



Update Restrukturierung

Nr. 10/2021 • 13. August 2021

Neuerungen zur Fortbestehensprognose bei der Überschuldungsprüfung

Dr. Stefan Proske

Mit Beschluss vom 20.07.2021 hat das OLG Düsseldorf den Prozesskostenhilfeantrag eines Insolvenzverwalters für eine Haftungsklage gegen den Geschäftsführer eines StartUps abgewiesen. Die Begründung hat im Internet bereits für einiges Aufsehen gesorgt. In offener Abkehr von der jüngeren Rechtsprechung des BGH und anderer Oberlandesgerichte hat das OLG Düsseldorf die Anforderungen an die Feststellung einer Fortbestehensprognose für StartUps deutlich abgesenkt. Nahezu zeitgleich hat allerdings der für die Geschäftsführerhaftung zuständige II. Senat des BGH in Sachen AirBerlin gegenteilig entschieden (II ZR 84/20, Urteil vom 13.07.2021). Auch diese Entscheidung hat einiges Aufsehen erregt, wenngleich primär wegen der Zulassung des Sammelklagen-Inkassos. Die Verunsicherung, was zukünftig für die Feststellung der Fortbestehensprognose – insbesondere bei StartUps, aber auch darüber hinaus – gilt, ist entsprechend hoch.

Die Überschuldung als zwingender Insolvenzgrund für Kapitalgesellschaften ist fester Bestandteil des deutschen Insolvenz- und Gesellschaftsrechts. Auch wenn sich seine konkrete Ausgestaltung über die letzten Jahrzehnte mehrfach geändert und auch die grundsätzliche Kritik an ihm zugenommen hat, konnte sich der Gesetzgeber bislang nicht zu seiner Abschaffung durchringen. Zu groß war die Sorge, dass damit dieses Früherkennungsinstrument der Insolvenzgefahr noch mehr aus dem Blick der Adressaten (Geschäftsleiter) verschwindet.

Ebenso traditionell gehört zur Feststellung der Überschuldung die Prüfung der Fortbestehensprognose. War sie zunächst nur Entscheidungskriterium, ob die Überschuldung zu Fortführungs- oder aber zu Liquidationswerten zu bestimmen ist, ist

Überschuldung als zwingender Insolvenzgrund

Fortbestehensprognose entscheidet

sie seit der Dornier-Entscheidung des BGH aus 1992 eigenständiger Bestandteil, der die Insolvenzantragspflicht trotz rechnerischer Überschuldung ausschließen kann. Auf die zwischenzeitlichen Irrungen und Wirrungen der wechselnden Gesetzgeber der Insolvenzordnung soll hier nicht eingegangen werden.

Seit jeher tun sich allerdings Rechtsprechung und Literatur schwer, die genauen Voraussetzungen einer positiven Fortbestehensprognose zu definieren. Die Anforderungen in der Dornier-Entscheidung selbst waren relativ gering. Der BGH ließ es damals ausreichen, dass Investoren kurz zuvor noch bereit waren, neues Geld in die Gesellschaft einzulegen und die Finanzierung bis zur Serienreife des damals entwickelten Wasserflugzeugs für den Geschäftsführer gesichert erschien.

Von dieser sehr subjektiven Betrachtung hat sich der Gesetzgeber der Insolvenzordnung klar distanziert. Die Rechtsprechung ist dem bereits früh gefolgt und hat verlangt, dass sich die positive Fortbestehensprognose aus einem aussagekräftigen Unternehmenskonzept, das eine Ertrags- und Finanzplanung enthält, zu ergeben hat (BGH II ZR 303/05, Beschluss vom 09.10.2006). In der Folgezeit haben verschiedene Oberlandesgerichte die Anforderungen an die Feststellung einer positiven Fortbestehensprognose weiter erhöht und an die (ebenfalls ansteigenden) Anforderungen an die Entkräftung eines durch (drohende) Zahlungsunfähigkeit indizierten Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes in § 133 InsO angeglichen. Danach ist Voraussetzung einer positiven Fortbestehensprognose ein schlüssiges und realisierbares Unternehmenskonzept, das auf der Beurteilung von Fakten und der Einschätzung künftiger Entwicklungen der Gesellschaft, ihrer Absatz- und Gewinnchancen für ihre Produkte und der allgemeinen Wirtschafts- und Marktverhältnisse beruhen muss und einen Ertrags- und Finanzplan hat (BGH II ZR 246/15, Urteil vom 23.01.2018). An diesen hohen Voraussetzungen hat auch der Gesetzgeber der SanInsFoG nichts geändert.

Vor diesem historischen Hintergrund sticht die aktuelle Entscheidung des OLG Düsseldorf heraus. Ausweislich des Sachverhalts handelt es sich bei der Schuldnerin, deren Gründer und Geschäftsführer vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommen werden sollte, um ein sog. StartUp. Konkret entwickelte das Unternehmen eine Software für eine Automobilbörse. Es finanzierte sich im Wesentlichen über Darlehen eines Investors, der mittelbar am Unternehmen beteiligt war.

Schwierigkeiten bei Ermittlung und Dokumentation

Von einer subjektiven zur objektiven Betrachtungsweise

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 20.07.2021

Dieser Investor hatte für seine Darlehen keinen (qualifizierten) Rangrücktritt erklärt. Auch hatten sich weder dieser Investor noch andere bindend verpflichtet, die Gesellschaft für einen längeren Zeitraum (vollständig) zu finanzieren. Vielmehr erfolgte die Finanzierung jeweils abschnittsweise für einige Monate auf Basis jeweils neuer Geschäftsplanungen und des sich daraus ergebenden Liquiditätsbedarfs. Als die Marktreife der Software dem Investor nicht mehr realistisch erschien, stellte er jedoch seine weitere Finanzierung ein, was zur Insolvenz der Schuldnerin führte.

Nach Ansicht des Insolvenzverwalters hatte sich der Geschäftsführer mangels eines dokumentierten Unternehmenskonzepts für die nächsten zwei Jahre lediglich – und unzulässig – auf eine (vage) Hoffnung gestützt. Diese Einschätzung teilte das OLG, wie schon das LG vorher, nicht. Eine formalisierte Unternehmensplanung sei (zumindest) für ein StartUp nicht erforderlich. Gestützt auf die Dornier-Entscheidung von 1992 hielt das OLG die Perspektive der Ertragsfähigkeit und letztlich einer Selbstfinanzierungskraft, wie in der Rechtsprechung gelegentlich angedeutet und in der Literatur verbreitet gefordert, nicht für notwendig. Ausreichend für die positive Fortbestehensprognose sei, dass das Unternehmen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in der Lage sei, seine im (von der Dauer allerdings unbestimmten) Prognosezeitraum fälligen Zahlungsverpflichtungen zu decken. Zur Begründung dieser überwiegenden Wahrscheinlichkeit sei auch keine bindende Finanzierungszusage erforderlich. Vielmehr könne der Geschäftsführer auch aus vergangenem Verhalten des Investors, insbesondere der bisherigen regelmäßigen Finanzierung, ohne gegenteilige Anhaltspunkte schließen, dass der Investor das Unternehmen und seine Entwicklungsverluste auch weiterhin finanzieren werde. Der Geschäftsführer hatte danach eine die Insolvenzantragspflicht ausschließende positive Fortbestehensprognose so lange auf seiner Seite, bis der Investor die weitere Unterstützung abgelehnt hatte.

Konträr dazu läuft die Entscheidung des BGH vom 13.07.2021 in Sachen AirBerlin. Der dortige Geschäftsführer hatte sich gegen seine Inanspruchnahme wegen Insolvenzverschleppung damit verteidigt, dass er einen Comfort Letter seines Gesellschafters hatte, in dem dieser die Absicht bestätigte, die Gesellschaft für die nächsten 18 Monate finanziell so zu unterstützen, dass sie ihre fälligen finanziellen Verpflichtungen erfüllen könne. Aus revisionsrechtlichen Gründen unterstellte

Rückkehr zur subjektiven Betrachtungsweise?

Die BGH-Entscheidung vom 13.07.2021 – in aller Regel bleibt es bei der objektiven Betrachtungsweise

der BGH, dass es sich hierbei nicht um eine harte Patronats-erklärung, d. h. nicht um eine auch durch den Insolvenzverwalter einklagbare Verpflichtung handele. Dann aber, so der BGH, könne sich der Geschäftsleiter darauf auch nicht im Rahmen der Fortbestehensprognose verlassen. Die Finanzierung durch den Gesellschafter sei anders zu beurteilen, als Finanzierungsbeiträge Dritter, für die die überwiegende Wahrscheinlichkeit reiche und keine rechtliche Verbindlichkeit erforderlich sei. Anderenfalls werde, so der BGH, eine missbräuchliche und die Gläubiger gefährdende Spekulation des Gesellschafters ermöglicht. An dieser kritischen Bewertung ändere sich auch nichts, wenn der Gesellschafter die Gesellschaft in der Vergangenheit regelmäßig unterstützt habe. Ausnahmen seine lediglich bei Unternehmen ohne Gewinnerzielungsabsicht etwa im Bereich der Daseinsvorsorge denkbar.

Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des BGH stehen sich diametral gegenüber. Ob der BGH von seiner gerade ausformulierten, gegenüber einer „informellen“ Gesellschafterfinanzierung kritischen Linie zukünftig auch nur für StartUps abweicht, erscheint bestenfalls offen. Geschäftsleiter – auch von StartUps – sind daher weiterhin gut beraten, sich für eine positive Fortbestehensprognose nicht auf eine ungesicherte Gesellschafterfinanzierung zu verlassen. Auch wenn gute Gründe für die Sicht des OLG Düsseldorf sprechen mögen, erscheint das Risiko einer anderslautenden Entscheidung doch zu hoch.

Fazit und Ausblick



Rechtsanwalt, Partner
Dr. Stefan Proske
T +49 30 88 00 97-15
F +49 30 88 00 97-99
s.proske@heuling.de



Rechtsanwalt, Partner
Prof. Dr. Georg Streit
T +49 89 540 31-227
F +49 89 54031-527
g.streit@heuling.de



Rechtsanwalt, Partner
Dr. Arnold Büsemaker
T +49 89 540 31-150
F +49 89 540 31-550
a.buesemaker@heuling.com

Ihre Ansprechpartner zu diesem Thema

Das Update Restrukturierung beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhaltes gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.



Rechtsanwalt, Partner
Dr. Johan Schneider
T +49 40 35 52 80-30
F +49 40 35 52 80-80
j.schneider@heuling.de

Abonnentenservice: Update Restrukturierung

- bestellen (kostenlos, unverbindlich, jederzeit kündbar)
 abbestellen

Fax-Antwort an: +49 30 88 00 97-99

E-Mail-Antwort an: i.kessler@heuling.de

Informationen darüber, wie Heuling Kühn Lüer Wojtek mit Ihren personenbezogenen Daten umgeht, zu welchen Zwecken Ihre Daten verarbeitet werden, die Rechtsgrundlagen der Verarbeitung und welche Rechte Sie haben, können Sie unter www.heuling.de nachlesen.

Versandservice und Kontakt

Ihr Name:

.....

Ihre Email-Adresse:

.....

Ihre Adresse:

.....