

## ZInsO FOKUS – Außergerichtliche Sanierung und Restrukturierung

### Früherkennung – der Schlüssel zur effektiven Krisenbewältigung

von Insolvenzverwalter/Fachanwalt für Insolvenzrecht Henning Sämisch, Kanzlei SHNF, Hamburg\*

*Neben der europäischen Harmonisierung eines außerinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens enthält die Restrukturierungsrichtlinie<sup>1</sup> in Art. 3 die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einführung eines Frühwarnsystems zur Erkennung von Unternehmenskrisen. Die Bundesregierung setzt diese Verpflichtung in ihrem Gesetzentwurf<sup>2</sup> in Form der §§ 107, 108 StaRUG-E sowie der Änderung vom Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern (IHK-G) und Handwerksordnung (HwO) um. Darüber hinaus sieht die Bundesregierung keinen weiteren Handlungsbedarf, da die bisherigen Frühwarnmechanismen den Anforderungen der Richtlinie bereits genügen.<sup>3</sup> Im Folgenden soll erörtert werden, inwieweit die Einführung zusätzlicher Frühwarnmechanismen zu einer möglichst effektiven Umsetzung der Richtlinie sinnvoll erscheint und welche Chancen sich hieraus ergeben. Hierbei wird insbesondere auf die verschiedenen Stadien einer Unternehmenskrise Bezug genommen und eine Differenzierung der Frühwarninstrumente nach Krisenstadium vorgenommen. Abschließend sollen die Auswirkungen der Vorschläge auf die Akteure beleuchtet und bewertet werden.*

#### I. Herleitung von Frühwarnsystemen aus der Restrukturierungsrichtlinie

Art. 3 der Restrukturierungsrichtlinie sieht die Einführung von sog. Frühwarnsystemen vor. Diese sollen „Umstände erkennen [...], die zu einer wahrscheinlichen Insolvenz führen können, und ihnen [den Schuldnern] signalisieren können, dass unverzüglich gehandelt werden muss“.<sup>4</sup> Das Frühwarnsystem soll dabei insbesondere klar und transparent ausgestaltet werden.<sup>5</sup> In Abs. 2 werden mögliche Bestandteile eines solchen Frühwarnsystems aufgezählt. Diese sind jedenfalls nach Auffassung der Bundesregierung nicht abschließend.<sup>6</sup> Davon abgesehen bliebe es dem Gesetzgeber selbstverständlich unbenommen, über die Richtlinie hinausgehende Regelungen zu treffen. Informationen zu den Frühwarnsystemen müssen nach Art. 3 Abs. 4 RestRL öffentlich online zugänglich gemacht werden und insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) leicht zugänglich und nutzerfreundlich aufbereitet sein. Je früher die finanzielle Notlage eines Unternehmens erkannt wird, desto wahrscheinlicher und kosteneffizienter lässt sich die Insolvenz verhindern bzw., wenn dies nicht mehr möglich ist, desto effizienter kann die Durchführung des Insolvenzverfahrens erfolgen.<sup>7</sup>

Durch diese Regelung wird neben dem Restrukturierungsrahmen an sich auch die Krisenbewältigung im Vorfeld einer potenziellen Restrukturierung auf europäischer Ebene harmonisiert. Dies könnte dazu beitragen, den grenzüberschreitenden Kapitalverkehr weiter anzuregen.<sup>8</sup>

#### II. Umsetzung im Gesetzentwurf der Bundesregierung

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht eine Umsetzung dieser Vorgaben in den §§ 107 f. StaRUG-E vor. Diese sehen zunächst vor, dass die Informationen zu den Frühwarnsystemen online zur Verfügung gestellt werden. Zur konkreten Ausgestaltung der Frühwarnsysteme ist bislang vor allem eine Hinweis- bzw. Warnpflicht von Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern, vereidigten Buchprüfern und Rechtsanwälten in § 108 StaRUG-E vorgesehen. Der Gesetzentwurf spricht hinsichtlich der Hinweispflicht zwar nur von

einem „möglichen Insolvenzgrund [...]“, es soll sich indes ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>9</sup> im Wesentlichen um eine Verankerung der ohnehin bereits bestehenden BGH-Rechtsprechung<sup>10</sup> handeln. Die Gesetzesbegründung geht dabei davon aus, dass eine Hinweispflicht nach bisheriger Rechtslage nicht nur bei eindeutigem Vorliegen von Insolvenzgründen besteht, sondern allgemein im Hinblick auf die Fortführungsfähigkeit von Unternehmen.<sup>11</sup> Entsprechend ist § 108 StaRUG-E auszulegen, wenngleich eine Klarstellung im Gesetzeswortlaut wünschenswert gewesen wäre. Deutlich wird indessen, dass die Verpflichtung schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit bestehen dürfte, denn § 108 StaRUG-E verweist auf die §§ 17 – 19 InsO. Mit anderen Worten bedeutet dies schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit eine haftungsbegründende Verpflichtung für den Adressatenkreis. Dies wird in letzter Konsequenz erhebliches Haftungspotenzial bedeuten, wenn ein entsprechender Hinweis unterbleibt. Auf der anderen Seite wird es aufgrund der Hinweise sicherlich zu vermehrter Inanspruchnahme von vorinsolvenzlicher Expertise kommen. Darüber hinaus werden durch Ergänzung des IHK-G und der HwO die Beratungsangebote für Unternehmen ausgeweitet.<sup>12</sup>

\* Der Beitrag entstand unter Mitarbeit von Wiss. Mitarbeiter *Dominik Noffz* und Wiss. Mitarbeiterin *Theresa Haug*.

1 RL (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlamentes und des Rates über präventive Restrukturierungsmaßnahmen, über Entschuldung sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz); im Folgenden: RestRL oder Richtlinie.

2 Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 9.11.2020, BT-Drucks. 19/24181.

3 BT-Drucks. 19/24181, S. 181 f.

4 Art. 3 Abs. 1 RestRL.

5 Art. 3 Abs. 1 RestRL.

6 BT-Drucks. 19/24181, S. 181; so auch *Frind*, BB 2019, 2381, 2384; *Fritz/Scholts*, BB 2019, 2051, 2054.

7 Erwägungsgrund 22.

8 Vgl. *Haghani*, NZI-Beil. 2017, 18.

9 BT-Drucks. 19/24181, S. 183 f.

10 BGH, ZInsO 2017, 432.

11 BT-Drucks. 19/24181, S. 183.

12 Art. 19, Art. 21 SanInsFoG-E.

Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass das deutsche Recht bereits vielfältige Früherkennungsmechanismen vorhält; diese genügen den Anforderungen der Restrukturierungsrichtlinie bereits, sodass keine weiteren gesetzlichen Früherkennungsmechanismen geschaffen werden müssten.<sup>13</sup> Die von der Richtlinie darüber hinaus als mögliche Elemente eines Frühwarnsystems vorgesehenen „Mechanismen zur Benachrichtigung des Schuldners, wenn dieser bestimmte Arten von Zahlungen nicht getätigt hat“<sup>14</sup> wurden dagegen bewusst nicht in den Gesetzentwurf aufgenommen, da der Erfüllungsaufwand hierfür zu groß sei.<sup>15</sup>

Über diese vom Gesetzentwurf explizit als Umsetzungsmaßnahmen vorgesehenen Elemente wurde in der Literatur<sup>16</sup> bereits verschiedentlich auf im deutschen Recht bereits bestehende Frühwarnmechanismen hingewiesen. Zunächst wird teilweise auf die Regelung des § 91 Abs. 2 AktG verwiesen, der den Vorstand einer AG zur Einrichtung eines Überwachungssystems zur Sicherung des Fortbestands der Gesellschaft verpflichtet.<sup>17</sup> Weiterhin wird die in § 92 Abs. 1 AktG bzw. § 49 Abs. 3 GmbHG geregelte Pflicht des Vorstands zur Einberufung einer Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung bei Verlust der Hälfte des Grundkapitals angeführt.<sup>18</sup> Außerdem wird auf die „Früherkennungstreppe“ sowie den „Crash-test-Schwachstellen-Früherkennung“ des Bundesministeriums für Energie und Wirtschaft (BMWi) hingewiesen.<sup>19</sup> Diese Auflistung ist indes nicht abschließend; in der Literatur wird noch auf vielfältige weitere Normen und Regelungswerke verwiesen.<sup>20</sup>

### III. Einbettung von Frühwarnsystemen in die einzelnen Krisenstadien

Weitgehend anerkannt ist heute, dass sich Unternehmenskrisen im Wesentlichen in sechs Stadien einteilen lassen.<sup>21</sup> Für jede dieser Krisenstadien sind Frühwarnmechanismen denkbar, die je nach Krisenstadium unterschiedliche Aspekte besonders betonen. Im Folgenden soll dargestellt werden, inwieweit die Implementierung von Frühwarnsystemen in den jeweiligen Krisenstadien sinnvoll ist und wie diese ausgestaltet werden sollten. Da der Verlauf einer Unternehmenskrise in der Literatur<sup>22</sup> bereits ausführlich behandelt wurde, wird hier von einer tiefergehenden Beschreibung der einzelnen Phasen abgesehen.

#### 1. Stakeholderkrise

Bei der Implementierung eines Frühwarnsystems im Hinblick auf eine Stakeholderkrise stellt sich die Frage, inwieweit eine solche mittels Frühwarninstrumenten überhaupt wahrnehmbar ist.<sup>23</sup> Dies kann sich in der Tat als schwierig erweisen, da sich die Stakeholderkrise noch nicht direkt in konkreten Kennzahlen niederschlägt. Auch wenn deutliche Widrigkeiten zu befürchten sind, erschiene es allerdings möglich, potenzielle Interessen zwischen bzw. innerhalb verschiedener Stakeholdergruppen z.B. mittels anonymer Befragungen sichtbar zu machen. Ebenso wäre denkbar, zum selben Zweck online Checklisten ähnlich der Früherkennungstreppe<sup>24</sup> zur Verfügung zu stellen. Mithilfe dieser könnten die Interessen der ver-

schiedenen Stakeholdergruppen übersichtlich aufgeschlüsselt werden, sodass mögliche Konfliktpotenziale rechtzeitig erkannt und vermieden werden können. In einer solchen Checkliste zu berücksichtigende Aspekte könnten bspw. sein:

- Innovationen
- Größere Investitionen
- Expansion des Unternehmens
- Outsourcing
- Ökologische und soziale Verantwortung

Darüber hinaus können sog. Unternehmensstresstests Unternehmen online zur Verfügung gestellt werden. Solche werden bereits vielfach in der Banken- und Versicherungsbranche verwendet.<sup>25</sup> Ein Beispiel hierfür ist der an der Westfälischen Hochschule entwickelte Ampel-Stresstest, den Unternehmer eigenständig zur Erkennung von Unternehmenskrisen durchführen können.<sup>26</sup> Derartige Unternehmensstresstests können auch in den folgenden Krisenstadien hilfreich sein, um negative Entwicklungen darzustellen.<sup>27</sup>

Mittels dieser Instrumente kann eine beginnende Unternehmenskrise ggf. frühzeitig erkannt werden. Es ist jedoch zu bedenken, dass die Aussagekraft dieser Instrumente eingeschränkt ist, da sich eine Stakeholderkrise nicht in jedem Fall zwingend zu einer Strategiekrisis vertiefen muss, und die entsprechenden Instrumente den Unternehmern für eine Nutzung auch erst mal bekannt sein müssen.<sup>28</sup> Bzgl. Letzterem wäre der Staat in der Pflicht. Auch sind Unternehmen beim Einsatz dieser Instrumente teilweise auf die Kooperationsbereitschaft der Stakeholder angewiesen. Der Einsatz von Frühwarnsystemen erscheint daher in den nachfolgenden Krisenstadien erfolgversprechender.

13 BT-Drucks. 19/24181, S. 181 f.

14 Art. 3 Abs. 2 lit. a RestRL.

15 BT-Drucks. 19/24181, S. 182.

16 S. nur Paulus, NZI 2020, 659 ff.; Haghani, NZI-Beil. 2019, 20, 21 f.; Weitzmann, ZInsO 2019, 1627, 1630.

17 Paulus, NZI 2020, 659; Haghani, NZI-Beil. 2019, 20, 21.

18 Paulus, NZI 2020, 659; Weitzmann, ZInsO 2019, 1627, 1630.

19 Paulus, NZI 2020, 659, 661; Haghani, NZI-Beil. 2019, 20, 22; hierauf nimmt auch BT-Drucks. 19/24181, S. 182 Bezug.

20 S. z.B. Paulus, NZI 2020, 659 ff.; Haghani, NZI-Beil. 2017, 18, 19.

21 S. z.B. Oppenländer/Trörlitzsch/Steffan, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 37 Rn. 37 f.; Bork/Hölzle/Niemann, Handbuch Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 28, Rn. 11 ff.

22 S. z.B. Harmann, ZInsO 2019, 1701 f.; Hermanns, ZInsO 2018, 2273, 2276 ff.; Neuberger, ZInsO 2018, 2053, 2055 f.; s. auch Knops/Karabulut, in: Knops/Bamberger/Lieser, Recht der Sanierungsfinanzierung, 2. Aufl. 2019, § 6 Rn. 21 ff.

23 Hermanns, ZInsO 2018, 2273, 2277; vgl. Neuberger, ZInsO 2018, 2053, 2056.

24 Abrufbar unter: [https://www.existenzgruender.de/SharedDocs/Downloads/DE/Checklisten-Uebersichten/Krisenvorbeugung-Krisenmanagement/01\\_uebersicht-Fruherkennungstreppe.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.existenzgruender.de/SharedDocs/Downloads/DE/Checklisten-Uebersichten/Krisenvorbeugung-Krisenmanagement/01_uebersicht-Fruherkennungstreppe.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt abgerufen am 9.12.2020).

25 Stefan, ZInsO FOKUS 2020, 933, 935.

26 Stefan, ZInsO FOKUS 2020, 933, 936 ff.

27 Vgl. Stefan, ZInsO FOKUS 2020, 933, 935.

28 Vgl. Paulus, NZI 2020, 659, 661.

## 2. Strategiekrisis

Mit Beginn der Strategiekrisis wird die Unternehmenskrisis deutlicher sichtbar, wenn Marktanteile anfangen wegzubrechen.<sup>29</sup> In dieser Phase der Unternehmenskrisis erscheint der Einsatz von Frühwarnsystemen besonders sinnvoll, da die Unternehmenskrisis noch nicht sonderlich weit fortgeschritten ist, häufig aber nachteilige Entwicklungen bzgl. der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens im Markt nicht wahrgenommen oder abgetan werden.<sup>30</sup> Ein solches Versäumnis wird insbesondere den deutschen Automobilherstellern in Bezug auf die Elektromobilität immer wieder vorgeworfen.<sup>31</sup> Derartige Versäumnisse gilt es mithilfe des Frühwarnsystems zu erkennen. Hierfür muss der Frühwarnmechanismus die Stellung des Unternehmens im Vergleich zu anderen Wettbewerbsteilnehmern im Markt betrachten.<sup>32</sup> Dies muss alleiniger Untersuchungsaspekt des Frühwarnsystems für dieses Stadium sein. Die beste Position für eine solche Marktbeobachtung dürften die Marktteilnehmer innerhalb einer Branche aufgrund ihrer Expertise selbst innehaben. Eine umfassende Marktbeobachtung durch die Marktteilnehmer selbst ist indes mit einigen Problemen verbunden. Einerseits dürfte ein erheblicher Teil der Marktteilnehmer ein geringes Interesse daran haben, mit ihren Konkurrenten in dieser Hinsicht zu kooperieren, sodass mögliche Marktverschiebungen nicht offengelegt werden können, und andererseits ist eine Marktbeobachtung durch jeden Marktteilnehmer getrennt mit erheblichem finanziellem Aufwand verbunden. Daher ist es hier auch denkbar, dass der Staat eine moderierende Funktion übernimmt. Möglich wäre z.B. die Einrichtung einer Online-Plattform mit aktuellen Informationen zu Marktentwicklungen.<sup>33</sup> Auf einer solchen Plattform könnten aktuelle Meldungen aus verschiedenen Branchen zentral gesammelt und übersichtlich aufbereitet werden. Die Plattform müsste vom Staat publik gemacht werden und für möglichst viele Branchen Informationen bereithalten. Am besten für diese Aufgabe sind die Kammern geeignet, da diese den besten Einblick in die einzelnen Branchen haben dürften. Eine solche Zentralisierung dieser Aufgabe dürfte auch eine erhebliche Kostenreduktion mit sich bringen. Darüber hinaus sollte eine gesetzliche Pflicht zur regelmäßigen Analyse der eigenen Marktposition sowie deren Dokumentation eingeführt werden. Eine solche Analyse könnte zusammen mit dem Jahresabschluss vorzulegen sein. Für die Analyse existieren bereits diverse Methoden, die zur Anwendung gelangen können. Hier zu nennen sind z.B. die Wettbewerbsanalyse, Branchenstrukturanalyse, SWOT-Analyse<sup>34</sup> und Portfolio-Analyse.<sup>35</sup> Langfristig werden sich hierfür auch neue privatwirtschaftliche Lösungen entwickeln. Ein Beispiel hierfür ist die BCG-Matrix<sup>36</sup> der Boston Consulting Group.<sup>37</sup>

## 3. Produkt-/Absatzkrisis

Bei der Produkt- bzw. Absatzkrisis schlägt sich die finanzielle Notlage des Unternehmens erstmals auch in Zahlen nieder. So werden z.B. während der Absatzkrisis Produkte weniger schnell abgesetzt, sodass sich die Verweildauer von Waren im Lager erhöht<sup>38</sup> und der Warenbestand steigt.<sup>39</sup> Anhand der Lagerentwicklung ist daher eine Absatzkrisis quantifizierbar. Weitere Indikatoren bzw. Kennzahlen können sein:<sup>40</sup>

- Umsatzentwicklung
- Anteil der von Kunden beanstandeten Produkte
- Auftragslage
- Liefertreue
- Auslastung der Maschinen
- Produktdeckungsbetrag

Diese Kennzahlen bedürfen daher einer stetigen Überwachung durch den Unternehmer, die auch gesetzlich zur Pflicht erhoben werden sollte. Es bietet sich an, hierfür einen Unternehmensbereich zu schaffen, der die betreffenden Zahlen aus den einzelnen Abt. bündelt und eine entsprechende Überwachung sicherstellt. Eine solche Überwachung wird bereits teilweise im Bereich des Controllings praktiziert,<sup>41</sup> die dortigen Methoden können übertragen werden. Zu bedenken ist hierbei jedoch, dass manche Kennzahlen nur zeitverzögert vorliegen und eine ökonomische Bewertung immer erst retrospektiv zulassen.<sup>42</sup> Gleiches gilt insbesondere auch, wenn die Krise anfängt, sich auch im Jahresabschluss des Unternehmens niederzuschlagen.<sup>43</sup> Zudem müssen die einzelnen Faktoren immer im Zusammenspiel miteinander betrachtet werden, wobei die genaue Gewichtung der einzelnen Faktoren stark im Auge des Betrachters liegt.<sup>44</sup> Eine objektivere Bewertung könnte jedoch dadurch gewährleistet werden, dass für jede der zu überwachenden Kennzahlen gesetzliche oder im Wege einer Rechtsverordnung gewisse Grenzwerte festgelegt werden. Wird eine bestimmte Anzahl dieser Grenzwerte über- bzw. unterschritten, sollten weitere Maßnahmen ergriffen werden. Eine solche Maßnahme könnte bspw. in der Inanspruchnahme einer Beratung bestehen. Dem Gesetzgeber steht es frei, entsprechende Handlungspflichten gesetzlich zu verankern. Vorbild für

29 Oppenländer/Trölitzzsch/Steffan (Fn. 21), § 37 Rn. 37.

30 Buth/Hermanns/Kraus, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 4. Aufl. 2014, § 4 Rn. 10.

31 Preuß, Deutschlands einstige Technologieführer haben den Anschluss verpasst, in: WELTplus, 2.6.2020, abrufbar unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/plus208651077/Volkswagen-Daimler-BMW-Das-Versagen-beim-Elektroauto-offenbart-ihre-Scheitern.html> (zuletzt abgerufen am 9.12.2020); Rottmann/Griimmer/Kleef, Delphi-Befragung Elektromobilitätsstrategie der Bundesregierung – Herausforderungen und Hemmnisse: Ergebnisse und Ableitungen, 2018, abrufbar unter: <http://dok.cms.dkb.de/export/sites/dokCms/pdf/produkte/geschaefskunden/trendstudie-e-mobilitaet.pdf>, S. 38 f. (zuletzt abgerufen am 9.12.2020).

32 Vgl. auch Hermanns, ZInsO 2018, 2273, 2277 f.

33 Haghani, NZI-Beil. 2017, 18, 19.

34 SWOT = kurz für Strengths (Stärken), Weaknesses (Schwächen), Opportunities (Möglichkeiten), Threats (Bedrohungen).

35 Beispiele nach Harmann, ZInsO 2019, 1701, 1708.

36 Auch growth-share-matrix ([Markt-]Wachstum-[Markt-]Anteil-Matrix) genannt.

37 Näher hierzu Hermanns, ZInsO 2018, 2273, 2277 f.

38 Harmann, ZInsO 2019, 1701, 1707; Hermanns, ZInsO 2018, 2273, 2278.

39 Hermanns, ZInsO 2018, 2273, 2278; Neuberger, ZInsO 2018, 2053, 2056.

40 Beispiele nach Harmann, ZInsO 2019, 1701, 1707 und Hermanns, ZInsO 2018, 2273, 2278.

41 Harmann, ZInsO 2019, 1701, 1707.

42 Vgl. Harmann, ZInsO 2019, 1701, 1708.

43 Hermanns, ZInsO 2018, 2273, 2278 f.

44 Buth/Hermanns/Wilden (Fn. 30), § 2 Rn. 17.

eine Beratungsstelle hierfür könnte – neben bestehenden privaten Angeboten und Angeboten der IHK und Handwerkskammern – das dänische<sup>45</sup> „Early Warning“<sup>46</sup> sein. Dieses folgt einem dreigliedrigen Aufbau: Der Unternehmer wendet sich zunächst an einen sog. Frühwarnberater.<sup>47</sup> Dieser überprüft überblicksartig das Unternehmen und bewertet dessen Lage und Überlebenschancen.<sup>48</sup> Fällt diese Bewertung positiv aus, wird an einen erfahrenen Geschäftsmann bzw. eine erfahrene Geschäftsfrau weiterverwiesen, der bzw. die dem Unternehmer bei der Neugliederung seines Unternehmens beratend zur Seite steht.<sup>49</sup> Bei einem negativen oder zumindest uneindeutigen Ausgang der Bewertung durch den Frühwarnberater dagegen wird an einen Insolvenzrechtler verwiesen, der beurteilt, ob das Unternehmen noch saniert bzw. restrukturiert werden kann oder eine Liquidation erforderlich ist.<sup>50</sup> Es bietet sich bereits in diesem Stadium an, eine Bestandsfähigkeitsprüfung<sup>51</sup> (wie in der Richtlinie fakultativ vorgesehen)<sup>52</sup> vom Frühwarnberater durchführen zu lassen, um ggf. Zugang zu dem Restrukturierungsrahmen erhalten zu können. Neben dem Aufbau eines eigenen solchen Beratungsangebots erscheint insbesondere auch im Zuge der europäischen Integration die Förderung einer stärkeren<sup>53</sup> Beteiligung deutscher Partner am bestehenden europäischen Kooperationsnetzwerk vielversprechend.

#### 4. Ergebnis-/Erfolgskrise

Mit Erreichen des Stadiums der Erfolgskrise rückt die Insolvenzzreife und damit die Verpflichtung, Gläubiger zu schützen, näher, sodass die Unternehmenskrise endgültig in der Rechnungslegung des Unternehmens erkennbar wird. Die klassische Kennzahlenanalyse sollte in diesem Krisenstadium daher im Fokus stehen. Bei Erstellung des Jahresabschlusses werden so z.B. erwirtschaftete Verluste und schwindendes Eigenkapital ersichtlich. Hier greifen erstmals die Hinweis- und Warnpflichten, die der Gesetzesentwurf in seiner bisherigen Fassung in § 108 StaRUG-E für Steuerberater und andere Berufsträger vorsieht. Allerdings handelt es sich bei diesem „Frühwarnsystem“ wohl nicht mehr um eine wirklich frühe Warnung: Ein großer Teil des Schadens ist bereits im Verlauf der vorherigen Krisenstadien entstanden, sodass das späte Tätigwerden des Unternehmens mit erhöhten Kosten verbunden ist.<sup>54</sup> Dennoch muss in diesem Stadium eine Restrukturierung natürlich nicht aussichtslos sein. Daher haben auch diese „späten Frühwarnsysteme“ ihre Berechtigung. Auch hier müssten im Fall eines Hinweises durch einen der im Gesetzesentwurf genannten Berufsträger Beratungsangebote zur Verfügung gestellt und ggf. verpflichtend gemacht werden.

#### 5. Liquiditätskrise

Die Liquiditätskrise stellt den absolut letzten Zeitpunkt dar, um einer Krise entgegenzuwirken. Während in den meisten Fällen eine Warnung zu spät kommen dürfte, können sich im Einzelfall Hinweis- und Warnpflichten dennoch bezahlt machen. Da sich diese Krisenphase dadurch auszeichnet, dass Forderungen nicht mehr (rechtzeitig) bedient werden können, erscheint es ergänzend sinnvoll, die von der Richtlinie in Art. 3 Abs. 2 lit. a RestRL vorgesehene Möglichkeit zu nutzen, den Unternehmer

zu warnen, wenn er bestimmte Arten von Zahlungen nicht getätigt hat. Erwägungsgrund 22 RestRL nennt als Beispiele für solche Arten von Zahlungen Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge. Ein solcher Warnmechanismus dürfte im digitalen Zeitalter auch leicht umzusetzen sein.<sup>55</sup> Auch wenn eine solche Warnung für die meisten Unternehmen bereits zu spät kommen wird, so vermag sie dennoch Indizien für das (baldige) Vorliegen von Insolvenzgründen bereitzustellen.<sup>56</sup> Zumindest fahrlässige Insolvenzverschleppungen können so ggf. vermieden werden.

#### 6. Insolvenzzreife

Ist die Insolvenzzreife einmal eingetreten, erübrigt sich jegliches Frühwarnsystem. Aus diesem Grund sollte darauf geachtet werden Frühwarnsysteme so früh wie möglich zu implementieren. Nach Eintritt der Insolvenzzreife kommt dann allenfalls noch eine Sanierung im Insolvenzverfahren in Betracht.

### IV. Auswirkungen der Implementierung von Frühwarnsystemen

Im Folgenden sollen noch die Auswirkungen der Implementierung von Frühwarnsystemen in oben dargestellter Breite beleuchtet werden.

#### 1. Auswirkungen für Unternehmen und Berater

Für die Unternehmen ergeben sich in oben beschriebenem Ausmaß zusätzliche Überwachungspflichten. Zur tatsächlichen Durchsetzung dieser Überwachungspflichten sollte über ein entsprechendes Haftungsregime nachgedacht werden.

45 <https://www.earlywarningeurope.eu/about/best-practices/early-warning-denmark> (zuletzt abgerufen am 11.12.2020); inzwischen unter dem Label „Early Warning Europe“ in Kooperation u.a. mit Spanien, Italien, Polen und Griechenland, s. <https://www.earlywarningeurope.eu/about/early-warning-europe-network/early-warning-europe> (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

46 Weitere Informationen zum dänischen Projekt unter: <https://www.earlywarningeurope.eu/about/best-practices/early-warning-denmark> (zuletzt abgerufen am 11.12.2020), sowie zum europäischen Kooperationsnetzwerk unter: <https://www.earlywarningeurope.eu> (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

47 <https://www.earlywarningeurope.eu/about/best-practices/early-warning-denmark> (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

48 <https://www.earlywarningeurope.eu/about/best-practices/early-warning-denmark> (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

49 <https://www.earlywarningeurope.eu/about/best-practices/early-warning-denmark> (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

50 <https://www.earlywarningeurope.eu/about/best-practices/early-warning-denmark> (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

51 Eine solche ist im Gesetzesentwurf bisher nicht vorgesehen; zu den Vorteilen einer Implementierung s. Sämisch, ZInsO 2020, 2520 ff.

52 Art. 4 Abs. 3 RestRL.

53 Bisher ist die Beteiligung Deutschlands nur sehr verhalten, s. Liste der Kooperationspartner, abrufbar unter: <https://www.earlywarningeurope.eu/meet-the-partners/implementation-team> (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

54 S. Weitzmann, ZInsO 2019, 1627, 1630.

55 Vgl. Fritsch/Scholtis, BB 2019, 2051, 2054.

56 Stefan, ZInsO FOKUS 2020, 933, 934; Harmann, ZInsO 2019, 1701, 1703; Weitzmann, ZInsO 2019, 1627, 1632.

Diesbezüglich dürfte wahrscheinlich ohnehin bereits eine Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG bzw. § 93 Abs. 2 AktG bestehen. Hierbei wäre im Einzelfall die Kausalität zwischen dem Pflichtverstoß und dem entstandenen Schaden nachzuweisen.

Da der § 108 StaRUG-E größtenteils eine gesetzliche Klarstellung der BGH-Rechtsprechung<sup>57</sup> darstellt, sind hier keine wesentlichen Auswirkungen zu erwarten. Die gesetzliche Normierung der Pflichten dieser Berufsgruppen könnte allerdings dazu führen, dass vermehrt Haftungsfälle gegen die entsprechenden Berufsträger geltend gemacht werden. Dieser Effekt ist indes zu vernachlässigen, da die BGH-Rechtsprechung bereits einen ähnlichen Effekt gehabt haben dürfte. Hinsichtlich des Haftungsmaßstabs wird im Gesetzentwurf geregelt, dass die entsprechenden Anhaltspunkte offenkundig sein müssen. Dies bezieht sich allerdings auch schon auf die drohende Zahlungsunfähigkeit. Der genaue Haftungsmaßstab wird darauf aufbauend von der Rechtsprechung konkretisiert werden.

Soweit ein erweitertes Frühwarnsystem entsprechend den oben gemachten Vorschlägen implementiert wird, ist damit zu rechnen, dass sich hierfür vermehrt privatwirtschaftliche Lösungen entwickeln werden. Dieses kommt auch den Unternehmen zugute, da das Frühwarnsystem so systematisiert und an die Anforderungen der Praxis angepasst wird. Durch die entsprechende Spezialisierung wird erhebliches Know-how generiert. Ähnliche Organisationen sind auch in Frankreich etabliert: Unternehmen haben nach Art. 611-1 Code de Commerce die Möglichkeit, sog. Präventionsgruppen (groupement de prévention) beizutreten; diese überwachen dann die wirtschaftliche Situation ihrer Mitglieder, sodass sie ihre Mitglieder vor bevorstehenden Krisensituationen warnen können.<sup>58</sup>

## 2. Auswirkungen auf das Kreditmanagement von Banken

Fraglich ist, welche Auswirkungen die Implementierung von Frühwarnsystemen auf das Kreditmanagement von Banken haben wird. Die Bankenbranche stellt sich jedenfalls bereits auf erheblichen Anpassungsbedarf infolge des Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) ein.<sup>59</sup> Bereits jetzt nutzen Banken u.a. Unternehmensstresstests zum Rating von Unternehmen.<sup>60</sup> Mit Einführung von Frühwarnsystemen in Unternehmen erscheint es sehr wahrscheinlich, dass sich Banken im Rahmen ihres Kreditmanagements Zugriff auf die Frühwarnsysteme ihrer potenziellen Debitoren gewähren lassen. Dies dürfte aus Sicht der Banken eine genauere Evaluation des Unternehmens und so mit einer Kreditgewährung verbundenen Risiken ermöglichen. Konsequenterweise werden Banken in ihren Verträgen dann auch vorsehen, dass eine Neubewertung ihrer Sicherheiten vorgenommen wird, wenn das Frühwarnsystem ausschlägt. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund der hohen Eingriffsintensität<sup>61</sup> des Restrukturierungsverfahrens wahrscheinlich. Weist das Frühwarnsystem vor oder während der Kreditverhandlungen bereits auf eine Unternehmenskrise hin, so erscheint es aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten sinnvoll, dass

die Gewährung eines Kredits unter der Voraussetzung der Vorlage eines Plans zur Bewältigung der Unternehmenskrise erfolgt. Insgesamt dürfte durch die Implementierung von Frühwarnsystemen das Risiko eines Kreditausfalls verringert werden. Auf der anderen Seite werden Kreditverträge in Bezug auf die Gefährdung ihrer Sicherheiten bei Eintritt in den Restrukturierungsrahmen angepasst werden. Vermutlich wird auch bereits die Kreditvergabe trotz der aktuellen Zinspolitik deutlich restriktiver werden. Für die Finanzierung von risikohaften Start-ups wäre das kontraproduktiv.

## 3. Folgen für die Anfechtbarkeit von Zahlungen

Je früher ein Unternehmen von einer Krise Kenntnis erlangt, desto früher sind auch die Gläubiger hierzu in der Lage. Hieraus könnten sich Folgen für eine Anfechtbarkeit im späteren Insolvenzverfahren ergeben. Es ist potenziellen Gläubigern indes nicht zuzumuten, bereits in frühen Stadien einer Unternehmenskrise die Annahme von Zahlungen zu verweigern. Dies würde auch die ohnehin prekäre Lage des Unternehmens weiter gefährden, da das Unternehmen bereits früh vollständig isoliert würde, sodass es sich nicht aus der Krise befreien könnte. Allerdings dürfte die spätere Schuldnerin das Bewusstsein haben, dass ggf. Zahlungen benachteiligend sein könnten. Dies gilt i.Ü. auch für den Anfechtungsgegner, der ggf. auch Unternehmer ist. Denn auch dieser dürfte ein Frühwarnsystem haben, das für die z.B. erheblich verspätete Entgegennahme von Zahlungen unter dem Stichwort „Bewertung von Debitorenforderungen“ ein entsprechendes Bewusstsein schafft. Es ist daher eine Abwägung zwischen dem Interesse des Schuldners an einer Krisenbewältigung und der Gläubigergleichbehandlung bzw. -schutz vorzunehmen. Hier bieten die bestehenden Vorschriften zur Anfechtung in der InsO eine befriedigende Lösung. Es erscheint jedoch möglich, dass vermehrt Anfechtungsansprüche unter Bezugnahme auf das Frühwarnsystem geltend gemacht werden, bzw. es liegt auf der Hand, dass aufgrund des Frühwarnsystems auch mit entsprechendem Bewusstsein einer möglichen Schädigung gehandelt wird.

Dies ist insoweit wünschenswert, als das System den Nachweis der Kenntnis des Gläubigers erleichtert: Eine Rechtshandlung ist anfechtbar, wenn der Schuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt hat und der Anfechtungsgegner diesen Vorsatz kannte, § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO. Da es sich hierbei um innere Tatsachen handelt, die schwer nachzuweisen sind, erfolgt

57 BGH, ZInsO 2017, 432.

58 Paulus, NZI 2020, 659, 662.

59 Bundesverband deutscher Banken e.V., Stellungnahme zum RefE eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts v. 2.10.2020, abrufbar unter: [https://bankenverband.de/media/files/201002\\_-\\_StN\\_DK\\_-\\_SanInsFoG.pdf](https://bankenverband.de/media/files/201002_-_StN_DK_-_SanInsFoG.pdf), S. 2 (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

60 Stefan, ZInsO FOKUS 2020, 933, 935.

61 Vgl. Bundesverband deutscher Banken e.V., Stellungnahme zum RefE eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts v. 2.10.2020, abrufbar unter: [https://bankenverband.de/media/files/201002\\_-\\_StN\\_DK\\_-\\_SanInsFoG.pdf](https://bankenverband.de/media/files/201002_-_StN_DK_-_SanInsFoG.pdf), S. 4, 7, 13 (zuletzt abgerufen am 11.12.2020).

ein Nachweis häufig nur mittelbar über äußere objektive Umstände.<sup>62</sup> Erwähnenswert in dieser Hinsicht ist die Rechtsprechung des BGH<sup>63</sup> zur inkongruenten Deckung. Hierbei stellte der BGH fest, dass eine Inkongruenz allein für die Annahme des Benachteiligungsvorsatzes nicht ausreichend sei, sondern, dass „finanziell beengte Verhältnisse“ hinzutreten müssten.<sup>64</sup> Entscheidend sei, „welche Vorstellungen sich der Schuldner von der zukünftigen finanziellen Entwicklung macht“.<sup>65</sup> Dabei müsse die Schwelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit noch nicht überschritten sein.<sup>66</sup> Durch ein Frühwarnsystem dürfte eine solche Kenntnis von finanziellen Problemen i.d.R. gegeben und auch leichter nachweisbar sein.

Interessant ist zudem die Einführung des neuen Abs. 3 des § 133 InsO durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der InsO und nach dem AnfG<sup>67</sup> (InsOAnfÄndG) im Jahr 2017. Durch dessen Satz 2 wurde die Vermutung aufgestellt, dass derjenige Gläubiger, der dem Schuldner eine Zahlungserleichterung gewährt, die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. In der Literatur war die Wirkung dieser Regelung umstritten. Während teilweise davon ausgegangen wurde, dass die Neuregelung aufgrund der ohnehin bestehenden Beweislast des Insolvenzverwalters keinen eigenen Anwendungsbereich habe,<sup>68</sup> wurde andererseits davon ausgegangen, dass der Insolvenzverwalter mehr Indizien als bisher vorbringen müsse, um die Kenntnis des Anfechtungsgegners zu belegen,<sup>69</sup> oder dass die Gewährung einer Zahlungserleichterung nicht mal im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als Indiz für die Kenntnis herangezogen werden dürfe.<sup>70</sup> Der BGH bestätigte in seinem Urt. v. 7.5.2020, dass es sich bei § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO um eine widerlegliche Vermutung der Nichtkenntnis handelt, zu deren Widerlegung die vermutungsbegründenden Umstände nicht herangezogen werden dürfen.<sup>71</sup> Der BGH führt aus, dass auch „dem Anfechtungsgegner bekannt gewordene Umstände aus der Zeit vor der Zahlungsvereinbarung“ den Beweis der Kenntnis erbringen können.<sup>72</sup> Sofern eine Kenntnis vom Ausschlagen des Frühwarnsystems nachgewiesen werden kann, dürfte das Frühwarnsystem ein sehr gewichtiges Indiz für die Kenntnis von der späteren Zahlungsunfähigkeit darstellen. Die Einführung des Frühwarnsystems ist daher geeignet den Nachweis der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit und damit der Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners zu erleichtern.

#### 4. Kosten der Einrichtung

Für die Unternehmen ist indes die Kostenfrage der entscheidende Faktor. Das im Gesetzentwurf vorgesehene „Frühwarnsystem“ kann ohne weitere Kosten implementiert werden, da die in § 108 StaRUG-E benannten Berufsträger ohnehin beauftragt werden müssen. Auch die erweiterte Beratungstätigkeit der IHK bzw. Handwerkskammer ist zumindest unmittelbar für die Unternehmen kostenfrei, da die entsprechenden Kammerbeiträge ohnehin geleistet werden müssen. Eine etwaige mittelbare Belastung durch erhöhte Beiträge dürfte so gering sein, dass sie hier vernachlässigt werden kann. Auch der Gesetzentwurf geht davon aus, dass keine zwingenden neuen Kosten für die Wirtschaft aus der Umsetzung des Ge-

setzes über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – StaRUG) entstehen.<sup>73</sup> Auch die Bereitstellung von Informationen zu Frühwarnsystemen durch das BMWi kann ohne zusätzliche Kosten auf den bereits bestehenden Internetpräsenzen erfolgen.<sup>74</sup>

Die hier zusätzlich vorgeschlagenen Frühwarninstrumente sind indes teilweise mit Kosten verbunden. Die zur Erkennung einer Stakeholderkrise angedachten Checklisten bzw. Umfragen sind für die Unternehmen nur mit geringen Kosten verbunden. Die angesprochenen Checklisten werden durch das BMWi bereits kostenfrei zur Verfügung gestellt. Weitere Checklisten können durch das BMWi erstellt und ebenfalls online zur Verfügung gestellt werden. Hierfür sind eher geringe Kosten zu erwarten, da davon auszugehen ist, dass die Erstellung von Checklisten ministeriumsintern erfolgt. Gleiches gilt für die Erstellung eines Fragebogens. Höhere Kosten sind dagegen für die regelmäßige Durchführung einer Marktanalyse zur frühzeitigen Erkennung einer Strategiekrisis zu erwarten, da damit zu rechnen ist, dass hierfür i.d.R. externe Berater beauftragt werden müssen. Dies stellt insbesondere für KMU eine enorme Belastung dar. Die Richtlinie gibt zu bedenken, dass KMU lediglich begrenzte finanzielle Mittel zur Verfügung stehen.<sup>75</sup> Hier sollte deshalb eine Möglichkeit gefunden werden, die Belastung von KMU zu verringern. Neben der vollständigen Befreiung kleinerer Unternehmen von einzelnen Verpflichtungen des Frühwarnsystems, ist es auch denkbar, die Frequenz von Markt- bzw. Wettbewerbsanalysen für kleinere Unternehmen zu verringern. Auf diese Weise könnten die KMU die Kosten für die Marktanalyse auf mehrere Jahre verteilen, während größere Unternehmen, denen mehr finanzielle Mittel zur Verfügung stehen, jedes Jahr eine solche Analyse durchführen müssen. Nicht zuletzt dürfte aber der Vorteil (Bewusstmachung der Krise und der Notwendigkeit des Einschreitens) für das Unternehmen, insbesondere aber für die Geschäftsleitung wegen der Vermeidung der Haftung nach § 64 GmbHG sowie § 15b InsO-E, überwiegen, so dass stets abgewogen werden muss, wann trotz finanzieller Bürden die striktere Einführung des Frühwarnsystems sinnvoll ist. Hier wird sich dann auch die Sanktionswürdigkeit von Verhalten derjenigen zeigen, die trotz Erkenntnissen aus dem Frühwarnsystem einfach nach dem Prinzip Hoffnung „weiterwurschteln“.

62 BGH, ZInsO 2020, 2274 m.w.N.

63 BGH, ZInsO 2020, 2274.

64 BGH, ZInsO 2020, 2274.

65 BGH, ZInsO 2020, 2274.

66 BGH, ZInsO 2020, 2274.

67 Art. 1 Nr. 2 lit. a InsOAnfÄndG.

68 Kayser, ZIP 2018, 1153, 1159 f.; Dahl/Schmitz, NJW 2017, 1505, 1507; Thole, ZIP 2017, 401, 405.

69 Ganter, NZI 2019, 481, 485 m.w.N.

70 Tolani, JZ 2018, 652, 660 f.

71 BGH, ZInsO 2020, 1306.

72 BGH, ZInsO 2020, 1306.

73 BT-Drucks. 19/24181, S. 95.

74 BT-Drucks. 19/24181, S. 97.

75 Erwägungsgrund 17.

Die Kennzahlenermittlung zur Erkennung einer Absatzkrise, ist für die Unternehmen mit moderatem Aufwand verbunden. Die dargestellten Kennzahlen sind in ihrer Anzahl sehr übersichtlich und liegen den Unternehmen ohnehin bereits vor. Mit der Sammlung und Auswertung der Daten muss ein Mitarbeiter betraut werden. Der zusätzliche Arbeitsaufwand hierfür hält sich Grenzen, sodass der finanzielle Aufwand als gering bewertet werden kann. Das daran gekoppelte System zur individuellen Beratung von Unternehmen durch Frühwarnberater, Geschäftsleute und Insolvenzrechtler nach dänischem Vorbild ist vollständig kostenfrei ausgestaltet.<sup>76</sup> Die Inanspruchnahme alternativer privatwirtschaftlicher Beratungsmöglichkeiten ist natürlich mit Kosten verbunden. Den KMU stünden jedoch stets die kostenfreien Alternativen des Early Warning oder der Beratungsmöglichkeiten der Kammern zur Verfügung.

Das in der Richtlinie vorgeschlagene Warnsystem, das greift, wenn bestimmte Arten von Zahlungen nicht geleistet werden, ist für die Unternehmer mit keinen Kosten verbunden. Lediglich für die Verwaltung entstehen hier Kosten in Form der Entwicklung geeigneter Softwarelösungen. Die laufenden Kosten können vernachlässigt werden, da hier ein automatisiertes System zur Warnung eingesetzt werden wird.

Insgesamt ist also – bei eventuellen Erleichterungen für KMU – von eher moderaten Kosten für die Wirtschaft auszugehen. Angesichts der durch ein effektives Frühwarnsystem gewonnenen Möglichkeiten und der Vorteile wie der Vermeidung der Ansteckung anderer Unternehmen sowie der Haftung für Geschäftsleiter überwiegt der Nutzen die Kosten deutlich. Klar dürfte allerdings auch sein, dass die Weigerung ein entsprechendes Frühwarnsystem einzurichten oder Beratung in Anspruch zu nehmen, zu einem verstärkten Haftungsmaßstab führt.

## V. Fazit

Die Überlegungen zeigen, dass das vorgesehene „Frühwarnsystem“ in seiner bisherigen Form keine ausreichend frühe Warnung bietet, um Unternehmenskrisen effektiv abwenden zu können. Der Gesetzgeber ist im Interesse der Erhaltung bzw. rechtzeitigen Transformation von Unternehmen zur dauerhaften Marktfähigkeit sowie einer möglichst effektiven Umsetzung der Richtlinie gehalten, ein Warnsystem zu implementieren, das bereits in früheren Phasen der Unternehmenskrise greift. Dies ermöglicht Unternehmern bereits frühzeitig Beratungsangebote wahrzunehmen und gestärkt aus einer Krise herauszugehen. Je später die Krise erkannt wird, desto schwieriger und kostenineffizienter wird die Abwendung dieser. Die hier vorgeschlagenen Frühwarninstrumente bieten maßgeschneiderte Lösungen für jedes Krisenstadium zu verhältnismäßig moderaten Kosten. Die Implementierung dieser Instrumente birgt für Unternehmen die Möglichkeit sich bereits frühzeitig zu erneuern und die Krise auch als Chance zu begreifen. Insbesondere für KMU bieten sich abgestufte Lösungen an, die deren Interessen hinreichend berücksichtigen. Es ist daher wünschenswert, dass sich der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens mit den hier vorgeschlagenen Möglichkeiten für ein Frühwarnsystem auseinandersetzt und diese ggf. umfassender als bisher implementiert. Für eventuelle Änderungen bietet sich noch genügend Gelegenheit, da eine Umsetzung der Richtlinie noch bis zum 17.7.2021 und ggf. aufgrund der Pandemie noch später erfolgen kann und bei einem dermaßen in den Wirtschaftsverkehr eingreifenden Gesetz Gründlichkeit vor Schnelligkeit geht. Sofern jedoch der Gesetzgeber aufgrund der Pandemie übereilt umsetzt, sollte nachgebessert werden.

<sup>76</sup> <https://www.earlywarningeurope.eu/> (zuletzt abgerufen am: 11.12.2020).

## Kapitalerhöhung bei der GmbH in der Krise

von Professor Dr. Markus Gehrlein, Landau in der Pfalz

*Es kann viele Gründe dafür geben, warum eine GmbH ihr Stammkapital erhöht. Häufig werden frische Mittel benötigt, um die Geschäftstätigkeit zu steigern oder neue Geschäftsfelder zu erschließen, mitunter aber auch, um wirtschaftliche Verluste aufzufangen. In der gegenwärtigen Corona-Pandemie wird es sich oft um Gestaltungen handeln, in denen eine Kapitalerhöhung zur Überwindung einer Krise und nachhaltigen Sanierung der GmbH unerlässlich ist. Ein Gesellschafter ist gut beraten, wenn er rechtlichen Voraussetzungen einer Kapitalerhöhung penibel einhält, um nicht nach einer späteren Insolvenz wegen Mängeln der Kapitalaufbringung erneut zur Kasse gebeten zu werden.*

### A. Voraussetzungen einer Kapitalerhöhung

Die bei einer Kapitalerhöhung zu beachtenden Anforderungen ergeben sich insbesondere aus §§ 53, 55 GmbHG.

#### 1. Satzungsändernder Beschluss

Eine Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH kann nur durch einen satzungsändernden Beschluss der Gesellschafter erfolgen, der nach § 53 Abs. 2 GmbHG der notariellen Beurkundung

bedarf. Der oder die Gesellschafter müssen einen Beschluss über die Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft – etwa von 25.000 € auf 100.000 € – zusammen mit dem weiteren Beschluss fassen, einen bestimmten Dritten zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils zuzulassen. Diese Beschlüsse müssen notariell beurkundet werden.<sup>1</sup> Der Beschluss kann entweder die

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 17.10.2017 – KZR 24/15, NJW 2018, 703 Rn. 27.