

GMBH- GESCHÄFTS- FÜHRUNG 2023

Das E-Book für die Geschäftsführung mit den
haftungsträchtigen Themen dieser Zeit – exklusiv und aktuell.

www.euroforum.de/geschaeftsfuehrer

euroforum
Live Experience by **HANDELSBLATT MEDIA GROUP**

Reicht der Comfort Letter des Gesellschafters noch aus? – Formale Anforderungen an Gesellschafterzusagen zur Annahme einer positiven Fortbestehensprognose



Maximilian Pape
Rechtsanwalt,
Achsnick Pape Opp
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Eine noch nicht vollständig überwundene Pandemie, globale Lieferkettenprobleme, ein massiver Anstieg der Energiekosten, die Zinswende und zudem noch die Unwägbarkeiten aufgrund des in der Ukraine geführten Krieges: Für Geschäftsführer wird es aufgrund multipler Krisen immer schwieriger, valide Planungsannahmen als Grundlage für die Fortbestehensprognose ihres Unternehmens zu treffen. Umso wichtiger ist es, dass auch der Gesellschafter finanziell hinter dem Unternehmen steht. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Liquiditätsplanung des Unternehmens kurzfristig Unterdeckungen aufweist, die nicht durch unternehmensinterne Finanzierungsmaßnahmen oder Fremdmittel, gedeckt werden können. Nur welche formalen Anforderungen sind in solchen Fällen an etwaige „Finanzierungszusagen“ aus dem Gesellschafterkreis zu stellen, damit die Geschäftsleitung auch in gerechtfertigter Weise von einer überwiegend wahrscheinlichen Bereitstellung der womöglich überlebenswichtigen Gesellschaftermittel ausgehen darf?

1. Die heutige Fortbestehensprognose im Sinne des § 19 Abs. 2 InsO

Die in der Sanierungspraxis elementare Fortbestehensprognose ist im Wesentlichen nur im Rahmen des Überschuldungstatbestandes des § 19 Abs. 2 InsO gesetzlich verankert. Überschuldung liegt danach vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens in den nächsten zwölf Monaten ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes (BGH) setzt eine positive Fortbestehensprognose neben dem subjektiven Fortführungswillen des Schuldners die objektive, grund-

sätzlich aus einem aussagekräftigen Unternehmenskonzept (sogenannte Ertrags- und Finanzplanung) herzuleitende Überlebensfähigkeit des Unternehmens voraus.¹ Dabei ist die Fortbestehensprognose nach nahezu ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur eine reine Zahlungsfähigkeitsprognose, d. h. es muss sichergestellt sein, dass das Unternehmen in den nunmehr gesetzlich definierten Prognosezeitraum von zwölf Monaten – bzw. während der Anwendbarkeit gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 SanInsKG bis zum 31.12.2023 sogar von nur vier Monaten – zahlungsfähig bleibt.²

Bei der Fortbestehensprognose ist dem Geschäftsführer ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Insofern reichen bereits begründete Anhaltspunkte für das Bestehen einer positiven Prognose aus, um zulässigerweise den Geschäftsbetrieb aufrecht zu erhalten. Für die Annahme einer positiven Fortbestehensprognose im Sinne von § 19 InsO ist dabei entscheidend, ob die Zahlungsfähigkeit nach den im Zeitpunkt der Beurteilung maßgeblichen Umständen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, also mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 50 %, erhalten bleibt. Die überwiegende Wahrscheinlichkeit ist dabei nicht im Sinne eines statistischen Konzepts, sondern als komparative, nicht quantifizierbare Hypothesenwahrscheinlichkeit aufzufassen³. Im Vordergrund steht insoweit die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der der Unternehmensplanung bzw. des Unternehmenskonzeptes zugrundeliegenden Annahmen und Prämissen, die zum Zeitpunkt der Erstellung und Beurteilung der Fortbestehensprognose plausibel sein müssen. Die Beweislast für eine positive Fortbestehensprognose liegt im Haftungsprozess bei der Geschäftsführung.⁴

¹ BGH, Urteil vom 13.07.2021, Az. II ZR 84/20.
² OLG Köln, Urt. v. 05.02.2009, Az.: 18 U 171/07; K. Schmidt ZIP 2013, 485, 491, m.w.N.; Frystatzki, NZI 2011, S.176 m. w. N.; Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733 m. w. N.; so auch das Institut der Wirtschaftsprüfer in: IDW S 6, Rd.-Nr. 85.
³ Mock in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 15. Auflage, § 19 Rd.-Nr. 229.
⁴ BGH, Urt. v. 18.10.2010, Az.: II ZR 151/09; BGH, Urt. v. 27.04.2009, Az.: II ZR 253/07; BGH, Urt. v. 29.11.1999, Az.: II ZR 273/98; OLG Naumburg, Urt. v. 20.08.2003, Az.: 5 U 67/03; OLG Frankfurt, Urt. v. 20.03.2009, Az.: 10 U 148/03.



Sind insoweit Gesellschaftermittel in die Liquiditätsplanung eingestellt, ohne dass auf die Zahlung derselben mangels harter Patronats-erklärung ein rechtsverbindlicher Anspruch besteht, muss der Geschäftsführer im Rahmen seiner Prognose abwägen und im späteren Streitfall auch substantiiert darlegen, warum er seinerzeit aus einer ex-ante-Sicht davon ausgegangen ist, der Gesellschafter werde die Mittel schon vollständig und rechtzeitig leisten.

2. Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 13. Juli 2021 (II ZR 84/20)

Der BGH führt in seiner oben zitierten Entscheidung insoweit klar aus, dass eine weiche Patronats-erklärung als bloße Good-will-Erklärung nicht geeignet ist, eine rechnerische Überschuldung im Rahmen der Überschuldungsbilanz zu vermeiden, da anders als bei der harten Patronats-erklärung die Ausstattungsverpflichtung mangels eines rechtsverbindlichen Anspruchs gegen den Patron nicht aktivierbar ist. Dies ist vor dem Hintergrund eines Vergleiches der (harten) Patronats-erklärung mit der Rangrücktrittsvereinbarung als Vertrag zu Gunsten der Gläubiger i.S.v. § 328 BGB auch nachvollziehbar.⁵

Aber auch im Rahmen der Fortbestehensprognose soll die Geschäftsführung nach den Ausführungen des BGH – zumindest bei einem in der Krise befindlichen Unternehmen – auf Basis einer ausschließlich weichen Patronats-erklärung nicht ohne weiteres ausgehen können, der Gesellschafter werde die zugesagten Mittel schon überwiegend wahrscheinlich zuführen. Zwar setzt die Berücksichtigung von Finanzierungsbeiträgen Dritter (und damit auch grundsätzlich solcher des Gesellschafters) im Rahmen der der Fortbestehensprognose zugrundeliegenden Ertrags- und Finanzplanung nicht zwingend voraus, dass diese rechtlich gesichert sind bzw. eine rechtsverbindliche Zusicherung gegeben ist; es kommt vielmehr darauf an, ob

und wann mit diesen überwiegend wahrscheinlich gerechnet werden kann. Fehlt es allerdings an einem rechtsverbindlich einklagbaren Anspruch, steht die Zahlung im Belieben des Dritten bzw. des Gesellschafters. Für den Gesellschafter soll diese in der Freiwilligkeit begründete Unsicherheit soll aber schon für sich ein wesentliches Indiz gegen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der künftigen Ausstattung der Gesellschaft durch den Gesellschafter darstellen, da er sich in der Krisensituation des Unternehmens bewusst dazu entschieden hat, kein eigenes Risiko zu übernehmen, um ggfs. später von seiner finanziellen Unterstützung doch noch kurzfristig Abstand nehmen zu können.⁶ In der Konsequenz soll dann auch die Tatsache, dass dem Unternehmen in der Vergangenheit umfangreich Gesellschaftermittel zur Verfügung gestellt wurden, nicht als valide Annahme für eine weitere Bereitstellung von Finanzmitteln herangezogen werden können.

3. Einschätzung und Fazit

Soweit die Bereitstellung von Gesellschaftermitteln für die „Durchfinanzierung“ des Prognosezeitraums erforderlich ist, wird man aus dem vergangenen Zahlungsverhalten des Gesellschafters nicht ohne weiteres darauf schließen können, dass der Gesellschafter auch zukünftig Zahlungen tatsächlich und rechtzeitig erbringen wird. Die Sanierungspraxis, die in den allermeisten Fällen auf Beiträge des Gesellschafters schon im frühen Stadium einer Sanierung angewiesen ist, wird das vor enorme Herausforderungen bei der Ableitung der Fortbestehensprognose stellen. Harte Patronats- Erklärungen bieten – die Werthaltigkeit eines sich hieraus ergebenden verbindlichen Ausstattungsanspruches gegen den Patron bzw. den Gesellschafter vorausgesetzt – insoweit zwar eine weitaus höhere Rechtssicherheit. Sie sind jedoch zu Beginn einer Sanierungsphase, insbesondere vor der Realisierung einer Gesamtfinanzierung auf Basis eines

⁵ Bitter, WuB 2021, 496, 497.

⁶ Bitter, WuB 2021, 496, 499.

schlüssigen und nachhaltigen Sanierungskonzeptes, üblicherweise nicht vom Gesellschafter zu erlangen. Das Haftungsrisiko trägt damit – wie immer – der Geschäftsführer. Wenngleich es keine gesetzliche Pflicht gibt, die Annahmen der eigenen Fortbestehensprognose zu dokumentieren, sind Geschäftsführer daher gut beraten, die schlüssigen Annahmen ihres Prognoseurteils vor allem in der Krise der Gesellschaft schriftlich niederzulegen und ggfs. von einem qualifizierten Berater zum Zwecke der Enthaftung überprüfen zu lassen. ■

