



Gesellschaft für Restrukturierung – TMA DEUTSCHLAND E.V.
Bredeneyer Straße 23, 45133 Essen

**Gesellschaft für Restrukturierung –
TMA Deutschland e.V.**

Bredeneyer Straße 23

45133 Essen

Tel.: +49 (0) 201 8485 1111

E-Mail: weimer@tma-deutschland.org

Internet: <http://www.tma-deutschland.org>

Bundesministerium der Justiz
z.Hd. Herrn Alexander Bornemann
Referat RA6 (Insolvenzrecht)
– Per E-Mail –

Essen, 31.08.2023

Stellungnahme der Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V. FAK Restrukturierungsrecht zur Zukunft des Überschuldungsbegriffs

Sehr geehrter Herr Bornemann,

seit seiner Einführung zu Zeiten der Konkursordnung wird der Begriff der Überschuldung in Literatur und Praxis fortdauernd diskutiert. Insbesondere vor dem Hintergrund der jüngsten gesetzgeberischen Nejustierungen sowie der erkennbar fehlenden praktischen Bedeutung der Überschuldung als Insolvenzantragsgrund auf der einen und der anhaltenden Haftungsrisiken für Geschäftsleitungen ist die Diskussion wieder in den Vordergrund gerückt.

Im Diskurs der Restrukturierungspraktiker aus den verschiedenen in unserem Verband vertretenen Berufen ist der anliegende Vorschlag entstanden, die Überschuldung nicht länger als Pflichtantragsgrund beizubehalten, sondern sie zum Auslöser eines *Shift of Fiduciary Duties* werden zu lassen. Aus unserer Sicht ermöglicht der von uns vorgeschlagene Weg bei den nun wachsenden Herausforderungen für deutsche Unternehmen eine auch im internationalen Vergleich angemessene und zwischen Gläubiger- und Gesellschafts- sowie Gesellschafterinteressen ausgewogene Möglichkeit, die heute schon zur Verfügung stehenden Restrukturierungsinstrumente des deutschen Rechts optimal zu nutzen.

Wir würden uns freuen, Ihnen das Konzept einmal im Detail vorstellen zu dürfen.

Mit freundlichen Grüßen

Der Vorstand der TMA Deutschland und der Facharbeitskreis Restrukturierungsrecht

Stellungnahme der Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V. FAK Restrukturierungsrecht zur Zukunft des Überschuldungsbegriffs

Die Überschuldung ist als Pflichtantragsgrund für Insolvenzverfahren eines Schuldners bei haftungsbeschränkter Rechtsform (§ 15a InsO) und Auslöser für die Notgeschäftsführung (§ 15b InsO) ein im internationalen Kontext vergleichsweise sehr früher Zeitpunkt für die Verpflichtung zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens und flankierender haftungsrechtlicher Normen. Nur wenige Jurisdiktionen, darunter die Schweiz, Österreich und Polen, sehen bei Überschuldung noch eine Insolvenzantragspflicht vor. Die Ursprünge des Überschuldungstatbestandes gehen zurück auf das römische Recht, wonach der Zeitpunkt der Vermögensinsuffizienz das Momentum markierte, zu dem der Schuldner nicht mehr am Markt tätig sein sollte. Das mag der richtige Ansatz sein, wenn sich der Wert und die wirtschaftliche Leistung vornehmlich anhand der Aktiva einer Unternehmung bemisst. Hingegen ist in der heutigen wirtschaftlichen Realität die Frage, wie lange ein Unternehmen am Markt tätig bleiben sollte, eher danach zu bemessen, inwieweit es die für die Unternehmung erforderliche Liquidität (und damit das Gläubigerbefriedigungspotential) aufbringen kann. Das liquidierbare Vermögen mag dabei eine Rolle spielen, sollte jedoch nicht im Ergebnis ausschlaggebend sein, solange die Liquidität anderweitig sichergestellt werden kann, sei es auch nur durch die Aussichten des Unternehmens auf künftige Generierung positiver Cashflows.

Dass ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Überschuldung im Regelfall das Gläubigerinteresse vor den Gesellschafterinteressen der Vorrang eingeräumt werden muss, bleibt unbenommen. Das bedeutet aber nicht, dass das Unternehmen zwangsläufig in ein Insolvenzverfahren geführt werden sollte. Vielmehr sind spezifische Regelungen zur Zurückweisung der Gesellschafterinteressen im Interesse der Gläubiger im Rahmen eines „*Shift of Duties*“ ausreichend. Bereits heute kann der Pflichtantragsgrund der Überschuldung als Ausdruck eines „*Shift of Duties*“ angesehen werden, nur, dass in diesem Fall die Handlungsmöglichkeiten zur Befriedigung des Gläubigerinteresses auf das Insolvenzverfahren beschränkt werden.

Dabei könnte die Überschuldung, wäre sie nur fakultativer Insolvenzantragsgrund, ein flexibler Anknüpfungspunkt sein, der die Handlungsmöglichkeiten zugunsten der Gläubiger Gesamtheit erweitert: So könnte bei Überschuldung zwar immer noch ein Insolvenzverfahren als Instrumentarium (u.a. zum Debt-Equity-Swap) beantragt werden. Daneben könnten jedoch noch das StaRUG und ggf. freie Sanierungen außerhalb gesetzlich strukturierter Verfahren (ggf. mit Gesellschafter-Commitment) treten. Die über die Rechtsprechung hinreichend bestimmte Überschuldung kann als „Auslöser“ für den Eintritt in entsprechende Restrukturierungslösungen auch ohne Gesellschaftervotum weiterhin dienen und Rechtsunsicherheiten vermeiden (im Gegensatz zu einem rein sequenziellen „*shift of duties*“ nach UK-Vorbild).

In dieser Ausprägung als Wendepunkt hin zur vorrangigen Befolgung der Gläubigerinteressen würde sich die Überschuldung bereits in die bestehenden gesetzlichen Regelungen konsequent einreihen: § 1 StaRUG gebietet, die Gläubigerinteressen spätestens im Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit in den Blick zu nehmen. Gleichmaßen ist auch in dem spezialgesetzlichen Pflichtenmaßstab wie im Rahmen des § 43 GmbH, § 93 AktG bereits gesetzlich angelegt, dass ab einem gewissen Zeitpunkt der Krise die Gesellschafterinteressen in den Hintergrund rücken (und etwaige Weisungen des Gesellschafters unbeachtlich sein können). Die Überschuldung wäre letztlich nur der Zeitpunkt, in dem sich dieser Pflichtenmaßstab zugunsten der Gläubiger Gesamtheit verdichtet.

Die im Folgenden vorgeschlagenen Änderungen bedeuten nicht zuletzt einen minimalinvasiven Eingriff, sodass der Überschuldungstatbestand in seiner heutigen Ausgestaltung nicht geändert werden muss.

Namentlich werden folgende Änderungen bzw. Klarstellungen vorgeschlagen:

1. Streichung der Überschuldung als zwingender Grund zur Stellung eines Insolvenzantrags (§ 15a InsO); stattdessen freiwilliger Antragsgrund des Schuldners

Gesellschaftsrechtlich soll die fakultative Antragstellung ohne Gesellschafterbeschluss und unabhängig von Weisungen und Beschlüssen der Anteilseigner zulässig sein (in Abgrenzung zum noch früheren Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit, der weiterhin eines Gesellschafterbeschlusses bedarf).

2. Beschränkung des Insolvenzantragsrechts der Gläubiger gemäß § 14 InsO auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO).
3. Streichung der Überschuldung als Auslöser der Notgeschäftsführung (§ 15b InsO), mindestens aber im Rahmen des § 15b Abs. 3 InsO.
4. Einführung eines *Shift of Fiduciary Duties* i.S. einer *Business Judgement Rule* ab Eintritt der Überschuldung durch Abwägung von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen (*Sliding Scale* analog Supreme Court *BTI v. Sequana*), wonach die Geschäftsleiter die Interessen der Gläubiger spätestens ab Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit bei jeder Entscheidung im Einzelfall gegen die Gesellschafterinteressen abwägen und zu einem Ausgleich bringen müssen, wobei den Gläubigerinteressen abhängig vom fortschreitenden Krisengrad eine stärkere Gewichtung im Rahmen des Leitungsermessens zuteilwerden muss. Der Eintritt der Überschuldung markiert den Zeitpunkt, in welchem dem Gläubigerinteresse grundsätzlich der Vorrang einzuräumen ist. Dem Gesellschafter ist dabei das Recht einzuräumen, unabhängig von der Frage der Fortbestehensprognose anhand einer Bilanz zu Fortführungswerten nachweisen zu können, dass mangels Vermögensinsuffizienz ein Vorrang der Gläubigerinteressen gegenüber den Gesellschafterinteressen ausscheidet. Diese Rückausnahme endet allerdings im Regelfall, wenn die 13-Wochen Liquiditätsplanung einen negativen Liquiditätsstatus ausweist, der planerisch eine bloße Zahlungsstockung übersteigt; in diesem Fall ist grundsätzlich ein „harter“ *Shift of Fiduciary Duties* zugunsten der Gläubigergesamtheit anzunehmen.
5. Reduzierung des Ermessens auf Null bei Handlungen mit eigenem Schädigungsgehalt (z.B. kompensationsloser Eingriff (Existenzvernichtung, § 826 BGB), Tathandlungen des § 283 StGB). Sorgfaltswidrige Zahlungen ab Eintritt der Überschuldung bleiben in diesen Fällen zu ersetzen (rechtsformspezifische Innenhaftung).
6. Einleitung und Nichtaufhebung des StaRUG-Verfahrens bei Überschuldung möglich (ohne Nachweispflicht überwiegender Erfolgswahrscheinlichkeiten des StaRUG).
7. Weder Einleitung des StaRUG noch eines Insolvenzverfahrens bedürfen bei Überschuldung eines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses.

8. Der Überschuldungsbegriff in seiner heutigen Ausprägung bleibt maßgeblich für die Verdichtung des *Shift of Fiduciary Duties* gem. vorstehenden Ziffern 4 und 5 (d.h. eine positive Fortbestehensprognose wirkt überschuldungsvermeidend und ist *nicht* reiner Maßstab für den Ansatz von Fortführungswerten in der Überschuldungsbilanz).
9. § 1 StaRUG: Informations- und Vorsorgepflichten bereits vor Eintritt der Überschuldung. Normierung eines weitergehenden *Shift of Fiduciary Duties* in § 15c InsO n.F. (ergänzend und ggf. *lex specialis* zu § 1 StaRUG)
10. Spezialgesetze sollten auf die rechtsformneutralen Regelungen im StaRUG und in der InsO verweisen.
11. § 263 StGB bleibt weiterhin relevant für die Vereinnahmung von Anzahlungen, mit der Maßgabe, aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles die Gegenleistung als nicht mehr überwiegend wahrscheinlich erbringbar einzuschätzen ist.

I. Überschuldung als Pflichtantragsgrund

1. Überlegungen zur Streichung der Überschuldung als Pflichtantragsgrund

Die Überschuldung sollte zukünftig keinen Pflichtantragsgrund für ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners mehr darstellen.

Schon aus ökonomischer Sicht kommt der Überschuldung gegenüber der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 InsO als zwingendem Antragsgrund kein wirklicher Mehrwert zu. Sofern die Überschuldung demgegenüber *de lege ferenda* zum Ansatzpunkt für einen *Shift of Fiduciary Duties* würde, entstünden weder Haftungslücken in Bezug auf den Gläubiger- noch in Bezug auf den Gesellschafterschutz. Dies wird im Folgenden näher erörtert (vgl. A.II, A.IV).

Rechtsfortbildend sollte die Überschuldung nach § 19 InsO nur noch ein fakultativer Antragsgrund werden. Dies würde Geschäftsleitern mehr Möglichkeiten an die Hand geben, ihr Unternehmen zu sanieren, solange Zahlungen an die Gläubiger noch maßgeblich geleistet werden können. So könnten die Geschäftsleiter im Falle einer Überschuldung insbesondere auch auf die Restrukturierungsinstrumente des StaRUG zurückgreifen, ohne dass es einer unsicheren Prognose der Erfolgswahrscheinlichkeiten des StaRUG Verfahrens (im Rahmen der Prüfung der überschuldungsspezifischen Fortbestehensprognose) bedarf. Den (berechtigten) Interessen der Gläubiger, die Haftungsmasse des Schuldners soweit wie möglich zu erhalten, kann durch einen *Shift of Fiduciary Duties* besser beigegeben werden, als durch einen zwangsweisen Insolvenzantrag. Bereits der Insolvenzantrag führt regelmäßig zu einer Vermögensminderung (Vertrauensverlust bei Geschäftspartnern, Kündigung Finanzierung, Kreditversicherer, Vorkasseverlangen etc.). Hinzu kommen die durch das Verfahren veranlassten direkten und indirekten Insolvenzkosten. Diese Nachteile könnten verringert werden, würde das Management des Schuldners in die Lage versetzt, flexibel und im besten Interesse

der Gläubiger eine Sanierung zu initiieren. Dabei ist ein Verfahren, das die gesamten Gläubiger einbezieht, nicht immer passend. Oftmals ist eine minimalinvasive Einbeziehung spezifischer Gläubigergruppen, wie es das StaRUG Verfahren ermöglicht, für eine (auch den Gesamtgläubigerinteressen zugutekommende) Restrukturierung zielführender. Sollte ein Insolvenzverfahren für die Gläubiger im Einzelfall dennoch der beste Weg sein, wäre dies (a) möglich, da die Überschuldung fakultativer Insolvenzantragsgrund bliebe, und (b) aus Perspektive der Geschäftsleitung ratsam, wenn mangels konkreter Sanierungsaussichten dem *Shift of Fiduciary Duties* durch andere Maßnahmen nicht effektiv Rechnung getragen werden könnte.

Mit der Streichung der Überschuldung als Pflichtantragsgrund würde zudem die Attraktivität des deutschen (Insolvenz-)Rechts im internationalen Vergleich steigen, auch im Sinne des der Harmonisierungsrichtlinie zugrundeliegenden Bestrebens der stärkeren Vereinheitlichung der insolvenzrechtlichen Regime.

Da die Überschuldung als fakultativer Antragsgrund erhalten bleiben soll, stellt sich die Frage, inwiefern Geschäftsleiter auch ohne zustimmenden Beschluss der Anteilseigner befähigt sein sollen, Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen. Anders als derzeit bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit sollte im Fall der Überschuldung ein Insolvenzantrag auch ohne, und sogar gegen den Willen der Anteilseigner möglich sein. Dies wäre im Regelfall die Konsequenz eines mit Überschuldung eintretenden *Shift of Fiduciary Duties*.

Gegen die Abschaffung der Überschuldung als zwingenden Antragsgrund kann auch nicht eingewandt werden, dass die Geschäftsleiter hierdurch dem Interesse der Gesellschafter dienend einen größeren Anreiz zum *gambling for resurrection* hätten, da die fakultative Möglichkeit zur Antragstellung bleiben soll – im Fall der Überschuldung auch gegen den Willen der Gesellschafter. So kann gewährleistet werden, dass die Gläubiger stets den Liquidationswert der Gesellschaft realisieren können, beispielsweise wenn ein Restrukturierungsversuch scheitert. Schließlich könnten die Geschäftsleiter *de lege ferenda* auch ohne Gesellschafterbeschluss einen Insolvenzantrag im Falle der Überschuldung stellen (und wären ggf. wegen des *Shift of Fiduciary Duties* bei fehlenden Alternativen hierzu sogar verpflichtet).

2. Vorschlag Änderungen Insolvenzordnung

a) § 15a InsO

Würde die Überschuldung als Pflichtantragsgrund entfallen, wäre vor allem § 15a InsO zu reformieren. Eine Neufassung könnte nach Auffassung der TMA Deutschland folgendermaßen lauten:

§ 15a Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit (InsO-E)

(1) ¹Wird eine juristische Person zahlungsunfähig ~~oder überschuldet~~, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern einen Eröffnungsantrag zu stellen. ²Der Antrag ist spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ~~und sechs Wochen nach~~

Eintritt der Überschuldung zu stellen. ³Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist; dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(2) Bei einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 1 Satz 3 gilt Absatz 1 sinngemäß, wenn die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter ihrerseits Gesellschaften sind, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

(3) Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit **und der Überschuldung** oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1 und 2, auch in Verbindung mit Satz 3 oder Absatz 2 oder Absatz 3, einen Eröffnungsantrag

1. nicht oder nicht rechtzeitig stellt oder
2. nicht richtig stellt.

(5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 4 fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

(6) Im Falle des Absatzes 4 Nummer 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, ist die Tat nur strafbar, wenn der Eröffnungsantrag rechtskräftig als unzulässig zurückgewiesen wurde.

(7) Auf Vereine und Stiftungen, für die § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt, sind die Absätze 1 bis 6 nicht anzuwenden.

b) § 19 InsO

Die Neufassung des § 19 InsO könnte folgendermaßen lauten:

§ 19 Überschuldung (InsO-E)

(1) ~~Bei einer juristischen Person~~ beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist ~~bei einer juristischen Person~~ ~~ist~~ auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.

(2) ¹Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens in den nächsten zwölf Monaten ist

nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. ²Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.

(3) ¹Ist bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend. ²Dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(4) Ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gemäß Absatz 1 kann durch die Vertretungsorgane eines Schuldners, der juristische Person ist, unabhängig von Weisungen und Beschlüssen der Anteilseigner erfolgen. Eine entgegenstehende Satzungsregelung ist unwirksam. Sofern der Schuldner eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit ist, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, gelten die Sätze 1 und 2 entsprechend für die Vertretungsorgane des Gesellschafters.

c) § 14 InsO

Um einen einheitlichen Regelungsrahmen zu ermöglichen, bedarf es der Beschränkung der Antragsrechte der Gläubiger auf die Fälle der Zahlungsunfähigkeit. In der Praxis ist es dem Gläubiger mangels Einsicht in die Geschäfts- und Buchhaltungsunterlagen *de lege lata* ohnehin nur erschwert möglich, den Nachweis der Überschuldung zu führen. Die Neufassung des § 14 InsO könnte folgendermaßen lauten:

§ 14 Antrag eines Gläubigers (InsO-E)

(1) Der Antrag eines Gläubigers ist zulässig, wenn der Gläubiger ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat und seine Forderung und **die Zahlungsunfähigkeit als** Eröffnungsgrund glaubhaft macht. Der Antrag wird nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird.

(2) Ist der Antrag zulässig, so hat das Insolvenzgericht den Schuldner zu hören.

(3) Wird die Forderung des Gläubigers nach Antragstellung erfüllt, so hat der Schuldner die Kosten des Verfahrens zu tragen, wenn der Antrag als unbegründet abgewiesen wird. Der Schuldner hat die Kosten auch dann zu tragen, wenn der Antrag eines Gläubigers wegen einer zum Zeitpunkt der Antragstellung wirksamen nichtöffentlichen Stabilisierungsanordnung nach dem Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz abgewiesen wird und der Gläubiger von der Stabilisierungsanordnung keine Kenntnis haben konnte.

II. Überschuldung als Auslöser für einen *Shift of Fiduciary Duties*

Im deutschen Recht existiert außerhalb der spezialgesetzlichen bzw. durch die Rechtsprechung ausgestalteten Regelungen zu Insolvenzantragspflichten, Zahlungsverboten und Eingriffsschranken (z.B. existenzvernichtender Eingriff) bisher kein allgemeiner *Shift of Fiduciary Duties*, der in einer finanziellen Krise der Gesellschaft dazu führen würde, dass die Gläubiger zu den primären Zielen der Geschäftsleitung werden und das Management per se sein Handeln an den Gläubigerinteressen ausrichten muss.

1. Erwägungen zum *Shift of Fiduciary Duties*

Daran hat bisher auch das StaRUG wenig geändert, nachdem § 2 RegE StaRUG nicht Gesetz wurde. Es ist im Schrifttum überwiegend anerkannt, dass in § 1 StaRUG lediglich die schon bestehende allgemeine Sorgfaltspflicht beschrieben bzw. konkretisiert wurde. Ein wirklicher Pflichtenumschwung findet erst mit der Anhängigkeit der Restrukturierungssache nach § 32 Abs. 1 Satz 1 StaRUG statt.

Als Ersatz für den Wegfall einer Insolvenzantragspflicht sollte die Überschuldung Auslöser eines *Shift of Fiduciary Duties* sein. Die Geschäftsleiter hätten dann im Zuge ihrer ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführung die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger zu wahren. Interessen von Anteilseignern und anderen Stakeholdern wären in diesem Stadium im Rahmen einer Abwägung nur noch sekundär zu berücksichtigen. Zeigt sich im Rahmen der 13-Wochenplanung, dass absehbar eine Zahlungsunfähigkeit eintritt, erfolgt insoweit eine Ermessensreduktion auf Null und die Gläubigerinteressen treten in den Vordergrund.

Wir halten diese Regelung aus Gläubigerschutzgründen für vorzuzugswürdig. Es würde die Flexibilität der Geschäftsleiter erhalten und gleichzeitig die Gläubigerinteressen in deren Fokus rücken. Im Sinne optimaler Befriedigungsaussichten erscheint diese Lösung gegenüber einem zwingenden Insolvenzverfahren effizienter.

Da die Gesellschafter zu diesem Zeitpunkt ohnehin „*out of the money*“ sind, sind die Gläubiger wirtschaftlich gesehen die residual Berechtigten der Gesellschaft. Es scheint uns folgerichtig, diesen ökonomischen Umstand rechtlich äquivalent abzubilden.

Anhaltspunkte lassen sich aus der Entscheidung des UK Supreme Court *BTI 2014 LLC v Sequana SA and others* aus Oktober 2022 finden. In dieser Entscheidung wurde ein *Shift of Fiduciary Duties* in Abhängigkeit von der Ausprägung der Krise bestimmt: „*The more precarious the financial state of the company, the more that the creditors' interests are likely to dominate and vice versa.*“ (*sliding scale*). Anders als das graduelle Ausgleichsmodell des UK Supreme Courts, bei dem die Gläubigerinteressen erst bei irreversibler Insolvenz Vorrang beanspruchen, schlagen wir – ähnlich wie § 2 Abs. 1 StaRUG-RegE – vor, die Überschuldung als pflichtauslösenden Zeitpunkt festzulegen, ab dem der Geschäftsleiter im Konfliktfall die Interessen der Gläubigersamtheit im Regelfall vorrangig zu wahren hat. Dies wirkt als Folgeschritt zu § 1 StaRUG, der den Geschäftsleiter bereits nach geltendem Recht ab einem bestimmten Grad der Wahrscheinlichkeit einer künftigen Insolvenz verpflichtet, im Rahmen insolvenzvermeidender Maßnahmen auf die Gläubigerinteressen Rücksicht zu nehmen. Die

„*sliding scale*“ kulminiert nach diesem Modell mit dem unmittelbar bevorstehenden Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (13-Wochenplanung), ab dem ausschließlich die Gläubigerinteressen im Vordergrund stehen. Ab eingetretener Zahlungsunfähigkeit reduziert sich sodann die Auswahl der Sanierungsinstrumente auf das Insolvenzverfahren.

Die Verankerung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung wäre verschiedentlich denkbar: Die Normierung in der Insolvenzordnung (etwa in einem neu zu schaffenden § 15c InsO) hätte systematisch den Vorteil, dass der Überschuldungsbegriff selbst sowie seine sonstigen maßgeblichen Rechtsfolgen auch durch die InsO determiniert werden. Da das Gesetz in § 11 InsO auch alle Gesellschaftsformen erfasst, würden Einzelregelungen in den entsprechenden Spezialgesetzen erspart. Ein Nachteil wäre jedoch, dass der *Shift of Fiduciary Duties* nach der vorgeschlagenen Konzeption eben keine originär insolvenzrechtliche Regelung wäre. Es wäre vielmehr eine allgemeine gesellschaftsrechtliche Pflicht der Geschäftsleitung. Insofern käme auch eine Verankerung in den einzelnen gesellschaftsrechtlichen Gesetzen oder eine allgemeine körperschaftliche Normierung im Vereinsrecht des BGB in Betracht. Möglich wäre weiterhin eine Normierung im StaRUG, etwa im dortigen § 1, der auch jetzt schon Geschäftsleiterpflichten konkretisiert, die auch ohne Antrag auf Eröffnung einer Restrukturierungssache greifen.

Gerade in Sanierungen agieren Geschäftsleiter oftmals in komplexen Entscheidungssituationen sowie unter hoher faktischer und prognostischer Unsicherheit. In diesem Handlungsumfeld ist es sachgerecht, die Haftungserleichterung der Business Judgment Rule Anwendung finden zu lassen.

2. Formulierungsvorschlag für einen etwaigen § 15c InsO-E

Eine etwaige Formulierung des *Shift of Fiduciary Duties* in einem § 15c-E InsO könnte wie folgt formuliert werden:

§ 15c Sorgfaltspflicht bei Überschuldung (InsO-E)

(1) Die Mitglieder des Vertretungsorgans und Abwickler einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft haben nach dem Eintritt der Überschuldung der juristischen Person deren Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger zu führen.

(2) Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist; dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

III. Überschuldung kein Auslöser für Zahlungsverbote

Die Überschuldung sollte dementsprechend auch nicht die Zahlungsverbote nach § 15b InsO auslösen.

Konzeptionell ist ein adäquater Gläubigerschutz schon durch *den Shift of Fiduciary Duties* dargestellt (s.u. A.IV).

Eine Neufassung des § 15b InsO könnte wie folgt lauten:

§ 15b Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung; Verjährung (InsO-E)

(1) Die nach § 15a Absatz 1 Satz 1 antragspflichtigen Mitglieder des Vertretungsorgans und Abwickler einer juristischen Person dürfen nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ~~oder der Überschuldung~~ der juristischen Person keine Zahlungen mehr für diese vornehmen. Dies gilt nicht für Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.

(2) Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen, gelten vorbehaltlich des Absatzes 3 als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar. Im Rahmen des für eine rechtzeitige Antragstellung maßgeblichen Zeitraums nach § 15a Absatz 1 Satz 1 und 2 gilt dies nur, solange die Antragspflichtigen Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife oder zur Vorbereitung eines Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben. Zahlungen, die im Zeitraum zwischen der Stellung des Antrags und der Eröffnung des Verfahrens geleistet werden, gelten auch dann als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar, wenn diese mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters vorgenommen wurden.

(3) Ist der nach § 15a Absatz 1 Satz 1 und 2 für eine rechtzeitige Antragstellung maßgebliche Zeitpunkt verstrichen und hat der Antragspflichtige keinen Antrag gestellt, sind Zahlungen in der Regel nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.

(4) Werden entgegen Absatz 1 Zahlungen geleistet, sind die Antragspflichtigen der juristischen Person zur Erstattung verpflichtet. Ist der Gläubigerschaft der juristischen Person ein geringerer Schaden entstanden, beschränkt sich die Ersatzpflicht auf den Ausgleich dieses Schadens. Soweit die Erstattung oder der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der juristischen Person erforderlich ist, wird die Pflicht nicht dadurch ausgeschlossen, dass dieselben in Befolgung eines Beschlusses eines Organs der juristischen Person gehandelt haben. Ein Verzicht der juristischen Person auf Erstattungs- oder Ersatzansprüche oder ein Vergleich der juristischen Person über diese Ansprüche ist unwirksam. Dies gilt nicht, wenn der Erstattungs- oder Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht, wenn die Erstattungs- oder Ersatzpflicht

in einem Insolvenzplan geregelt wird oder wenn ein Insolvenzverwalter für die juristische Person handelt.

(5) Absatz 1 Satz 1 und Absatz 4 gelten auch für Zahlungen an Personen, die an der juristischen Person beteiligt sind, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der juristischen Person führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Absatz 1 Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. Satz 1 ist auf Genossenschaften nicht anwendbar.

(6) Die Absätze 1 bis 5 gelten auch für die nach § 15a Absatz 1 Satz 3 und Absatz 2 zur Stellung des Antrags verpflichteten organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter.

(7) Die Ansprüche aufgrund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren. Besteht zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung eine Börsennotierung, verjähren die Ansprüche in zehn Jahren.

(8) Eine Verletzung steuerrechtlicher Zahlungspflichten liegt nicht vor, wenn zwischen dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nach § 17 ~~oder der Überschuldung nach § 19~~ und der Entscheidung des Insolvenzgerichts über den Insolvenzantrag Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt werden, sofern die Antragspflichtigen ihren Verpflichtungen nach § 15a nachkommen. Wird entgegen der Verpflichtung nach § 15a ein Insolvenzantrag verspätet gestellt, gilt dies nur für die nach Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters oder Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung fällig werdenden Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis. Wird das Insolvenzverfahren nicht eröffnet und ist dies auf eine Pflichtverletzung der Antragspflichtigen zurückzuführen, gelten die Sätze 1 und 2 nicht.

Ohne korrespondierendes Zahlungsverbot entfällt die Privilegierung des § 15b Abs. 8 InsO im Fall der Überschuldung und der Geschäftsleitung ist (ggf. kombiniert mit „Bösgläubigmachen“ des Zahlungsempfängers zur Schadensvermeidung) zu raten, grundsätzlich den steuerrechtlichen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen. Infolgedessen würden in Höhe der fälligen Steuerforderungen liquide Mittel dem Schuldner nicht mehr zur Verfügung stehen, die bei derzeitiger Regelung einbehalten werden könnten. Dies ist aber in der Gesamtbetrachtung tragbar, auch vor dem Hintergrund, dass die Abschaffung der Überschuldung als zwingendem Antragsgrund in einem frühen Zeitpunkt ausreichend Liquidität sichert, weil ohne (im internationalen Vergleich zu) frühe Notgeschäftsführung kein entsprechend hoher Liquiditätsdruck bisher entsteht (Kündigung Kreditversicherer, Vorkasseverlangen etc).

Da § 15b InsO nach teilweise vertretener Ansicht ohnehin einen Unterfall des *Shift of Duties* darstellt, wäre aber auch eine teilweise Beibehaltung des § 15b InsO mit Blick auf die Überschuldung denkbar. Dann wäre aber mindestens § 15b Abs. 3 InsO im Falle bloßer Überschuldung nicht anzuwenden.

IV. Überschuldung im sonstigen Haftungsgefüge

1. Ausgestaltung als Innenhaftung

Eine Haftung der Geschäftsleiter, die an die Verletzung von Sorgfaltspflichten anknüpft, sollte auch weiterhin als Innenhaftung ausgestaltet sein. Auch mit einer Neuausrichtung der *Fiduciary Duties* hin zur Wahrnehmung der Gläubigerinteressen ist eine Außenhaftung nicht angezeigt. Die Argumente, die schon im Rahmen der §§ 43 GmbHG, 93 AktG für eine reine Innenhaftung sprechen, gelten hier entsprechend. Sollte das Management eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern befürchten müssen, könnten Geschäftsleiter im Eigeninteresse von risikobehafteten Sanierungsmaßnahmen gänzlich absehen und (vorschnell) in ein Insolvenzverfahren flüchten. Gesetzessystematisch würde eine Innenhaftung einen Gleichlauf mit § 43 StaRUG bewahren.

2. Existenzvernichtungshaftung

Eine Außenhaftung sollte weiterhin bei der Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB bestehen. Durch die Voraussetzung der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung ist ein Schuldgrad erreicht, der die o.g. Aspekte überlagert. Zudem es ist gerade in Fällen einer späteren Massearbitrage notwendig, den Gläubigern eine zusätzliche Haftungsmasse zur Verfügung zu stellen. Dies ist auch sachgerecht, da die Existenzvernichtungshaftung gerade auf Fälle zugeschnitten ist, in denen Gesellschaftsvermögen kompensationslos in eine andere Haftungsmasse überführt, und den Gläubigern hierdurch entzogen wird.

3. § 823 Abs. 2 BGB iVm §§ 263; 283 StGB

Die Überschuldung hat weiterhin Relevanz als Anknüpfungspunkt für die Strafvorschriften der §§ 263 und 283 StGB, die als Schutzgesetze (§ 823 Abs. 2 BGB) auch ins Zivilrecht ausstrahlen.

Die Entgegennahme von Anzahlungen kann bei Unterlassung der Offenlegung weiterhin nach § 263 StGB strafbar sein, wenn sich der Krisengrad dahingehend verdichtet hat, dass demnächst bereits mit dem Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit zu rechnen ist, weil eine Sanierung der Gesellschaft aussichtslos und die Insolvenz der Gesellschaft nicht zu vermeiden ist. Maßgeblich ist insoweit, ob (ggf. trotz eingetretener Überschuldung) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die konkrete Gegenleistung noch erbracht werden kann.

Die Bankrottvorschriften des § 283 Abs. 1 StGB stellen bestimmte Handlungen unter Strafe, die aus Gläubigersicht einen gewissen Gefährdungs- oder Unrechtsgehalt haben und die zur Zeit der Überschuldung, der drohenden oder eingetretenen Zahlungsunfähigkeit vorgenommen werden. Die Herbeiführung der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit kann ebenfalls strafbar sein (§ 283 Abs. 2 StGB). Bei Rechtshandlungen mit einem eigenen schädigenden Unrechtscharakter ist es sachgerecht, diese bereits bei Eintritt der Überschuldung als unzulässig beizubehalten. Schließlich ist als Ausprägung des *Shift of Fiduciary Duties* nur konsequent ab diesem Zeitpunkt Handlungen mit Gläubigerschädigungspotential zu unterlassen.

V. Anpassungen des StaRUG

Um Friktionen zu verhindern, sollten auch im StaRUG einzelne Regelungen angepasst werden, um das hier vorgeschlagene Konzept umzusetzen.

Nach derzeitigem Recht steht das StaRUG Gesellschaften nicht zur Verfügung, sofern ein zwingender Insolvenzantragsgrund vorliegt, sie also zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Das Nichtvorliegen der Überschuldung ist materielle Zugangsvoraussetzung zum StaRUG-Verfahren. Dementsprechend hat der Schuldner dem Restrukturierungsgericht nach aktueller Gesetzeslage anzuzeigen, sofern er während der Anhängigkeit der Restrukturierungssache überschuldet wird (§ 32 Abs. 3 Satz 2 StaRUG) mit der möglichen Folge der Aufhebung der Restrukturierungssache (§ 33 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG). Weitere Referenzen zur Überschuldung nennt das StaRUG in den §§ 42, 89, 94 und 96.

Infolge der Streichung der Überschuldung als zwingendem Insolvenzgrund wäre es konsequent, Restrukturierungsverfahren nach dem StaRUG auch überschuldeten Gesellschaften zugänglich zu machen. Weder sollte die Überschuldung innerhalb des Verfahrens gerichtlich geprüft werden, noch soll sie eine Anzeigepflicht an das Gericht begründen. Entsprechend sollte die Überschuldung kein Aufhebungsgrund gem. § 33 Abs. 2 StaRUG sein. Gleiches gilt für die weiteren Rechtsfolgen, die das StaRUG an eine eintretende Überschuldung knüpft. Stattdessen könnte an die 13-Wochen-Liquiditätsplanung angeknüpft werden, wenn diese im Ergebnis einen negativen Status und eine nicht bloße Zahlungsstockung ausweist.

Zudem sollte auch im StaRUG eine dem Vorschlag für einen neuen § 19 Abs.4 InsO entsprechende Regelung aufgenommen werden.

VI. Anpassungen weiterer Gesetze

Im Zuge der Anpassung vorstehender Regelungen, wären auch Änderungen der nachstehenden Regelungen erforderlich:

1. § 42 Abs. 2 BGB: Pflicht des Vereinsvorstandes zur Insolvenzantragstellung im Falle der Überschuldung

§ 42 **BGB-E** Insolvenz

(1) Der Verein wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und mit Rechtskraft des Beschlusses, durch den die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgewiesen worden ist, aufgelöst. Wird das Verfahren auf Antrag des Schuldners eingestellt oder nach der Bestätigung eines Insolvenzplans, der den Fortbestand des Vereins vorsieht, aufgehoben, so kann die Mitgliederversammlung die Fortsetzung des Vereins beschließen. Durch die Satzung kann bestimmt werden, dass der Verein im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als nicht rechtsfähiger Verein fortbesteht; auch in

diesem Falle kann unter den Voraussetzungen des Satzes 2 die Fortsetzung als rechtsfähiger Verein beschlossen werden.

(2) Der Vorstand hat im Falle der Zahlungsunfähigkeit **oder der Überschuldung** die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Wird die Stellung des Antrags verzögert, so sind die Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; sie haften als Gesamtschuldner.

2. § 18 SCE-AG: Pflicht des Verwaltungsrats einer Europäischen Genossenschaft zur Insolvenzantragstellung im Falle der Überschuldung

§ 18 SCE-AG Aufgaben und Rechte des Verwaltungsrats

(1) Der Verwaltungsrat leitet die Europäische Genossenschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung.

(2) Der Verwaltungsrat hat eine Generalversammlung einzuberufen, wenn dies im Interesse der Europäischen Genossenschaft erforderlich ist.

(3) Der Verwaltungsrat stellt sicher, dass die erforderlichen Handelsbücher geführt werden. Er kann jederzeit selbst oder durch einzelne von ihm zu bestimmende Verwaltungsratsmitglieder die Bücher und Schriften der Europäischen Genossenschaft sowie den Bestand der Genossenschaftskasse und die Bestände an Wertpapieren und Waren einsehen und prüfen.

(4) Ergibt sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz oder ist bei pflichtgemäßem Ermessen anzunehmen, dass ein Verlust besteht, der durch die Hälfte des Gesamtbetrags der Geschäftsguthaben und die Rücklagen nicht gedeckt ist, hat der Verwaltungsrat unverzüglich die Generalversammlung einzuberufen und ihr dies anzuzeigen. Bei Zahlungsunfähigkeit **oder Überschuldung** der Europäischen Genossenschaft hat der Verwaltungsrat den Insolvenzantrag nach § 15a Abs. 1 der Insolvenzordnung zu stellen; zudem gilt § 99 des Genossenschaftsgesetzes entsprechend.

(5) Rechtsvorschriften außerhalb dieses Gesetzes, die dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat einer Genossenschaft Rechte oder Pflichten zuweisen, gelten für den Verwaltungsrat entsprechend, soweit nicht in diesem Gesetz für den Verwaltungsrat und für geschäftsführende Direktoren besondere Regelungen enthalten sind.

3. § 77 HWO: Insolvenzantragspflicht des Vorstands bei Überschuldung der Handwerksinnung

§ 77 HWO

(1) Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Handwerksinnung hat die Auflösung kraft Gesetzes zur Folge.

(2) Der Vorstand hat im Falle der Zahlungsunfähigkeit **oder der Überschuldung** die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen. Wird die Stellung

des Antrags verzögert, so sind die Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; sie haften als Gesamtschuldner.

4. Sonstige Gesetze

Dagegen ist eine Änderung des Genossenschaftsgesetz (§§ 34 Abs. 3, 5; 87a, 98 GenG) nicht notwendig, da ein anderer Überschuldungsbegriff sowie ein unterschiedliches Regelungskonzepts im Falle der Überschuldung (Nachschusspflichten) bestehen. Dasselbe gilt für die Überschuldung eines Nachlasses im Nachlassinsolvenzverfahren (§§ 1980 BGB, § 320 InsO).

Anzeigepflichten, wie die Anzeigepflicht nach §§ 92, 401 AktG bei Verlust des hälftigen Grundkapitals, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit wären unverändert beizubehalten.

Die Anzeigepflichten nach §§ 46b, 55 KWG für Kreditinstitute sowie die Verweisungsnorm des § 43 KAGB für Kapitalverwaltungsgesellschaften sollten weiterhin bestehen bleiben. Schließlich ist bei den genannten Kreditunternehmen allein die BaFin aufgrund ihrer laufenden Überwachung und Erfahrung berechtigt, ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Dieser Aufgabe kann sie nur nachkommen, wenn sämtliche Eröffnungsgründe anzeigepflichtig bleiben. Da die Überschuldung nach § 19 InsO als fakultativer Eröffnungsgrund beibehalten werden soll, muss auch dieser von der Anzeigepflicht weiterhin umfasst sein.