

der Zeit vor dem Insolvenzeröffnungsantrag oder wegen einer Vermögensverschlechterung bekannt. Eine generelle Sperre von Vertragskündigungen oder Leistungsverweigerungsrechten wegen eigener Leistungsrückstände des Schuldners wäre allerdings ein Novum.⁴⁸

Auch die Erstreckung der Wirkungen einer Stabilisierungsanordnung auf das Recht von Gläubigern zur Durchsetzung von Rechten aus gruppeninternen Drittsicherheiten (§ 56 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 4 StaRUG-RegE) oder (mit den vertragsrechtlichen Wirkungen) auf Gläubiger, die von einer Vollstreckungs- oder Verwertungssperre gar nicht direkt betroffen wären, kennt die Insolvenzordnung nicht einmal nach ihrer geplanten Überarbeitung durch das SanInsFoG⁴⁹. Der BGH hat Sicherungsmaßnahmen gemäß § 21 InsO gegen Dritte stets für unzulässig gehalten, da § 21 InsO keine hinreichende Rechtsgrundlage dafür beinhalte.⁵⁰ § 56 Abs. 3 StaRUG-RegE würde für den vorinsolvenzlichen Restrukturierungsrahmen eine solche (notwendige) Rechtsgrundlage schaffen.

IV. Fazit

Der StaRUG-RegE unterscheidet sich – nicht nur sprachlich⁵¹ – noch einmal in wesentlichen Punkten vom vorangegangenen

StaRUG-RefE. Zwischen den Veröffentlichungen beider Entwürfe lag nicht einmal ein Monat. Dennoch berücksichtigt der StaRUG-RegE bereits einige unmittelbar nach Veröffentlichung des Referentenentwurfs entwickelte Kritikpunkte⁵².

Die Regelungen des StaRUG-RegE setzen die Vorgaben der EU-Restrukturierungsrichtlinie im Hinblick auf die geforderten Maßnahmen zur Erleichterung von Verhandlungen über präventive Restrukturierungspläne mit der Einführung der Stabilisierungsanordnung um, ohne die bekannte Systematik der insolvenzrechtlichen Sicherungsmaßnahmen vollständig zu verlassen. Dort, wo notwendig, wird der Gesetzgeber mit den Regelungen rund um die Stabilisierungsanordnung zum Teil Neuland betreten. Dabei sollte der Gesetzgeber allerdings insbesondere die Voraussetzungen für den Erlass von Stabilisierungsanordnungen, den Prüfungsumfang und die Prüfungsvorgaben der Restrukturierungsgerichte noch einmal überprüfen.

48 Abgesehen von temporären Kündigungssperren wie z. B. gemäß § 2 EGBGB (Beschränkung der Kündigung von Miet- und Pachtverhältnissen anlässlich der COVID-19-Pandemie).

49 Vgl. Art. 5 SanInsFog-E, BR-Drucks. 619/20.

50 Vgl. BGH ZInsO 2009, 2053 m. abl. Anm. Frind EWiR 2010, 21.

51 Insoweit zu Recht kritisch bisher nur Smid ZInsO 2020, 2184, Fn. 2.

52 Vor allem bei Thole ZIP 2020, 1985.

Matthias Kühne und Frank Lienhard, Offenburg*

Ausgestaltung eines Risikofrüherkennungssystems gemäß § 1 StaRUG und die Haftungsfolgen für die Geschäftsleitung

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat Mitte September einen Referentenentwurf, und am 14.10.2020 den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) veröffentlicht. Der Entwurf enthält Änderungen und Neuerungen des Restrukturierungs- und Insolvenzrechts. Zum wesentlichen Inhalt des SanInsFoG gehört das vorgesehene Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG-RegE). Das Gesetz dient vor allem der Umsetzung der Richtlinie über den präventiven Restrukturierungsrahmen vom 20.6.2019 (RL 2019/1023). Es soll gem. Art. 27 des SanInsFoG bereits zum 1.1.2021 in Kraft treten und damit nahtlos an das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz anknüpfen.

Gesetzliche Intention

Artikel 19 der Richtlinie enthält den an die Mitgliedstaaten gerichteten Auftrag, sicherzustellen, dass die Geschäftsleiter von Unternehmen, bei denen eine Insolvenz wahrscheinlich ist, unter Berücksichtigung der Interessen der Stakeholder Maßnahmen der Insolvenzabwendung abwägen, um die Bestandsfähigkeit des Unternehmens nicht weiter zu gefährden. Ziel ist es damit, Krisen möglichst frühzeitig zu erkennen und es so den Geschäftsleitungsorganen zu ermöglichen, rechtzeitig Maßnahmen zur Vermeidung und Bewältigung existenzgefährdender Entwicklungen einzuleiten und umzusetzen. Die Regelung

ist vor allem vor dem Hintergrund zu sehen, dass Fehlentwicklungen, gerade im Bereich der Stakeholder, Strategie- sowie Produkt- und Absatzkrise häufig viel zu spät erkannt werden. In der Praxis ist der Versuch des Gegensteuerns oft erst bei einer ausgeprägten Liquiditätskrise zu beobachten, teilweise noch nicht einmal in diesem Stadium. Gegenmaßnahmen sind hier schon oft mangels ausreichender Liquiditätsreserven, aus zeitlichen oder nicht zuletzt auch aus Haftungsgründen nicht mehr möglich. Dieser Entwicklung soll durch die gesetzlichen Regelungen entgegengewirkt werden.

Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement

Wesentlicher Bestandteil des StaRUG-RefE sind die Vorschriften zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement (§§ 1–3 StaRUG-RegE.). Mit § 1 wird eine allgemeine und rechtsformübergreifende Regelung zu Krisenfrüherkennungs- und -reaktionspflichten der Geschäftsleiter haftungsbeschränkter Rechtsträger geschaffen.

§ 1 StaRUG-RegE bestimmt dabei eine Pflicht der Mitglieder des zur Geschäftsführung berufenen Organs (Geschäftsleiter), fortlaufend über etwaige bestandsgefährdende Entwicklungen zu wachen. Insoweit entspricht diese Regelung dem § 91 Abs. 2 AktG. § 91 Abs. 2 AktG wurde 1998 mit dem KonTraG eingeführt. Ziel des KonTraG war es bereits damals, Unternehmensinsolvenzen und damit volkswirtschaftliche Schäden zu vermindern, indem man Unternehmen dazu bringt, ihre Risikosituation permanent und systematisch zu beobachten, um so Fehlentwicklungen frühzeitig zu erkennen. Diese Pflichten können bereits dem geltenden Recht entnommen werden, sie sind aber nur punktuell im Gesetz geregelt. Eine Pflicht zur Risikoüberwachung wird für den Vorstand einer Aktiengesell-

* Matthias Kühne ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Betriebswirt (IWW), Wirtschaftsmediator (IWW), Certified Valuation Analyst (EACVA) und Frank Lienhard ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuer-, Handels- und Gesellschaftsrecht, Certified Valuation Analyst (EACVA). Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. III.

schaft z.B. in § 91 Absatz 2 AktG normiert. Infolge einer „Ausstrahlungswirkung“ dieser Vorschrift ist sie aber auch für die Geschäftsleitungsorgane von Unternehmensträgern anderer Rechtsform anzunehmen (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich, Bundestagsdrucksache 13/9712, S. 15). Die Regelung des § 1 StaRUG-RegE fügt sich auch im Übrigen in den Rahmen ein, der durch die spezialgesetzlichen Bestimmungen zum Pflichtenkreis der Leitungsorgane gezogen wird. Sie präsentiert sich damit als Ausformung dieser Pflichten. Daher bleibt es, was Einzelfragen insbesondere hinsichtlich der Folgen von Pflichtverletzungen angeht, bei den rechtsformspezifischen Regelungen und Grundsätzen. Die Vorschrift legt zudem nur Mindestanforderungen fest.

Die Pflicht zur Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems ergibt sich aber ungeachtet des § 1 StaRUG-RegE bereits aus dem Legalitätsprinzip, das vom Management verlangt, sich bei der Amtsführung gesetzestreu zu verhalten und sicherzustellen, dass die Gesellschaft ihren Rechtspflichten nachkommt. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung folgt dabei aus § 43 GmbHG, §§ 92, 93 AktG, § 34 GenG.¹ Daraus resultiert auch die Pflicht zur Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems.²

Dieses wird nunmehr spezifiziert durch die Pflicht der Geschäftsleitung, den Überwachungsorganen (Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat) unverzüglich Bericht zu erstatten (§ 1 Abs. 1 Satz 2 StaRUG-RegE), wenn sie Anzeichen einer sich anbahnenden Krise erkennt. Diese Pflicht zur Information soll rechtsformübergreifend für alle „Geschäftsleiter“ (d.h. Geschäftsführer und Vorstände) von juristischen Personen, also insbesondere Kapitalgesellschaften (§ 1 Abs. 1 StaRUG-RegE) sowie von Personengesellschaften ohne eine natürliche Person als vollhaftenden Gesellschafter (insbesondere die GmbH & Co. KG, vgl. § 1 Abs. 2 StaRUG-RegE) gelten.

Das StaRUG-RegE normiert im Fall des Verstoßes gegen die vorstehenden Überwachungs- und Abwehrrpflichten zwar keine gesonderte Einstandspflicht der handelnden Organe. Ein entsprechender Schadensersatzanspruch ergibt sich jedoch aufgrund der vorhandenen Normen, welche den Geschäftsleiter zur Einhaltung der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters“ verpflichten (z.B. § 43 Abs. 1, 2 GmbHG oder § 93 Abs. 1, 2 AktG).

Ausgestaltung des Frühwarnsystems

Die Frage des „Ob“ der Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems durch die Geschäftsleiter ist somit nun auch durch das StaRUG-RegE vorgegeben.

Im Hinblick auf das Risikofrüherkennungssystem als Geschäftsleiterpflicht bedeutet dies, dass das „Ob“ der Einrichtung eines solchen Systems aufgrund der gesetzlichen Vorgaben damit auch nicht in den Anwendungsbereich der Business Judgement Rule (BJR) fällt; für die Ausgestaltung, d.h. das „Wie“ ist der Anwendungsbereich der BJR allerdings schon eröffnet! Damit sollte das Management im Rahmen der Anwendung der BJR im Grundsatz ein weites unternehmerisches Ermessen bei der Ausgestaltung des Risikofrüherkennungssystems zukommen.³ Bei der Ausübung des Leitungsermessens, insbesondere auf die Wahrung der Gläubigerinteressen, wird man den Geschäftsleitern bei den verfahrensbezogenen Entscheidungen einen weiten Ermessensspielraum zugestehen müssen und zudem an die angemessene

Informationsgrundlage für verfahrensbezogene Unternehmensentscheidungen keine zu hohen Anforderungen stellen dürfen.⁴

Das Gesetz enthält keine konkreten Hinweise, welche Anforderungen an das Frühwarnsystem zu stellen sind.

Grundsätzlich kann hier zwischen internen und externen Gründen einer Unternehmenskrise zur Identifizierung von Krisenursachen differenziert werden. Interne Faktoren basieren primär auf Managementfehlern, bsp:

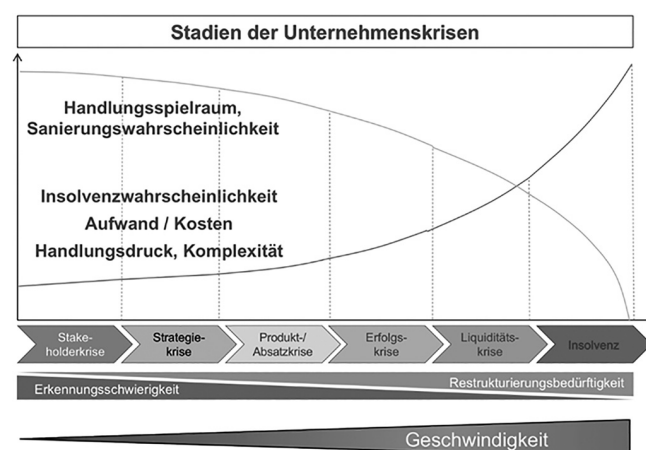
- Mangelnde Anpassung an technologische Veränderungen
- Schlechte und unzureichende Unternehmenskommunikation
- Mangelnde Befassung mit Umwelt und Umfeld

Externe Faktoren stehen meist außerhalb des Einflussbereiches des Unternehmens, sind jedoch Umstände, welche den Erfolg des Unternehmen maßgebend beeinflussen, bsp:

- Sich verändernde Marktbedingungen
- Wettbewerbseinflüsse
- Insolvenzen von Lieferanten und Kunden⁵

In der Fassung des Referentenentwurfes war in § 3 StaRUG-RefE angekündigt, dass über das Bundesministerium der Justiz und des Verbraucherschutzes Informationen zur frühzeitigen Identifizierung von Krisen (Frühwarnung) bereit gestellt werden. In der Begründung ist insbesondere auch auf das staatliche Online-Beratungsangebot des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (www.existenzgruender.de) verwiesen. Das Portal enthält in der Rubrik „Unternehmen führen“ zwei Checklisten zur Erkennung von Krisenanzeichen, die „Früherkennungstreppe“ sowie einen „Crashtest zur Schwachstellen-Früherkennung“. Darüber hinaus enthält es verschiedene Merkblätter und Broschüren zum richtigen Verhalten bei Anzeichen einer Unternehmenskrise. Das Portal wird parallel zum Gesetzgebungsverfahren angepasst werden. Die Checkliste war jedoch zum Zeitpunkt dieses Aufsatzes noch nicht veröffentlicht, so dass hierzu noch keine Stellung genommen werden kann. Im Regierungsentwurf wurde der Passus zum Online-Beratungsangebot gestrichen. Die endgültige Gesetzesfassung nach den Anhörungen im Bundestag bleibt abzuwarten.

Checklistenbasierte Indikatoren sind zunächst sicherlich geeignet, die Geschäftsleitung bei der Erfassung der typischen Krisensignale zu unterstützen, wobei hier zwischen den einzelnen Stadien der Unternehmenskrise zu differenzieren ist:



1 Jenal in Beck/Depré, in Praxis der Insolvenz, 3. Aufl. (2017), 9. Teil: Gesellschaftsrecht in der Insolvenz, § 33 Rn. 11.

2 Müller in: Semler/Peltzer/Kunis, Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder, 2. Aufl. 2015, § 10 Rn. 116 ff.

3 Köhler/Kovacev, SanB 2020, 128.

4 Köhler/Kovacev, SanB 2020, 128.

5 Vgl. auch Exler/Situm, Früherkennung von Unternehmenskrisen, KSI 4/2013, Seite 161.

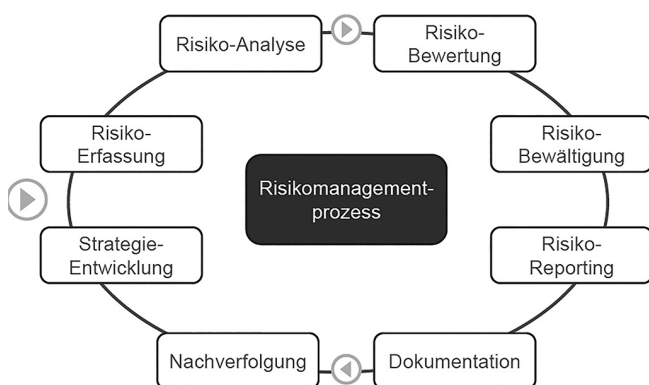
Beispielsweise können folgende Indikatoren zur Beurteilung des jeweiligen Krisenstadiums herangezogen werden:

Strategische Krise	Erfolgskrise	Liquiditätskrise
Verlust von Marktanteilen	Sinkende Eigenkapitalquote bzw. steigende Verschuldung	Zins- und Tilgungsrückstände
Verlust von Kernkompetenzen	Sinkende Betriebsleistung hervorgerufen durch eine sinkende Marktnachfrage	Lieferungen erfolgen nur noch gegen Vorauszahlung oder Besicherung
Substitutionsrisiken durch neue Produkte oder Dienstleistungen	Sinkender Gewinn bzw. Erwirtschaftung von Verlusten	Zusatzsicherheiten für Kreditlinien erforderlich
Verschärfter Wettbewerb durch Eintritt neuer Mitbewerber	Sinkende Rentabilität	Nur noch kurzfristige Prolongation von Kreditlinien
Allgemein schrumpfender Markt	Sinkender Rohertrag	Erhöhter Druck seitens der Fremdkapitalgeber
Abhängigkeit von der Konjunktur	Ineffizienzen im Materialeinkauf	Überziehungen von Kreditlinien
Abhängigkeit von Rohstoffpreisen und Lieferanten	Erhöhter Materialausschuss- bzw. -einsatz	Finanzierung von Ausschüttungen bzw. Privatentnahmen über Aufnahme von Fremdmitteln
Abhängigkeit von Kunden	Fehlende Abstimmung der Produktion mit dem Absatz	Steigende Anzahl an Mahnungen bzw. Zahlungserinnerungen
Veränderung des Käuferverhaltens und der Käuferinteressen	Sinkende Produktivität und sinkende Produktivität pro Mitarbeiter	Inanspruchnahme von Zahlungszielen bzw. Überschreitung von Zahlungszielen
Anstieg von Kundenreklamationen	Zunehmende Lagerdauer	Nichtausnutzung von Skontofristen
Steigende Personalfuktuation	Lieferverzögerungen	Sinkender Cashflow aus dem operativen Bereich
Lieferverzögerungen gegenüber Kunden	Sinkender Auftragsstand	Rückstände bei Sozialversicherungsträgern und Finanzbehörden

Quelle: Exler/Situm, Früherkennung von Unternehmenskrisen, KSI 4/2013, Seite 165⁶

Nachdem konkrete Anforderungen an das Frühwarnsystem – zumindest bislang – nicht existieren, kann für die Frage der Ausgestaltung grundsätzlich § 91 Abs. 2 AktG herangezogen werden. Maßgebend ist nach der gesetzlichen Intention, dass das Frühwarnsystem vor einer bestandsgefährdenden Entwicklung warnt und der Geschäftsleitung rechtzeitig die Einleitung von Gegenmaßnahmen ermöglicht.

Letztlich ist das Frühwarnsystem zur Erkennung bestandsgefährdender Risiken Teil des Risikomanagements.



Das Frühwarnsystems als Teil des Risikomanagements ist demnach ein umfassender Prozess der Identifikation, Bewertung, Aggregation, Überwachung und gezielten Steuerung aller Risiken, die Abweichungen von den gesetzten Zielen auslösen können.

Für Unternehmen stellt sich damit aber auch die Frage, wie ein Risikofrüherkennungssystem aufgebaut werden muss, damit es nicht nur die für das Unternehmen maßgebenden Aussagen liefert, sondern auch möglichst frühzeitig Fehlentwicklungen aufdeckt. Die Kunst der Aussagekraft eines Risikofrüherkennungssystems liegt nicht in der Fülle der Kennzahlen, sondern in der Identifikation der für das Unternehmen entscheidenden Kennzahlen.

Es ist aber fraglich, ob allein die checklistengestützte Erfassung möglicher Risiken für sich genommen ausreichend ist, die Anforderungen an die Geschäftsleitung zur Erkennung bestandsgefährdender Risiken zu erfüllen. Bezogen auf einen typisierten Krisenverlauf sollte die Entdeckung des Gefährdungspotentials nicht erst mit akuter Krise, sondern bereits früher sichergestellt werden. Dementsprechend sollten die Fehlentwicklungen im Unternehmen bereits im Bereich der Stakeholder- und Strategiekrisis aufgedeckt werden.

Ausgestaltung und Anpassungen für KMU

Nach der Begründung des Regierungsentwurfs ist die konkrete Ausformung und Reichweite der Pflicht zur Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems von der Größe, Branche, Struktur und auch der Rechtsform des jeweiligen Unternehmens abhängig. Ob für kleinere Unternehmen Erleichterungen bestehen, wurde bislang von der Literatur unterschiedlich beantwortet.

Kleine Unternehmen i. S. d. § 267 Abs. 1 HGB könnten mit der Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems gem. § 91 Abs. 2 AktG (vgl. IDW PS 340) möglicherweise überfordert sein. Aus diesem Grund sind die Anforderungen auf diese Klein- und Kleinstunternehmen anzupassen. Hierbei wäre zu überlegen, ob die Anforderungen aus § 1 StaRUG dergestalt (de lege lata) bei KMU angepasst werden sollten, dass im Unter-

⁶ Vgl. Exler/Werner, Frühwarnindikatoren gemäß EU-Richtlinie zum präventiven Restrukturierungsrahmen S. 53.

nehmen eine integrierte Unternehmensplanung (Erfolgs-, Vermögens- und Liquiditätsplanung) für mindestens drei Jahre erstellt werden muss. Zudem könnte die Planung einem Stress-test unterzogen werden, der zur Vereinfachung auf historischen Unternehmensdaten oder auf Risikokennzahlen der jeweiligen Branche basieren kann.

In der Begründung des Regierungsentwurfs ist explizit ausgeführt, dass es sich gerade bei kleineren Unternehmen verbietet, übermäßige Organisationspflichten zu statuieren. Der Entwurf lässt sich dabei von der Erkenntnis leiten, dass die überschaubaren Verhältnisse bei kleinen Unternehmen es erlauben, den Risikoüberwachungsgeboten auch ohne größere organisatorische Vorkehrungen gerecht zu werden, da dies kleinere Unternehmen ansonsten überfordern würde. In jedem Fall aber sollen die Geschäftsleiter gehalten sein, 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.

Erfassung der Risiken

Für die Frage der Erfassung der Risiken im Rahmen des Risikofrüherkennungssystems kann auf die Grundsätze des Risikomanagements zurückgegriffen werden. Eine Risikoidentifikation umfasst danach die regelmäßige und systematische Identifizierung von Risiken, die einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Risiken zu bestandsgefährdenden Entwicklungen führen können. Die identifizierten Risiken werden in einem Risikoinventar systematisch dokumentiert⁷. Wichtig ist, dass sich die Betrachtung auf die wesentliche Aspekte fokussierte Identifikation der für das Unternehmen relevanten Risiken konzentriert. Die Identifikation der Einzelrisiken erfolgt hierbei entsprechend den bestehenden Risikofeldern, wie bsp. der Unternehmensstrategie, finanzwirtschaftlichen Risiken, Absatz- und Beschaffungsmarktrisiken, verschiedenen Leistungsrisiken aus der Wertschöpfungskette oder den Risiken in den Unterstützungsprozessen. Für die Identifikation der Risiken können Arbeitsprozessanalysen, formalisierte Gefährdungsanalysen, Systemanalysen, Workshops, Benchmarks oder Checklisten genutzt werden⁸. Für die Zwecke der Erfassung der Einzelrisiken kann die angekündigte Checkliste sicherlich eine Hilfestellung geben. Das Ergebnis der erkannten Risiken im Rahmen der Risikoidentifikation ist das Risikoinventar. Hierbei sollte neben der verbalen Bezeichnung der jeweiligen Risiken auch bereits eine erste grobe Einschätzung der Auswirkungen auf das Unternehmen festgehalten werden, z. B. mittels Relevanzschätzung⁹.

Bewertung der Risiken

In einem weiteren Schritt ist eine Risikoquantifizierung durchzuführen. Auch im Risikomanagement gilt der bekannt Grundsatz „If you can measure it, you can manage it“.

Die Risikobewertung umfasst die quantitative Beschreibung eines Risikos durch eine geeignete Wahrscheinlichkeitsverteilung und die Berechnung von Risikomaßen.

Dabei wird mit der Quantifizierung ein Risiko zunächst durch eine geeignete (mathematische) Verteilungsfunktion beschrieben. Regelmäßig werden Risiken dabei durch Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe quantifiziert, was einer sog. Binomial-

verteilung (digitale Verteilung) entspricht. Einige Risiken, wie etwa die Abweichung bei Instandhaltungskosten, die mit unterschiedlicher Wahrscheinlichkeit verschiedene Höhen erreichen können, werden dagegen durch andere Verteilungsfunktionen (z. B. eine Dreiecksverteilung mit Mindestwert, wahrscheinlichster Wert und Maximalwert oder eine Normalverteilung mit Erwartungswert und Standardabweichung) beschrieben.¹⁰

Orientierung für die Quantifizierung eines Risikos geben tatsächliche, in der Vergangenheit eingetretene Risikowirkungen (Schäden), Benchmarkwerte aus der Branche oder selbst erstellte (realistische) Schadensszenarien, die dann transparent zu beschreiben und hinsichtlich einer möglichen quantitativen Auswirkung auf das Unternehmensergebnis zu erläutern sind.¹¹

Um alle Risiken miteinander hinsichtlich ihrer Bedeutung vergleichen zu können, bedarf es eines einheitlichen Risikomaßes (z. B. der Value-at-Risk (VaR)).

Aggregation der Einzelrisiken und Verzahnung mit Unternehmensplanung

Allein aus dem Risikoinventar und der Bewertung von Einzelrisiken ist die Anforderung an ein Risikofrüherkennungssystem für bestandsgefährdende Risiken kaum zu erfüllen. Letztlich wäre dies nur bei bestandsgefährdenden Einzelrisiken der Fall. Häufig ist es aber nicht die Realisierung eines Einzelrisikos, was zur Insolvenz führt, sondern die Kombination aus mehreren Risiken. Eine Beurteilung der Kombinationseffekte und die Frage der möglichen Bestandsgefährdung ist deshalb praktisch nicht möglich. Um letztlich beurteilen zu können, wie groß der Gesamtrisikoumfang ist, wird eine sog. Risikoaggregation erforderlich. Zielsetzung der Risikoaggregation ist damit die Bestimmung einer Gesamtrisikoposition eines Unternehmens sowie die Ermittlung der relativen Bedeutung der Einzelrisiken unter Berücksichtigung von Wechselwirkungen (Korrelationen) zwischen diesen. Damit werden die Wahrscheinlichkeitsverteilungen einzelner Risiken zu einer Wahrscheinlichkeitsverteilung der Zielgröße des Unternehmens (z. B. Gewinn oder Cashflow) zusammengeführt. Aus dieser können dann Risikomaße für das Gesamtunternehmen berechnet werden, die den Gesamtrisikoumfang charakterisieren.

Das Früherkennungssystem setzt sich dabei aus aktuellen belastbaren Zahlen des Rechnungswesens zusammen, die um einen Blick in die Zukunft, also eine Planung, ergänzt werden. Dabei müssen die Geschäftsleiter zumindest jährlich ein Budget erstellen, das im Regelfall aus den Teilen Umsatz- und Ergebnisplanung, Finanz-, Liquiditäts- und Investitionsplanung sowie Produktions- und Kostenplanung besteht.¹²

Bei einer integrierten Planung ist die GuV-, Bilanz- und Liquiditätsplanung im Einklang miteinander und ergibt ein in sich (mathematisch) schlüssiges System. Flankierend hierzu sollte diese integrierte Planung mit der strategischen Planung, dem Geschäftsmodell und dem Performance-Measurement-System in einem logischen Zusammenhang stehen. Alleine durch die Integration der wesentlichen Unternehmensdaten in einem System entsteht ein transparentes Zahlenwerk. Wird eine Unternehmensplanung völlig außen vor gelassen, ist ein wesentlicher Bestandteil eines Risikofrüherkennungssystems nicht vorhanden.¹³

Für die Praxis bedeutet dies, dass ein Früherkennungssystem nicht nur in der Lage sein muss, Einzelrisiken einschließlich ihrer

7 IDW PS 340 (Stand 27.05.2020) Tz. 3, Tz. 17.

8 Gleißner, Grundlagen des Risikomanagements, 3. Auflage, S. 101 mit weiteren Hinweisen; Gleißner/Kimpel/Kühne/Lienhard/Nickert, Managemententscheidungen unter Risiko, 2019, S. 196.

9 Gleißner, Grundlagen des Risikomanagements, 3. Auflage, S. 162 mit Praxisbeispielen.

10 Gleißner, WiSt 2017, 6.

11 Gleißner/Kimpel/Kühne/Lienhard/Nickert, Managemententscheidungen unter Risiko, 2019, S. 198.

12 Ziemons in: Oppenländer/Tröltzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2004, § 22 Rn. 7.

13 Gleißner/Kimpel/Kühne/Lienhard/Nickert, Managemententscheidungen unter Risiko, 2019 S. 79.

Auswirkungen aufzuzeigen und zu priorisieren, das System muss vor allem auch die Risiken zu einem Gesamtrisikoumfang zusammenzuführen. Die Gefahr ist in der Praxis regelmäßig nicht, dass ein einzelnes existenzbedrohendes Risiko besteht, sondern dass sich einzelne, für sich betrachtet unwesentliche Risiken, aggregieren. Diese „Zusammenballung“ zeigt dann erst eine mögliche bestandsgefährdende Entwicklung auf¹⁴. Die Risiken müssen als mögliche Abweichungen von der Unternehmensplanung verstanden werden. Dies betrifft sowohl die downside risks als auch die upside risks, also die Chancen, denn Risikofrüherkennung ist immer zugleich auch Chancenfrüherkennung.

Die Verknüpfung von Unternehmensplanung und Risikoanalyse stellt damit den wichtigsten Krisenfrühwarnindikator dar. Bei dieser Risikoaggregation werden die bewerteten Risiken in den Kontext der Unternehmensplanung gestellt werden müssen. Das Unternehmen sollte untersuchen, welche Auswirkungen die Risiken auf die jeweilige Planposition und somit auf den zukünftigen Ertrag und das Rating haben. Bei der Risikobewertung und Risikoaggregation können unterschiedliche, anerkannte quantitative und qualitative Verfahren zur Anwendung kommen. In Abhängigkeit der individuellen Unternehmenssituation können z. B. Expertenschätzungen oder Heuristiken bis hin zu Szenarioanalysen oder IT-gestützten Simulationsverfahren angemessen sein¹⁵. Um „bestandsgefährdende Entwicklungen“ zu erkennen, erfordert die Aggregation von Risiken im Zusammenhang mit der Unternehmensplanung zwingend den Einsatz von Simulationsverfahren (Monte-Carlo-Simulation), weil Risiken nicht addierbar sind. Unter Zuhilfenahme von Risikosimulationsverfahren kann dann eine große repräsentative Anzahl möglicher risikobedingter Zukunftsszenarien berechnet und analysiert werden. Damit lassen sich Rückschlüsse auf den Gesamtrisikoumfang, die Planungssicherung und eine realistische Bandbreite z. B. des Unternehmensergebnisses ableiten.

Aus der so ermittelten risikobedingten Bandbreite des Ergebnisses kann unmittelbar auf die Höhe möglicher risikobedingter Verluste und damit auf den Bedarf an Eigenkapital und Liquidität zur Risikodeckung geschlossen werden. Daraus lassen sich wiederum Rückschlüsse auf das angemessene Rating

ziehen und des Weiteren auch Risikokennzahlen wie die Eigenkapitaldeckung bestimmen, die das Verhältnis des verfügbaren Eigenkapitals zum Eigenkapitalbedarf anzeigen. Zudem können auch stochastische Ratingprognosen erstellt werden.¹⁶

Beurteilung der möglichen Bestandsgefährdung

Die Frage der Bestandsgefährdung beinhaltet die Beantwortung der Frage, ob durch die Realisierung der erkannten, bewerteten und aggregierten Risiken der Gesellschaft die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung droht und dadurch eine Insolvenz ausgelöst wird. In erster Linie zielen ganzheitliche Risikobewältigungsstrategien auf die Absicherung der Liquidität, da Illiquidität die häufigste Insolvenzursache darstellt.

Gleißner verfolgt hier einen ratingorientierten Ansatz¹⁷. Eine potentiell bestandsbedrohende Entwicklung ist danach zu erwarten, wenn ein möglicher Eintritt des Einzelrisikos oder die Kombination mehrerer Risiken durch risikobedingte Auswirkungen auf die zukünftigen Finanzkennzahlen nicht mehr auch eine Ratingnote erreicht wird, die die Finanzierung des Unternehmens (Liquidität) sicherstellt (B-Ratingnote). Damit helfen Ratingprognosen für Basis- und risikobedingte Stressszenarien, potentiell bestandsbedrohende Entwicklungen aufzuzeigen. Auch Risiken, deren Auswirkungen nicht zur Überschuldung führen sind potentiell bestandsbedrohend, wenn Sie das Rating (oder Covenants) des Unternehmens erheblich bedrohen¹⁸.

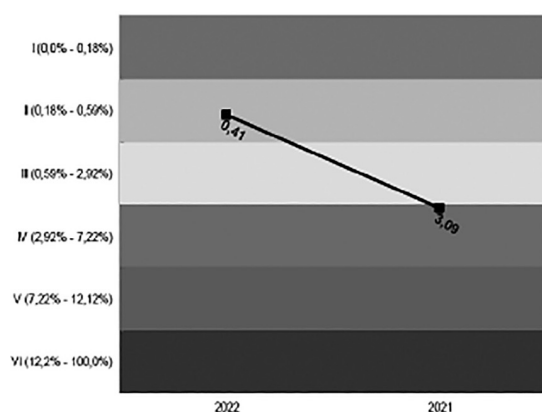
14 Gleißner/Kimpel/Kühne/Lienhard/Nickert, Managemententscheidungen unter Risiko, 2019 S. 195.

15 IDW PS 340 (Stand 27.05.2020) Tz. 18, A 18.

16 Gleißner/Kimpel/Kühne/Lienhard/Nickert, Managemententscheidungen unter Risiko, 2019, S. 199; Gleißner, WiSt 2017, 9.

17 Vgl. auch zur Fortbestehensprognose: Kühne/Nickert, Wann ist eine insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose positiv, ZinsO 2014, S. 2297 ff.; C. Nickert/A. Nickert/Kühne, Prognosen im Insolvenzrecht, KTS 2019, 29.

18 Zum Ganzen: Gleißner, Grundlagen des Risikomanagements, 3. Auflage, S. 324.



Kennzahl	2021	2022	Änderung in %	Änderung absolut
Ratingnote	4,00	2,00		
Einjahres-Ausfallwahrscheinlichkeit	3,09	0,41		
Schuldendienstfähigkeit	-40,26	43,16		
= Betriebsergebnis (ratingorientiert) /	-3.888.460	3.058.924	-179,71	6.945.384
Fremdkapital	9.652.638	7.088.889	-26,58	-2.563.749
Eigenkapitalquote	30,00	47,87		
= Eigenkapital (ratingorientiert) /	4.137.469	6.508.485	57,31	2.371.016
Bilanzsumme (ratingorientiert)	13.790.107	13.597.374	-1,40	-192.733
Zinsaufwand zum Fremdkapital	2,21	3,03		
= Zinsaufwand /	213.460	215.076	0,76	1.616
Fremdkapital	9.652.638	7.088.889	-26,58	-2.563.749
Liquidität I. Grades erweitert	0,00	12,52		
= Flüssige Mittel /	0	887.267	*	887.267
Fremdkapital	9.652.638	7.088.889	-26,58	-2.563.749
Return on Investment	-33,06	18,01		
= Ergebnis der gew. Geschäftstätigkeit /	-4.559.460	2.448.924	-153,71	7.008.384
Bilanzsumme (ratingorientiert)	13.790.107	13.597.374	-1,40	-192.733
Quote der flüssigen Mittel	0,00	6,53		
= Flüssige Mittel (ratingorientiert) /	0	887.267	*	887.267
Bilanzsumme (ratingorientiert)	13.790.107	13.597.374	-1,40	-192.733

(Mittelbare) Pflicht zur Unternehmensplanung

Das StaRUG-RegE enthält neben der Verpflichtung zur Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems in § 2 Abs. 1 StaRUG-RegE für Geschäftsleiter in haftungsbeschränkten Rechtsformen die Neuregelung, dass diese bei drohender Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 18 InsO auch die Interessen der Gläubiger zu wahren haben. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Geschäftsleiter vernünftigerweise davon ausgehen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen

die Interessen der Gläubiger zu wahren. Der Prognosezeitraum der drohenden Zahlungsunfähigkeit soll 2 Jahre betragen.

Gleichzeitig hängt auch das Risikofrüherkennungssystem unmittelbar mit der Unternehmensplanung zusammen, da die Frage der Risikotragfähigkeit letztlich nur im Kontext der Unternehmensplanung beantwortet werden kann.

Damit stellt sich die Frage, ob durch das StaRUG-RegE eine Pflicht zur Unternehmensplanung für alle Unternehmen, zumindest mittelbar, begründet wird.

Schon vor dem StaRUG-RegE vertraten starke Stimmen in der Literatur als Ausfluss von §§ 90 Abs. 1 Nr. 1, 91 Abs. 2 AktG, 289 HGB die Verpflichtung eines Unternehmens zur Erstellung einer Unternehmensplanung, und dies rechtsformübergreifend¹⁹. Dies letztlich auch als Ausfluss der allgemeinen Sorgfaltspflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG.

Die Verpflichtung zur Einrichtung eines Frühwarnsystems besteht rechtsformübergreifend. Aufgrund obiger Erwägungen muss deshalb von der – zumindest mittelbaren – Verpflichtung zur Verhaltung einer integrierten Unternehmensplanung ausgegangen werden. Integriert, d. h. Erfolgs-, Bilanz- und Liquiditätsplanung deshalb, weil sich die erkannten und bewerteten Risiken auf die unterschiedlichen Positionen auswirken können.

Vor diesem Hintergrund ist auch die Forderung des IDW zu sehen, wonach eine Klarstellung zur expliziten Verpflichtung zur Erstellung einer Unternehmensplanung zur Erfüllung der Anforderungen an ein funktionierendes Risikofrüherkennungssystem aufgenommen wird²⁰.

Auch für KMU ist das Vorhalten einer qualifizierten und risikoadjustierten integrierten Unternehmensplanung keine Anforderung, welche die Geschäftsleitung i. S. d. Gesetzesbegründung des StaRUG-RegE organisatorisch überfordert.

Fazit:

Zur Haftungsvermeidung der handelnden Organe ist es unerlässlich, neben der Pflicht zur Einführung eines Systems zur

Krisenfrüherkennung auch die Überwachung dieses Systems vorzunehmen. Des Weiteren trifft die Geschäftsleiter und Mitglieder von Überwachungsorganen die Pflicht zur Ausrichtung geschäftlicher Entscheidungen vorrangig am Gläubigerinteresse, je näher die drohende Zahlungsunfähigkeit rückt.

Fraglich ist, ob die Neuregelungen durch das StaRUG-RegE nun zu einer Haftungsverschärfung führen, oder aber im Gegenteil, die Haftung der Geschäftsleitungsorgane entschärfen. Die letztere Ansicht kann zunächst dadurch begründet werden, dass durch die Verkürzung des Prognosezeitraumes der Fortbestehensprognose von 2 Jahren auf 1 Jahr eine deutliche Reduzierung der Haftungsgefahren erreicht wurde. Die Einrichtung eines Früherkennungssystems war bislang Ausfluss der §§ 90 Abs. 1 Nr. 1, 91 Abs. 2 AktG, 289 HGB. Allerdings war strittig, ob dies auch für KMU Anwendung findet. Dies ist nunmehr insoweit geklärt, als dass dem Grunde nach die Verpflichtung für alle Gesellschaften besteht. Eine gesonderte Haftung sieht das StaRUG nicht vor. Vielmehr ist auf die allgemeinen Vorschriften zurückzugreifen. Trotzdem wird die Frage der Ausgestaltung des Frühwarnsystems vermehrt in den Fokus rücken. Gerade in Bezug der Beurteilung von Risiken außerhalb des Prognosezeitraumes der drohenden Zahlungsunfähigkeit dürfte gerade für kleinere Unternehmen zu einer Verschärfung der bislang gelebten Praxis führen.

19 Zum Ganzen: Nickert/Kühne, Unternehmensplanung in Krise und Insolvenz, 2. Auflage, S. 4.

20 Presseerklärung IDW vom 29.10.2020.

Dr. Maximilian Pluta, München und Philip Konen, Frankfurt*

Die Anzeige eines Restrukturierungsvorhabens (§ 33 StaRUG)

Voraussetzungen und typisierte Anwendungsfälle

Die Beratungspraxis muss sich bereits jetzt mit dem Regierungsentwurf des SanInsFoG¹ allgemein und mit dem darin geregelten Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen („StaRUG“)² im Besonderen auseinandersetzen, als dieses voraussichtlich am 01.01.2021 in Kraft treten soll. Die im StaRUG enthaltenen Regelungen über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen ordnen sich ein zwischen außergerichtlicher Sanierung und formellem Insolvenzverfahren (in Eigenverwaltung). Im Folgenden werden die Voraussetzungen für die Anzeige eines solchen Restrukturierungsvorhabens (I.) sowie die damit verbundenen Pflichten des Schuldners (II.) aufgezeigt. Daraus lassen sich typisierte praktische Fallgestaltungen ableiten (III.).

I. Die Anzeige gem. § 33 StaRUG

1. Ausgangslage

Das StaRUG ist modular aufgebaut. Der Schuldner kann die Restrukturierungssache als privatrechtliches Verfahren betreiben, ohne das zuständige Restrukturierungsgericht einzube-

ziehen. Die Verhandlung eines Restrukturierungsplans (§ 8 ff. StaRUG) und die Abstimmung darüber (§ 19 ff. StaRUG) sind dem Grunde nach vollständig außergerichtlich möglich. Die Planabstimmung folgt dann in privater Selbstorganisation und außerhalb des Verfahrensrechts³. Lediglich die gerichtliche Planbestätigung ist erforderlich (§§ 67, 74 StaRUG).

Der Schuldner kann aber das Restrukturierungsvorhaben auch beim zuständigen Restrukturierungsgericht anzeigen (§ 33 StaRUG), wenn Verfahrenshilfen des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens („Instrumente“ gem. § 31 StaRUG) in Anspruch genommen werden sollen. Diese Instrumente kann der Schuldner dann, wenn dem Gesetz keine andere Regelung entgegensteht, vollkommen unabhängig voneinander nutzen (§ 31 Abs. 3 StaRUG). In den Genuss dieser Instrumente soll jeder insolvenzfähige Schuldner kommen sowie natürliche Personen, die unternehmerisch tätig sind („Restrukturierungsfähigkeit“ gem. § 32 StaRUG). Ausgenommen sind Unternehmen der Finanzbranche gem. § 1 Abs. 19 KWG.

Die Konzeption des StaRUG ermöglicht es daher, sehr abgestimmt und flexibel auf die Besonderheiten der Restrukturierung im Einzelfall einzugehen. Weiterhin sieht das StaRUG verschiedene Instrumente vor, die sonst vergleichbar nur im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zur Verfügung stehen, ohne aber in eine, für viele Schuldner mit Unbehagen konnotierte, Insolvenzsituation einzutreten.

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. III.

1 Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG); im Folgenden „SanInsFoG-RegE“.

2 Art. 1 SanInsFoG-RegE: Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -Restrukturierungsgesetz – StaRUG); im Folgenden im Text vereinfacht als „StaRUG“ bezeichnet, Bezug genommen wird auf den RegE.

3 StaRUG-RegE, Begründung Zu Abschnitt 3 Unterabschnitt 1 (Planangebot und Planannahme).