgliche Erkenntnisse, sondern auf die damalige Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters an ...“.

39) Vgl. IDW ES 11, Tz. 65 mit Fußn. 69.

40) BGH v. 6. 6. 1994 – II ZR 292/91, NJW 1994, 2220, 2224: „[...] begründete Anhaltspunkte, die eine solche Prognose rechtfertigen, so kann das Unternehmen weiterbetrieben werden“. Der BGH vertiefte diese Aussage in betriebswirtschaftlicher Hinsicht nicht.

41) So aber Bork, ZIP 2000, 1709, 1712; zum heutigen betriebswirtschaftlichen Stand sogleich unten II 5 dort m. w. N.

fentlichen Zuschüssen oder Investoreninteresse. Die langjährige Erfahrung im Insolvenzbereich, auch in Auswertung von Forderungsmeldungen in der Insolvenz zeigt, dass öffentliche Geldgeber oder Investoren, die sich nicht eine integrierte Unternehmensplanung vorlegen lassen und die diese nicht detailliert hinterfragen, oft nur sinnlos Geld verschwendet haben. Nicht selten wurden und werden vor der Insolvenz u. a. Umsatzerwartung und Kostenstruktur nicht kritisch genug von Geldgebern analysiert, insbesondere falls schon eine integrierte Unternehmensplanung fehlt. Indikatoren können u. E. deshalb nur ex post im Zusammenhang mit der Überprüfung der integrierten Unternehmensplanung und der Grenzen des Beurteilungsspielraums von Bedeutung sein.

In Anbetracht des vom BGH betonten „Beurteilungsspielraums“ und nahezu fehlender Erstellungskriterien für die Fortbestehensprognose auf Grundlage der damaligen BGH-Rechtsprechung ist es nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber der Ur-InsO zunächst ein anderes Konzept verfolgte. Der Gesetzgeber misstraute der Prognose als wesentlichem „Filter“ und strebte daher eine Verringerung der Bedeutung der Prognoseentscheidung an.⁴²⁾ § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO in der Fassung vom 1. 1. 1999 sah daher ausnahmslos einen Aktiva-/Passiva-Vergleich vor.⁴³⁾ Im Interesse des Gläubigerschutzes betonte der InsO-Gesetzgeber im Jahr 1994 mit dem Erfordernis eines Vergleichs von Aktiva und Passiva das Schuldendeckungsprinzip. Bekanntlich ist der Gesetzgeber dann im Jahr 2008 wegen der Finanzmarktkrise wieder zum sog. modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriff des BGH aus der Zeit vor der InsO zurückgekehrt, bei dem die Fortbestehensprognose im Zentrum steht.⁴⁴⁾

4.4 BGH (Steuerberaterentscheidung v. 26. 1. 2017 – IX ZR 285/14) zum Erfordernis „komplexe Prognose“

Im Zusammenhang mit der handelsrechtlichen Fortführungsprognose nach § 252 Abs. Nr. 2 HGB hat der BGH später die handelsbilanzielle Überschuldung, d. h. den nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag i. S. d. § 268 Abs. 2 HGB auf der Aktivseite der Bilanz, als besonderes Warnsignal hervorgehoben.⁴⁵⁾ Zudem können erhebliche Verluste in der Vergangenheit oder Probleme bei der Beschaffung von Liquidität zwei weitere Indizien darstellen, die Veranlassung für eine Überschuldungsprüfung geben. Wenn schon eines dieser drei sog. „Sonnenscheinkriterien“ nicht erfüllt ist, sind nach BGH „ernsthafte Indizien“ gegeben, wonach die Geschäftsleiter „eingehende Untersuchungen“ durchzuführen haben.⁴⁶⁾ Es müssen dann „konkrete Umstände“ vorliegen, die für eine Fortführung der Unternehmenstätigkeit sprechen. Diese Gegenstände müssen dazu führen, dass „feststeht“, dass das Fehlen eines der „Sonnenscheinkriterien“ der Unternehmensfortführung nicht entgegensteht. Zur Technik der Fortführungsprognose nach HGB führt der BGH unter Rz. 35 aus:

„[...] dabei anhand aktueller, hinreichend detaillierter und konkretisierter interner Planungsunterlagen zu analysieren, ob weiterhin von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen ist (explizite Fortführungsprognose) [...]“.⁴⁷⁾

4.5 OLG Stuttgart v. 27. 10. 2020 – 12 U 82/20

Das OLG Stuttgart hat im Anschluss an die BGH-Entscheidung recht griffig definiert:⁴⁸⁾

Die „[...] 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 den Prognosezeitraum zu entwickeln [...], aus der sich letztlich ableiten lässt, dass die voraussichtlichen Erträge und sonstigen Finanzmittel zur Bedienung der laufenden fälligen Verbindlichkeiten voraussichtlich ausreichen werden, die Zahlungsfähigkeit also voraussichtlich gesichert ist [...]“.

5. Juristische und betriebswirtschaftliche Anforderungen an die Erstellung der Fortbestehensprognose aus Praktikersicht

5.1 Integrierte Unternehmensplanung (größenabhängig)

Nachfolgend sollen aus Praktikersicht die notwendigen „Bausteine“ präzisiert werden, die bei der Erstellung der Fortbestehensprognose relevant sind.⁴⁹⁾ Wie vorstehend ausgeführt, sind die Rechtsprechungsvorgaben hierzu nicht genau genug (soeben II 4). Die Fortbestehensprognose ist nach h. M. eine Liquiditätsprognose zum Beleg der überwiegend wahrscheinlichen Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum. Die Liquiditätssicherung muss anhand eines Finanzplans nachgewiesen werden. Zutreffend betonen IDW ES 11⁵⁰⁾ und betriebswirtschaftlich orientierte Literaturstimmen, dass hierfür eine sog. integrierte Unternehmensplanung⁵¹⁾ erforderlich ist, aus der der Finanz- und Liquiditätsplan abgeleitet wird. Dazu hebt der IDW ES 11 weiter hervor, dass zu Aufbau und Inhalten einer Unternehmensplanung in der Betriebswirtschaft anerkannte Methoden herausgearbeitet wurden.⁵²⁾

Nach diesseitiger Auffassung würde ein neuer Satz 2 hinter § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO etwa mit dem Inhalt „Die Fortbestehensprognose erfordert in der Regel eine integrierte Unternehmensplanung mit Dokumentation der zugrunde liegenden Planungsprä-

42) Begründung zu § 23 Abs. 2 InsO-RegE, BT-Drucks. 12/7302, S. 157; zum Ganzen übersichtlich Bork, ZIP-Beilage zu Heft 43/2019.

43) Wortlaut des § 19 Abs. 2 InsO bis 12. 10. 2008 (Finanzkrise): „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 [...]“.

44) Vgl. zum Ganzen zusammenfassend Bork, ZIP-Beilage zu Heft 43/2019, S. 9 ff., 11 ff.

45) BGH v. 26. 1. 2017 – IX ZR 285/14, NJW 2017, 1611.

46) BGH NJW 2017, 1611, Rz. 34, 35.

47) BGH NJW 2017, 1611, Rz. 35.

48) OLG Stuttgart v. 27. 10. 2020 – 12 U 82/20, BeckRS 2020, 37344.

49) Dazu Zabel (Fußn. 34), S. 825, 826 ff.; Zabel/Pütz, ZIP 2015, 912, 918 ff.; Uhlenbruck/Mock, InsO, 15. Aufl., 2019, § 19 Rz. 218 – 223 mit Hinweis auf drei Prüfungs-Stufen: Unternehmenskonzept, Finanzplan, Prognose, orientiert am Zweck Gläubigerschutz; dazu Bork, ZIP 2000, 1709.

50) IDW ES 11, Tz. 59 (zum Stand bei Redaktionsschluss s. o. Fußn. 7).

51) Girotto/Czemay, NZI-Beilage 2021, S. 66 ff.; Stefan/Oberg/Poppe, ZIP 2021, 617, 622 u. li. und 624 o. li.; Zabel/Pütz, ZIP 2015, 912, 913 ff.

52) Vgl. IDW ES 11, Tz. 35: „Struktur und Gliederung eines solchen Finanzplans richten sich nach betriebswirtschaftlich anerkannten Methoden.“

missen“ der Beratungspraxis deutlich mehr Rechtssicherheit geben. Bei kleineren Unternehmen könnten hiervon Ausnahmen vorgesehen werden. Man könnte z. B. erwägen, Kleinstkapitalgesellschaften nach § 267a HGB von der Verpflichtung zur Aufstellung einer integrierten Unternehmensplanung auszunehmen. Ohne eine – aus diesseitiger Sicht lediglich klarstellende – gesetzliche Regelung der Pflicht zur integrierten Unternehmensplanung besteht nämlich folgende „Gefahr“:

Aufgrund der nur rudimentär in Gesetz und Rechtsprechung definierten Tatbestandsmerkmale der Fortbestehensprognose und wegen des Erfordernisses zur Beantwortung betriebswirtschaftlicher Fragen werden Gerichte im Rahmen der Prüfung der Belastbarkeit einer Fortbestehensprognose (ex post) oftmals einen Sachverständigen beauftragen. Der Sachverständige wird sich regelmäßig, insbesondere wenn es sich um Wirtschaftsprüfer handelt, an die Verlautbarungen des IDW halten bzw. berufsständisch halten müssen. Dies wird häufig dazu führen, dass nicht integrierte Unternehmensplanungen von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen verworfen werden.

Da mithin eine integrierte Unternehmensplanung jedenfalls ab einer gewissen Größenordnung von Unternehmen zum betriebswirtschaftlich anerkannten „Rüstzeug“ gehört, könnte eine gesetzliche – nach diesseitiger Ansicht nur klarstellende – Verdeutlichung dieser Verpflichtung Haftungsfälle und Prozesskosten vermeiden helfen.

5.2 Schriftlich erläutertes und schlüssiges Unternehmenskonzept mit begründeten Planungsprämissen

Bei der Erstellung der Fortbestehensprognose sind die der integrierten Unternehmensplanung zugrunde liegenden Prämissen von zentraler Bedeutung. Subsumtion und Überprüfung des Tatbestandsmerkmals in § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO „überwiegend wahrscheinlich“ sind für Außenstehende nur möglich, wenn die Prämissen schriftlich und nachvollziehbar begründet werden. Andernfalls könnte sich jedes Unternehmen mit einer Prämisse wie „der Umsatz wird in kurzer Zeit verdoppelt“ ohne weitere Begründung aus der Überschuldung herausrechnen und eine positive Fortbestehensprognose aufstellen. Ohne schriftliche Erläuterungen der Unternehmensplanung ist die Einschätzung der gesetzlichen Vertreter zur Fortbestehensprognose auch für einen außenstehenden Sachverständigen nicht nachvollziehbar.⁵³⁾

In der Beratungssituation ex ante, in der Entwurfsphase der Erstellung der Fortbestehensprognose, führen die Entwurfsformulierungen oft auch zu einer fruchtbaren Diskussion über die Prämissen und zur Einschätzung der Zukunft. Die Entwurfsformulierungen helfen, die ggf. unterschiedlichen Einschätzungen von Beratern, Geschäftsleitern und Gesellschaftern herauszuarbeiten und wechselseitig zu überprüfen. Die so ausgelöste Diskussion zur Entwurfsplanung dient aus Beratersicht oft der Untermauerung und Präzisierung der Prämissen in der Erstellungsphase. Oft entsteht Streit. Gesellschafter ohne Haftungsrisiken neigen, anders als insolvenzantragspflichtige Geschäftsleiter, gelegentlich zu einer allzu optimistischen Einschätzung der Prämissen.

5.3 Muss es immer IDW S 6 sein?

Häufig werden zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum mehrere Sanierungsmaßnahmen erforderlich sein. Diese können z. B. rein finanzwirtschaftlicher Natur sein, wie Gesellschafterdarlehen, Stundungen, Verzichte oder sonstige Zuzahlungen.⁵⁴⁾ Kann die zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum notwendige Liquidität – mit überwiegender Wahrscheinlichkeit – ausschließlich durch finanzwirtschaftliche Sanierungsmaßnahmen (wie z. B. auch eine „harte“ Patronatserklärung) gewährleistet werden, bedarf es wegen der Übersichtlichkeit der Problemlage einzelfallabhängig keines Sanierungsgutachtens entsprechend IDW S 6.

Oftmals ist die Identifizierung der Maßnahmen zur Liquiditätsbeschaffung deutlich komplexer: Vielfach ist die Außenfinanzierung nicht hinreichend sicher (befristete Darlehen von Banken laufen aus; Konzerngesellschaften geben nur mehr oder weniger widerwillig gelegentlich – ohne Rechtspflicht – „auf Zuruf“ Gelder oder liefern Waren auf Ziel). Zudem ist – ggf. zusätzlich zur Liquiditätsbeschaffung – eine oft tiefgreifende operative leistungswirtschaftliche Sanierung erforderlich, um die Zahlungsfähigkeit wieder herzustellen. Die Sanierungsmaßnahmen müssen dann „durchfinanziert“ werden. In solchen komplexen Fällen kann – zur Unterlegung einer positiven Fortbestehensprognose im Sinne der Überschuldungsprüfung gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO – einzelfallabhängig – ein komplettes IDW S 6-Gutachten als erforderlich angesehen werden. Mindestens jedoch ist ein Fortführungskonzept zu erstellen.

Zutreffend betont in diesem Zusammenhang das IDW Risiken eines Gutachtens „in Anlehnung (an IDW S 6)“.⁵⁵⁾ Bei Sanierungsgutachten „in Anlehnung“ werden oft unrealistische Annahmen zu den Prämissen aufgestellt oder die Sanierung wird unter Annahme irgendwelcher Bedingungen als erfolgreich dargestellt. Bei anderen Gutachten „in Anlehnung“ fehlt eine Auseinandersetzung/detaillierte Prüfung der Insolvenzgründe und deren Ausräumung. Vor diesem Hintergrund sind Sanierungsgutachten „in Anlehnung“ – zumindest tendenziell – mit Vorsicht zu beurteilen.

Zu beachten ist, dass der IDW S 6 für eine durchgreifende Sanierung eine branchenübliche Renditefähigkeit verlangt.⁵⁶⁾ Anders als nach dem IDW S 6 ist nach h. M. für eine positive Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO keine Renditefähigkeit erforderlich.

Die Finanzplanung ist grundsätzlich zumindest auf der Grundlage eines Unternehmenskonzepts zu entwickeln. Letztlich kann die Frage, ob dieses Unternehmenskonzept in einem vollständigen Sanierungsgutachten abgebildet werden muss, nur einzelfallabhängig beantwortet werden.

Kann eine positive Fortbestehensprognose mit einer leicht überschaubaren Liquiditätszufuhr oder einem Forderungsverzicht

53) Vgl. IDW ES 11 n. F., Tz. 65.

54) Vgl. IDW ES 11, Tz. 67.

55) Vgl. F&A zu IDW S 6 unter 2.4.

56) Vgl. auch F&A zu IDW S 6 unter Ziff. 5.3.

sichergestellt werden, bedarf es keines Sanierungsgutachtens, vielleicht ausnahmsweise nicht einmal einzelfallabhängig – wegen Übersichtlichkeit der Verhältnisse – eines dokumentierten Unternehmenskonzepts.

5.4 Fortbestehensprognose in Gutachten- und Berichtsform

Insgesamt ist aus Sicht des Erstellers der Fortbestehensprognose ex ante, regelmäßig eines Beraters, der Geschäftsleitung ein gebundener und schriftlich dokumentierter Bericht als Arbeitsergebnis an die Hand zu geben.⁵⁷⁾ Die integrierte Unternehmensplanung stellt dabei das zentrale Dokument des Berichts dar. Daneben hat der Bericht eine Darstellung des Unternehmenskonzeptes sowie eine Erläuterung der wesentlichen Planungsprämissen zu enthalten.

Zu den Tatsachen (z. B. Anfragen von Kunden und daraus abgeleitete Umsatzerwartung oder Vollständigkeit der in der Finanzbuchhaltung gebuchten Verpflichtungen) ist eine von der Geschäftsführung unterschriebene Vollständigkeitserklärung beizufügen. Der beizubringende Tatsachenstoff ist nicht delegierbare Aufgabe der Geschäftsleitung.⁵⁸⁾ Die Tatsachen, z. B. Kundenanfragen und daraus ableitbare Umsatzerwartungen, wird ein Berater, der nicht selbst im Unternehmen operativ tätig ist, nicht ohne die Geschäftsleitung erfassen können.

Ist die Fortbestehensprognose so abgefasst, dass ein neutraler Dritter, der bisher das Unternehmen nicht kennt (z. B. ein potenzieller Richter), die positive (ggf. auch negative) Fortbestehensprognose aus sich heraus bei Lektüre des Berichts als schlüssig nachvollziehen kann, liegt eine „technisch“ ordnungsgemäße Prognose mit genügender Dokumentation vor. Müsste der Leser des Berichts Unterlagen nachfordern, spricht das tendenziell gegen eine vollständige und dokumentierte Fortbestehensprognose.

Da die Fortbestehensprognose die entscheidende Weiche der Überschuldungsprüfung ist, wäre eine Checkliste oder ein „Standard“ des Gesetz- oder Ordnungsgebers mit Details zu Inhalt und Aufbau der Fortbestehensprognose im Interesse der Rechtssicherheit angezeigt. Der jüngst überarbeitete Standard IDW S 11 enthält in Tz. 58 bis 61 zwar immerhin den Hinweis auf eine notwendige integrierte Unternehmensplanung, aber wenig detaillierte weitere Einzelheiten zu Inhalt und Aufbau der Erstellung der Fortbestehensprognose.⁵⁹⁾ Der IDW S 11 könnte insbesondere die notwendige schriftliche Erläuterung von Unternehmensplanung und Prämissen stärker betonen.

III. Auswirkungen des SanInsFoG auf die Fortbestehensprognose

1. Sechs-Wochen-Frist zur Beseitigung der Überschuldung

Nach der Änderung der InsO durch das SanInsFoG beträgt die Insolvenzantragsfrist ab Eintritt der Überschuldung maximal sechs Wochen (§ 15a Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 InsO und s. o. I). Das Merkmal in § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO „ohne schuldhaftes Zögern“ be-

trifft sowohl den Beginn als auch den Ablauf dieser Frist. Die Frist beginnt, wenn der Eintritt der Überschuldung objektiv vorliegt und erkennbar ist.⁶⁰⁾ Die Frist ist eine Maximalfrist (§ 15a Abs. 1 Satz 2 „spätestens“). Bestehen keine Sanierungsaussichten (ggf. mehr), muss sofort Insolvenzantrag gestellt werden.⁶¹⁾ Andernfalls liegt ein „schuldhaftes Zögern“ und damit ein Fristversäumnis vor.

Der Gesetzgeber wollte, was grundsätzlich zu begrüßen ist, dem Schuldner im Fall der Überschuldung mehr Zeit geben, um Sanierungschancen auszuloten. Dazu gehört nach der Gesetzesbegründung auch die Prüfung der Einleitung eines StaRUG-Verfahrens.⁶²⁾ Für Schuldner, die eine Sanierung nicht schon in intensiveren Ansätzen – unter Einschluss einer vorhandenen integrierten Unternehmensplanung – vorbereitet haben und die ihre Sanierungsbemühungen erst neu aufsetzen müssen, wird die Sechs-Wochen-Frist eher zu kurz sein.

Sollte sich nach Beseitigung der Überschuldung – im StaRUG-Rahmen – herausstellen, dass der StaRUG-Reorganisationsplan nicht zustande kommt, tritt die Überschuldung wieder neu ein. Der Schuldner ist verpflichtet, den „Eintritt“ der Überschuldung dem Restrukturierungsgericht anzuzeigen (§ 32 Abs. 3 StaRUG). Die gleiche Pflicht trifft die Geschäftsleitung persönlich (§ 42 Abs. 1 Satz 2 StaRUG), wobei die Verletzung dieser Anzeigepflicht strafrechtlich sanktioniert ist (§ 42 Abs. 3 StaRUG). Das Tatbestandsmerkmal „Eintritt“ i. S. d. § 32 Abs. 3 Satz 1, § 42 Abs. 1 Satz 2 StaRUG zeigt, dass vorher die Überschuldung ausgeräumt gewesen sein muss. Nach § 94 Abs. 2 StaRUG muss als eine der Voraussetzungen einer ggf. angedachten Sanierungsmoderation der Schuldner (als juristische Person) erklären, dass keine Überschuldung vorliegt.

Alle genannten Vorschriften machen deutlich, dass die Überschuldung innerhalb der sechs Wochen des § 15a Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 InsO durch eine dokumentierte Fortbestehensprognose beseitigt sein muss. Die Anzeige der Restrukturierungssache beim Restrukturierungsgericht nach § 31 StaRUG ist nur erlaubt, wenn keine Insolvenzreife, auch keine Überschuldung, vorliegt.

57) Vgl. zur Bedeutung der Dokumentation für etwaige spätere Haftungsprozesse oben II 3.3.

58) Zur nicht delegierbaren Plausibilitätskontrolle bei Prüfung der Insolvenzgründe durch Berater und Geschäftsführung vgl. BGH v. 24. 9. 2019 – II ZR 248/17, NZI 2020, 180, 181 f.; zur Verantwortung der gesetzlichen Vertreter Zabel (Fußn. 34), S. 825, 826.

59) Knapp auch zur Technik IDW-Positionspapier v. 13. 8. 2012, Tz. 33 (Ableitung aus der Planung) und Tz. 41 („[...] gleichen Anforderungen [...] wie bei der handelsrechtlichen Fortführungsprognose [...]“).

60) Braun/Bußhardt, InsO, 8. Aufl., 2020, § 15a Rz. 16; MünchKomm-Klöhn, InsO, 4. Aufl., 2019, § 15a Rz. 119.

61) St. Rspr. des BGH seit Urt. v. 9. 7. 1979 – II ZR 118/77, NJW 1979, 1823, 1827 – Herstatt.

62) Begründung zu § 15a InsO-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 189: „Zur Beseitigung einer Überschuldung stehen hingegen zukünftig bis zu sechs Wochen zur Verfügung. Die Verlängerung soll es dem Schuldner ermöglichen, laufende Sanierungsbemühungen außergerichtlich noch zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen oder gegebenenfalls eine Sanierung im präventiven Restrukturierungsrahmen oder auf der Grundlage eines Eigenverwaltungsverfahrens ordentlich und gewissenhaft vorzubereiten. [...] Im Übrigen bleibt es jedoch dabei, dass nach Eintritt [...] der Überschuldung ein Eröffnungsantrag ohne schuldhaftes Zögern zu stellen ist. [...] Höchstfristen nicht ausgeschöpft werden dürfen, wenn zu einem früheren Zeitpunkt feststeht, dass eine *nachhaltige* Beseitigung [...] Überschuldung nicht erwartet werden kann.“ (Hervorhebung durch die Verfasser).

Da das StaRUG-Verfahren „stillere“ als ein Insolvenzverfahren ist und der Geschäftsleitung mehr Gestaltungsfreiheiten als die Insolvenz (auch in Eigenverwaltung) einräumt, werden Mandanten gelegentlich geneigt sein, den Berater zu einem StaRUG-Verfahren zu drängen. Das birgt die Gefahr eines StaRUG-Vorgehens in ungeeigneten Fällen, d. h. des Unterlassens gebotener operativer Sanierungsmaßnahmen. In der Rückschau kann das zum Vorwurf einer verkannten Überschuldung führen. Das gilt insbesondere in einer Folgeinsolvenz.⁶³⁾ Nach § 33 Abs. 2 Satz 3 StaRUG wird bei einer Folgeinsolvenz innerhalb von drei Jahren nach vermeintlichem Abschluss der Restrukturierung vermutet, dass die Krise nicht nachhaltig überwunden war. Ist das dann auch eine Vermutung einer verkannten negativen Fortbestehensprognose, d. h. einer verkannten Überschuldung? Sind in einer Folgeinsolvenz alle Zahlungen der letzten Jahre nach § 15b InsO wegen „verschlafener“ Überschuldung/negativer Fortbestehensprognose in die Insolvenzmasse zur erstatten?

2. Zielkonflikt: Stärkung der Krisenprävention versus Eindämmung der Überschuldung

2.1 Aufwertung von Krisenprävention und -früherkennung

Nach § 1 StaRUG wollte der Gesetzgeber im Anschluss an die EU-Richtlinie (2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019) Krisenprävention und Krisenfrüherkennung betonen.⁶⁴⁾ In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt, dass rechtsformübergreifend „Geschäftsleiter gehalten sein (müssen), die Verhältnisse des Unternehmensträgers und die Entwicklungen, die für die Tätigkeit des Unternehmensträgers relevant sind, laufend daraufhin zu beobachten und zu überprüfen, ob sie das Potenzial haben, bei ungehindertem Fortgang den Fortbestand des Unternehmens zu gefährden“.⁶⁵⁾

Zugleich verwendet der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Krisenfrüherkennung eine Reihe, zum Teil unbestimmter, Rechtsbegriffe, deren Auslegung im Hinblick auf die Fortbestehensprognose neue Fragen aufwirft: Was genau beinhaltet eine *Bestandsfähigkeitsklärung* i. S. d. § 14 Abs. 1 StaRUG, was ein „Konzept für die Restrukturierung“ i. S. d. § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 StaRUG oder ein „Konzept für die Durchführung des Insolvenzverfahrens“ i. S. d. § 270a Abs. 1 Nr. 2 InsO?⁶⁶⁾ Wollte der Gesetzgeber die Anforderungen an die Fortbestehensprognose senken? Kann in der Folge ohne ein vollständiges IDW S 6-Gutachten eine positive Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO bejaht werden oder reichen dazu sogar andere „Konzepte“?

2.2 Integrierte Unternehmensplanung als Teil der Krisenfrüherkennung

Die Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO ist – auch unabhängig vom StaRUG – ein wichtiger Bestandteil zur Krisenprävention und Krisenfrüherkennung. Das spricht dafür, schon aus § 1 StaRUG zu schließen, dass das StaRUG nicht die bisherigen Anforderungen an eine Fortbestehensprognose – und damit untrennbar zusammenhängend an

die integrierte Unternehmensplanung – „zurückschrauben“ wollte.

Eindeutig ist vorstehendes Auslegungsergebnis indes nicht. So definiert z. B. § 51 Abs. 1 Satz 2 StaRUG im Zusammenhang mit der Stabilisierungsanordnung, die Planung sei (bereits) „schlüssig“, wenn die Erreichung des Restrukturierungsziels nicht „offensichtlich“ aussichtslos ist. Insoweit ist zu beachten, dass der Planungszeitraum nach § 50 Abs. 2 Nr. 2 StaRUG sechs Monate, nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO zwölf Monate beträgt. Der Schuldner erreicht so eine Stabilisierungsanordnung mit einer eher groben Plausibilitätskontrolle durch das Restrukturierungsgericht.⁶⁷⁾

An dieser Stelle wird ein Zielkonflikt innerhalb des StaRUG deutlich:

Der Insolvenzauslöser der Überschuldung sollte in Umsetzung der EU-Richtlinie und in Abgrenzung zur drohenden Zahlungsunfähigkeit „eingedämmt“ werden. Das war einer der Gründe, der dazu führte, den Prognosezeitraum bei der Überschuldungsprüfung gesetzlich auf zwölf Monate zu begrenzen. Außerdem sollten die Einleitungsvoraussetzungen für die StaRUG-Module für den Schuldner nicht zu hoch sein.⁶⁸⁾

Würden mögliche StaRUG-Effekte zu einer Vermutung einer positiven Fortbestehensprognose führen,⁶⁹⁾ würde aber ein der Krisenfrüherkennung entgegenwirkendes Signal gesetzt. Eine „Aufweichung“ der Fortbestehensprognose ist im Interesse der Krisenfrüherkennung nicht der richtige Weg. Ein Geschäftsleiter könnte versucht sein, sich schon aufgrund der Existenz des StaRUG im Bundesgesetzblatt „auszurufen“ und insbesondere keine Unternehmensplanung aufzustellen. Dann würde das einen Rückschritt zur Krisenfrüherkennung im Vergleich zur Rechtslage vor StaRUG ebenso wie missbräuchliche StaRUG-Verfahren zur Folge haben können. Eine positive Fortbestehensprognose kraft Vermutung verleitet zur Unterlassung betriebswirtschaftlich gebotenen Vorgehens, würde insbesondere jeden – frühzeitigen – „Druck“ zur Erstellung einer integrierten Unternehmensplanung nehmen.⁷⁰⁾

63) Vgl. dazu *Hölzle/Curtze*, ZIP 2021, 1293.

64) Das ergibt sich auch an weiteren Stellen des StaRUG: vgl. etwa § 102 StaRUG zu Hinweispflichten der Berater auf Insolvenzsrisiken bei Erstellung des Jahresabschlusses.

65) Allgemeine Begründung zum StaRUG-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 101 oben.

66) Vgl. zum betriebswirtschaftlichen „Sanierungsweg“ von Vorüberlegungen, Grobkonzept bis zum IDW S 6 Gutachten instruktiv *Steffan/Oberg/Poppe*, ZIP 2021, 617, insbes. 624 oben, mit Betonung, dass die StaRUG-Anforderungen an Sanierungsabläufe nicht geringer sein können als die Anforderungen an außergerichtliche Sanierung ohne/vor StaRUG.

67) Begründung zu § 58 StaRUG-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 152 oben.

68) So beschreibt der RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 130 die Anzeigevoraussetzungen (zu § 33 StaRUG-RegE = § 31 StaRUG) mit „Restrukturierungsvorhaben inhaltlich umrissen...“; was „umrissen“ ist, ist eher eine rudimentäre Information; vgl. auch *Bork*, ZRI 2021, 345, 349, wonach das StaRUG „grundsätzlich, wenn auch nur sehr indirekt, eine positive Sanierungsprognose verlangt...“.

69) Vgl. dazu *Brinkmann*, in: *Ebke/Seagon/Piekenbrock* (Fußn. 4), S. 67, 72 ff.; *Frind*, NZI 2018, 431, 433.

70) Zum Schutz vor überoptimistischen Beurteilungen bei und durch Überschuldung zutreffend *Brinkmann*, in: *Ebke/Seagon/Piekenbrock* (Fußn. 4), S. 74, der allerdings S. 75 oben bei Startups dann doch wieder eine Fortführungsvermutung aufstellt.

Eine Reduzierung der Anforderungen des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO im Vergleich zur Gesetzeslage vor StaRUG und SanInsFoG hätte daher nach diesseitiger Auffassung deutlich im Gesetz, d. h. in der InsO, geregelt werden müssen.

2.3 Haftungsrisiken aus Beratersicht

Bei Subsumtion des Tatbestandsmerkmals „(Fortführung) überwiegend wahrscheinlich“ i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO, in der Beratungssituation zur Prüfung der Insolvenzantragspflicht innerhalb der Antragsfrist von sechs Wochen, wird der Berater zunächst das Risiko einer Folgeinsolvenz bei Verfehlung der StaRUG-Ziele sehen und einschätzen. Ex ante wird ein StaRUG-Vorgehen nur dann „überwiegend wahrscheinlich“ das Fortbestehen gewährleisten, wenn das Unternehmen operativ gesund ist und die finanzwirtschaftliche Sanierung mittels StaRUG-Reorganisationsplan als ganz überwiegend sicher anzusehen ist, etwa aufgrund klarer Mehrheitsverhältnisse.

Zudem muss sich der Berater (ex ante) über die betriebswirtschaftlichen Werkzeuge, die ein „überwiegend wahrscheinliches“ Fortbestehen dokumentieren, klar werden. Da ein späteres „Wegrutschen“ eines StaRUG-Rahmens in eine Folgeinsolvenz nie ganz auszuschließen ist und in der Nachschau ein Insolvenzverwalter alles „besser wissen“ wird, ist aus Sicht der Verfasser die Überschuldungsprüfung bei drohender Zahlungsunfähigkeit – innerhalb des Zwölf-Monats-Zeitraums – mit erheblichen Einschätzungsrisiken verbunden.⁷¹⁾ Der Berater sollte auch zum eigenen Schutz über die StaRUG-Anforderungen hinaus im „Hintergrund“, d. h. ggf. in den eigenen Unterlagen, eine komplette Überschuldungsprüfung nebst Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO dokumentiert vorliegen haben.

Daraus folgt aus Beratersicht in der Situation ex ante: Bei Erstellung der Fortbestehensprognose und Prüfung der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung bei innerhalb von zwölf Monaten drohender Zahlungsunfähigkeit müssen Geschäftsleiter und Berater mehr „leisten“, als z. B. die Anzeige nach § 31 StaRUG einzureichen oder eine Stabilisierungsanordnung nach § 50 StaRUG zu beantragen. Insbesondere sollte ein Berater, wenn er nicht zur Insolvenzantragstellung wegen Überschuldung rät, sondern die StaRUG-Module wählen möchte, sicher sein, dass die StaRUG-Module grundsätzlich geeignet sind, eine durchgreifende Sanierung zu erreichen. Insbesondere dann, wenn auch operative Sanierungsmaßnahmen angezeigt sind, steigen die Haftungsrisiken des Beraters, wenn er nicht zur Insolvenzantragstellung wegen Überschuldung rät.

Im praktischen Ergebnis würden die Verfasser prognostizieren, dass innerhalb des Zwölf-Monats-Zeitraums des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO bei Wahl des StaRUG ein Berater hohe Haftungsrisiken wegen verkannter Überschuldung eingeht, was dazu zu führt, dass innerhalb dieses Zeitraums das StaRUG „gefährlich“ ist und deshalb insoweit kaum praktische Relevanz haben könnte.

2.4 Informationen zu Frühwarnsystemen nach § 101 StaRUG

Nach § 101 StaRUG ist das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz gehalten, Informationen zu Frühwarnsystemen auf seiner Internetseite zu veröffentlichen. Das ist eine nicht einfache Zielsetzung. Wir empfehlen Planungstools zur integrierten Unternehmensplanung, ggf. mit bundesweiten Anleitungskursen für Unternehmen oder Berater, die bisher ohne integrierte Unternehmensplanung „unterwegs“ sind. Zur Krisenfrüherkennung, als Folge des StaRUG, bieten neuerdings zahlreiche (Unternehmens-)Berater ausführliche Checklisten zu allen Aspekten der Unternehmensführung an. Das mögen alles sinnvolle Ratschläge sein, die jedoch die Unternehmensplanung nur ergänzen können. Bloße Checklisten führen zu Gefahr einer Fehlentwicklung: „Checkliste anstatt integrierte Unternehmensplanung“?

3. Positive Fortbestehensprognose „kraft“ StaRUG-Rahmens?

Bisher wurden die Kriterien zur Erstellung der Fortbestehensprognose erörtert (II), die durch das StaRUG nicht reduziert wurden (III 2). Damit stellt sich die Frage, ob der StaRUG-Modul-Rahmen vom rechtlichen Ausgangspunkt her zu einer positiven Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO führen kann. Eingangs haben die Verfasser zum Meinungsstand (positive Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO kraft StaRUG-Rahmen?) ausgeführt, dass nach einer Auffassung potenzielle StaRUG-Erfolge bei Erstellung der Fortbestehensprognose nicht antizipiert werden dürfen. Dagegen kann nach der Gesetzesbegründung zum StaRUG ein „überwiegend wahrscheinlicher“ Sanierungserfolg zu einer positiven Fortbestehensprognose führen. Weitere Auffassungen tendieren (wohl) zu einer nahezu automatischen Annahme einer positiven Fortbestehensprognose kraft StaRUG (s. o. I zum Meinungsstand).

Ausgangsfall:

Die X-GmbH erwirtschaftet nachhaltig positive Ergebnisse und verfügt aufgrund eines Konsortialkredits noch über ausreichende Liquidität. Wegen eines persönlichen Streits zwischen dem Geschäftsführer und zwei Bankenvertretern sind zwei der fünf Banken nicht mehr bereit, den in sechs Monaten auslaufenden Konsortialkredit zu verlängern. Aus diesem Grund droht die Zahlungsunfähigkeit in sechs Monaten. Der Gesellschafter ist nicht bereit, der X-GmbH Finanzmittel zur Verfügung zu stellen. Der Geschäftsführer und sein Berater erwägen, mittels StaRUG-Modulen, ggf. mit einem Restrukturierungsplan, die zwei „störenden“ Banken zur Kreditverlängerung um ein weiteres Jahr zu zwingen. Danach wird die Fremdfinanzierung ohnehin nicht mehr benötigt, da die GmbH von ihr an Dritte vergebene Darlehensbeträge zurückerhalten wird.

71) Schülke, NZI 2021, 621, 624 spricht im Ergebnis zutreffend von einer hohen Wahrscheinlichkeit der Überschuldung bei im Zwölf-Monats-Zeitraum drohender Zahlungsunfähigkeit.

Für die weiteren Überlegungen wird unterstellt, dass allein eine finanzwirtschaftliche Sanierung zur nachhaltigen Beseitigung der Krise ausreichend ist (was eher selten der Fall ist!). Da der Gesellschafter keine Finanzmittel zur Verfügung stellt, kann ggf. – nur – durch StaRUG-Module die Zahlungsfähigkeit im Prognosezeitraum des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO (wieder) sichergestellt werden.

3.1 Vorüberlegung: Keine positive Fortbestehensprognose durch antizipierte Insolvenzsanie rung

Es ist keineswegs selbstverständlich, dass eine angedachte StaRUG-Sanie rung i. R. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO berücksichtigungsfähig ist und zu einer positiven Fortbestehensprognose führen kann. Dies zeigt ein Blick auf die vergleichbare Frage der Vorwegnahme von Insolvenzeffekten.

Während (mehr oder weniger) „freiwillige“ Sanierungsbeiträge eine positive Fortbestehensprognose zur Folge haben können und damit zur Vermeidung der Überschuldung führen, ist die – möglicherweise – erfolgreiche Sanierung durch ein Insolvenzverfahren bei der Erstellung der Fortbestehensprognose nicht zu berücksichtigen. Die Insolvenzgründe der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zwingen einen Schuldner nach Ablauf der Insolvenzantragsfrist, ein geordnetes Insolvenzverfahren einzuleiten. Würde man die voraussichtliche Sanierung des Rechtsträgers (mittels Insolvenzplan) als Ergebnis eines Insolvenzverfahrens bei der Prüfung der Insolvenzgründe antizipieren, gäbe es keine insolvenzauslösenden Tatbestände mehr. Der Schuldner müsste keine Insolvenz beantragen, obwohl er insolvenzreif ist. Der voraussichtliche Sanierungserfolg durch ein klassisches Insolvenzverfahren muss daher bei der Prüfung der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit außer Betracht bleiben.⁷²⁾ Die Geschäftsleiter im Ausgangsfall dürfen daher im Rahmen der Überschuldungsprüfung beispielsweise nicht das Ergebnis eines Insolvenzplanverfahrens in ihre Überlegungen einbeziehen.

3.2 Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien zum SanInsFoG

Der Referentenentwurf zum StaRUG enthielt in § 32 Abs. 3 Satz 3 und 4 eine ausdrückliche Regelung, nach der sowohl bei der Zahlungsfähigkeitsprüfung als auch bei der Prüfung der Überschuldung die in einem „Konzept“ vorgesehenen Gestaltungswirkungen des Restrukturierungsplans bei der Prüfung der insolvenzauslösenden Tatbestände Berücksichtigung finden sollten, sofern „hinreichende Aussichten“ auf Planannahme und Bestätigung bestehen.⁷³⁾ Diese Regelung hätte zu einer – nach diesseitiger Auffassung offenkundigen – „Hinweg-Definierung“ aller Insolvenzgründe geführt. Wenn schon „ein hinreichend konkretes Restrukturierungskonzept“ (so § 32 Abs. 3 Satz 3 und 4 StaRUG-RefE) hätte beide Insolvenzgründe entfallen lassen können, wäre nur noch selten überhaupt Insolvenzureife, ggf. nicht einmal drohende Zahlungsunfähigkeit zu bejahen gewesen. Bezogen auf den Ausgangsfall hätte das bedeutet, dass die Geschäftsleiter die Überschuldung durch ein entsprechend „gestricktes“ Restrukturierungskonzept hätten überwinden können.

Die – sehr „weiche“ und unbestimmte – Entwurfsregelung des § 32 Abs. 3 Satz 3 und 4 StaRUG-RefE wurde zutreffend gestrichen. Aus der Streichung könnte man schließen, dass der Gesetzgeber sich gegen eine Vorwegnahme der Effekte einer StaRUG-Restrukturierung bei Prüfung der Insolvenzgründe entschieden hat. Dagegen spricht jedoch die Gesetzesbegründung zur Neufassung von § 19 InsO mit dem Hinweis „eine die Überschuldung ausschließende Fortführungsprognose“ könne „auch aus der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der erfolgreichen Umsetzung eines Sanierungs- oder Restrukturierungsverfahrens resultieren“.⁷⁴⁾

3.3 Vorwegnahme je nach Intensität des Einigungsdrucks?

3.3.1 StaRUG-Rahmen als Druckmittel

Philosophie des StaRUG ist es, Schuldnern einen „Rahmen“ bzw. „Instrumentenkasten“ an die Hand zu geben, um so Druck auf die Gläubiger auszuüben.⁷⁵⁾ Dies gilt für alle Facetten und Optionen dieses Verfahrens, unter denen ein Schuldner bekanntlich verschiedenste Wahlmöglichkeiten hat. Auch der StaRUG-Rahmen wird deshalb – ähnlich wie beim Insolvenzplan oder sonst in der Sanierung durch Insolvenz – einzelfallabhängig mit mehr oder weniger unfreiwilligen Forderungsverzichten von Gläubigern enden.

3.3.2 Bandbreite des Einigungsdrucks

Der StaRUG-Rahmen strebt mit seinen verschiedenen Optionen sinnvollerweise eine möglichst flexible Bandbreite von zur Verfügung stehenden sogenannten Modulen an.⁷⁶⁾ So mag es einzelne Fälle geben, in denen bei einer Verhandlungsrunde mit Gläubigern zu Sanierungsbeiträgen schon der bloße Hinweis auf das Vorhandensein des StaRUG genügt, um zu einer Einigung zu kommen. In anderen Fällen mag der Schuldner den Entwurf eines Restrukturierungsplans außergerichtlich vorlegen und die Gläubiger erklären sich (vielleicht auch wiederum vor dem Hintergrund der ansonsten zur Verfügung stehenden weiteren Möglichkeiten nach StaRUG) mit einer (außergerichtlichen) Einigung einverstanden. In weiteren Fällen wird der Schuldner den Einigungsdruck erhöhen müssen, indem er eine förmliche Anzeige des StaRUG-Vorhabens nach § 31 StaRUG zunächst bei

72) Vgl. oben Fußn. 8.

73) Vgl. § 32 Abs. 3 StaRUG-RefE: „Bestehen hinreichende Aussichten auf die Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans, sind Forderungen, die durch den Plan gestaltet werden sollen, der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung in der Höhe und mit der Fälligkeit zugrunde zu legen, die sie durch den Plan erhalten sollen. Hat die Schuldnerin noch keinen Restrukturierungsplan vorgelegt, gilt Satz 3 entsprechend, wenn die Schuldnerin ein hinreichend konkretes Restrukturierungskonzept vorgelegt hat, das hinreichende Aussichten auf Umsetzung hat und dessen Auswirkungen auf die bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung zu berücksichtigenden Forderungen hinreichend konkret bestimmt sind.“

74) Vgl. oben Fußn. 6.

75) Vgl. Begründung Allgemeiner Teil zu StaRUG-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 83 unten: „Möglichkeiten an die Hand bekommen, Sanierungslösungen gegen den Willen opponierender Minderheiten durchzusetzen“; zur Bandbreite möglicher Schuldner-Überlegungen instruktiv Bork, ZRI 2021, 345, 346 ff.

76) Vgl. Bork, ZRI 2021, 345, 346 ff.

Gericht einreicht, ansonsten aber (noch) ohne gerichtliche Einschaltung weiterverhandelt.

Falls und soweit im Einzelfall eine zunächst angestrebte Gerichtsferne nicht zur erfolgten Einigung führt, gibt der StaRUG-Rahmen zahlreiche weitere Möglichkeiten, gewissermaßen stufenweise den Druck auf die Gläubiger zu steigern: Der Schuldner kann nach seinem taktischen Ermessen noch flankierend eine sog. Stabilisierungsanordnung beantragen. Zusätzlich kann der Schuldner – wie bei einem Insolvenzplanverfahren – einen Restrukturierungsplan vorlegen und, sofern der Schuldner diese Option wählt, über diesen Plan im gerichtlichen Verfahren abstimmen lassen.

Das StaRUG-Vorgehen hat je nach Auswahl und Taktik des Schuldners möglicherweise sehr große Ähnlichkeit mit einer außergerichtlichen Sanierung oder ist mit einem Insolvenzplanverfahren vergleichbar.⁷⁷⁾ Insbesondere falls eine Gruppe des Reorganisationsplans mit den Cram-Down-Regeln überwunden werden soll (§§ 26 bis 28 StaRUG), unterliegt diese Gläubigergruppe einem Zustimmungszwang wie im Insolvenzplanverfahren. *Thole* vertritt die Ansicht, dass jedenfalls nach der StaRUG-Anzeige auch ein über den Cram-down zu erwartender Plan in die positive Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO „eingepreist“ werden darf.⁷⁸⁾

3.3.3 Vorwegnahme der StaRUG-Effekte nur bei „Freiwilligkeit“?

Das wirft die Frage auf, ob bei der Erstellung der Fortbestehensprognose nach den möglichen Auswirkungen des StaRUG-Rahmens zu differenzieren ist: Sofern sich der Schuldner noch weitgehend gerichtsfern bewegt, könnte man die Beiträge der Gläubiger noch als „freiwillig“ einstufen. Die Folge wäre dann, dass diese Beiträge geeignet wären, zu einer positiven Fortbestehensprognose zu führen. Wählt der Schuldner dagegen Gerichtsnähe und eine Vergleichbarkeit des Verfahrens mit einem Insolvenzplanverfahren, könnte man von Zwangsbeiträgen wie in der Insolvenz sprechen. Die Folge wäre, dass in dieser Ausprägung des StaRUG-Vorhabens solche Zwangsbeiträge möglicherweise nicht – wie bei einem Insolvenzverfahren – zu einer positiven Fortbestehensprognose führen können.

Eine solche Abgrenzung (ab welchem Grad des Einigungszwangs im Einzelfall darf der StaRUG-Rahmen – wie beim Insolvenzverfahren – nicht bei der Erstellung der Fortbestehensprognose berücksichtigt werden?) dürfte aber mangels Rechtssicherheit ex ante nicht tragfähig sein. Dieser Abgrenzungsansatz ist abzulehnen.

3.4 Lösung: StaRUG-Auswirkungen grundsätzlich berücksichtigungsfähig

Das StaRUG liegt – so vom Gesetzgeber im Anschluss an die EU-Richtlinie gewollt – zwischen der freien außergerichtlichen Sanierung und einem förmlichen Insolvenzverfahren. Das macht die Einordnung auch in vorliegendem Zusammenhang – kann

der StaRUG-Rahmen zu einer positiven Fortbestehensprognose führen? – schwierig.

Zu betonen ist, dass der StaRUG-Rahmen – aus Sicht der beim Reorganisationsplan überstimmten Gläubiger – die Privatautonomie einschränkt. Gläubiger sollen, wenn auch in unterschiedlichen Stufen, unter Druck gesetzt werden, damit es zu einem Schuldenschnitt oder ggf. sonstigen Sanierungsbeiträgen kommt. Das ist eine Art Vertrag zulasten Dritter: Eine Mehrheit kann die sog. Akkordstörer nach §§ 24 bis 30 StaRUG in den Restrukturierungsplan einbinden. Wie beim Insolvenzplan ist der Restrukturierungsplan zwar auch Ausdruck der Gläubigerprivatautonomie, aber nur aus Sicht der den Restrukturierungsplan fördernden Gläubiger und der gesetzlich definierten Mehrheiten.

Die Rechtfertigung des StaRUG-Rahmens liegt im Erhalt von Unternehmenswerten durch Überwindung von Blockadepositionen, sofern – nur – drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt.⁷⁹⁾

Im Unterschied zum Insolvenzverfahren müssen im StaRUG-Vorhaben stets die Gläubiger, die nicht vom Restrukturierungsplan betroffen sind, zu 100 % befriedigt werden. Grundsätzlich ist der StaRUG-Rahmen kein Gesamtverfahren, in das alle Gläubiger einbezogen sind.⁸⁰⁾ Gleichwohl kann ein Schuldner mit z. B. nur wenigen Hauptgläubigern im Einzelfall den StaRUG-Reorganisationsplan wie einen Insolvenzplan ausgestalten.

Die – planbetroffenen – Gläubiger sind beim StaRUG-Vorgehen aber spätestens durch Unterbreitung des Planangebotes über anstehende Schuldenschnitte informiert. Das verhindert bei diesen Planbetroffenen – anders als bei Insolvenzverschleppung – einen unfreiwilligen Neugläubigerschaden. Die nicht „gewarnten“ Gläubiger, die z. B. kontinuierlich weiterliefern, muss der Schuldner im StaRUG-Vorhaben zu 100 % befriedigen.

Diese Unterschiede des StaRUG-Rahmens zum Insolvenzverfahren rechtfertigen es nach Ansicht der Verfasser – bei guter betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Vorbereitung –, dass die angestrebten StaRUG-Auswirkungen stets in die Erstellung der Fortbestehensprognose i. R. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO einfließen können und müssen.

77) Allgemeine Begründung zum StaRUG-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 84 oben: „[...] der zu schaffende Rahmen weitgehende funktionale Übereinstimmungen mit den insolvenzrechtlichen Sanierungsoptionen aufweist“. Zur partiellen Vergleichbarkeit des StaRUG mit dem Insolvenzplanverfahren auch die Allgemeine Begründung zu StaRUG-RegE, BT-Drucks. 19/24181, S. 86 oben.

78) *Thole*, ZIP 2020, 1985, 1992 f.

79) Zum Auslösetatbestand und zur Rechtfertigung des StaRUG vgl. *Bork*, ZRI 2021, 345, 348. Die drohende Zahlungsunfähigkeit lässt sich oft, je nach Komplexität der Zusammensetzung der Verbindlichkeiten, ebenfalls nur zutreffend und dokumentiert feststellen, wenn eine integrierte Unternehmensplanung vorliegt. Vgl. zum Problem der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit durch das Restrukturierungsgericht etwa AG Köln v. 3. 3. 2021 – 83 RES 1/21, ZRI 2021, 377 Schwierigkeiten bei der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit würden vermieden, wenn allgemein Planungsstandards, d. h. die Pflicht zur integrierten Unternehmensplanung, anerkannt wären und vor Einleitung von StaRUG-Überlegungen vollständig vorliegen würden.

80) Zum fehlenden Charakter des StaRUG-„Baukastens“ als Gesamtverfahren *Bork*, ZRI 2021, 345, 347, o. li.

4. (Technische) Voraussetzungen für die Vorwegnahme der StaRUG-Effekte (integrierte Unternehmensplanung, StaRUG-Anzeige und Grobkonzept)

4.1 Spannungsverhältnis zwischen der Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO und u. a. § 31 Abs. 2, § 50 Abs. 2, § 51 Abs. 1 (u. a.) StaRUG

Wenn die StaRUG-Auswirkungen in die Erstellung der Fortbestehensprognose (ex ante) einfließen müssen (siehe vorstehend), fragt sich, was ein Schuldner zur Beseitigung oder Vermeidung einer negativen Fortbestehensprognose konkret vorlegen muss.

Oben wurde bereits festgestellt, dass die Anforderungen des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO an die Fortbestehensprognose deutlich höher sind als die Anforderungen, die der Schuldner u. a. bei der Anzeige nach § 31 StaRUG oder bei Beantragung einer Stabilisierungsanordnung nach § 50 Abs. 2, § 51 Abs. 1 StaRUG zu erfüllen hat (s. o. III 2).

Die geringeren Anforderungen nach § 31 Abs. 2, § 50 Abs. 2 und § 51 Abs. 1 StaRUG (u. a.) betreffen – offenkundig – zunächst den Planungszeitraum. Dieser erstreckt sich selbst bei der Stabilisierungsanordnung, die bei dem betroffenen Gläubiger zu einem Grundrechtseingriff führt, auf einen Zeitraum von sechs Monaten, während der Planungshorizont bei der Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO schon nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut zwölf Monate beträgt. Für die Verneinung der Überschuldung muss deshalb die Geschäftsleitung (ggf. mit Hilfe eines Beraters) über einen längeren Zeitraum planen als nach StaRUG.

Zudem verlangt die Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO, dass die Liquidität „überwiegend wahrscheinlich“ gesichert ist, während selbst bei der Stabilisierungsanordnung eine Planung schon dann „schlüssig“ ist, solange das Scheitern der Sanierung „nicht offensichtlich ist“ (vgl. § 51 Abs. 1 Satz 2 StaRUG).

§ 31 StaRUG enthält weder das Tatbestandsmerkmal „Finanzplan“ noch das der nur „drohenden Zahlungsunfähigkeit“.

Wie ist dieses Spannungsverhältnis zwischen den Anforderungen an die Fortbestehensprognose und den „lockeren“ StaRUG-Anforderungen insbesondere in Bezug auf die Unternehmensplanung aufzulösen, und zwar nach Möglichkeit so, dass in der Praxis damit umgegangen werden kann?

4.2 Integrierte Unternehmensplanung und Grobkonzept

Im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO zur Dauer des Prognosezeitraums bleibt dem Berater oder Geschäftsleiter, der auch StaRUG-Überlegungen anstellt, anzuraten, über die Vorgaben des StaRUG hinaus zur Fortbestehensprognose für (mindestens) zwölf Monate zu planen. Diese Planung sollte auch – ebenfalls über die zitierten StaRUG-Vorschriften hinaus – in integrierter Form vorliegen.

Es kann in einem Unternehmen nur – eine – maßgebliche Unternehmensplanung geben. Die StaRUG-Vorschriften, z. B. nach § 51 Abs. 1 Satz 2 StaRUG mit einer „Schlüssigkeitsvermutung“ zur Planung solange sich das Ziel „nicht offensichtlich ... nicht erreichen lässt“, bergen die Gefahr einer unzureichenden Unternehmensplanung.

Praktisch könnte die Fortbestehensprognose unter Einstellung der angestrebten StaRUG-Effekte so aussehen, dass Geschäftsleitung und Berater bei der Erstellung der Fortbestehensprognose (auf vielleicht zwei bis fünf Seiten) die angedachten Überlegungen zum Restrukturierungsplan zumindest den Schwerpunkten nach schriftlich – ex ante innerhalb der Sechs-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 Satz 2 InsO – skizzieren (StaRUG-Rahmen für durchgreifende Sanierung im Einzelfall greifbar geeignet, Gruppenbildung, Vergleichsrechnung). Im Rahmen der schriftlichen Erläuterung der Fortbestehensprognose wäre zum Beleg der überwiegenden Fortführungs- und Erfolgswahrscheinlichkeit erforderlich, dass Geschäftsleitung und Berater schriftlich (kurz) begründen, dass die StaRUG-Module die (tendenziell im Einzelfall offenkundig) geeigneten Sanierungsinstrumente zur Verfügung stellen. Wo z. B. Eingriffe in Rentenansprüche oder Arbeitnehmerforderungen notwendig sind, bietet das StaRUG keine Optionen (vgl. § 4 StaRUG). Tendenziell muss das Unternehmen operativ gesund sein!

Das käme insgesamt einer Beraterbescheinigung, ähnlich wie beim Schutzschirm (§ 270d InsO), anhand eines Sanierungsgrobkonzepts gleich. Wie immer bei der Überschuldungsprüfung sind die Erkenntnisse kontinuierlich fortzuschreiben.⁸¹⁾

4.3 StaRUG-Anzeige

4.3.1 Keine positive Fortbestehensprognose vor StaRUG-Anzeige

Im Übrigen kann man noch folgende Überlegungen anstellen, um das Spannungsverhältnis – einerseits hohe Anforderungen an die Fortbestehensprognose nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO und eher niedrigere Einstiegsvoraussetzungen nach § 31 Abs. 2, § 50 Abs. 2, § 51 Abs. 1, 2 StaRUG – aufzulösen:

Jedenfalls vor einer (fundierten) Anzeige nach § 31 StaRUG können nach diesseitiger Auffassung die möglichen StaRUG-Auswirkungen im Rahmen der Fortbestehensprognose nicht berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber wollte mit der neuen Sechs-Wochen-Insolvenzantragspflicht dem Schuldner bei Überschuldung mehr Zeit zur Prüfung von Sanierungsoptionen geben. Gleichzeitig wollte er aber auch erreichen, dass die Sanierungsbemühungen, auch in zeitlicher Hinsicht, mit Nachdruck betrieben werden. Schon das spricht dagegen, vor förmlicher Einreichung einer fundierten StaRUG-Anzeige nach § 31 InsO irgendwelche Auswirkungen des StaRUG positiv in die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 StaRUG einfließen zu lassen. Wollte man auf eine fundierte Anzeige als letzten Akt zur Beseitigung der Überschuldung verzichten, könnten Schuldner

81) IDW ES 11, Tz. 69.

dazu neigen, die Sanierung nicht mit Nachdruck zu betreiben, einfach nur weil es das StaRUG als neues Gesetz gibt.

Zudem ist eine frühzeitige und fundierte Anzeige eine gute Grundlage zur Beurteilung der Qualität des Vorgehens des Schuldners. Im Nachgang der Anzeige wird der Schuldner den Sanierungsprozess weiter vorantreiben. Die Rückschau auf die der Anzeige beigefügten Unterlagen, insbesondere auf die Unternehmensplanung und das Sanierungsgrobkonzept, wird zeigen, ob der Schuldner bei der Anzeige „falsch lag“. Fehlprognosen in der der Anzeige nach § 31 StaRUG beigefügten Unternehmensplanung lösen Erklärungsbedarf aus. „Ist frisst Soll“, so eine Redewendung in der Praxis. Der spätere Eintritt der mit der Anzeige vorgelegten Prognosen würde dagegen ein Indiz für ein fundiertes Vorgehen des Schuldners darstellen.

4.3.2 Anzeige-Anforderungen nach § 31 StaRUG zu niedrig

Rechtspolitisch (oder faktisch in der Gerichtspraxis) ist zudem zu erwägen, die „Kluft“ zwischen den höheren Anforderungen des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO und des StaRUG abzumildern. Eine Absenkung der Anforderungen an die Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO – damit mittelbar an die integrierte Unternehmensplanung – wäre das falsche Signal (s. o. III 2). Um einen „Gleichlauf“ zwischen den Voraussetzungen der Fortbestehensprognose und StaRUG herzustellen, kommen zu § 31 StaRUG präzisierte und etwas strengere Kriterien in Betracht. § 31 StaRUG enthält zum Inhalt der Anzeige „weiche“ Tatbestandsmerkmale, zu deren Auslegung es Unsicherheiten geben wird (vgl. § 31 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG „Konzept“ sowie „Darstellung von Art, Ausmaß und Ursachen der Krise“). Es besteht zumindest die Gefahr, dass ein Schuldner und ggf. ein in Zeitnot geratener Berater eine „dünne“ Anzeige einreichen, um so die Überschuldung wieder „loszuwerden“. Bereits vor diesem Hintergrund hätten es die Verfasser dieses Beitrags bevorzugt, strengere Anforderungen an die Anzeige nach § 31 InsO gesetzlich zu definieren als geschehen.

Insbesondere fehlt nach diesseitiger Auffassung bei den Tatbeständen des § 31 StaRUG die explizite Pflicht zur Vorlage eines Finanzplans bei Einreichung der Anzeige. Ohne eine integrierte Unternehmensplanung lässt sich im Zweifel auch nicht überprüfen, ob wirklich nur drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt oder Zahlungsunfähigkeit schon eingetreten ist. Erst aus § 29 Abs. 1 StaRUG – u. a. bei begehrter Stabilisierungsanordnung – ergibt sich explizit, dass der StaRUG-Rahmen nur für drohend zahlungsunfähige Unternehmen zur Verfügung steht (vgl. § 51 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StaRUG). Solange der Schuldner keine Stabilisierungsanordnung beantragt, bedarf es nicht der Vorlage einer Finanzplanung. Im Rahmen des § 31 StaRUG prüft das Restrukturierungsgericht (wohl) nicht einmal die nur drohende Zahlungsunfähigkeit.⁸²⁾

Dabei wird sich der Gesetzgeber wohl gedacht haben, dass die bloße Anzeige nach § 31 StaRUG aus Sicht der Gläubiger noch nicht mit intensiven Grundrechtseingriffen verbunden ist. Wie bei der Regelung zum Schutzschirm nach § 270b InsO a. F.,

die im Jahr 2013 mit dem ESUG in Kraft trat, ist der Gesetzgeber bei § 31 StaRUG erkennbar bestrebt, die Eingangshürden für einen Schuldner nicht „zu hoch“ zu definieren. Der Gesetzgeber hat aber mit § 31 StaRUG nicht die i. R. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO betriebswirtschaftlich anerkannten Grundsätze einschränken wollen (s. o. III 2).

Betriebswirtschaftlich anerkannte Abläufe im Sanierungsprozess hatten schon bei § 270b InsO a. F. dazu geführt, dass trotz der Tatbestandsmerkmale „Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos“ die Praxis, auch die Insolvenzgerichte im Anschluss an den Standard IDW S 9 (a. F.), über die gesetzliche Regelung hinaus mehr für einen Schutzschirm verlangten als im Gesetzeswortlaut angelegt (Stichworte: Sanierungsgrobkonzept und (integrierte) Finanzplanung). Bei der Definition der Eingangshürden für die Eigenverwaltung hat sich der Gesetzgeber im Anschluss an die ESUG-Evaluation dem nunmehr angeschlossenen (vgl. § 270a Abs. Nr. 1 InsO, Pflicht zur Vorlage eines kommentierten Finanzplans). Das wiederum war u. a. Anlass für das IDW, einen neuen Entwurf zum IDW S 9 vorzulegen.⁸³⁾

Zwischenergebnis: Die Anzeige nach § 31 StaRUG ist zwar für eine positive Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO erforderlich (s. o. III 4.3). Darüber hinaus sind aber die Prognoseanforderungen i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO, wie oben unter II 5) erarbeitet, über den Wortlaut des § 31 StaRUG hinaus und unabhängig davon abzuarbeiten und zu erfüllen.⁸⁴⁾ Allein die Anzeige nach § 31 StaRUG führt nicht zu einer positiven Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO.

Rechtspolitisch wäre eine stärkere Ausrichtung des § 31 StaRUG auf den Gläubigerschutz, nicht nur auf die Information des Gerichts als primären Normzweck,⁸⁵⁾ zu bevorzugen. Wie bei § 270d InsO (Schutzschirm) sollte eine Bescheinigung verlangt werden. Diese müsste neben der nur drohenden Zahlungsunfähigkeit mit Blick auf § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO eine positive Fortbestehensprognose wegen „überwiegend wahrscheinlich“ erfolgreicher, angegangener StaRUG-Sanierung bestätigen.

5. Rechtspolitisch: Wahlpflicht anstatt Insolvenzantragspflicht

Der Gesetzgeber könnte dem Schuldner bei nicht gem. § 15a Abs. 1 Satz 2 InsO in sechs Wochen „überwiegend wahrscheinlicher“ (i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO) Beseitigung der Überschuldung eine Wahlpflicht auferlegen. Ein Schuldner könnte bei unklarer Lage zur Fortbestehensprognose verpflichtet werden, entweder Insolvenzantrag zu stellen oder eine substantiierte StaRUG-Anzeige einreichen zu müssen. Da so aus-

82) Vallender, ZRI 2021, 165, 168, unter Ziff. 2.

83) Vgl. dazu Steffan/Oberg/Poppe, ZIP 2021, 617, 618 und www.idw/verlautbarungen/entwürfe.

84) Steffan/Oberg/Poppe, ZIP 2021, 617, 620, li. Mitte empfehlen deshalb für die Anzeige nach § 31 StaRUG eine Planung beizufügen und die Anforderungen für eine Stabilisierungsanforderung schon im Rahmen des § 31 StaRUG zu erfüllen.

85) Die Begründung zu § 33 StaRUG-RegE, BT-Drucks. 19/24181 zum RegE, S. 133 f. betont stark den Zweck der Anzeige, das Gericht zu informieren.

reichend Raum für eine StaRUG-Sanierung bestünde, wäre das ein Weg, die EU-Richtlinie umzusetzen.

Eine solche Wahlpflicht zwischen StaRUG-Anzeige oder Insolvenz-antrag (ggf. mit Eigenverwaltung) birgt zwar das Risiko, dass ein Schuldner StaRUG-Module wählt, obwohl im Einzelfall nicht zur Sanierung geeignet. Das Risiko besteht aber auch aktuell wegen „dünnere“ Anforderungen an die Anzeige nach § 31 StaRUG. Um nicht fundierte StaRUG-Vorhaben zu vermeiden, wären auch unter diesem Aspekt strengere Anforderungen an die Anzeige nach § 31 StaRUG sinnvoll. Dazu würde eine Bescheinigung gehören. Diese müsste als Anlage zur StaRUG-Anzeige neben der (nur) drohenden Zahlungsunfähigkeit belegen, dass zwar die Überschuldung vielleicht noch nicht aufgrund des Verhandlungs- und Abarbeitungsstandes beseitigt ist, aber die StaRUG-Module im Einzelfall für eine durchgreifende Sanierung „greifbar“ geeignet erscheinen.

Alternativ könnte der Gesetzgeber die Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung ganz streichen und dafür (ggf. größenabhängig) die Pflicht zur integrierten Unternehmensplanung (ggf. strafbewehrt) einführen.

IV. Prognosezeitraum bei Fortbestehensprognose von zwölf Monaten

1. Kritik in der Literatur an der Verkürzung des Prognosezeitraums auf zwölf Monate

In der Literatur wird gegen die Verkürzung des Prognosezeitraums i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO auf zwölf Monate eingewandt, dass es Fälle gibt, in denen ex ante sicher sei, dass nach zwölf Monaten Zahlungsunfähigkeit eintritt, also überhaupt gar keine Prognoseunsicherheit für den Zeitraum nach zwölf Monaten besteht.⁸⁶⁾ Bitter will in solchen Fällen über eine teleologische Ausweitung des Zwölf-Monats-Zeitraums des § 19 InsO nachdenken.⁸⁷⁾

2. Stellungnahme

In Anbetracht des klaren Gesetzeswortlauts dürfte die vorstehend erwogene teleologische Extension des Prognosezeitraums im Sinne einer Verlängerung des Prognosezeitraums nicht zulässig sein.

Sofern der potenzielle Schuldner im Zeitraum von mehr als zwölf bis 24 Monaten noch die Chance hat, durch Sanierungsmaßnahmen die Liquidität sicherzustellen (z. B. in Arbeitsplatzabbau, Werksschließung, Einführung anderer Produkte oder Veränderung des Geschäftsmodells, ggf. nach Zwischenfinanzierung) dürfte einzelfallabhängig nicht „klar“ sein, dass z. B. im 13. Monat Zahlungsunfähigkeit eintritt. In solchen Fällen bleibt es dann kraft der gesetzgeberischen Verkürzung des Prognosezeitraums bei Überschuldung auf zwölf Monate bei einer ggf. drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO.

Da bei nur möglicher/wahrscheinlicher Zahlungsunfähigkeit nach mehr als zwölf Monaten die Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung nicht ausgelöst wird, ist darüber nachzudenken, ob die Geschäftsleitung in einer Konstellation wie vorstehend (z. B.

überwiegende Wahrscheinlichkeit von Zahlungsunfähigkeit im 13. Monat) – auch vor dem Hintergrund der Krisenfrüherkennungspflicht nach § 1 StaRUG – verpflichtet ist, ganz frühzeitig ein StaRUG-Vorhaben einzuleiten und ggf. die förmliche Anzeige nach § 31 StaRUG vorsorglich (z. B. 13 Monate vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit) einzureichen. Das wäre eine zivilrechtliche Sanierungspflicht, ohne strafrechtliche Sanktionen.

Ist der Fall wirklich „klar“ (Zahlungsunfähigkeit im 13. Monat), wie z. B. bei einem Pensionsfonds, dessen Struktur sich nicht ändert (bestimmter Kontostand und exakt kalkulierbare Rentenverpflichtungen ergeben sicher Zahlungsunfähigkeit z. B. im 13. Monat), ist nach diesseitiger Ansicht – ausnahmsweise – die Ertragsfähigkeit Voraussetzung einer positiven Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO im Zwölf-Monats-Zeitraum. Es bleibt dann in Anbetracht des klaren Gesetzeswortlauts zwar beim Zwölf-Monats-Zeitraum, der zu betrachten ist. Mangels Ertragsfähigkeit in diesem Zeitraum ist aber die Fortbestehensprognose in diesem Ausnahmefall (sicherer Eintritt der Zahlungsunfähigkeit z. B. im 13. Monat) negativ.

V. Zusammenfassung/Thesen

1. Im Rahmen des § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO ist (ex ante) eine Fortbestehensprognose zu erstellen, deren „Kern“ die – in Gutachten- und Berichtsform schriftlich – zu erläuternde integrierte Unternehmensplanung ist (s. o. II 5). Der Planungszeitraum beträgt (mindestens) zwölf Monate. Die integrierte Unternehmensplanung und die Erläuterungen dazu sind kontinuierlich zu überprüfen und fortzuschreiben. Ex ante kann ohne eine integrierte Unternehmensplanung grundsätzlich (ggf. Ausnahmen von der Planungspflicht für Kleinunternehmen) keine positive Fortbestehensprognose nur mit sog. Indikatoren erstellt werden (s. o. II 4).

2. Die Anforderungen nach StaRUG an die Planungen zu StaRUG-Modulen sind deutlich geringer als die Anforderungen an die (integrierte) Unternehmensplanung bei Erstellung der Fortbestehensprognose i. R. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO. So ist z. B. die Planung für eine Stabilisierungsanordnung nach § 51 Abs. 1 Satz 2 StaRUG bereits „schlüssig“, sofern das Restrukturierungsziel nicht „offensichtlich“ unerreichbar ist. Das genügt schon nicht den handwerklichen Anforderungen an die Unternehmensplanung für eine (positive) Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO. Zudem beträgt nach StaRUG der Planungszeitraum nur sechs Monate, nach § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO zwölf Monate. Der Ersteller der Fortbestehensprognose trägt nach § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO (bei rechnerischer Überschuldung i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 InsO) die Darlegungs- und Beweislast für die positive Fortbestehensprognose. Die „Schlüssigkeitsvermutung“ nach § 51 Abs. 1 Satz 2 StaRUG gilt i. R. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO nicht.

3. Die Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO ist (unter geltender Gesetzeslage) ein Früherkennungsinstrument i. S. d. § 1 StaRUG. Daraus folgt, dass tendenziell eher

86) Vgl. Bitter, ZIP 2021, 321, 324.

87) Bitter, ZIP 2021, 321, 324.

strenge Anforderungen an die Fortbestehensprognose und damit an die Unternehmensplanung zu stellen sind. Das StaRUG hat die „technischen“ Anforderungen i. R. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO im Vergleich zur Gesetzeslage vor StaRUG nicht gesenkt, eher erhöht.

4. Die Abgrenzung der Tatbestände „drohende Zahlungsunfähigkeit“ i. S. d. § 18 InsO und der „Fortbestehensprognose“ i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO, ist – im Zwölf-Monats-Zeitraum – nach StaRUG und SanInsFoG weiter nicht ausreichend rechtssicher geregelt. Der Ersteller der Fortbestehensprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO trägt ex ante im Zwölf-Monats-Zeitraum erhebliche Einschätzungsrisiken trotz des nach der BGH-Rechtsprechung dazu bestehenden Beurteilungsspielraums.

5. Der Gesetzgeber sollte in § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO die Anforderungen an die überwiegende Fortführungswahrscheinlichkeit und die Prognose genauer definieren. Eine gesetzlich normierte Verpflichtung zur Vorlage einer integrierten Unternehmensplanung für einen Zwölf-Monats-Zeitraum mit – schriftlich – dokumentierten Planungsprämissen nebst Erläuterungen der Planung wären sinnvolle – u. E. deklaratorische – Klarstellungen. Bei Kleinstunternehmen könnte der Gesetzgeber Ausnahmen von der Pflicht zur integrierten Unternehmensplanung vorsehen. Das sollte auch im Rahmen des § 101 StaRUG bedacht werden (noch anstehende Veröffentlichung von Informationen zu Frühwarnsystemen).

6. Nach gescheiterter außergerichtlicher Sanierung oder Greifbarkeit des Scheiterns – z. B. nach „geplatzt“ Bankrunde – können und müssen potenzielle (Zwangs-)Eingriffe in Gläubigerpositionen mittels StaRUG zwar grundsätzlich antizipiert werden. Ein konkret angegangenes StaRUG-Vorgehen kann so zu

einer positiven insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose führen. Das erfordert aber i. R. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO eine fundierte StaRUG-Anzeige nach § 31 StaRUG und – über den Wortlaut des StaRUG insgesamt hinausgehend – die ex ante erstellte, schriftlich dokumentierte und erläuterte integrierte Unternehmensplanung.

7. Rechtspolitisch sollte der Gesetzgeber die strafrechtlich bewehrte Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung – Insolvenzantrag bei in sechs Wochen nicht (nachhaltig) beseitigter Überschuldung als *einzig*er Ausweg – abschaffen. Stattdessen könnte der Gesetzgeber eine Wahlpflicht einführen: Gelingt (nach strengen Maßstäben) innerhalb der Sechs-Wochen-Frist des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO die nachhaltige Beseitigung der Überschuldung nicht „überwiegend wahrscheinlich“ i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 InsO, könnte der Gesetzgeber eine Verpflichtung einführen, dass der Schuldner wählen muss: Der Schuldner muss die StaRUG-Anzeige einreichen oder, nach seiner Wahl, Insolvenzantrag stellen.

8. Die StaRUG-Anzeige nach § 31 StaRUG sollte im Interesse durchgreifender Sanierung – schon unter geltender Gesetzeslage faktisch, aber auch als Nachbesserungsanregung an den Gesetzgeber – nicht nur primär zur Information des Gerichts dienen, sondern stärker gläubigerschützende Wirkung haben. Dazu wären bei § 31 StaRUG ähnliche Voraussetzungen wie beim Schutzschirm nach § 270d InsO zu definieren. Schon i. R. d. § 31 StaRUG sollte grundsätzlich (mit Ausnahmen für kleine Unternehmen) zwingend eine integrierte Unternehmensplanung vorgelegt werden. Zudem sollte zur StaRUG-Anzeige „analog“ Schutzschirm eine Bescheinigung erforderlich sein, die neben der (nur) drohenden Zahlungsunfähigkeit die Geeignetheit des StaRUG-Rahmens für eine durchgreifende Sanierung im konkreten Fall belegt.

Thomas Karg/Sandra Forster/Michael Ertl*)

Die Insolvenz der Genossenschaft

Die Insolvenz einer Genossenschaft ist in der insolvenzrechtlichen Praxis vergleichsweise selten anzutreffen. In den Jahren 2019 und 2020 belief sich der Anteil der Genossenschaften bei insgesamt 18.749 Unternehmensinsolvenzen im Jahr 2019 und 15.841 Unternehmensinsolvenzen im Jahr 2020 in Deutschland auf lediglich 0,1 %. Auch deshalb wird die Genossenschaft in der öffentlichen Wahrnehmung als sicherste Gesellschaftsform Deutschlands angesehen. Dementsprechend werden die insolvenzrechtlichen Besonderheiten im Rahmen eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Genossenschaft in Literatur und Rechtsprechung nur selten behandelt. Nach dem Auslaufen der durch die Pandemie bedingten Sonderregelungen ist mit einem Anstieg der Insolvenzverfahren zu rechnen, von dem auch Genossenschaften betroffen werden könnten. Der Beitrag stellt die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen sowie die Herausforderungen in der praktischen Umsetzung dar.

I. Einführung

Obwohl die Insolvenz einer Genossenschaft¹⁾ nur selten in der insolvenzrechtlichen Praxis anzutreffen ist,²⁾ sollten sich Insolvenzverwalter, Insolvenzgerichte und Insolvenzgläubiger intensiv mit den Besonderheiten einer Genossenschaftsinsolvenz auseinandersetzen. Neben verfahrensrechtlichen Sondervorschriften müssen die

*) Dr. iur. Thomas Karg (Insolvenzverwalter), Sandra Forster und Michael Ertl sind Rechtsanwälte bei Dr. Karg Puhmann & Kollegen, Memmingen/Regensburg, und betreuen als Team seit Jahren die Insolvenz einer Ein- und Verkaufsgenossenschaft mit rund 10.000 Genossen

1) Zur Anzahl der Unternehmensinsolvenzverfahren s. https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/03/PD21_161_52411.html, Pressemitteilung Nr. 161 v. 13. 3. 2021; aufgerufen am 6. 7. 2021.

2) Zum Anteil der Genossenschaftsinsolvenzen an der Gesamtzahl der Insolvenzen s. <https://www.creditreform.de/aktuelles-wissen/presse-meldungen-fachbeitraege/news-details/show/insolvenzen-in-deutschland-jahr-2020>, Analyse Insolvenzen in Deutschland 2020; aufgerufen am 6. 7. 2021.