

Krisenfrüherkennung – Die neue (alte) Pflicht für Geschäftsführer

Rechtsanwältin Dr. Marc d`Avoine und Paul Michels*

Zum 1.1.2021 trat im Rahmen des Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierung- und -restrukturierungsgesetz – StaRUG) in Kraft. Damit setzte der Gesetzgeber die Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über präventive Restrukturierungsrahmen etc. (Restrukturierungsrichtlinie) um. Er hat dabei erstmals rechtsformübergreifend eine Pflicht für Geschäftsführer von haftungsbeschränkten Unternehmensträgern (Geschäftsführer) zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement herausgearbeitet und kodifiziert. Anerkanntermaen entstehen Unternehmenskrisen in der Regel nicht „plötzlich“, sondern entwickeln sich häufig schleichend über einen langen Zeitraum. Durch zu spätes Erkennen einer fortschreitenden Krise und (falsches) Zuwarten oder (ebenso möglicherweise falsches) Handeln können eine akute Existenzgefährdung für das Unternehmen, damit verbundene Nachteile für die Gläubiger sowie umfangreiche Haftungsgefahren für die Geschäftsführer drohen. Dem kann und soll durch frühzeitiges Erkennen einer Krise und ein entsprechend rechtzeitigiges Krisenmanagement entgegengewirkt werden – im besten Fall bereits präventiv vor Entstehung einer existenzgefährdenden Krise.

I. Bisherige Regelungen zum Krisenfrüherkennungssystem

Im Zeitablauf von Unternehmenskrisen kann zwischen etwa sechs Krisenstadien unterschieden werden:

- der Stakeholder Krise,
- der Strategiekrise,
- der Produkt- und Absatzkrise,
- der Ertragskrise,
- der Liquiditätskrise und schließlich
- der existenziellen Krise, somit der Feststellung der Insolvenzreife.¹

Je nach Sichtweise mag auch weiter oder enger unterschieden werden. Typischerweise durchlaufen die Krisenstadien die dargestellte Reihenfolge. Mit fortschreitender Krisenstufe wächst dabei grundsätzlich der Handlungsdruck für die Geschäftsführer, wohingegen die Handlungsoptionen bzw. der Handlungsspielraum abnehmen. Zudem spitzt sich mit fortschreitender Krise die demotivierende oder gar destruktive Wirkung der Krise zu.² Je früher eine Krise also erkannt wird, desto langfristiger und effektiver können entsprechende Gegenmaßnahmen eingeleitet und umgesetzt werden. In der täglichen Praxis zeigt sich bislang jedoch häufig das Gegenteil. Insbesondere bei kleinen und mittelständischen Unternehmen werden Krisen oft zu spät erkannt bzw. Krisenmerkmale übersehen oder ignoriert, jedenfalls notwendige Gegenmaßnahmen nicht oder zu spät eingeleitet. Dies führt nicht selten zu verschleppten Insolvenzen, verspäteten Insolvenzantragen und am Ende auch zu vielen massearmen Verfahren und damit keinen oder nur geringen Quoten für die Gläubiger.

Um dem entgegenzuwirken, hatte der Gesetzgeber bereits 1998 mit dem Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) im AktG ein Krisenfrüherkennungssystem eingeführt.³ Demnach hat der Vorstand einer Aktiengesellschaft geeignete Maßnahmen zu treffen,

insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.⁴ Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass der Gesetzgeber dabei eine Bestandsgefährdung für das Unternehmen insbesondere bei risikobehafteten

d`Avoine/Michels: Krisenfrüherkennung – Die neue (alte) Pflicht für
Geschäftsführer(NZI 2022, 1)

2

Geschäften, Unrichtigkeiten der Rechnungslegung und Verstößen gegen gesetzliche Vorschriften annahm, welche wesentliche negative Auswirkungen auf die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage der Gesellschaft haben.⁵ Ziel des Gesetzgebers war es, dass derartige negative Entwicklungen und potentielle Risiken so frühzeitig erkannt werden, dass noch rechtzeitig geeignete Gegenmaßnahmen zur Beseitigung der Krise und zum Fortbestand des Unternehmens ergriffen werden und somit eine Insolvenz letztlich vermieden werden sollte.⁶

Aufgrund der Bezugnahme des Gesetzgebers auf den „Fortbestand der Gesellschaft“ wurde in der Literatur vertreten, dass lediglich Risiken erfasst sein sollten, die ein Insolvenzrisiko erheblich steigern oder hervorrufen, wobei zwischen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung differenziert werden musste.⁷ Flankiert wurde die Vorschrift durch die korrespondierende Erweiterung der Prüfung des Überwachungssystems bei börsennotierten Unternehmen im Rahmen der Abschlussprüfung.⁸

Im Ergebnis handelt es sich bei der von § 91 II AktG geforderten Einrichtung eines Krisenfrüherkennungssystems sowie einer angemessenen internen Revision lediglich um eine gesetzliche Betonung der Pflichten bzw. Hervorhebung der allgemeinen Leitungsaufgabe bzw. Sorgfaltspflicht des Vorstandes.⁹ Vor diesem Hintergrund gilt für den Vorstand der in § 93 I 2 AktG geregelte unternehmerische Ermessensspielraum. Der Vorstand muss sich daher über wesentliche Risikopotentiale gründlich informieren und geeignete organisatorische Gegenmaßnahmen sorgsam abwägen, diese aber auch kontinuierlich an die Risikoentwicklungen anpassen.¹⁰ Konkret sind bei der Ermittlung der Gegenmaßnahmen die Unternehmensgröße, Branche, Struktur sowie die Art des Kapitalmarktzugangs zu berücksichtigen.¹¹ Für die Praxis hat das Institut der Wirtschaftsprüfer den Wirtschaftsprufungsstandard IDW PS 340 entwickelt,¹² wonach im Rahmen einer „Systemprüfung“ sich durch strategische Entscheidungen ergebende wesentliche Risiken geprüft werden sollen.¹³ Ein solcher Standard kann dabei jedoch dem Unternehmen nur als Vorlage dienen. In jedem Fall bedarf es einer Anpassung auf das Unternehmen im Einzelfall.

Der Gesetzgeber verzichtete mit dem KontraG bewusst auf die Aufnahme einer analogen Regelung für die GmbH. Aus der Gesetzesbegründung zum § 91 II AktG ergibt sich, dass für Gesellschaften mit beschränkter Haftung je nach ihrer Größe, Komplexität ihrer Struktur usw. nichts anderes gelten soll und die Regelung im § 91 II AktG somit eine Ausstrahlungswirkung auf den Pflichtenrahmen der Geschäftsführer auch anderer Gesellschaftsformen hat.¹⁴

Neben der Pflicht zur Einführung eines Krisenfrüherkennungssystems aus § 91 II AktG finden sich weitere spezialgesetzlich normierte Risikomanagementsysteme, so zB in § 2a I KWG, § 80 I WpHG oder auch in § 26 VAG. Zudem sind die §§ 15a ff. InsO zu beachten.

Festzuhalten bleibt schließlich, dass § 91 II AktG zwar die Pflicht des Geschäftsführers zur Einrichtung eines Krisenfrüherkennungssystems gesetzlich hervorgehoben hat, die Norm hingegen keine Pflicht ausweist, auf die ermittelte Risiken in Form eines Krisenmanagements angemessen zu reagieren. Eine solche Pflicht ließ sich bislang lediglich aus der allgemeinen Leitungs- und Sorgfaltspflicht nach §§ 76, 93 AktG ableiten.¹⁵

II. Rechtslage seit Einführung des StaRUG

Nach Art. 3 I 1 Restrukturierungsrichtlinie¹⁶ musste sichergestellt werden, dass Schuldner Zugang zu einem oder mehreren klaren und transparenten Frühwarnsystemen haben, die Umstände erkennen können, die zu einer wahrscheinlichen Insolvenz führen können und ihnen signalisieren können, dass unverzüglich gehandelt werden muss.¹⁷ Zur Förderung der präventiven Restrukturierung sollten Geschäftsleiter daher angehalten werden, frühzeitig vertretbare Geschäftsentscheidungen zu treffen oder vertretbare wirtschaftliche Risiken einzugehen, vor allem wenn dadurch die Aussichten auf eine Restrukturierung verbessert, Verluste möglichst gering gehalten und eine Insolvenz im Ergebnis abgewendet werden kann.¹⁸ Schließlich sollten die berechtigten Interessen der Gläubiger vor krisenverschärfenden Managemententscheidungen geschützt werden, die zu einer Minderung des schuldnerischen Vermögens führen könnten, welches für Restrukturierungsmaßnahmen oder für die Verteilung an die Gläubiger zur Verfügung steht.¹⁹ In der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie hat der Gesetzgeber mit dem am 1.1.2021 in Kraft getretenen StaRUG nunmehr erstmals rechtsformübergreifend eine allgemeine Pflicht für Geschäftsführer von haftungsbeschränkten Unternehmensträgern zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement geschaffen.²⁰

1. Krisenfrüherkennung

Nach § 1 I 1 StaRUG besteht eine allgemeine Pflicht für die Geschäftsleiter einer juristischen Person, fortlaufend über Entwicklungen zu wachen, welche den Fortbestand der juristischen Person gefährden können. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass aufgrund der bereits bestehenden Risikoüberwachungspflicht aus § 91 II AktG und dessen „Ausstrahlungswirkung“ auch für die Geschäftsleitungsorgane von Unternehmensträgern anderer Rechtsformen, die neue Vorschrift in § 1 I 1 StaRUG lediglich im Interesse an Rechtsklarheit eine klarstellende Wirkung bezüglich der Mindestanforderungen habe.²¹

Tatsächlich wird jedoch nur das „Ob“, nicht aber das „Wie“ geregelt. § 101 StaRUG verweist diesbezüglich lediglich auf die Webseite des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz und die durch öffentliche Stellen dort bereitgestellten Instrumentarien zur frühzeitigen Identifizierung von Krisen.²² Aus dem RegE ergibt sich zudem der Verweis auf das Existenzgründungsportal des Bundesminis-

d'Avoine/Michels: Krisenfrüherkennung – Die neue (alte) Pflicht für Geschäftsführer(NZI 2022, 1)

3

teriums für Wirtschaft und Energie.²³ Das Portal enthält Checklisten zur Erkennung von Krisenanzeichen, die „Früherkennungstreppe“ sowie einen „Crashtest zur Schwachstellen-Früherkennung“.²⁴

Nach den Gesetzesmaterialien sei jedenfalls die konkrete Ausformung und Reichweite der Pflicht zur Krisenfrüherkennung im Einzelfall von der Größe, Branche, Struktur und auch der Rechtsform des jeweiligen Unternehmens abhängig.²⁵ Insbesondere bei kleinen Unternehmen verbiete sich eine Überfrachtung mit übermäßigen Risikoüberwachungsanforderungen und Organisationspflichten. Allerdings sei es auch kleinen Unternehmen zumutbar, auch ohne größere organisatorische Vorkehrungen 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.²⁶ Ziel des Gesetzgebers ist, dass die Frühwarnsysteme bereits auf die Vorphase des Restrukturierungszeitraumes abzielen und damit in einem möglichst frühen Stadium der Unternehmenskrise, somit vor Eintritt einer Ertrags- oder Liquiditätskrise, Maßnahmen zur Beseitigung finanzieller Schwierigkeiten ermöglicht werden.²⁷

Auch das Merkmal des „Prognosezeitraums“ wurde in § 1 StaRUG nicht definiert. Aufgrund des zum 1.1.2021 neu eingeführten § 18 II 2 InsO, wonach der Prognosezeitraum für die Ermittlung einer (nur) drohenden Zahlungsunfähigkeit in aller Regel 24 Monate beträgt, sollte der Prognosezeitraum von 24 Monaten jedenfalls auch für das Krisenfrüherkennungssystem gelten. Denn die Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist auch von Bedeutung für die ab diesem Zeitpunkt eröffnete Möglichkeit der Einleitung eines StaRUG-Verfahrens (Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen).²⁸

2. Anforderungen an die Ausgestaltung eines Krisenfrüherkennungssystems (KFS)

Grundsätzlich ist anzunehmen, dass ein Krisenfrüherkennungssystem (KFS) nach § 91 II AktG bzw. nach den Grundsätzen des IDW PS 340 nF zugleich die Anforderungen des § 1 I StaRUG erfüllt. Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen dürften damit jedoch organisatorisch erheblich überfrachtet werden, was nicht im Sinne des Gesetzgebers ist.²⁹

Im Allgemeinen lassen sich daher die Voraussetzungen für bzw. die Anforderungen an ein Krisenfrüherkennungssystem wie folgt zusammenfassen:

- (1) Das KFS muss bestandsgefährdende Entwicklungen, nachteilige Veränderungen sowie potentielle Risiken und Krisensignale für das Unternehmen frühzeitig erkennen können.
- (2) Die wirtschaftliche und finanzielle Situation des Unternehmens muss mit einem Prognosezeitraum von 24 Monaten (vgl. § 18 II 2 InsO) laufend überwacht werden.
- (3) Es sind eindeutige Zuständigkeiten in die Organisationsstruktur des Unternehmens zu implementieren, um ein regelmäßiges und engmaschiges Reporting in Bezug auf Krisensignale aus den einzelnen Unternehmensbereichen an die Geschäftsleitung gewährleisten zu können.
- (4) Sämtliche Maßnahmen sind zu dokumentieren.

Die Ausformung und die Reichweite der konkreten Maßnahmen sind – wie dargestellt – im Einzelfall von der Größe, Branche, Struktur und auch der Rechtsform des jeweiligen Unternehmens abhängig.³⁰ Da es sich bei der Einrichtung eines KFS lediglich um eine spezielle Ausprägung der vom Geschäftsleiter verlangten Leitungs- und Sorgfaltspflicht darstellt, steht dem Geschäftsleiter insoweit ein Ermessensspielraum nach den Grundsätzen der „Business Judgement Rule“ zu.³¹ Danach liegt eine Pflichtverletzung nicht vor, wenn der Geschäftsleiter bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.³² Da aus der Praxiserfahrung festzustellen ist, dass trotz des bereits geltenden § 91 II AktG in den seltensten Fällen in den Unternehmen ein taugliches KFS eingerichtet wurde, sollten die konkreten Anforderungen jedenfalls leicht, kostengünstig und schnell für die Geschäftsleiter umsetzbar sein. Aus Sicht der Verfasser sollten Geschäftsleiter konkret zumindest die nachfolgend aufgeführten Mindestanforderungen erfüllen:

Zuerst muss aus Sicht der Geschäftsleiter darauf hingewirkt werden, dass die Unternehmung über eine aktuelle und belastbare Buchhaltung (inkl. aktueller BWA und SuSa) verfügt, welche den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (GoB) entspricht.³³ Daneben ist im Rahmen des internen Rechnungswesens eine Kosten- und Leistungsrechnung (KLR) zu pflegen. Das betriebliche Rechnungswesen ist dabei zentraler Baustein des Informationssystems eines Unternehmens³⁴ und kardinale Voraussetzung für die Schaffung einer Planungs- und Entscheidungsgrundlage sowie für eine laufende Überwachung der wirtschaftlichen und finanziellen Situation des Unternehmens.

Darauf aufbauend ist auf Grundlage einer vollständigen kurzfristigen operativen und langfristigen strategischen Unternehmensplanung (inkl. Absatz-, Produktions- und Investitionsplanung)³⁵ eine

wöchentlich zu aktualisierende Liquiditätsplanung mit einem Planungszeitraum von 24 Monaten zu erstellen.³⁶ Die Liquiditätsplanung muss mindestens die aktuell verfügbaren liquiden Mittel (Bankenbestand, KK-Linie, Kassenbestand), die Ein- und Auszahlungen anhand der OP-Debitoren und OP-Kreditoren unter Einbeziehung der entsprechenden Fälligkeiten, die Auftragsliste bzw. Businessplan mit entsprechenden Zahlungszielen, wiederkehrende Auszahlungen für Dauerschuldverhältnisse, Steuerverbindlichkeiten, Personalkosten, Sozialversicherungen, notwendige Investitionen sowie sonstige anfallende Ein- und Auszahlungen berücksichtigen. In der Folge sind vor dem Hintergrund des „Ausgleichsgesetzes der Planung“ sowohl positive als auch negative Abweichungen in den Planungen zu prüfen, zu bewerten und schließlich in der rollierenden Planung ggf. auf allen Stufen angepasst abzubilden.³⁷ Zu prüfen sind dabei die Relationen bzw. Veränderungen von Kennzahlen

d’Avoine/Michels: Krisenfrüherkennung – Die neue (alte) Pflicht für
Geschäftsführer(NZI 2022, 1)

4

gegenüber den ursprünglichen Sollwerten oder Toleranzgrenzen (Soll-Ist-Vergleich).³⁸

Um zunächst den Ist-Zustand auf Krisensignale überprüfen zu können, werden operative Krisenfruherkennungssysteme genutzt. Eine Kennzahlenanalyse greift dabei auf die Bilanz- und GuV-Daten zurück mit dem Ziel, qualifizierte Aussagen über die finanzielle Stabilität oder die Ertragskraft des Unternehmens abzuleiten.³⁹ Wichtige Kennzahlen für einen Quick-Check sind ua:⁴⁰

Eigenkapitalquote in %: $\frac{\text{Eigenkapital}}{\text{Gesamtkapital}} \times 100$

Verschuldungsgrad in %: $\frac{\text{Fremdkapital}}{\text{Eigenkapital}} \times 100$

Liquidität 1. Grades in %: $\frac{\text{liquide Mittel}}{\text{kurzf. Verbindlichkeiten}} \times 100$

Liquidität 2. Grades in %: $\frac{\text{liquide Mittel} + \text{kurzf. Forderungen}}{\text{kurzf. Verbindlichkeiten}} \times 100$

Personalaufwandquote in %: $\frac{\text{Personalaufwand}}{\text{Gesamtleistung}} \times 100$

Materialaufwandquote in %: $\frac{\text{Materialaufwand}}{\text{Gesamtleistung}} \times 100$

Gesamtkapitalrentabilität (Rendite) in %: $\frac{\text{Jahresüberschuss} + \text{Fremdkapitalzinsen}}{\text{Eigenkapital} + \text{Fremdkapital}} \times 100$

Cash-Flow: + zahlungswirksame Erträge
– zahlungswirksame Aufwendungen

Die Eigenkapitalquote sowie der Verschuldungsgrad geben dabei Hinweise auf die Bonität des Unternehmens bzw. die Finanzierungsstruktur. Je höher die Eigenkapitalquote ist, desto mehr

„Substanz“ besteht im Unternehmen, um durch eigene Mittel eine plötzlich auftretende Krise aufzufangen bzw. notwendige Gegenmaßnahmen im Krisenfall einzuleiten. In Theorie und Praxis wird regelmäßig eine Eigenkapitalquote von wenigstens 33% gefordert, wobei der Entwicklung dieser Größe entscheidende Bedeutung bei der Bewertung zukommt.⁴¹ Der Liquiditätsgrad gibt dagegen einen Hinweis auf die Zahlungsfähigkeit bzw. Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens.⁴² Die Gesamtkapitalrendite gibt Auskunft darüber, wie effizient ein Unternehmen Eigen- und Fremdkapital eingesetzt hat, somit über die Gewinnerzielungskraft des Unternehmens.⁴³ Der Cashflow ist schließlich ein Indikator für die Innenfinanzierungskraft des Unternehmens und damit eine wichtige Kennzahl für die Bewertung der Finanz- und Ertragslage.⁴⁴ Ist der Cashflow dauerhaft negativ, so fließen liquide Mittel aus dem Unternehmen ab mit der möglichen Folge einer Liquiditätskrise und ggf. einer darauf folgenden Insolvenz. Sämtliche Kennzahlen sollten dabei auch für zurückliegende Jahre ermittelt werden, um eine wirtschaftliche Entwicklung erkennen zu können. Zudem helfen bei der Bewertung branchenbezogene Vergleichswerte, um eine qualifizierte Aussage über das Ergebnis treffen zu können. Festzuhalten bleibt, dass diese statischen Kennziffern, insbesondere die Liquiditatsgrade, lediglich auf einen Zeitpunkt bezogen sind und damit für sich allein nur wenig geeignet sind, um eine Aussage über zukünftige Risiken und Entwicklungen treffen zu können.⁴⁵

Daher ist – im Gegensatz zu der operativen Krisenfrüherkennung – im Rahmen einer strategischen und zukunftsorientierten Krisenfrüherkennung eine Methodik zur Erkennung von Krisensignalen und deren Bewertung zu entwickeln.⁴⁶ Ziel ist es, unternehmensrelevante Chancen und Risiken zu analysieren und zu prognostizieren, um mögliche Veränderungen und Entwicklungen im In- und Umsystem des Unternehmens bereits frühzeitig zum Zeitpunkt ihrer noch wenig strukturierten Entstehung zu erfassen.⁴⁷ Dazu sind zunächst entsprechende Zuständigkeiten innerhalb des Unternehmens klar in einer Organisationsstruktur zu definieren.⁴⁸ Es muss sichergestellt werden, dass ein laufendes und dokumentiertes Reporting aus allen Bereichen des Unternehmens in Bezug auf mögliche Krisensignale und Risikoentwicklungen an den Geschäftsführer erfolgt, damit auch schwache Krisensignale und Umweltveränderungen als Informationsgrundlage für die Entscheidungen des Geschäftsführers einbezogen werden können.⁴⁹ Beispiele für operative und strategische Krisensignale sind ua:

Management:	Differenzen bei den Stakeholdern, fehlende Stellvertreterregelungen, keine Nachfolgeregelung, Ablehnung notwendiger Veränderungen und Investitionen;
Personal:	Verlust von Know-how-Trägern, Fehlende Auslastung der betrieblichen Strukturen, überdurchschnittlich hoher Krankenstand, geringe Motivation der Mitarbeiter/innen, sinkende Produktivität;
Entwicklung:	„Relativer technischer Stillstand“, Fehlen neuer Innovationen und Geschäftsideen, Entwicklungsrückstände, technologische Nachteile;
Vertrieb:	Nachfragerckgang, hohe Reklamationsquote, Verlust von Kunden an den Wettbewerb, keine Antworten auf eine Veränderung der Kundenbedürfnisse oder Veränderungen der Konjunkturerwartungen, hoher Preisdruck im Markt, Lagerbestände wachsen an;
Einkauf:	Kürzung oder Wegfall von Lieferantenkrediten, Kürzung von Zahlungszielen, Umstellung auf Vorkasse, zu lange Lieferzeiten;
Controlling:	Sinkende Umsätze, Liquiditätsprobleme, KK-Linie ausgeschöpft oder gekündigt, Finanzierung betrieblicher Strukturen nicht

	gesichert, Buchhaltung nicht belastbar, hohe Forderungsausfälle, schlechtes Debitorenmanagement;
Rahmenbedingungen:	Demografische Entwicklung, Pandemien, staatliche Vorgaben zB Ausstieg aus Kohle, Energiewende;
d'Avoine/Michels: Krisenfrüherkennung – Die neue (alte) Pflicht für Geschäftsführer(NZI 2022, 1)	5

Die strategische Früherkennung basiert dabei auf den Prinzipien „Scanning“ und „Monitoring“. Im Rahmen des „Scanning“ wird wie bei einem Radar laufend nach unternehmensinternen und externen Krisensignalen gesucht. Werden derartige Krisensignale identifiziert, so erfolgt im Rahmen des „Monitoring“ eine intensive und stetige Überprüfung, um die erfassten Krisensignale sowie Risiken und deren möglichen Folgen für das Unternehmen präzisieren bzw. definieren zu können.⁵⁰

Zur sachgerechten Begegnung dieser Herausforderungen im Rahmen eines Krisenfrüherkennungssystems sollten die Geschäftsleiter schließlich neben der Implementierung eines fortlaufenden Planungs- und Forecastingprozesses auch den Fokus auf die Szenario-Analyse legen. Hierbei werden mögliche Entwicklungen und Zukunftssituationen in Extremszenarien (Best Case/Worst Case) sowie ein wahrscheinliches Szenario in ihren finanziellen Auswirkungen auf das Unternehmen definiert, um „Überraschungen“ möglichst zu vermeiden.⁵¹ Dabei werden neben den quantitativen Größen auch qualitative Merkmale in die Planungen einbezogen.⁵²

Neben der Pflicht zur Einrichtung eines solchen Krisenfrüherkennungssystems ist darauf hinzuweisen, dass die Geschäftsleiter auch zu einer angemessenen Dokumentation verpflichtet sind. Es muss sichergestellt sein, dass sämtliche Hierarchieebenen inklusive der Geschäftsleitung von erkannten Risiken Kenntnis erlangen, so dass geeignete Gegenmaßnahmen auch rechtzeitig eingeleitet werden können. Das Krisenmanagementsystem muss somit hinreichend dokumentiert und unternehmensintern kommuniziert werden, um somit die Handlungsabläufe innerhalb des Krisenmanagementsystems optimieren zu können.⁵³

3. (Neue) Pflicht zum Krisenmanagement

Neben der bereits existierenden Pflicht zur Krisenfrüherkennung wurde durch das StaRUG ergänzt, dass bei Erkennen von bestandsgefährdenden Entwicklungen rechtzeitig geeignete Gegenmaßnahmen zu ergreifen sind und den zur Überwachung der Geschäftsleitung berufenen Organen (Überwachungsorganen) unverzüglich Bericht zu erstatten ist.⁵⁴ Berühren die zu ergreifenden Maßnahmen die Zuständigkeiten anderer Organe, wie etwa die Gesellschafterversammlung bei einer GmbH, müssen die Geschäftsleiter nunmehr unverzüglich auf deren Befassung hinwirken.⁵⁵ Insofern kann auch von einer Verschärfung der bisherigen Pflichten gesprochen werden. Gesetzgeberisches Ziel soll es sein, dass in einem möglichst frühen Krisenstadium präventive und geeignete Sanierungsmaßnahmen eingeleitet und umgesetzt werden und nicht erst in der Liquiditätskrise – meist erfolglos – versucht wird das Unternehmen zu retten.⁵⁶

Auch bei dem Krisenmanagement ist nur das „Ob“, nicht aber das „Wie“ geregelt. Ebenso ist das „Wann“ nicht geregelt, also der konkrete Zeitpunkt, ab wann der Geschäftsführer aktiv werden muss. Insofern ist die allgemeine Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsmanns zu berücksichtigen.⁵⁷ Bei Erkennen einer Krise sollte daher unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) gehandelt werden, um nachteilige Auswirkungen, insbesondere für die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage, rechtzeitig verhindern zu können.⁵⁸

Die Neuausrichtung des Unternehmens sollte sodann in Form eines ganzheitlichen Sanierungskonzeptes erfolgen. Dabei sind in einem ersten Schritt die Krisenursachen zu

analysieren, um darauf aufbauend die Krise durch entsprechende Gegenmaßnahmen erfolgreich bewältigen zu können.⁵⁹ Hierbei sind die Krisenursachen von den oben dargestellten Krisensignalen abzugrenzen, da diese in der Regel zwar eine Krise anzeigen, für diese aber nicht kausal sind. Häufigste Krisenursachen sind Managementfehler ua aufgrund unzureichender Reaktion auf Nachfragerückgänge, auf Veränderungen des Wettbewerbs, aufgrund von Überexpansion oder wegen Ineffizienzen im Unternehmen.⁶⁰

Diese Ursachenanalyse dient als Grundlage für das zu erstellende Sanierungskonzept. Entscheidend ist dabei die Prüfung der Sanierungsfähigkeit, also ob die ermittelten Krisenursachen in dem Planungszeitraum nach der Durchführung von entsprechender Sanierungsmaßnahmen auch nachhaltig beseitigt werden können und das Unternehmen einen Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben erzielen kann.⁶¹ Je nach Unternehmensgröße kommt hier auch ein Sanierungsgutachten nach IDW S6 in Betracht.⁶² Nach der Rechtsprechung des BGH muss der Sanierungsplan jedoch nicht zwingend den formalen Erfordernissen eines IDW S6 entsprechen. Erforderlich ist jedenfalls ein Konzept, welches in Grundzügen über die wesentlichen Grundlagen über die Sanierungsmaßnahmen informiert. Dazu gehören die Krisenursachen, die Maßnahmen zu deren Beseitigung und eine positive Fortführungsprognose.⁶³ Das Sanierungskonzept muss dabei grundsätzlich lediglich von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehen, schlüssig sein, im Ansatz bereits umgesetzt werden und Aussicht auf Erfolg haben.⁶⁴

Ein – wie auch immer ausgeprägtes – Sanierungskonzept muss indes vorliegen. Ziel eines solchen Sanierungskonzeptes ist die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit, der Profitabilität sowie der Erfolgspotenziale des Unternehmens. Die Sanierung soll im Ergebnis zunächst das kurzfristige Überleben des Unternehmens sichern und sodann die Krisenursachen nachhaltig beseitigen, um die Wettbewerbsfähigkeit wieder herzustellen.⁶⁵

Nach Ermittlung der Krisenursachen ist daher zu ermitteln, welche Maßnahmen für eine Beseitigung der Krisenursachen und damit für eine erfolgreiche Sanierung notwendig aber auch erforderlich sind. In Bezug auf die Auswahl und Durchführung der zu treffenden Gegenmaßnahmen steht dem Geschäftsführer insoweit ebenfalls ein Ermessensspielraum für den vorliegenden Einzelfall nach den Grundsätzen der „Business Judgement Rule“ zu.⁶⁶ Der Geschäftsleiter muss demnach, wie bereits dargestellt, bei der Ausübung einer unternehmerischen Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft handeln.⁶⁷

Unter dem Strich umfasst das erforderliche Maßnahmenmanagement die strategische Neuausrichtung sowie die operative und finanzielle Restrukturierung des Unternehmens. Der

d'Avoine/Michels: Krisenfrüherkennung – Die neue (alte) Pflicht für Geschäftsführer (NZI 2022, 1)

6

Fokus liegt dabei auf der finanziellen Restrukturierung, insbesondere der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit.⁶⁸ Sämtliche Maßnahmen müssen dabei in einer integrierten Businessplanung berücksichtigt werden. Schließlich müssen die Maßnahmen möglichst kurzfristig und vor allem rechtzeitig umgesetzt, dokumentiert und überwacht werden, um den Weg in eine erfolgreiche und profitable Zukunft zu finden. Zentrales Element ist dabei eine offene und faktenbasierte Kommunikation mit den beteiligten Stakeholdern, um verloren gegangenes Vertrauen wieder herzustellen.⁶⁹

Als alternative Maßnahmen bietet das StaRUG seit dem 1.1.2021 zur Beseitigung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit die Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens an.⁷⁰

III. Haftung

Ein spezialgesetzlicher Haftungstatbestand, der bei einem Verstoß gegen die Pflichten aus § 1 StaRUG und damit gegen die Pflicht zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement greift, wurde – entgegen mancher Forderung und entgegen erster Entwürfe – nicht durch das StaRUG eingeführt. Daher bleibt es bei den bereits oben zum § 91 II AktG dargestellten allgemeinen rechtsformspezifischen Regelungen und Grundsätzen.⁷¹ Implementiert der Geschäftsleiter kein geeignetes Krisenfrüherkennungssystem bzw. verstößt er gegen die Pflicht zum Krisenmanagement, so dürfte insbesondere ein Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Geschäftsleiters vorliegen.⁷² Bei Vorliegen eines kausalen Schadens kommt somit ein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsleiter in Betracht.⁷³ Im Fall einer GmbH müssten damit die Gesellschafter einen etwaigen Schadensersatzanspruch gegen den Geschäftsführer prüfen und durchsetzen.⁷⁴

Der Nachweis sowie die Bezifferung eines kausalen Schadens, welcher anhand der Differenzhypothese zu ermitteln ist,⁷⁵ dürfte dabei eine erhebliche Hürde für die Gesellschafter bzw. im Fall einer Insolvenz für den Insolvenzverwalter darstellen.

Nach Art. 19 der durch die Mitgliedstaaten umzusetzenden Richtlinie sollten Geschäftsleiter zudem bei einer wahrscheinlichen Insolvenz, also ab einer drohenden Zahlungsunfähigkeit, die Interessen der Gläubiger gebührend berücksichtigen.⁷⁶ Der Regierungsentwurf zum StaRUG (StaRUG-RegE) sah daher in den §§ 2, 3 StaRUG-RegE eine Neuausrichtung der Pflichten eines Geschäftsleiters ab Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit vor. Nach § 2 I 1 StaRUG-RegE sollten ab Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit die Geschäftsleiter primär die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger wahren, und nicht mehr wie bislang nach der „Business Judgement Rule“⁷⁷ vorgesehen die Interessen der Gesellschaft (Shift of Duties).

Verstöße gegen die Pflicht der Geschäftsleiter, die Interessen der Gläubiger zu wahren, sollten bei Verschulden eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Unternehmen begründen.⁷⁸ Denn nach der Gesetzesbegründung sei Sinn und Zweck der Pflicht aus § 2 I StaRUG-RegE, die Gläubiger vor Verlusten zu bewahren, die diese infolge einer ihre Interessen nicht hinreichend berücksichtigende Geschäftsführung erleiden.⁷⁹ Interessanterweise sah der Gesetzgeber in der Begründung zum Gesetzesentwurf diese Regelungen als auch deshalb erforderlich an, weil ohne sie Schutz- und Haftungslücken zu entstehen drohen.⁸⁰ Die Haftung sollte zudem als Korrektiv zu der Möglichkeit der Geschäftsleitung dienen, mit dem Restrukturierungsrahmen in Rechte der Gläubiger eingreifen zu können.⁸¹

Tatsächlich wurde dieser Gesetzesentwurf nicht umgesetzt. §§ 2,3 StaRUG-RegE wurden gänzlich gestrichen, was die ursprünglich vorgesehene Haftungserweiterung für Geschäftsleiter in der Krise wieder relativiert. Aus der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) ergibt sich, dass die Regelungen mit Blick auf ihr unklares Verhältnis zu den im Gesellschaftsrecht verankerten Sanierungspflichten gestrichen worden seien. Das Bedürfnis nach Gläubigerschutz werde bereits durch die bestehenden handels- und gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen aufgefangen. Die Streichung erfolge daher in dem Verständnis, dass sie keine Haftungslücken hinterlasse.⁸²

Das StaRUG sieht damit eine Innenhaftung nach § 43 I 2 StaRUG erst für den Zeitraum vor, nachdem eine Restrukturierungssache gegenüber dem Restrukturierungsgericht angezeigt worden ist. Nach Anzeige der Restrukturierungssache muss der Schuldner diese mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers betreiben und dabei die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger wahren.⁸³ Eine analoge Anwendung der Vorschriften für den Zeitraum bereits ab drohender Zahlungsunfähigkeit dürfte aufgrund einer fehlenden Planwidrigkeit

ausscheiden, da sich der Gesetzgeber nach den Gesetzesmaterialien bewusst für die Streichung der §§ 2, 3 StaRUG-RegE entschieden hat.⁸⁴

Nach dem „Rückzug“ der §§ 2,3 StaRUG-RegE bleibt somit im Ergebnis abzuwarten, ob und wie für den Zeitraum ab Eintritt einer drohenden Zahlungsunfähigkeit die Interessen vorrangig der Gläubiger zu wahren sind und ob eine Haftung auch ggf. durch Rechtsfortbildung im Wege richtlinienkonformer Auslegung unter Berücksichtigung der Lehre vom „shift of duties“ bei § 43 GmbHG und § 93 AktG definiert wird.⁸⁵

IV. Fazit

Mit Inkrafttreten des StaRUG wurde erstmals rechtsformübergreifend eine allgemeine Pflicht für Geschäftsführer von haftungsbeschränkten Unternehmensträgern zur Krisenfrüherkennung und zum Krisenmanagement geschaffen. Sinn und Zweck der Regelungen soll es sein, dass Geschäftsführer bereits in einem möglichst frühem Krisenstadium vorhandene Krisensignale erkennen, Krisenursachen feststellen und dadurch entsprechend frühzeitig geeignete Gegenmaßnahmen einleiten können, um eine spätere Ergebnis- bzw. Liquiditätskrise oder sogar eine Insolvenz abwenden zu können.

Obwohl die Pflicht zur Implementierung eines Krisenfrüherkennungssystems nicht neu ist, wird ein solches in der Praxis bislang nur in wenigen Fällen auch angemessen einge-

d’Avoine/Michels: Krisenfrüherkennung – Die neue (alte) Pflicht für Geschäftsführer(NZI 2022, 1)

7

setzt. Die skizzierten Mindestanforderungen sollten indes von jedem Geschäftsführer leicht, kostengünstig und schnell umzusetzen sein, um auch die Anforderungen des § 1 StaRUG zu erfüllen. Verstoen Geschäftsführer gegen diese Sorgfaltspflicht zur Implementierung eines Krisenfrüherkennungssystems (KFS) oder gegen die Pflicht zum Krisenmanagement, so drohen persönliche Schadensersatzansprüche gegenüber der Gesellschaft bzw. der Insolvenzmasse. Festzuhalten bleibt aber auch, dass trotz Streichung der §§ 2, 3 StaRUG-RegE gerade in der Krise und vor allem ab dem Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit für die Geschäftsführer erhebliche Unsicherheiten und Risiken in Bezug auf mögliche Haftungsrisiken bestehen. Insbesondere für den Fall einer Nichtberücksichtigung der Gläubigerinteressen ab Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung die Lehre vom „Shift of Duties“ zukünftig bewerten wird.

Geschäftsführer sollten daher genau prüfen, wie die Pflichten aus § 1 StaRUG im Unternehmen umgesetzt werden können. Im Zweifel ist zu empfehlen, entsprechende Unterstützung eines kundigen Experten in Anspruch zu nehmen, denn mit voranschreitender Krise steigen die Anforderungen an ein pflichtgemäßes Krisenmanagement. Schließlich ist zu empfehlen, bei ersten Krisenanzeichen aktiv zu werden und sämtliche durchgeführte Maßnahmen, sowohl für den Bereich der Krisenfrüherkennung als auch für das Krisenmanagement, umfassend zu dokumentieren.

* Der Autor d’Avoine ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht; der Autor Michels ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht und Dipl.-Kfm.; beide sind Partner der Sozietät ATN d’Avoine Teubler Neu Rechtsanwältinnen, Düsseldorf/Ratingen und Essen/Wuppertal.

¹ Vgl. auch Oppenländer/Trölitzsch GmbH-GF-HdB/Steffan § 37 Rn. 37 f.

² Buth/Hermanns Restrukturierung/Kraus § 4 Rn. 8.

³ KonTraG Art. 1 – Änderung des AktG Nr. 9 c v. 27.4.1998, BGBl. 1998 I 786 f.

⁴ § 91 II AktG.

- 5 BT-Drs. 13/9712, 15.
- 6 BT-Drs. 13/9712, 15.
- 7 MuKoAktG/Spindler § 91 Rn. 21.
- 8 Vgl. § 317 IV HGB.
- 9 BT-Drs. 13/9712, 15.
- 10 MuKoAktG/Spindler § 91 Rn. 17.
- 11 BT-Drs. 13/9712, 15.
- 12 IDW PS 340 nF v. 27.5.2020, IDW Life 7/2020, 631 ff.
- 13 IDW PS 340, WPg 1999, 658 Tz. 7.
- 14 BT-Drs. 13/9712, 15.
- 15 MuKoAktG/Spindler § 91 Rn. 28.
- 16 Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), Abl. L 172 vom 26.6.2019 (fortan: Restrukturierungsrichtlinie).
- 17 Art. 3 I 1 Restrukturierungsrichtlinie.
- 18 ErwG (70) Restrukturierungsrichtlinie.
- 19 ErwG (71) Restrukturierungsrichtlinie.
- 20 Vgl. § 1 I StaRUG.
- 21 BT-Drs. 19/24181, 103.
- 22 www.bmjv.bund.de.
- 23 BT-Drs. 19/24181, 186.
- 24 <https://www.existenzgruender.de/DE/Planer-Hilfen/Checklisten-Uebersichten/Krisenvorbeugung-Krisenmanagement/inhalt.html>.
- 25 BT-Drs. 19/24181, 104.
- 26 BT-Drs. 19/24181, 104.
- 27 BT-Drs. 19/24181, 185.
- 28 Vgl. § 29 I StaRUG.
- 29 Vgl. BT-Drs. 19/24181, 104.
- 30 BT-Drs. 19/24181, 104.
- 31 MuKoAktG/Spindler § 91 Rn. 17.
- 32 § 93 I 2 AktG.
- 33 Vgl. Leffson Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung, 7. Aufl. 1987.
- 34 Eisele Technik des betrieblichen Rechnungswesens, 6. Aufl. 1999, S. 3.
- 35 Vgl. Wohle BWL, 20. Auflage 2000, S. 133 ff.
- 36 Vgl. § 18 II 2 InsO.
- 37 Wohle BWL, S. 149 f.
- 38 Vgl. Krystek/Müller-Stewens Frühaufklärung für Unternehmen, 1993, S. 45 f.
- 39 BeckHdB GmbH/Rieser § 17 Rn. 41.
- 40 Vgl. auch Küting/Weber Bilanzanalyse, 11. Aufl. 2015.
- 41 MAH Insolvenz/Lachmann § 8 Rn. 11 f.
- 42 Vgl. zur Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit BGH NZI 2005, 547; NZI 2007, 36; NZI 2018, 204.
- 43 Küting DStR 1992, 265 (267).

- 44 MAH Insolvenz/Lachmann § 8 Rn. 42.
- 45 Wöhe BWL, S. 692.
- 46 Vgl. BeckHdB GmbH/Rieser § 17 Rn. 43.
- 47 Woll Wirtschaftslexikon, 9. Aufl. 2000, S. 249.
- 48 MüKoInsO/Spindler § 91 Rn. 30 f.
- 49 Vgl. dazu auch BeckHdB GmbH/Rieser § 17 Rn. 43.
- 50 Vgl. Krystek/Müller-Stewens, S. 175 f.
- 51 vgl. BeckHdB GmbH/Rieser § 17 Rn. 45.
- 52 Hopfenbeck Allg. Betriebswirtschafts- u. Managementlehre, 14. Aufl. 2002, S. 564 f.
- 53 Vgl. LG München I NZG 2008, 319.
- 54 § 1 I 2 StaRUG.
- 55 § 1 I 3 StaRUG.
- 56 BT-Drs. 19/24181, 185.
- 57 Vgl. MüKoAktG/Spindler § 91 Rn. 28.
- 58 Vgl. dazu BT-Drs. 13/9712, 15.
- 59 Müller Krisenmanagement in der Unternehmung, 2. Aufl. 1986, S. 346.
- 60 Buth/Hermanns Restrukturierung/Kraus § 4 Rn. 4-6.
- 61 Vgl. BeckHdB PersG/Eberhard § 12 Rn. 24.
- 62 Vgl. IDW S6, IDW Life 8/2018, 813 ff.
- 63 BGH NZI 2016, 636.
- 64 BGH NZI 2019, 594.
- 65 Buth/Hermanns Restrukturierung/Kraus § 4 Rn. 11.
- 66 Vgl. MüKoAktG/Spindler § 91 Rn. 17.
- 67 Vgl. § 93 I 2 AktG.
- 68 Buth/Hermanns Restrukturierung/Kraus § 4 Rn. 13.
- 69 Buth/Hermanns Restrukturierung/Kraus § 4 Rn. 38 ff.
- 70 Vgl. § 29 StaRUG.
- 71 Vgl. BT-Drs. 19/24181, 103.
- 72 § 43 I GmbHG, § 93 I 1 AktG.
- 73 § 43 II GmbHG, § 93 II 1 AktG.
- 74 § 46 Nr. 8 GmbHG.
- 75 vgl. MüKoGmbHG/Fleischer § 43 Rn. 261.
- 76 Art. 19 Restrukturierungsrichtlinie.
- 77 § 93 I 2 AktG.
- 78 § 3 I StaRUG-RegE.
- 79 BT-Drs. 19/24181, 108.
- 80 BT-Drs. 19/24181, 105.
- 81 BT Drs. 19/24181, 85.
- 82 BT Drs. 19/25353, 6.
- 83 § 32 I 1 StaRUG.
- 84 BT Drs. 19/25353, 6.
- 85 So Bitter ZIP 2021, 321 (322).