

# Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht

InsO – EuInsVO – EGInsO (Auszug) – InsVV –  
VbrInsFV – InsOBekV – Insolvenzstrafrecht

Herausgegeben von

**Dr. Andreas Schmidt**

Insolvenzrichter, AG Hamburg

Unter Mitarbeit von

**Dr. Achim Ahrendt**, Rechtsanwalt,  
Dipl.-Kaufmann, Insolvenzverwalter,  
hww hermann wienberg wilhelm,  
Hamburg

**Dr. Gideon Böhm**, Rechtsanwalt, European Master in Law and Economics (E.M.L.E.), Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Münzel & Böhm, Hamburg

**Peter-Alexander Borchardt**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Reimer Rechtsanwälte, Hamburg

† **Dr. Olaf Büchler**, Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter, Schwierholz Jarchow Scholz, Hamburg

**Joachim Büttner**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Henningsmeier Rechtsanwälte, Hamburg

**Dr. Christian Dawe**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Dawe Insolvenzverwaltung

**Dirk Decker**, Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter, Decker Rechtsanwälte Steuerberater, Hamburg

**Stefan Ulrich Denkhaus**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, BRL Hamburg

**Sylvia Fiebig**, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalterin, White & Case, Hamburg

**Frank Frind**, Richter am AG, Insolvenzrichter, AG Hamburg

**Christoph Henningsmeier**, Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter, Henningsmeier Rechtsanwälte, Hamburg

**Dr. Axel Herchen**, Richter am Amtsgericht, weiterer Aufsichtsführender Richter am Insolvenzgericht, AG Hamburg

**Prof. Dr. Florian Jacoby**, Univ.-Prof., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrens-, Insolvenz- u. Gesellschaftsrecht, Universität Bielefeld

**Ingmar Jarchow**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Schwierholz Jarchow Scholz, Hamburg

**Béla Knof** Rechtsanwalt, White & Case, Hamburg

**Michael Kuleisa**, Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter, Schwemer Titz & Tötter, Hamburg

**Friederike Leptien**, Rechtsanwältin, Insolvenzverwalterin, Kanzlei Leptien, Hamburg

**Dr. Jörg Linker, M.Jur.**, Richter am AG, Insolvenzrichter, AG Hamburg

**Markus Lüdtke**, Rechtsanwalt, Betriebswirt (WA), Insolvenzverwalter, Johlke Niethammer & Partner, Hamburg

**Dr. Ulrich Pohlmann**, Rechtsanwalt, Johlke Niethammer & Partner, Hamburg

**Dr. Astrid Pohlmann-Weide**, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalterin, hww hermann wienberg wilhelm, Hamburg

**Roland Preß**, Dipl.-Rechtspfleger, Insolvenzgericht, AG Hamburg

**Matthias Ritter** Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, WEILAND Rechtsanwälte, Hamburg

**Hendrik Rogge**, Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter, Rogge + Schöne, Hamburg

**Sönke Rüther**, Richter am LG, LG Hamburg

**Christian M. Scholz**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Insolvenzverwalter, Schwierholz Jarchow Scholz, Hamburg

**Dr. Jens-Sören Schröder**, Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter, Johlke Niethammer & Partner, Hamburg

**Dr. Thilo Streck**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, WEILAND Rechtsanwälte, Hamburg

**Dr. Tjark Thies**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Reimer Rechtsanwälte, Hamburg

**Dr. Sven-Holger Undritz**, Rechtsanwalt, Betriebswirt (WA), Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, White & Case, Hamburg

**Jörn Weitzmann**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Kilger & Fülleborn, Hamburg

6. Auflage

Carl Heymanns Verlag 2017

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V		
Im Einzelnen haben bearbeitet .....	VII		
Abkürzungsverzeichnis .....	XI		
Literaturverzeichnis .....	XVII		
	Seite		
<b>Insolvenzordnung (InsO)</b>			
<b>Erster Teil</b>	<b>Allgemeine Vorschriften .....</b>	<b>§§ 1–10</b>	<b>1</b>
<b>Zweiter Teil</b>	<b>Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Erfasstes Vermögen und Verfahrensbeteiligte .....</b>	<b>§§ 11–79</b>	<b>128</b>
Erster Abschnitt	Eröffnungsvoraussetzungen und Eröffnungsverfahren .....	§§ 11–34	128
Zweiter Abschnitt	Insolvenzmasse. Einteilung der Gläubiger .....	§§ 35–55	400
	Anhang zu § 35 .....		446
	A. Gründerhaftung .....	Anh. zu § 35	446
	B. Grundsätze der Kapitalaufbringung/Voreinzahlung .....	Anh. zu § 35	459
	C. Verdeckte Sacheinlage .....	Anh. zu § 35	479
	D. Hin- und Herzahlen .....	Anh. zu § 35	496
	E. Kapitalerhaltung .....	Anh. zu § 35	507
	F. Existenzvernichtungshaftung .....	Anh. zu § 35	529
	G. Vermögensvermischungshaftung .....	Anh. zu § 35	537
	H. Geschäftsführerhaftung .....	Anh. zu § 35	540
	I. Haftung der Aufsichtsratsmitglieder in der GmbH .....	Anh. zu § 35	567
	J. D&O-Versicherung .....	Anh. zu § 35	583
	K. Beraterhaftung .....	Anh. zu § 35	594
	L. Ansprüche aus Patronatserklärung .....	Anh. zu § 35	600
Dritter Abschnitt	Insolvenzverwalter. Organe der Gläubiger .....	§§ 56–79	807
<b>Dritter Teil</b>	<b>Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....</b>	<b>§§ 80–147</b>	<b>1092</b>
Erster Abschnitt	Allgemeine Wirkungen .....	§§ 80–102	1092
Zweiter Abschnitt	Erfüllung der Rechtsgeschäfte. Mitwirkung des Betriebsrats .....	§§ 103–128	1339
Dritter Abschnitt	Insolvenzanfechtung .....	§§ 129–147	1454
<b>Vierter Teil</b>	<b>Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse .....</b>	<b>§§ 148–173</b>	<b>1676</b>
Erster Abschnitt	Sicherung der Insolvenzmasse .....	§§ 148–155	1676
Zweiter Abschnitt	Entscheidung über die Verwertung .....	§§ 156–164	1719
Dritter Abschnitt	Gegenstände mit Absonderungsrechten .....	§§ 165–173	1750
<b>Fünfter Teil</b>	<b>Befriedigung der Insolvenzgläubiger. Einstellung des Verfahrens .....</b>	<b>§§ 174–216</b>	<b>1794</b>
Erster Abschnitt	Feststellung der Forderungen .....	§§ 174–186	1794
Zweiter Abschnitt	Verteilung .....	§§ 187–206	1852
Dritter Abschnitt	Einstellung des Verfahrens .....	§§ 207–216	1907
<b>Sechster Teil</b>	<b>Insolvenzplan .....</b>	<b>§§ 217–269</b>	<b>1950</b>
Erster Abschnitt	Aufstellung des Plans .....	§§ 217–234	1958
Zweiter Abschnitt	Annahme und Bestätigung des Plans .....	§§ 235–353	2023
Dritter Abschnitt	Wirkungen des bestätigten Plans. Überwachung der Planerfüllung .....	§§ 254–269	2081

## Inhaltsverzeichnis

<b>Siebter Teil</b>	<b>Eigenverwaltung</b> .....	§§ 270–285	2131
<b>Achter Teil</b>	<b>Restschuldbefreiung</b> .....	§§ 286–303a	2204
<b>Neunter Teil</b>	<b>Verbraucherinsolvenzverfahren</b> .....	§§ 304–311	2301
<b>Zehnter Teil</b>	<b>Besondere Arten des Insolvenzverfahrens</b> .....	§§ 315–334	2343
Erster Abschnitt	Nachlaßinsolvenzverfahren .....	§§ 315–331	2343
Zweiter Abschnitt	Insolvenzverfahren über das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft .....	§ 332	2378
Dritter Abschnitt	Insolvenzverfahren über das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut einer Gütergemeinschaft .....	§§ 333–334	2380
<b>Elfter Teil</b>	<b>Internationales Insolvenzrecht</b> .....	§§ 335–358	2382
Erster Abschnitt	Allgemeine Vorschriften .....	§§ 335–342	2386
Zweiter Abschnitt	Ausländisches Insolvenzverfahren .....	§§ 343–353	2390
Dritter Abschnitt	Partikularverfahren über das Inlandsvermögen .....	§§ 354–358	2398
<b>Zwölfter Teil</b>	<b>Inkrafttreten</b> .....	§ 359	2401
<b>Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO)</b> .....			
Kapitel I	Allgemeine Vorschriften .....	Art. 1–15	2408
Kapitel II	Anerkennung der Insolvenzverfahren .....	Art. 16–26	2497
Kapitel III	Sekundärinsolvenzverfahren .....	Art. 27–38	2523
Kapitel IV	Unterrichtung der Gläubiger und Anmeldung ihrer Forderungen .....	Art. 39–42	2553
Kapitel V	Übergangs- und Schlussbestimmungen .....	Art. 43–47	2558
<b>Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO 2015 – unbearbeitet – Abdruck des Verordnungstextes)</b> .....			
			2569
<b>Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (EGInsO)</b>			
Art. 102	Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 über Insolvenzverfahren .....		2627
Art. 102a	Insolvenzverwalter aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union .....		2637
<b>Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV)</b> .....			
Erster Abschnitt	Vergütung des Insolvenzverwalters .....	§§ 1–9	2643
Zweiter Abschnitt	Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Sachverwalters und des Insolvenzverwalters im Verbraucherinsolvenzverfahren ..	§§ 10–13	2721
Dritter Abschnitt	Vergütung des Treuhänders nach § 293 der Insolvenzordnung ..	§§ 14–16	2751
Vierter Abschnitt	Vergütung der Mitglieder des Gläubigerausschusses .....	§§ 17–18	2756
Fünfter Abschnitt	Übergangs- und Schlussvorschriften .....	§§ 19–20	2767
<b>Verordnung zur Einführung von Formularen für das Verbraucher- insolvenzverfahren und das Restschuldbefreiungsverfahren (VbrInsFV)</b> ...			
			2769
<b>Verordnung zu öffentlichen Bekanntmachungen in Insolvenzverfahren im Internet (InsOBekV)</b> .....			
			2817
<b>Insolvenzstrafrecht</b> .....			
A.	Vorbemerkung zum Insolvenzstrafrecht .....		2823
B.	Insolvenzstrafrecht im engeren Sinne .....	§§ 283–283d StGB, § 15a InsO	2827
C.	Insolvenzstrafrecht im weiteren Sinn .....	§§ 263, 266, 266a StGB	2873
Stichwortverzeichnis .....			
			2907

rechtlichen Sinn nicht überschuldet, wenn er trotz rechnerischer Überschuldung zu Liquidationswerten mittelfristig zahlungsfähig ist.

- 7 Eine Prüfung der rechnerischen Überschuldung ist rechtlich entbehrlich, wenn die positive Fortführungsprognose feststeht (Fischer, NZI 2016, 665, 666; Goette, DStR 2016, 1684, 1687 f.), zur Selbstprüfung der Geschäftsleitung und Plausibilisierung der Gesamtrechnung jedoch gleichwohl regelmäßig sinnvoll (K. Schmidt-K. Schmidt § 19 Rn. 14 f.), zumal die Vermögenssituation auch Einfluss auf die Finanzplanung haben kann (ähnl. Goette, DStR 2016, 1684, 1688).
- 8 Die Prüfung der rechnerischen Überschuldung bedarf regelmäßig der Aufstellung eines entsprechenden **Überschuldungsstatus** (Überschuldungsbilanz; näher dazu Rdn. 54 ff.), die Prüfung der Fortführungsprognose regelmäßig einer entsprechenden **Finanzplanung** (näher dazu Rdn. 14 ff.).

### 2. Früherer Überschuldungsbegriff der InsO 1999 (bis 17.10.2008)

- 9 Demgegenüber war die Fortführungsprognose (Rdn. 12 ff.) nach dem früheren Überschuldungsbegriff lediglich Bewertungsmaßstab für die Prüfung der rechnerischen Überschuldung, wenn es in § 19 Abs. 2 a.F. hieß: »Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zu Grunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.«
- 10 Danach bestand also eine **zweistufige Prüfungsreihenfolge**: In der ersten Stufe war die **Fortführungsprognose** i.S.d. Abs. 2 Satz 2 a.F. zu treffen und sodann auf der zweiten Stufe die **Vermögensbewertung und -gegenüberstellung** aller Aktiva und Passiva zu Fortführungs- bzw. Liquidationswerten je nach Ausgang der Fortführungsprognose vorzunehmen (OLG Naumburg, ZInsO 2004, 512, 513; MK-Drukarczyk/Schüler § 19 Rn. 52, 57; NR-Mönning § 19 Rn. 17; a.A. dreistufige Prüfung, Nachweise zum Streitstand bei KPB-Pape § 19 Rn. 29 ff.).

### 3. Stichtag der Überschuldungsprüfung

- 11 Die Überschuldungsprüfung erfolgt stichtagsbezogen. Der Stichtag hängt vom Zweck der Überschuldungsprüfung ab (z.B. Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 27, Prüfung der Insolvenzreife durch die Geschäftsführung gem. § 15a InsO bzw. Haftung des Geschäftsführers gem. § 64 GmbHG usw.). Für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bzw. die Abweisung eines Insolvenzantrages ist grds. der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über die Verfahrenseröffnung maßgeblich (näher dazu § 16 Rdn. 14). Aus praktischen Gründen lässt sich der Überschuldungsstatus jedoch i.d.R. nicht auf den Stichtag der gerichtlichen Entscheidung aufstellen. Die Praxis lässt insoweit grds. Stichtage zwischen dem Insolvenzantrag und der gerichtlichen Entscheidung zu. Entscheidend ist, dass das Gericht sich zum Zeitpunkt seiner Entscheidung von der Überschuldungssituation überzeugen kann (§ 4 i.V.m. § 286 ZPO), d.h. es darf zwischen dem gewählten Stichtag der Überschuldungsprüfung und der gerichtlichen Entscheidung keine entscheidungserheblichen Veränderungen geben.

## III. Einzelmerkmale der Überschuldung

### 1. Fortführungsprognose

- 12 Der Schuldner hat eine positive Fortführungsprognose, wenn die Fortführung den Umständen nach überwiegend wahrscheinlich ist. Diese Prognose wird z.T. im Anschluss an die Dornier-Entscheidung (BGHZ 119, 201 = NJW 1992, 2891) synonym auch als Fortbestehensprognose bezeichnet (so K. Schmidt-K. Schmidt § 19 Rn. 46 ff.). Vorzugswürdig ist der Begriff der Fortführungsprognose, da das Gesetz den Begriff der »Fortführung« in Abs. 2 Satz 1 verwendet und auch die Gesetzesmaterialien zum FMStG von der »Fortführungsprognose« sprechen (vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 16/10600, S. 13).

Der Begriff der insolvenzrechtlichen Fortführungsprognose ist trotz gewisser Parallelen zu trennen vom bilanzrechtlichen Begriff der Fortführungsprognose gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB (sog. going-concern-Prämisse bei der Vermögensbewertung im Jahresabschluss; vgl. zur Abgrenzung das Positionspapier des IDW, KSI 2013, 70 ff., ferner Groß, KSI 2013, 64 ff.; Zabel, FS Kübler, S. 825 ff.). Die insolvenzrechtliche Fortführungsprognose stellt in den fraglichen Fällen regelmäßig den Kern der Überschuldungsprüfung dar, (Hirte/Knof/Mock, ZInsO 2008, 1217, 1221; ähnl. K. Schmidt, ZIP 2013, 485, 489), d.h. von ihr hängt in den fraglichen Fällen i.d.R. das Ergebnis der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung ab.

Nach ganz h.M. handelt es sich bei der Fortführungsprognose i.R.d. § 19 im Kern um eine **Zahlungsfähigkeitsprognose**, die neben dem Fortführungswillen des Schuldners einer nachvollziehbaren Vermögens-, Ertrags- und Finanzplanung bedarf (so OLG Hamburg, ZInsO 2013, 2447, 2449; Fischer, NZI 2016, 665 f.; Goette, DStR 2016, 1684, 1688 ff.; K. Schmidt, ZIP 2013, 485, 491 m.w.N. in Fn. 93; Bitter/Kresser, ZIP 2012, 1733, 1736 f. m.w.N. in Fn. 31; Groß/Amen, WPg 2002, 225; Bork, ZIP 2000, 1709).

Der **BGH** hat die Anforderungen an die Fortführungsprognose dahin gehend formuliert, dass eine positive Fortführungsprognose subjektiv den Fortführungswillen des Schuldners und objektiv einen Ertrags- und Finanzplan mit einem schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzept für einen angemessenen Prognosezeitraum voraussetzt, aus dem sich ergibt, dass die Finanzkraft der Gesellschaft mittelfristig zur Fortführung des Unternehmens ausreicht (BGH, ZInsO 2010, 2396, Tz. 13 m.w.N.). Zwar ist diese Rspr. noch zu dem vorherigen Überschuldungsbegriff des Abs. 2 a.F. ergangen. Hinsichtlich der Anforderungen an die Fortführungsprognose ergeben sich jedoch insoweit keine Unterschiede. Unter ausreichender Finanzkraft versteht sich, dass das Unternehmen mittelfristig zahlungsfähig ist (s. Rdn. 18 zur Dauer des »mittelfristigen« Prognosezeitraums).

Ganz ähnlich heißt es in der **OLG-Rechtsprechung**, eine positive Fortführungsprognose setze neben dem subjektiven Fortführungswillen des Unternehmens bzw. seiner Organe in objektiver Hinsicht voraus, dass eine dokumentierte Ertrags- und Finanzplanung vorliege und die überwiegende Wahrscheinlichkeit bestehe, dass das Unternehmen mittelfristig Einnahmeüberschüsse erzielen werde, aus denen die gegenwärtigen und künftigen Verbindlichkeiten gedeckt werden können (OLG Schleswig, ZInsO 2010, 530, 531; KG, ZInsO 2006, 437, 438; OLG Naumburg, ZInsO 2004, 512, 513). Mit »Verbindlichkeiten« sind dabei nur die fälligen Verbindlichkeiten gemeint, wie sich aus dem Sachzusammenhang mit der »Finanzkraft« des Unternehmens ergibt.

Die positive Fortführungsprognose entfällt also bei eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit. Die **Überschneidung zur (drohenden) Zahlungsunfähigkeit** ist vom Gesetzgeber an sich nicht gewollt (Begr RAussch BT-Drucks. 12/7302 S. 157), ergibt sich jedoch aus der Natur der Sache (MK-Drukarczyk/Schüler § 19 Rn. 148 ff.; Jaeger-Müller § 19 Rn. 36). Letztlich entscheidend kommt es nach alledem auf die Finanzplanung an. Das Unternehmenskonzept und die Ertragsplanung sind demgegenüber nur von mittelbarer, wenngleich regelmäßig großer Bedeutung, insoweit als sich aus ihnen die Finanzplanung ableiten und plausibilisieren lassen muss (ähnl. K. Schmidt-K. Schmidt § 19 Rn. 51 ff., 53).

Nach a.A. ist für eine positive Fortführungsprognose neben der Zahlungsfähigkeitsprognose **zusätzlich** eine positive **Ertragsfähigkeitsprognose** erforderlich ist, d.h. dass sich die Zahlungsfähigkeit aus den von dem Unternehmen erwirtschafteten Einnahmen ergeben muss (so AG Hamburg, ZInsO 2012, 183, 184; Wolf, DStR 2009, 2682, 2683 ff.). Für die Gegenauaffassung scheint zu sprechen, dass es nach dem Gesetzeswortlaut des Abs. 2 auf alle relevanten »Umstände« und nicht nur auf die Zahlungsfähigkeit ankommt und es dem Gesetzgeber nach den Gesetzesmaterialien darum ging, »das ökonomisch völlig unbefriedigende Ergebnis zu vermeiden, dass auch Unternehmen, bei denen die überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie weiter erfolgreich am Markt operieren können, zwingend ein Insolvenzverfahren zu durchlaufen haben« (Begr. RegE, BT-Drucks. 16/10600, S. 13).

- 15 **Stellungnahme:** Der h.M. ist mit einer Einschränkung zuzustimmen. Zwar kommt es für den von § 19 bezeichneten präventiven Gläubigerschutz im Kern darauf an, dass der Schuldner zahlungsfähig bleibt und seine Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit voraussichtlich erfüllen kann. Unter dem Gesichtspunkt des präventiven Gläubigerschutzes kommt es für die Gläubiger jedoch auch darauf an, dass es durch die weitere Fortführung nicht zu einer Erhöhung der rechnerischen Überschuldung und damit zu einer Erhöhung des Ausfallrisikos der Gläubiger kommt, in dem weitere Verluste durch neue Kredite oder die Veräußerung von einzelnen Vermögensbestandteilen finanziert werden, und dadurch das Fortführungsrisiko auf die Gläubiger verlagert würde (ausführl. Schröder, in: Meilensteine, FS Wehr, S. 27, 40 ff.; ähnl. Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, Anh. zu § 64 Rn. 28). Nach der hier vertretenen Auffassung setzt eine positive Fortführungsprognose i.S.d. § 19 Abs. 2 InsO daher voraus, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Unternehmen mittelfristig zahlungsfähig ist und keine Erhöhung der rechnerischen Überschuldung eintritt (Schröder, a.a.O., S. 42, 47). Die Wahrung der Zahlungsfähigkeit kann insoweit also sowohl durch Liquidität aus entsprechenden Erträgen als auch durch entsprechende Finanzierungsmaßnahmen wie Zuführung von Eigenkapital, nachrangigem Fremdkapital (Rangrücktritt) oder auch öffentliche Subventionen erfolgen.
- 16 Überwiegende Wahrscheinlichkeit der Fortführung des Unternehmens bedeutet nach ganz h.M., dass diese zu mehr als 50 % wahrscheinlich sein muss (Fischer, NZI 2016, 665, 666 ff.; K. Schmidt-K. Schmidt § 19 Rn. 48; HK-Rüntz § 19 Rn. 11; KPB-Pape § 19 Rn. 37). Die Bestimmung eines derartigen Prozentsatzes ist selbstverständlich scheinengenau, wenn man sich die tatsächlichen Unsicherheiten und Unschärfen bei der Unternehmensplanung und bei der Bewertung der Eintrittswahrscheinlichkeiten vor Augen führt (ähnl. Fischer, NZI 665, 666; Goette, DStR 2016, 1752, 1753; ausführl. und krit. zum Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit Groß/Amen, WPg 2003, 67, ferner MK-Drukarczyk/Schüler § 19 Rn. 77 ff.). In der Sache geht es um eine wertende Gesamtbetrachtung (Fischer, NZI, 2016, 665, 666 f.; Goette, DStR 2016, 1752, 1753; Lutter/Hommelhoff-Kleindiek, GmbHG, Anh zu § 64 Rn. 28; IDW S 11, Tz. 58, ZInsO 2015, 1136, 1141; ähnl. Bork, ZIP 2000, 1709, 1712 f.).
- 16a Auch wenn naturgemäß subjektiv geprägte Annahmen in die Prognose einfließen, muss die Fortbestehensprognose im Ergebnis objektivierbar sein (Fischer, NZI 2016, 665, 667 m.w.N.; Goette, DStR 2016, 1684, 1688). Fließen in die Gesamtprognose wie üblich mehrere Einzelprognosen ein, reicht es aus, wenn diejenigen Einzelprognosen, von denen die Gesamtprognose abhängt, jeweils überwiegend wahrscheinlich sind (Goette, DStR, 2016, 1752, 1753), auch wenn die Kombination der Einzelwahrscheinlichkeiten rechnerisch im Einzelfall eine Gesamtwahrscheinlichkeit von unter 50 % ergeben würde, da es um eine wertende Gesamtbetrachtung und nicht um eine mathematische Wahrscheinlichkeitsberechnung geht (Goette a.a.O.).
- Da die Fortführungsprognose ein Rechtsbegriff und keine unternehmerische Entscheidung ist, (Fischer, NZI 2016, 665, 667 m.w.N.) ist die Business-Judgement-Rule insoweit nicht anwendbar (Fischer a.a.O.; a.A.: Goette, DStR 2016, 1752, 1754). Dem Schuldner bzw. der Geschäftsleitung wird jedoch wegen der naturgemäßen Prognoseunsicherheiten und -unschärfen nach h.M. ein gewisser, rechtlich nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum eingeräumt (BGHZ 126, 181, 199 f.; Fischer, NZI 2016, 665, 667 f. m.w.N.). Im Ergebnis kommt dies der Anwendung der Business-Judgement-Rule gleich (so Goette, DStR 2016, 1752, 1755) oder zumindest sehr nahe.
- 16b In der Prognose dürfen auch Maßnahmen eines Sanierungskonzepts berücksichtigt werden, wenn sie plausibel und ihre Umsetzung überwiegend wahrscheinlich sind (Fischer, a.a.O. S. 668 ff. m.w.N.). Sofern dazu Sanierungsbeiträge Dritter erforderlich sind, müssen diese nicht rechtsverbindlich vorliegen, sondern ebenfalls nur überwiegend wahrscheinlich sein (Fischer, NZI 2016, 665, 669; Goette, DStR 2016, 1752, 1756). Eine positive Fortführungsprognose kann sich jedoch nicht auf ein vom Schuldner entworfenes und von der Zustimmung eines Gläubigers abhängiges Sanierungskonzept gestützt werden, wenn dieser seine Zustimmung verweigert hat (vgl. BGH, ZInsO 2004, 679 zu §§ 30 ff. GmbHG).

Bei der Prognose darf zumindest bis die Stellungnahmen der Beteiligten eingeholt sind, davon ausgegangen werden, daß die Beteiligten sich **wirtschaftlich vernünftig** verhalten werden, sofern keine anderweitigen Hinweise vorliegen (Fischer, NZI 2016, 665, 668 f.; weitergehend Goette, DStR 2016, 1752, 1756: bis zur definitiven Versagung der Mitwirkung seitens Dritter).

Das Sanierungskonzept kann sich auch auf komplexe Maßnahmen stützen wie z.B. eine **Anleihe-restrukturierung** nach SchVG. Entsprechendes gilt jedenfalls bis zum Brexit für das englische **Scheme of Arrangement** (Sax/Swiercok, ZIP 2016, 1945, 1950; zweifelnd Hoffmann/Giancristofano, ZIP 2016, 1151, 1154 f. und ZIP 2016, 1951, 1952). Generell zum **Umgang mit ungeklärten Rechtsfragen** im Rahmen der Fortführungsprognose Fischer, NZI 2016, 665, 670 f.; Goette DStR 2016, 1752, 1760.

Nicht erforderlich für eine positive Fortführungsprognose i.S.d. § 19 ist, daß bereits konkret mit der **Umsetzung** eines Sanierungskonzeptes begonnen wurde, wie es der IX. Zivilsenat in seiner anfechtungsrechtlichen Rspr. zum ernsthaften Sanierungsversuch verlangt (Goette, DStR 2016, 1752, 1756 f.). Gleichwohl gehört es zur Sanierungspflicht der Geschäftsleitung, dass in einer Krise unverzüglich die jeweils notwendigen Schritte eingeleitet werden, in der Anfangsphase ggf. die Einschaltung geeigneter Berater und deren umfassende Information oder in einer späteren Phase z.B. die Einholung von Stellungnahmen Dritter, wenn von deren Sanierungsbeiträge die Fortführungsprognose abhängt (vgl. Fischer, NZI 2016, 665, 668, 672). Die Entwicklung des Sanierungsprozesses kann insofern in die Gesamtprognose der Fortführungsaussichten einfließen.

Zu einer positiven Fortführungsprognose gehört grds. auch der **Fortführungswille des Schuldners** (BGH, ZInsO 2007, 36, 37; KG, ZInsO 2006, 437, 438; HK-Rüntz § 19 Rn. 8), es sei denn, das Unternehmen kann zum Zweck der Fortführung veräußert werden (Insoweit ist im Zweifel der Wille der Gesellschafter maßgebend, wenn er vom Willen der Geschäftsleitung abweicht (Goette, DStR, 2016, 1684, 1689 m.w.N.). Der Fortführungswille des Schuldners ist **regelmäßig zu vermuten** (Goette a.a.O.).

**Umstritten** ist die **Dauer des Prognosezeitraumes**, d.h. die Frage, wie weit die »mittelfristige« Ertrags- und Finanzplanung reichen muss. Der Gesetzgeber hat auf die Festlegung eines Prognosezeitraumes verzichtet (Uhlenbruck-Mock § 19 Rn. 209).

Die **Untergrenze** der Prognosedauer wird in der Literatur überwiegend mit **i.d.R. 12 Monaten** angegeben, beginnend mit dem Stichtag der Überschuldungsprüfung (K. Schmidt-K. Schmidt § 19 Rn. 49; KPB-Pape § 19 Rn. 40; Uhlenbruck-Mock § 19 Rn. 218; Bork, ZIP 2000, 1709, 1710; a.A. Vodrazka in: Jahrbuch für Rechnungswesen und Controlling, 1995, S. 527: 6 Monate; OLG Köln, ZIP 2009, 808, 809: 2 Jahre). Die Begründung dafür liegt darin, dass kürzere Zeiträume betriebswirtschaftlich i.d.R. keine ausreichende Basis für eine Fortführungsprognose bilden (Ausnahme nach BGH, ZInsO 2007, 660 möglicherweise bei einem Start-up-Unternehmen; auch im Dornier-Fall ging es nur um 5 Monate, vgl. BGHZ 119, 201, 210 ff.).

Da das Gesetz keine **Obergrenze** für den Prognosezeitraum nennt, ist insoweit je nach Branche und Unternehmen auf die Prognostizier- bzw. Planbarkeit im Einzelfall abzustellen (K. Schmidt, DB 2008, 2467, 2470: »Finanzplanprognose, soweit sie irgend reichen kann, voll ausschöpfen«; Uhlenbruck-Mock § 19 Rn. 217: »betriebswirtschaftlich kalkulierbarer Planungszeitraum«). Die Rspr. stellt demgemäß überwiegend zu Recht auf den im Einzelfall **»betriebswirtschaftlich überschaubaren Zeitraum«** ab (OLG Schleswig, ZInsO 2010, 530; KG, ZInsO 2006, 437, 438; OLG Naumburg, ZInsO 2004, 512, 513).

Überwiegend wird davon ausgegangen, dass abgesehen von branchen- und unternehmensspezifischen Besonderheiten, i.d.R. zumindest das **laufende und folgende Geschäftsjahr** überschaubar sind (OLG Hamburg, ZInsO 2013, 2447, 2449; HK-Rüntz § 19 Rn. 10; Bork, ZIP 2000, 1709, 1710; IDW S 11, Tz. 60, ZInsO 2015, 1136, 1142;).

Rechtlich nicht erforderlich ist, dass die Geschäftsleitung eine **schriftliche Dokumentation** der **Fortführungsprognose** erstellt, da das Gesetz eine solche Verpflichtung nicht vorschreibt