

# Der Sanierungs- Berater

www.sanierungsberater.de

Betriebs-Berater für Interimsmanagement und Restrukturierung

SanB

4/2021

Seiten 119–150

2. Jahrgang

- **Dr. Martin Heidrich, LL.M. (Frankfurt – School of Finance and Management)**  
Das Jahr 2021 – ein Paradoxon – wenig Geschäft, aber viel Umbruch und Fortschritt in der Sanierung 119
- **Dr. Matthias Kampshoff, Dr. Benedikt Schulz und Sascha Braun**  
Die Insolvenzanfechtung von Umwandlungsmaßnahmen 120
- **Tobias Rhode, LL.B. und Dr. Leonard Szabó**  
Positive Fortbestehensprognose?  
Neue Entwicklungen zum Überschuldungsbegriff für „Start-up-Unternehmen“ 127
- **Matthias Kühne**  
Berücksichtigung von Patronatserklärungen in der Fortbestehensprognose 131
- **Viktoria Schabel**  
Vermieter im Fokus des Insolvenzverwalters: Die Anfechtung von Mietzahlungen in der Insolvenz des Mieters 134
- **Wolf Waschkuhn und Felix Schaffner**  
RIVA – Der Sanierungsgesellschafter als Alternative zur doppel-nützigen Treuhand 136
- **Dipl.-Kfm. Dr. Stefan Frings und Dipl.-Ing., Dipl.-Wirtsch.-Ing. Christian Zeller**  
Gestärkt aus der Krise: Optimierung der Overhead-Kosten in drei Phasen 141
- **Rüdiger Weiß und Tobias Rußwurm, LL.M.**  
Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 22.7.2021 – IX ZB 4/21 143
- **Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M.**  
Anmerkung zu OLG Köln, Urt. v. 6.5.2021 – 18 U 133/20 145
- **Niklas Marwedel**  
Anmerkung zu AG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2021 – 61a RES 1/21 147
- **Katharina Hunold, LL.M.oec.**  
Nick Marquardt, Das Insolvenzzgeld als Mittel zur Fortführung und Sanierung von Unternehmen, Frankfurt 2021 149

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Daniel Graewe  
Dr. Martin Heidrich  
Rüdiger Weiß

Beirat  
Martin Hammer  
ORR Dr. Michael Hippeli  
Béla Knof  
Prof. Dr. Rolf-Dieter Mönning  
VRiLG Dr. Martin Pellens  
Prof. Dr. Jens M. Schmittmann  
Dr. Johan Schneider

Schriftleitung  
Dr. Anke Gößmann

dfv' Mediengruppe · Frankfurt am Main

eine kommende Finanzierung zur Berücksichtigung im Rahmen der Fortbestehensprognose keinesfalls rechtsverbindlich vereinbart sein muss – jedoch erteilt der BGH der Berücksichtigung weicher Patronatserklärungen eine Absage. Zusätzlich ist die durch das OLG Düsseldorf vorgenommene differenzierende Berücksichtigung der Sondersituation eines Start-up-Unternehmens im Sinne der Förderung einer Gründungskultur zu befürworten, sie bringt allerdings ebenfalls noch keine Rechtssicherheit für die beteiligten Akteure. Ob auf Start-ups nicht eine spezifische Auslegung des Begriffes der positiven Fortbestehensprognose auf ausdrücklicher rechtlicher Grundlage angezeigt wäre, um den aufgezeigten strukturellen Besonderheiten, insbesondere den spezifischen Finanzierung-Ge-

pfligkeiten, Rechnung zu tragen und den Innovations- und Gründungsstandort Deutschland wettbewerbsfähig zu halten, ohne dabei den Gläubigerschutzaspekt der insolvenzrechtlichen Antragsgründe auszuhöhlen, wird weiterer rechtspolitischer Diskussion vorbehalten bleiben.

In vielen Fällen wird zur Vermeidung einer etwaigen Haftungsgefahr daher zunächst nur die Alternative bleiben, wenn möglich, eine Beseitigung der (rechnerischen) Überschuldung vorzunehmen.<sup>45</sup>

45 Vergleiche zur Beseitigung mittels qualifizierter Rangrücktrittsvereinbarung etwa *Heidrich/Steinicke*, SanB 2020, 16.

Matthias Kühne, Offenburg\*

## Berücksichtigung von Patronatserklärungen in der Fortbestehensprognose

*Der BGH hat in seinem aktuellen Urteil vom 13.7.2021 – II ZR 84/20 zur Frage Stellung genommen, unter welchen Voraussetzungen Liquiditätszuflüsse aus einer weichen Patronatserklärung im Rahmen einer Fortbestehensprognose Berücksichtigung finden können. Die Geschäftsleistung hatte eine positive Fortbestehensprognose damit begründet, dass sie aufgrund eines Comfort Letters und den hieraus erwartbaren Zahlungszuflüssen von einem positiven Zahlungsgleichgewicht innerhalb des Prognosezeitraumes ausgegangen war. Der BGH hat die Grenzen, innerhalb welcher solche Liquiditätszuflüsse eingeplant werden können, eng gezogen.*

### I. Allgemeine Anforderungen an Fortbestehensprognose

Nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO a. F. in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG) vom 17.10.2008<sup>1</sup>, der auf den vorliegenden Sachverhalt gemäß Art. 103m EGVinsO anwendbar war, liegt trotz rechnerischer Überschuldung nicht vor, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine positive Fortführungsprognose in subjektiver Hinsicht den Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe und in objektiver Hinsicht die sich aus einem aussagekräftigen Unternehmenskonzept herzuleitende Lebensfähigkeit des Unternehmens voraus. Dem schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzept muss grundsätzlich ein Ertrags- und Finanzplan zugrunde liegen, der für einen angemessenen Prognosezeitraum aufzustellen ist<sup>2</sup> und aus dem sich ergibt, dass die Finanzkraft der Gesellschaft mittelfristig zur Fortführung des Unternehmens ausreicht<sup>3</sup>.

Weiter konkretisierende Anforderungen an die Ausgestaltung der Fortbestehensprognose nannte der BGH in seinem Urteil

nicht. Insoweit kann aber auf die allgemeinen Anforderungen an Sanierungskonzepte zurückgegriffen werden. Folgende Kernanforderungen sind zu erfüllen:

- Ein solches Gutachten muss von den erkannten und erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten des Unternehmens ausgehen und es muss durchführbar sein. Dabei ist sowohl die Frage der Erkennbarkeit der Ausgangslage als auch für die Prognose auf die Beurteilung eines unvoreingenommenen – nicht notwendigerweise unbeteiligten – branchenkundigen Wirtschaftsfachmann abzustellen.
- Das Sanierungsgutachten enthält eine Analyse der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens im Rahmen seiner Wirtschaftsbranche und beschreibt die Krisenursachen.
- Das Sanierungsgutachten beurteilt die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage des Unternehmens zutreffend.
- Das Sanierungsgutachten muss darlegen, ob das Unternehmen objektiv sanierungsfähig ist und ob die für seine Sanierung konkret in Angriff genommenen Maßnahmen insgesamt objektiv geeignet sind, das Unternehmen in überschaubarer Zeit durchgreifend zu sanieren.
- Das Sanierungsgutachten muss darlegen, ob die geplanten Sanierungsmaßnahmen jedenfalls in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt sind, d. h. die Sanierungsaktivitäten objektiv sachgerecht eingeleitet wurden.

### II. Beurteilungsspielraum der Geschäftsleitung

Dem Geschäftsleiter ist bei der Beantwortung der Frage, ob eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann, ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen. Bei der Prüfung, ob der Geschäftsleiter seinen Beurteilungsspielraum überschritten hat, darf die Vermögenssituation der Gesellschaft nicht aus der Rückschau beurteilt werden, sondern es ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines ordentlichen Geschäftsleiters in der konkreten Situation abzustellen<sup>4</sup>.

Bereits in der Grundsatzentscheidung des BGH vom 6.6.1994 hatte der BGH klargestellt, dass dem Organ bezüglich der Zukunft der Gesellschaft auch bei der Prüfung der Insolvenzzgründe ein Beurteilungsspielraum zusteht:

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. III.

1 BGBl. I S. 1982.

2 BGH, Urt. v. 18.10.2010 – II ZR 151/09, ZIP 2010, 2400 Rn. 13 – Fleischgroßhandel; Beschl. v. 23.1.2018 – II ZR 246/15, ZIP 2018, 576 Rn. 23.

3 BGH, Urt. v. 6.6.1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 199; Urt. v. 18.10.2010 – II ZR 151/09, ZIP 2010, 2400 Rn. 13 – Fleischgroßhandel.

4 BGH, Urt. v. 6.6.1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 199; Urt. v. 12.2.2007 – II ZR 309/05, juris Rn. 16.

„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.“ Allerdings steht dem Organ dieser Beurteilungsspielraum erst und nur dann zu, wenn dieser aufgrund sorgfältiger Ermittlung der Tatsachengrundlage beruht.

Die Fortbestehensprognose ist die prognostische Abbildung der wahrscheinlichen künftigen Entwicklung der Gesellschaft. Diese geht einher mit dem kaufmännischen Ermessen. So hat der BGH in der ARAG/Garmenbeck Entscheidung<sup>5</sup> zur Verantwortlichkeit der Aufsichtsräte entschieden:

„... Eine Schadenersatzpflicht des Vorstandes kann daraus nicht hergeleitet werden. Diese kann erst in Betracht kommen, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.“

Im aktuellen Urteil hatte der BGH die ausreichende Beurteilungsgrundlage verneint. Es sei nicht ersichtlich gewesen, ob der Geschäftsleitung zu den maßgeblichen Zeitpunkten der streitgegenständlichen Ansprüche im Sinne eines Neugläubigerschadens aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO in der Fassung des Gesetzes vom 23.10.2008 (BGBl. I S. 2026; im Folgenden: a. F.) jeweils ein aussagekräftiger Ertrags- und Finanzplan vorlag, der für den gesamten Prognosezeitraum die zu erwartenden Zahlungsströme und damit den zukünftigen Liquiditätsbedarf hinreichend abbildete. Ebenso bemängelte der BGH, dass die Planungsrechnungen nicht in den gebotenen kurzen zeitlichen Abständen an die jeweilige Lage angepasst wurden. Dies wäre aber gerade erforderlich gewesen, dass die Organe den Vermögensstand jederzeit im Blick hatten.

### III. Berücksichtigungsfähigkeit von Maßnahmen

Die Fortbestehensprognose enthält ein Prognoseurteil über zukünftige Ereignisse innerhalb des Prognosezeitraumes. Problematisch ist insoweit, welche Maßnahmen Berücksichtigung finden können. Nach den Grundsätzen des IDW S6 für Sanierungskonzepte ist darin anzugeben, ob das schlüssige Konzept mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist, welche konkreten Maßnahmen hierfür bereits eingeleitet und mit welchem Grad diese bereits realisiert sind. Für die Sicherung und Kontrolle der Umsetzung sollen die hierfür jeweils Verantwortlichen genannt werden. Das Sanierungskonzept kann auch Maßnahmen umfassen, die von der Mitwirkung Dritter abhängen und bei denen zum Zeitpunkt der Erstellung eine rechtlich bindende Verpflichtung noch aussteht.

### IV. Berücksichtigungsfähigkeit von Patronatserklärungen

Im vorliegenden Urteil war die Frage entscheidungserheblich, ob Zahlungen aus einer gegebenen Patronatserklärung als zukünftige Maßnahme berücksichtigt werden konnten.

#### 1. Abgrenzung Harte und weiche Patronatserklärung

Der BGH differenzierte zunächst nach der Ausgestaltung der Patronatserklärung. Patronatserklärungen können zum einen

als sog. harte Patronatserklärungen, aber auch als sog. weiche Patronatserklärungen ausgestaltet werden. Während harte Patronatserklärungen einen einklagbaren Anspruch begründen, stellen weiche Patronatserklärung lediglich eine unverbindliche Absichtserklärung dar. Vorliegend war der Comfort Letter als bloß weiche Patronatserklärung einzuordnen.

#### 2. Berücksichtigungsfähigkeit im Überschuldungsstatus

Harte Patronatserklärungen können in einem Überschuldungsstatus aktiviert werden<sup>6</sup>. Dies setzt voraus, dass die Patronatserklärung einen rechtsgeschäftlichen Charakter hat und eine verbindliche Zusage des Patrons begründete<sup>7</sup>. Demgegenüber kommt mangels in der Überschuldungsbilanz aktivierbarer Forderung eine weiche Patronatserklärung als Mittel zur Vermeidung der rechnerischen Überschuldung nicht in Betracht<sup>8</sup>. Im Vorliegenden Fall verneinte der BGH die Aktivierbarkeit im Überschuldungsstatus aufgrund der Unverbindlichkeit der Zusage. Voraussetzung für die Aktivierbarkeit wäre ein einklagbarer Anspruch gewesen.

#### 3. Grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit im Rahmen der Fortbestehensprognose

Im zu entscheidenden Fall war deshalb maßgebend, ob die weiche Patronatserklärung im Rahmen der Fortbestehensprognose Berücksichtigung finden konnte. Dies bejaht der BGH in seiner Entscheidung dem Grunde nach.

Trotz Fehlens eines rechtlich verbindlichen Ausstattungsanspruchs ist eine weiche Patronatserklärung ein Umstand, dem im Rahmen der Beurteilung, ob gleichwohl die Fortführung des Unternehmens noch überwiegend wahrscheinlich ist (§ 19 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 InsO aF), Bedeutung zukommen und der nicht außer Betracht bleiben kann, wenn es darum geht, ob die Geschäftsleitung sich noch innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums gehalten hat. Eine positive Fortführungsprognose im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 InsO aF scheidet nicht bereits deshalb aus, weil die Aufrechterhaltung der Liquidität der Gesellschaft von der Zurverfügungstellung ausreichender finanzieller Mittel durch Dritte, etwa einem Gesellschafter, abhängt, auf die die Gesellschaft (noch) keinen rechtlich verbindlichen Anspruch hat.

Entgegen einer unter Verweis auf eine Entscheidung des OLG Köln<sup>9</sup> im Schrifttum vertretenen Ansicht<sup>10</sup> setzt die Berücksichtigung etwaiger Finanzierungsbeiträge Dritter im Rahmen der Fortbestehensprognose zugrundeliegenden Ertrags- und Finanzplanung nicht zwingend voraus, dass diese rechtlich gesichert sind bzw. eine rechtsverbindliche Zusage gegeben ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn damit ausgedrückt werden soll, es müsse ein Rechtsanspruch (§ 194 Abs. 1 BGB) bestehen.

Vielmehr kommt es, wenn die Finanzierung der Sanierung einer in der Krise befindlichen Gesellschaft von den Sanierungsbeiträgen Dritter abhängt, darauf an, ob mit diesen und damit dem Gelingen der Sanierung insgesamt mit überwie-

<sup>6</sup> Vgl. auch IDW S11 Rz. 81.

<sup>7</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 19.5.2011 – IX ZR 9/10, ZIP 2011, 1111 Rn. 17.

<sup>8</sup> *Mock*, in: Uhlenbruck InsO, 15. Aufl., § 19 Rn. 111; *Förschle/Heinz*, in: Deubert/Förschle/Störk, Sonderbilanzen, 6. Aufl., Kap. Q Rn. 130; *Bitter*, ZHR 181 [2017], 428, 440; *Frystatzki*, NZI 2013, 161, 164 f.; *Haußer/Heeg*, ZIP 2010, 1427, 1430.

<sup>9</sup> Urt. v. 5.2.2009 – I-18 U 171/07, ZIP 2009, 808, 810.

<sup>10</sup> *Sikora*, ZInsO 2010, 1761, 1770 f.; *Bremen*, in: Graf-Schlicker, InsO, 5. Aufl., § 19 Rn. 16; *Laroche*, in: HK-InsO, 10. Aufl., § 19 Rn. 10; *Pape*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: 8/2010, § 19 Rn. 44; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, 3. Aufl., Anh. zu § 92 Rn. 14; bei Eigenkapitalfinanzierungsbeiträgen auch *Mock*, in: Uhlenbruck InsO, 15. Aufl., § 19 Rn. 222; *Henkel*, in: Vallender/Undritz, Praxis des Insolvenzrechts, 2. Aufl., § 4 Rn. 156.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, DB 1997, 1068.

gender Wahrscheinlichkeit gerechnet werden kann<sup>11</sup>. Die einer Fortbestehensprognose zugrundeliegende Ertrags- und Finanzplanung bildet zukünftige Zahlungsströme ab, über deren Eintritt oder Ausfall lediglich eine mit Unsicherheiten behaftete Vorhersage möglich ist. Das Bestehen eines Rechtsanspruchs führt zwar regelmäßig dazu, dass der entsprechende Mittelzufluss ohne Weiteres in der Liquiditätsplanung Eingang finden kann. Allein maßgeblich ist dieser Gesichtspunkt jedoch nicht, wie sich nicht zuletzt darin zeigt, dass etwaige Erträge aus der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ebenso in der Finanzplanung angesetzt werden können, obgleich auf diese ebenfalls kein Rechtsanspruch besteht<sup>12</sup>.

#### 4. Enge Grenzen des Beurteilungsspielraumes

Zwar hat der BGH damit grundsätzlich die Berücksichtigungsfähigkeit einer weichen Patronatserklärung im Rahmen der Fortbestehensprognose bejaht. Jedoch setzt er hinsichtlich dem Beurteilungsspielraum der Geschäftsleitung enge Grenzen. Gerade wenn es darum geht, ob sich bei einer bereits in der Krise befindlichen Gesellschaft aufgrund der Ertrags- und Finanzplanung abzeichnende Liquiditätslücken nur schließen lassen, wenn man eine Mittelzufuhr durch einen Patron unterstellt, die dieser lediglich im Rahmen einer weichen Patronatserklärung zugesagt hat und auf die demgemäß kein Rechtsanspruch besteht.

In der Krise spielen die Gläubigerrechte und -interessen eine tragende Rolle. Während im Falle einer harten internen Patronatserklärung der dem Tochterunternehmen gegen den Patron zustehende Ausstattungsanspruch in die Insolvenzmasse fällt<sup>13</sup>, ist dies bei der weichen Patronatserklärung gerade nicht der Fall.

Das OLG Düsseldorf hat in einem aktuellen Beschluss<sup>14</sup> im Rahmen einer Fortbestehensprognose eines Start-up-Unternehmens die Grenze noch recht weitgezogen. Danach ist ein rechtlich gesicherter und damit einklagbarer Anspruch auf die Finanzierungsbeiträge ist jedenfalls, wie sich aus der Dornier-Entscheidung des BGH<sup>15</sup> ergibt, nicht Voraussetzung für eine positive Fortbestehensprognose, denn dies würde einem Wahrscheinlichkeitsgrad von 100% entsprechen<sup>16</sup>. Vielmehr darf der Geschäftsführer von einer positiven Prognose ausgehen, solange nicht konkret wahrscheinlich ist, dass der Finanzierer das Start-Up Unternehmen nicht weiterfinanzieren wird<sup>17</sup>.

Der BGH schränkte nunmehr den Beurteilungsspielraum deutlich ein und entschied, dass das aus einer lediglich weichen Patronatserklärung folgende unverbindliche Versprechen des

Patrons, die Tochter mit ausreichender Liquidität zu versorgen, nur in Ausnahmefällen in der Ertrags- und Finanzplanung im Rahmen der Fortbestehensprognose Berücksichtigung finden können.

Hierbei lässt sich der BGH von folgender Erwägung tragen:

„Liebe man zu, dass ein Tochterunternehmen eine positive Fortbestehensprognose ohne Weiteres auf eine solche Patronatserklärung stützen könnte, eröffnete man dem Mutterunternehmen die Möglichkeit, in der Krise ihrer Tochtergesellschaft die Insolvenz der Tochter auf Kosten der übrigen Gläubiger zu verzögern, ohne ein zusätzliches eigenes Haftungsrisiko übernehmen zu müssen. Dies gilt insbesondere, wenn sich für die Gesellschaft bereits abzeichnet, dass die Liquidität im Prognosezeitraum ohne eine Finanzierungsmaßnahme eines Gesellschafters nicht sichergestellt und dieser Gesellschafter nicht mehr bereit ist, den erforderlichen Finanzbedarf unter Inkaufnahme eines Verlustrisikos im Falle der Insolvenzeröffnung zu decken, etwa indem er für zusätzliches Eigenkapital, nachrangiges Fremdkapital oder eine harte Patronatserklärung sorgt. In diesem Fall sind erhebliche Zweifel an einem weiteren Mittelzufluss angezeigt. In Rechnung zu stellen ist, dass der Patron möglicherweise lediglich erreichen will, die Liquiditätsausstattung der Tochter jederzeit einstellen zu können, ohne das Risiko einer weiteren Inanspruchnahme fürchten zu müssen.“ Hierbei lässt auch eine weitreichende, letztlich von der Einschätzung der wirtschaftlichen Situation der Schuldnerin abhängige Kündigungsmöglichkeit Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Zusage begründen. Das musste es zusätzlich zweifelhaft erscheinen lassen, dass der Patron, auch ohne rechtlich hierzu verpflichtet zu sein, bereit war, jeglichen neu innerhalb des Prognosezeitraums auftretenden Finanzierungsbedarf bei der Schuldnerin zu decken.

Unter solchen Umständen kann ein ordentlicher Geschäftsleiter in aller Regel nicht zu dem Ergebnis kommen, dass der Patron seiner nicht rechtsverbindlichen Ausstattungszusage während des gesamten Prognosezeitraums mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit tatsächlich nachkommen wird. Im Ergebnis haben in der Liquiditätsplanung die entsprechenden Mittel außer Betracht zu bleiben.

Allein der Umstand, dass der Patron in der Vergangenheit finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt hat, mögen diese auch erheblich gewesen sein, für sich genommen nicht<sup>18</sup>.

Damit lässt der BGH eine Berücksichtigung einer weichen Patronatserklärung nur bei außergewöhnlichen Umständen zu. Als Beispiel nennt der BGH Konstellationen, in denen der Patron mit der Ausstattung der Gesellschaft ganz überwiegend keine Gewinnerzielung anstrebt und aus übergeordneten Gründen zur Übernahme von Verlusten bereit bzw. etwa im Bereich der Daseinsvorsorge verpflichtet ist. Diese besonderen Umstände sind vom Geschäftsführer substantiiert darzulegen und zu beweisen.

#### V. Verpflichtung zur laufenden Überwachung

Der BGH hat in seinem Urteil noch einmal darauf verwiesen, dass zur Enthftung der Geschäftsleitung eine einmalige Prüfung der Fortbestehensprognose nicht ausreicht. Die Geschäftsleitung hat nicht nur einmalig eine Fortbestehensprognose aufzustellen, sondern die positive Fortbestehensprognose laufend zu überwachen<sup>19</sup>. Insoweit müssen neue Erkenntnisse jederzeit berücksichtigt und in die Fortbestehensprognose eingepreist werden.

11 *Ackermann/HaBlinger/Kraus*, DB 2019, 2697 f.; *Aleth/Harlfinger*, NZI 2011, 166, 172 f.; *Andersch/Philipp*, NZI 2017, 782 f.; *Ehlers*, NZI 2011, 161, 166; *Fischer*, NZI 2016, 665, 672; *Goette*, DStR 2016, 1752, 1756; *Haarmann/Vorwerk*, BB 2015, 1603, 1610; *Morgen/Rathje*, ZIP 2018, 1955, 1961; *Pickerill*, NZG 2018, 609, 614 ff.; *Thole*, ZInsO 2019, 1622 f.; *Balthasar*, in: *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung, 3. Aufl., Rn. 33.35; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl., Anh. zu § 64 Rn. 35; *Gehrlein*, in: *Gehrlein/Born/Simon*, GmbHG, 5. Aufl., Vorbem. zu § 64 Rn. 27; *Scholz/Bitter*, GmbHG, 12. Aufl., Vorbem. zu § 64 Rn. 61 f.; *Schmidt-Hern*, in: *Dirnhausen/Eckstein*, Beck'sches Handbuch der AG, 3. Aufl., § 17 Rn. 31; *Spindler*, in: *MüKo-AktG*, 5. Aufl., § 92 Rn. 70; *Schröder*, in: *Hamburger Kommentar zur InsO*, 7. Aufl., § 19 Rn. 23; *Kuleisa*, in: *Schmidt*, Sanierungsrecht, 2. Aufl., § 19 Rn. 23a; *Nickert/Lamberti*, Überschuldungs- und Zahlungsfähigkeitsprognose im Insolvenzverfahren, 3. Aufl., Rn. 324; *Josephs*, in: *Haarmeyer/Huber/Schmittmann*, Praxis der Insolvenzanfechtung, 4. Aufl., § 19 Rn. 18.

12 Vgl. *Nickert*, in: *Nickert/Lamberti*, Überschuldungs- und Zahlungsfähigkeitsprüfung im Insolvenzverfahren, 3. Aufl., Rn. 324.

13 Vgl. *K. Schmidt*, in: *K. Schmidt*, InsO, 19. Aufl., § 19 Rn. 42; *Raeschke-Kessler/Christopeit*, NZG 2010, 1361, 1364.

14 Beschl. v. 20.7.2021 – 12-W-7/21, MDR 2021, 1220.

15 Urt. v. 13.7.1992 – II ZR 269/91, DB 1992, 2022.

16 Vgl. *Haarmann/Vorwerk*, BB 2015, 1603, 1610.

17 Vgl. *Brinkmann*, NZI 2019, 921, 923.

18 AA *Pickerill*, NZG 2018, 609, 616; *Haas*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl., Vorbem. vor § 64 Rn. 40d.

19 *Riegger/Spahlinger*, in: *FS Wellensiek*, 2011, S. 119, 123.

## VI. Handelsrechtlicher Fortführungsprognose hat keine indizielle Bedeutung

Der BGH hat auch noch einmal klargestellt, dass sich aus einer positiven Fortführungsprognose im Sinn des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB bereits im Hinblick auf die bilanzrechtliche Fortführungsvermutung und den regelmäßig geringeren Prognosezeitraum keine zwingenden Schlüsse auf eine positive Fortbestehensprognose im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 InsO aF ziehen lassen<sup>20</sup>.

Dem BGH ist in diesem Punkt zuzustimmen. Die handelsrechtliche Fortführungsprognose unterliegt grundsätzlich dem Stichtagsprinzip, ist tätigkeits- und nicht rechtsträgerbezogen und unterliegt einem abweichenden Regel-/Ausnahmeverhältnis. Im Zweifel ist in der handelsrechtlichen Fortführungsprognose von einem Going-Concern auszugehen.

Trotzdem hat der BGH in dem zitierten Urteil vom 26.1.2017 die Anforderungen an die handelsrechtliche Fortführungsprognose erhöht. Grundsätzlich muss auch hier eine explizite Prüfung der Fortführungsfähigkeit vorgenommen werden. Nur ausnahmsweise kann darauf verzichtet werden, wenn

- in der Vergangenheit nachhaltig Gewinne erzielt wurden,
- leicht auf finanzielle Mittel zurückgegriffen werden kann und
- keine bilanzielle Überschuldung droht.

Insgesamt bleibt es aber bei der Wertung des BGH, dass sich aus der handelsrechtlichen Fortführungsprognose aufgrund der unterschiedlichen Anforderungen keine zwingenden Schlüsse auf die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose ziehen lassen.

## VII. Fazit

Der BGH hat im Ergebnis der Berücksichtigungsfähigkeit von Liquiditätszuflüssen aus einer weichen Patronatserklärung eine Absage erteilt. Dem Beurteilungsspielraum der Geschäftsleitung sind enge Grenzen gesetzt. Eine Berücksichtigung kann nur in Ausnahmefällen bei besonderen Fallkonstellationen erfolgen. Für das Vorliegen solcher Fallkonstellationen ist die Geschäftsleitung darlegungs- und beweispflichtig. Damit besteht für die Organe in der Krise ein erhebliches Haftungsrisiko. Dieses kann letztlich nur dadurch vermieden werden, dass die Patronatserklärung als harte Patronatserklärung ausgestaltet wird. Alternativ müssen die Organe dafür Sorge tragen, dass die Gesellschaft rechtzeitig mit Eigenkapital, Gesellschafterdarlehen oder sonstigen Finanzierungsbeiträgen ausgestattet wird.

<sup>20</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 Rn. 26 f.; Gehrlein, WM 2018, 1 ff.; Groß/Amen, DB 2005, 1861 ff.

RAin Viktoria Schabel, Düsseldorf\*

# Vermieter im Fokus des Insolvenzverwalters: Die Anfechtung von Mietzahlungen in der Insolvenz des Mieters

*Die Insolvenzanfechtung dient dazu, abgeflossene Vermögenswerte aus der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens in das schuldenrische Vermögen zurückzuholen. Im Bereich der Vermietung von Gewerberaum trifft die Pflicht zur Rückzahlung von Mietzahlungen den Vermieter regelmäßig überraschend und kann für ihn existenzbedrohend sein. Die Verfasserin beleuchtet nachfolgend ausgewählte praxisrelevante Fragen im Zusammenhang mit der Anfechtung von Mietzahlungen.*

## I. Bargeschäftsprivileg gemäß § 142 InsO bei Mietzahlungen: Es kommt auf den Fälligkeitszeitpunkt an

§ 142 InsO schließt die Anfechtbarkeit von Leistungen des Schuldners aus, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt. Dieses sogenannte Bargeschäftsprivileg schützt den unmittelbaren Leistungsaustausch, indem zeitnah bewirkte wechselseitige Verpflichtungen aus einem gegenseitigen Vertrag der Anfechtung entzogen werden.<sup>1</sup> Für die Unmittelbarkeit wird bei Mietzahlungen ein Zeitraum von 30 Tagen angenommen.<sup>2</sup> Ziel des Bargeschäftsprivilegs ist es, dem Unternehmer in der wirtschaftlichen Krise die Handlungsfähigkeit zu erhalten. Anderenfalls würden sich Geschäftspartner aus Sorge um die Sicherheit ihrer Gegenleistung frühzeitig ab-

wenden, und die Krise würde zwangsläufig zur Insolvenz führen. Fraglich ist, wann bei Mietzahlungen ein Bargeschäft gemäß § 142 InsO vorliegt, das eine Anfechtung ausschließt.

### 1. Der unproblematische Fall: Fälligkeit des Mietzinses entsprechend gesetzlichen Bestimmungen

Unproblematisch liegt ein Bargeschäft bei Mietzahlungen vor, wenn die Miete entsprechend dem Gesetz gemäß §§ 556b, 579 Abs. 2 BGB zum Monatsanfang, spätestens zum dritten Werktag eines jeweiligen Monats fällig und die Miete bei Fälligkeit<sup>3</sup> oder innerhalb von 30 Tagen ab dem Zeitpunkt der Nutzungsüberlassung der Räumlichkeiten an den Vermieter<sup>4</sup> gezahlt wird. In diesem Fall erhält das Vermögen des Mieters durch die Überlassung des Besitzes und der Nutzung einen Gegenwert in einem engen zeitlichen Zusammenhang. Die vertraglich vereinbarte Vorleistungspflicht des Mieters ändert an dem Bargeschäftsprivileg nichts, da diese dem Gesetz entspricht (§§ 556b Abs. 1, 579 Abs. 2 BGB)<sup>5</sup>. Gleichzeitig darf der Vermieter keine Kenntnis von einem unlauteren Handeln des Mieters im Sinne des § 142 Abs. 1 InsO gehabt haben. Ein solches unlauteres Handeln ist regelmäßig durch den Insolvenzverwalter schwer nachweisbar.

\* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. III.

<sup>1</sup> Vgl. u. a. LG München I, Urt. v. 13.7.2021 – 60 17571/20, juris Rn. 28.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, NJW 2015, 1109.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 2.2.2006 – IX ZR 67/02, NJW 2006, 1800.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 29.1.2015 – IX ZR 279/13, NJW 2015, 1109.

<sup>5</sup> Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 23.1.2006 – 5 U 144/05, juris R. 28.