

INDAT REPORT

Fachmagazin für Restrukturierung,
Sanierung und Insolvenz

» *Vorschläge und Anregungen für eine höhere Akzeptanz der Sanierungsmoderation am Restrukturierungsstandort Deutschland*

Sanierungsmoderation – (Noch) mehr Conciliation wagen?

» *Im Gespräch mit den TMA-Vorständen RAin Dr. Dorothee Prostedter und RA Frank Grell sowie mit Prof. Dr. Reinhard Bork*

Zur Zukunft des Überschuldungsbegriffs

» *Diligens-Team RA Marcello Di Stefano, RA Dr. Martin Linsenbarth und RA Thomas Reichelt im Verwalterporträt*

Mit Vier-Tage-Woche beim Team punkten

» *Conclusio der Dissertation von Dr. Konrad Friedrich Thibaut*

Regelungsvorschlag zum Verwalterberufsrecht

impro
immobilien | professionell

impro.de

Mehr Handlungsoptionen bei minimalinvasivem Eingriff

Essen. Die Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e. V. hat mit der vom Facharbeitskreis Restrukturierungsrecht verfassten und an das BMJ gerichteten Stellungnahme eine Diskussion zur Zukunft des Überschuldungsbegriffs angestoßen. Das Papier ist auf der TMA-Website veröffentlicht. Peter Reuter fragte die Mitverfasser RAin Dr. Dorothee Prostedter und RA Frank Grell, beide Mitglieder des Erweiterten Vorstands, wie sich der Verzicht der Überschuldung als zwingender Insolvenzantragsgrund und Auslöser des *shift of fiduciary duties* auf die Haftungsrisiken der Geschäftsleiter und den präventiven Gläubigerschutz auswirkt, wie sich im grenzüberschreitenden Konzernsachverhalt der deutsche Überschuldungsbegriff ggf. als Sanierungshemmnis herausstellen kann und ob die Einleitung eines StaRUG-Verfahrens trotz Überschuldung, wie von der TMA vorgeschlagen, nicht zulasten des Gläubigerschutzes geht.

INDat Report: TMA Deutschland führt im an das BMJ gerichteten Vorschlag zur Zukunft des Überschuldungsbegriffs vom 31.08.2023 als Hintergrund der Initiative zum einen die fehlende praktische Bedeutung der Überschuldung als Insolvenzantragsgrund und zum anderen die anhaltenden Haftungsrisiken für Geschäftsleitungen an. Bei den im Jahr 2022 eröffneten 14.590 Unternehmensinsolvenzen lag laut Statistischem Bundesamt in 7247 Fällen die Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungsgrund vor, die Überschuldung in nur 160 Fällen. Zahlungsunfähigkeit in Kombination mit Überschuldung lag aber in 6930 Fällen und drohende Zahlungsunfähigkeit in Kombination mit Überschuldung in 119 Fällen vor. Somit spielte die Überschuldung in 7209 Fällen – und damit bei der Hälfte der Unternehmensinsolvenzen – eine Rolle im Insolvenzgeschehen, wengleich auch nur in geringem Anteil allein ursächlich. Darf der Blick auf die praktische Bedeutung als Insolvenzantragsgrund nur auf die 160 Fälle ausgerichtet sein?

Grell: Wir stellen gerade nicht auf die 160 Fälle ab, in denen ein Insolvenzantrag erfolgte, sondern auf die vielen Fälle, in denen in laufenden Restrukturierungsverhandlungen immer wieder die Diskussion aufkommt, ob trotz Überschuldung noch eine Lösung außerhalb der Insolvenz gefunden werden kann. Gerade bei schwierigen Verhandlungen stellt sich immer wieder die Frage nach der Fortführungsprognose; für die Begutachtung werden Zeit und Kosten aufgewendet, ohne dass dadurch ein Vorteil entsteht. Es geht uns um den Ausgleich zwischen sinnvollen Restrukturierungsbemühungen für Unternehmen, die ansonsten in die Insolvenz fallen würden, und der berechtigten Forderung danach, nicht unnötige Aufwendungen zu treiben, wenn das nicht mehr im Interesse der Beteiligten ist.

Prostedter: Davon abgesehen zeigt die Alleinursächlichkeit der Überschuldung in nur 160 Fällen, dass die Überschuldung als Pflichtantragsgrund im Regelfall keine relevante Steuerungswirkung für die Antragstellung entfaltet, sondern die Geschäftsleiter – wengleich unter Dokumentation der Fortbestehens-

prognose – im Ergebnis bis zur Zahlungsunfähigkeit mit der Antragstellung warten. Die eigentlich relevante Steuerungsfunktion der Überschuldung liegt im Monitoren der Fortbestehensprognose. Diese würde angesichts des *shift of fiduciary duties* weiterhin erfolgen, nur dass am Ende ein größeres Instrumentarium an Handlungsmöglichkeiten verbleibt.

INDat Report: Der Überschuldungstatbestand soll dem TMA-Vorschlag zufolge zu einem fakultativen Insolvenzantragsgrund werden, allerdings nur für den Schuldner, der Gläubiger kann nur bei Zahlungsunfähigkeit den Fremdantrag stellen können. An die Stelle des bisherigen Überschuldungstatbestands als präventiven Gläubigerschutz mit aus Sicht der TMA zu hohen Haftungsrisiken für die Geschäftsleitung soll im TMA-Vorschlag die Überschuldung einen Gläubigerschutz in Form eines *shift of fiduciary duties* mit einer sog. Sliding Scale auslösen, der ursprünglich in § 2 StaRUG-RegE vorgesehen war und der der TMA zufolge die Haftungsmasse besser erhalten könne als ein Insolvenzverfahren. Wie würden in Ihrem Vorschlag die Haftungsandrohungen bzw. -risiken für den Geschäftsleiter aussehen, zumal die Überschuldung auch keine Zahlungsverbote und keine Notgeschäftsführung nach § 15 b InsO mehr auslösen soll, bzw. konkret gefragt, welche der zu hohen Haftungsrisiken für Geschäftsleiter würden Sie mit Ihrem Modell beseitigt sehen wollen?

Prostedter: Im Fokus steht die Öffnung des Instrumentenkastens der Sanierungsmaßnahmen bei Überschuldung zu einem im internationalen Vergleich frühen Krisenzeitpunkt, nicht jegliche Haftungsvermeidung für die Geschäftsleitung. Die Notgeschäftsführung bei Überschuldung zu streichen, hat primär einen anderen Grund: Wenn die Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung aufgehoben wird, kann die Geschäftsführung konsequenterweise auch nicht in die Notgeschäftsführung gezwungen werden. Die Notgeschäftsführung ist ein Korrelat der Antragspflicht. Es wäre inkonsequent, der Geschäftsleitung gleichwohl eine Haftung für Zahlungen aufzuerlegen, die sie im Rahmen der Fortführung der



RAin Dr. Dorothee Prostedter



RA Frank Grell

Geschäfte unter Berücksichtigung des *shift of fiduciary duties* tätig. Um die Sanierungsmaßnahmen umsetzen zu können, ermöglicht der *shift of fiduciary duties* vor allem die Einleitung und Durchführung von Sanierungsmaßnahmen, auch ohne dass die Gesellschafter zustimmen.

INDat Report: Wenn die Überschuldung als Insolvenzantragsgrund kaum eine praktische Bedeutung hat, warum soll den Gläubigern dann die Option genommen werden, auch bei Überschuldung einen Insolvenzfremdantrag zu stellen?

Prostedter: Pflichtantragsgrund und Gläubigerantragsrecht gehen Hand in Hand. Daher gibt es auch heute bei drohender Zahlungsunfähigkeit als freiwilligem Antragsgrund des Schuldners kein korrelierendes Gläubigerantragsrecht. Das ist auch sachgerecht: Wenn die Geschäftsleitung in der Phase der Überschuldung die Möglichkeit erhalten soll, aus dem Instrumentenkasten der Sanierungsmaßnahmen – konsensuale Sanierung, StaRUG, Insolvenz – in Abstimmung mit den Stakeholdern des Unternehmens die beste Möglichkeit auszuwählen, darf dies nicht durch einen Insolvenzantrag von Gläubigerseite konterkariert werden. Dem Geschäftsleiter, der seine Handlungsoptionen abwägt, soll der Raum gegeben werden, sich in Abstimmung mit den Stakeholdern für außergerichtliche Sanierungsmaßnahmen, StaRUG oder Insolvenzverfahren zu entscheiden. Welche Maßnahme für die Gesamtgläubigerinteressen am besten ist, muss eingehend geprüft und abgestimmt werden. Sollte es für die Gläubiger sinnvoll sein, auf einen Insolvenzantrag hinzuwirken, wird der Geschäftsleiter durch unseren Vorschlag auch nicht an der Einleitung des entsprechenden Verfahrens gehindert werden können. Weder für die Einleitung eines StaRUG-Verfahrens noch für die Einleitung eines Insolvenzverfahrens bedarf es nach unserem Vorschlag jedenfalls ab dem Eintritt der Überschuldung einer Zustimmung der Gesellschafter. Folgt die Geschäftsleitung dennoch der gegenteiligen Weisung des Gesellschafters, droht ihr die Haftung wegen Nichtbeachtung des *shift of fiduciary duties*, die als Innenhaftung ausgestaltet ist. Dadurch ist den Interessen der Gläubiger ausreichend Rechnung getragen.

INDat Report: Der TMA-Vorschlag soll also dazu führen, dass die Geschäftsleitung mehr Spielraum für Restrukturierungsoptionen erhält bzw. die (zeitlichen) Gestaltungsmöglichkeiten im vorinsolvenzlichen Bereich für die Unternehmen und ihre Berater erweitert

werden. Warum gelingt es den Restrukturierungsberatern offenbar nicht, den Geschäftsleitern das Insolvenzverfahren und den bisherigen Überschuldungstatbestand als Drohkulisse zu vermitteln, um frühzeitiger Restrukturierungsmaßnahmen einzuleiten, zumal das StaRUG als Drohkulisse vonseiten der Berater gegenüber den Gläubigern zu funktionieren scheint?

Grell: Die Geschäftsführungen stehen in diesen Situationen unter enormem Druck. Sie fühlen Verantwortung für ihr Unternehmen, sehen sich den Forderungen der Gesellschafter auf der einen und der Gläubiger auf der anderen Seite gegenüber, und – zu allem Überfluss – müssen sie auch noch zivil- und strafrechtliche Verantwortung fürchten, wenn sie sich in der Beurteilung der Fortführungsprognose irren. Es bedarf hier wahrlich keiner weiteren Drohkulissen, sondern einer vernünftigen Pflichtenregelung über den *shift of fiduciary duties*. Mehr Druck auf die Geschäftsführung führt zu Schockstarre. Das ist nicht damit zu vergleichen, dass eine »Drohung« mit einem StaRUG-Verfahren Gläubigerminderheiten zum Einlenken zugunsten von ausgehandelten Lösungen bewegt.

INDat Report: Die Einleitung bzw. Fortführung eines StaRUG-Verfahrens soll also auch bei Überschuldung möglich sein, »ohne dass es einer unsicheren Prognose der Erfolgswahrscheinlichkeiten des StaRUG-Verfahrens (im Rahmen der Prüfung der überschuldungsspezifischen Fortbestehensprognose) bedarf«. Nimmt man den Gläubigern nicht mit dem Prognoseelement ein Stück weit einen Schutz in einem doch stark schuldnerausgerichteten Verfahren bzw. meinen Sie, mit dieser Änderung die Anzahl der StaRUG-Fälle signifikant zu erhöhen, zumal das StaRUG, wie es heißt, eher als Drohkulisse wirkt?

Prostedter: Das StaRUG-Verfahren sorgt bereits für eine ausgewogene Balance zwischen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen. Vor allem die bestehenden Regelungen sichern im Regelfall ausreichend die Interessen der Gläubiger: Mehrheitserfordernisse bei der Planabstimmung (§ 25 StaRUG), sachgerechte Auswahl der Planbetroffenen (§ 8 StaRUG), sachgerechte Gruppenbildung (§ 9 StaRUG), Befriedigungsreihenfolge der absoluten Vorrangregel (§§ 26 Abs. 1 Nr. 2, 27 Abs. 1 Nr. 2 StaRUG mit enger Ausnahme des § 28 Abs. 1 StaRUG), Gleichbehandlungsgrundsatz innerhalb von Gruppen (§ 10 StaRUG) und Besserstellungsverbot (§§ 26 Abs. 1 Nr. 2, 27 Abs. 1 Nr. 3 StaRUG) sowie das Schlechterstellungsverbot (§ 26 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG). Verschärft sich die

Liquiditätskrise, besteht nach unserem Vorschlag eine Überleitungsmöglichkeit durch das Gericht, wenn sich in der 13-Wochen-Planung eine eintretende Zahlungsunfähigkeit abzeichnet. Der *shift of fiduciary duties* befreit darüber hinaus vom Gesellschafterdiktat und sichert damit die Rechte der Gläubiger. Ob sich durch die verringerte Einflussnahme des Gesellschafters bei der Einleitung des StaRUG-Verfahrens die Anzahl der StaRUG-Fälle erhöhen wird, bleibt abzuwarten. Es wäre aber eine positive Entwicklung.

INDat Report: Als Argument führt die TMA auch eine internationale bzw. EU-Harmonisierung der insolvenzrechtlichen Regime an, wenn auf die Überschuldung als Insolvenzantragspflicht verzichtet wird. Können Sie eine typische Konstellation mit grenzüberschreitendem Konzernbezug aufzeigen, in der der deutsche Überschuldungsbegriff ein Sanierungshemmnis darstellt und erhebliche Probleme bereitet?

Grell: Gerade in der Restrukturierung grenzüberschreitender Konzerne wird deutlich, warum Überschuldung nicht länger eine Insolvenzantragspflicht auslösen sollte. Die Geschäftsführung deutscher Tochtergesellschaften ist besonderen Haftungsrisiken ausgesetzt, die zu Kurzschlussreaktionen in Form von Insolvenzanträgen führen können, obwohl auf Gruppenebene Restrukturierungsbemühungen laufen. Es ist normal, dass es in Restrukturierungsverhandlungen Momente gibt, in denen es nur schleppend vorangeht oder gar vorübergehender Stillstand eintritt. Während sich die Geschäftsführungen der ausländischen Schwestergesellschaften um die Verhandlungen und das Geschäft kümmern können, müssen die deutschen Geschäftsführungen Zeit und Geld für die Prüfung der Fortführungsprognose aufwenden. Wenn es in der konkreten Situation keine überwiegende Wahrscheinlichkeit gibt, dass die stockenden Verhandlungen erfolgreich verlaufen werden, steht die deutsche Geschäftsführung zwischen einem die Chancen vereitelnden Insolvenzantrag und der Gefahr persönlicher Haftung, wenn man weiter auf die Verhandlungen vertraut. Diese Problematik kann zum Scheitern einer grenzüberschreitenden Restrukturierung führen.

INDat Report: Nur wenige Jurisdiktionen wie in der Schweiz, in Österreich und in Polen sähen bei Überschuldung eine Insolvenzantragspflicht vor, führen Sie im internationalen Vergleich an. Für den von Ihnen skizzierten Shift weisen Sie auf UK als Vorbild hin – in welchen weiteren Jurisdiktionen gibt es einen Shift mit vergleichbarer Funktion?

Prosteder: Vorbildfunktion hat hier gewiss die Entscheidung des britischen Supreme Court – *BTI 2014 LLC vs. Sequana SA*, in der von einer Sliding Scale die Rede ist, wonach die Geschäftsleiter die Interessen der Gläubiger ab Eintritt der Überschuldung bei jeder Entscheidung im Einzelfall gegen die Gesellschafterinteressen abwägen und zu einem Ausgleich bringen müssen. Dabei wird den Gläubigerinteressen abhängig vom fortschreitenden Krisengrad eine stärkere Gewichtung im Rahmen des Leitungsermessens zuteil. Anders als in der *Sequana*-Entscheidung würde das Gesellschafterinteresse nicht erst dann außen vor gelassen werden können, wenn »am Ende des Tunnels kein Licht mehr zu sehen« ist. Vielmehr hätten wir einen Anknüpfungspunkt, der durch Rechtsprechung und Praxis bereits klar umrissen und aus der Perspektive des Gläubigerschutzes ausreichend früh ist. Nach einer Untersuchung der London School of Economics »Study on Directors' Duties and Liability« bestehen in Europa vergleichbare Modelle in Zypern, Dänemark, Estland, Ungarn, Irland, Lettland und Malta. Die Ausprägung ist aber gewiss nicht so deutlich wie im britischen Recht. Parallelen zum englischen *shift of duties* bestehen weltweit vor allem in Neuseeland, Australien und Singapur.

INDat Report: In den bisherigen Diskussionen zum Überschuldungstatbestand hieß es auch vonseiten des BMJ(V), dass von möglichen Modifikationen und Veränderungen sehr viele Gesetze weit über die InsO betroffen seien, so z. B. das HGB. Haben Sie diese »Verstrickungen« geprüft, Sie sprechen in Ihrem Vorschlag sogar von einem »minimalinvasiven Eingriff«?

Prosteder: Die Überschuldung bleibt als freiwilliger Insolvenzantragsgrund erhalten, die darauf bezogenen Regelungen sind nur mit minimalen Änderungen anzupassen. Soweit die Überschuldung als Auslöser von Informationspflichten referenziert ist oder Handlungen mit einem eigenen Schädigungsgehalt sanktioniert werden (z. B. bei § 283 StGB), bleiben diese Regelungen unverändert. Wenige Gesetze sind aufgrund einer Pflicht zur Antragstellung im Fall der Überschuldung zu ändern (beispielsweise § 42 Abs. 2 BGB, § 18 Abs. 4 SCEAG, § 77 Abs. 2 HwO). Andere Gesetze wie HGB, BierStV, TabStV und KAGB beinhalten Rechtsfolgen bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen Überschuldung. Diese können nach dem Entwurf der TMA bestehen bleiben, da die Überschuldung als freiwilliger Eröffnungsgrund ebenfalls verbleibt. Daher sprechen wir auch zu Recht von einem »minimalinvasiven Eingriff«. ◀◀