

StaRUG aus dem Gleichgewicht?

Verfehlung des Ziels der rechtzeitigen Einleitung von Sanierungsmaßnahmen

Dr. Rainer Eckert, Alina Holze und Gerrit Ippen*

Trotz der Verengung des Anwendungsbereichs des StaRUG auf Finanzrestrukturierungen sollte die Streichung der Regelungen zur Geschäftsleitungshaftung überdacht und die Aufnahme eines ausdifferenzierten Haftungsregimes in Erwägung gezogen werden. Dabei gilt es, das übergeordnete Ziel einer frühzeitigeren Einleitung von Sanierungsmaßnahmen nicht aus den Augen zu verlieren. Daher plädiert dieser Beitrag nach Erörterung der Kritik an den Haftungsregeln des Regierungsentwurfs zum StaRUG (I) und dessen ersatzloser Streichung (II) bei gleichzeitiger Unterbreitung konkreter Verbesserungsvorschläge (III) für die Aufnahme einer ausdifferenzierten Haftungsnorm (IV).

I. Einleitung

Das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG)¹ hat für viel Lob im Allgemeinen, aber auch für anhaltende Diskussionen im Detail gesorgt.² Obschon das StaRUG in seiner am 1.1.2021 in Kraft getretenen Form um einen der größten Kritikpunkte – die Geschäftsleitungshaftung – bereinigt wurde, nimmt der hiesige Beitrag die Fäden noch einmal auf und setzt sich dezidiert mit dem Haftungsregiment des StaRUG auseinander. Denn auch das Fehlen haftungsrechtlicher Sanktionen bei der Einleitung von Restrukturierungsmaßnahmen darf kritisch beäugt werden. Die haftungsbewehrte Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen war das Gegengewicht für Eingriffe in Gläubigerrechte im Verfahren.³ Die ersatzlose Streichung der Regeln führt zu einer Unwucht zugunsten des Schuldners. Vom geplanten „Warnsignal“⁴ an die Geschäftsleitung oder gar einem „Paradigmenwechsel“⁵ kann *de lege lata* nicht mehr die Rede sein. Dies mag für die Geschäftsleitung zunächst vorteilhaft erscheinen. In der Praxis geht hiermit jedoch das Risiko einer Abberufung der Geschäftsleitung für den Fall der Berücksichtigung der Gläubigerinteressen einher.⁶

II. Kritik am Haftungsregime unter dem StaRUG

Sind die neuen Sanierungstools die eine Seite der Medaille des StaRUG, so ist die Haftung der Geschäftsleitung deren Kehrseite. Dies wurde im Regierungsentwurf dadurch deutlich, dass die Geschäftsleitung ab Eintritt drohender Zahlungsunfähigkeit iSd § 18 InsO verpflichtet wurde, Gläubigerinteressen in den Fokus zu rücken und Gesellschafterinteressen hintan zu stellen.⁷ Dieser *shift of fiduciary duties* hätte die Geschäftsleitungen vor große praktische Herausforderungen gestellt, da die daraus resultierenden konkreten Handlungs- oder Unterlassungspflichten unklar blieben. An dieser Stelle soll dargelegt werden, wo die Problemfelder der Haftung nach dem Regierungsentwurf des StaRUG verliefen. Im Vordergrund stand hierbei zwar die Geschäftsleiterhaftung (1), jedoch wären auch für Gesellschafter und Überwachungsorgane Konsequenzen zu befürchten gewesen (2).

1. Geschäftsleiterhaftung

Die §§ 2, 3 RegE-StaRUG novellierte die haftungsbewehrte Pflicht der Geschäftsleitung zur Wahrung von Gläubigerinteressen.⁸ Wiederhall fand die Regelung in der Außenhaftung gem. § 45 RegE-StaRUG.⁹ Hierbei stellten sich folgende Fragen: Wo verläuft die Grenze zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteressen (a)? Was hätte dies im Hinblick auf das Erfordernis von

Gesellschafterbeschlüssen bedeutet (b)? Wie wäre eine *pre insolvency judgement rule* praktisch zu handhaben (c)? Inwieweit sind Geschäftsleitung und Mitglieder der Überwachungsorgane versicherungsrechtlich abgesichert (d)?

a) Rolle der Geschäftsleitung zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteressen

Die Verhaftung für Gläubigerinteressen drängte die Geschäftsleitung in eine paradoxe Rolle. Denn gleichsam musste sie die Interessen der an dem Schuldner beteiligten Personen wahren.¹⁰ Aufgrund der Anerkennung des „Anteileigentums“ durch das *BVerfG*¹¹ sind Geschäftsleiter in schwierigen Ermessensentscheidungen auf den Konsens der wirtschaftlichen Eigentümer des Unternehmens angewiesen und müssen diesem bis zur Grenze einer „existenzvernichtenden Weisung“ Folge leisten.¹² Bei der GmbH wird dies teils aus einer Analogie zu §§ 116, 164 HGB,¹³ teils aus § 49 II GmbHG,¹⁴ teils aus einer Treuepflicht gem. § 242 BGB hergeleitet.¹⁵ Gleichwohl ist anerkannt, dass die Geschäftsleitung insoweit für die Interessen der Allgemeinheit einzustehen hat, als diese sich in rechtlichen Verhaltensanforderungen an die Gesellschaft niederschlagen.¹⁶ Hierunter fällt ua die Pflicht des Geschäftsleiters, sich fortwährend über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu vergewissern, insbesondere die Insolvenzreife zu prüfen (*Monitoring*).¹⁷ Die korrespondierende Haftungsnorm fand sich bisher in § 64 GmbHG;¹⁸ nunmehr werden die bisher einzelgesetzlich geregelten Zahlungsverbote bei Insolvenzreife von haftungsbeschränkten Rechtsträgern in rechtssystematisch überzeugender Weise zu einer rechtsformneutralen Vorschrift in § 15b InsO zusammengefasst.¹⁹ Mithin war die Pflicht zur Berücksichtigung von Gläubigerinteressen kein generelles Novum. Neu war allein die Vorverlagerung auf den Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Das dadurch hervorgerufene Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Restrukturierungsrecht hätte praktische Fragen aufgeworfen, so ua bezüglich der Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses für die Einleitung von Restrukturierungsmaßnahmen.²⁰

b) Abkehr von der Rechtsprechung zum Beschlusserfordernis

Die Geschäftsleitung muss vor Stellung eines Insolvenzantrags wegen drohender Zahlungsunfähigkeit im Innenverhältnis grundsätzlich die Entscheidung der Gesellschafter qua Gesellschafterbeschlusses einholen.²¹ Während die in § 15a I, II InsO stipulierten Pflichten nicht zur Disposition der Gesellschafter oder eines etwaigen Aufsichtsrates stehen,²² berechtigt die drohende Zahlungsunfähigkeit die Gesellschaft nur zur Antragsstellung, verpflichtet sie jedoch nicht. Folglich sollen die Interessen der Gesellschafter im Vordergrund stehen. Gesellschaftsrechtlich qualifiziert der *BGH* die Einleitung des Insolvenzverfahrens als ein den Gesellschaftszweck änderndes Grundlagengeschäft.²³ Beantragen die Geschäftsführer die Eröffnung des Verfahrens ohne Einverständnis der Gesellschafter, liegt eine Pflichtverletzung der Geschäftsleitung vor, die Schadensersatzansprüche nach § 43 II GmbHG²⁴ auslösen kann.²⁵ Diese Rechtsprechung wäre mit der im Regierungsentwurf enthaltenen Haftungsregelung überholt worden: So sprach der Gesetzeswortlaut von § 2 II 2 RegE-StaRUG explizit davon, dass Beschlüsse und Weisungen der Überwachungsorgane und anderer Organe „unbeachtlich“ sind, soweit sie der Wahrung der Gläubigerinteressen entgegenstehen. Folglich bestand keine Pflicht zur Einholung des Einverständnisses der Gesellschafter.²⁶ Auch für die Einleitung eines Insolvenzverfahrens im Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit hätte dann nichts anderes gelten können.²⁷ Damit hätte der Gesetzgeber das Kompetenzgefüge der Kapitalgesellschaften grundlegend geändert: Die Sanierungsoption wäre zur Sanierungspflicht geworden.

c) Anforderungen an eine *pre-Insolvency Judgement Rule*?

Ein Gegengewicht sollte eine *pre-insolvency judgement rule* darstellen.²⁸ Enthielt der RefE noch die wenig aufschlussreiche Formulierung, die Geschäftsführung hafte nicht, wenn sie die Pflichtverletzung nicht zu vertreten habe,²⁹ brachte der Regierungsentwurf den der Geschäftsleitung zukommenden Ermessensspielraum deutlicher zum Ausdruck.³⁰ Eine Pflichtverletzung sollte dann nicht vorliegen, wenn der Geschäftsleiter „vernünftigerweise davon ausgehen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen die Interessen der Gläubiger zu wahren.“ Dennoch blieb das hieraus folgende Pflichtenprogramm schwammig.³¹ Zudem hat der *BGH* eine Anwendung der *Business Judgement Rule* ³² in

insolvenzrechtlichen Sachverhalten bislang abgelehnt.³³ Auch in der Eigenverwaltung hat der *BGH* anstelle gesellschaftsrechtlicher Normen vielmehr die §§ 60, 61 InsO analog herangezogen.³⁴

Dennoch wäre die (*pre*) *insolvency judgement rule* letztlich ein Spezialfall der *Business Judgement Rule*. Die *Business Judgement Rule* setzt sich aus vier Elementen zusammen: (1) Ein Handeln auf Grundlage angemessener Information, (2) ohne Sonderinteressen oder sachfremde Einflüsse (3) zum Wohle der Gesellschaft (4) im guten Glauben.³⁵ Im insolvenzrechtlichen Kontext wäre nach – zutreffender – Wertung des Gesetzgebers des StARUG die Wahrung der Gläubigerinteressen als zusätzliches Element hinzugekommen (5). Die Rechtsprechung zur *Business Judgement Rule* hätte daher jedenfalls Orientierung bieten können. In einer Grundsatzentscheidung zur *Business Judgement Rule* hat der *BGH* hervorgehoben, dass der Geschäftsleitung in unternehmerischen Entscheidungen weiter Handlungsspielraum zukommt.³⁶ Präzisierend führte der *BGH* aus, dass dazu nicht nur das Eingehen geschäftlicher Risiken gehöre, sondern auch „die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er noch so verantwortungsbewusst handeln, ausgesetzt ist.“³⁷ Dies beträfe – im Fall der Insolvenz – Fehleinschätzungen bei der Zahlungsfähigkeitsprognose. Beim vorinsolvenzlichen *Monitoring*³⁸ verlangt die Rechtsprechung die Beschaffung der für die Prüfung erforderlichen Unterlagen und Informationen³⁹ sowie gegebenenfalls die Beratung durch fachlich qualifizierte Personen.⁴⁰

Welche Handlungen sich im Rahmen der (*pre*) *insolvency judgement rule* gehalten hätten, wäre allenfalls fallgruppenartig herauszuarbeiten gewesen. Insbesondere Sachverhalte zu Gewinnausschüttungen, der Stilllegung defizitärer Betriebsteile oder die Eingehung langfristiger Dauerschuldverhältnisse wären hier relevant geworden.⁴¹ Die Pflicht der Geschäftsleitung hätte sich jedenfalls umso stärker verdichtet, je näher die Zahlungsunfähigkeit gerückt wäre.⁴² Freilich wäre dies *ex post* nur schwer zu beurteilen gewesen,⁴³ zumal der verlängerte Prognosezeitraum von nunmehr 24 Monaten erschwerend hinzugekommen wäre.⁴⁴ Gerade für die – ua infolge fehlender personeller Ressourcen zur Krisenfrüherkennung – oft nur auf Sicht fahrende Geschäftsleitung von KMUs hätte dies praktische Probleme verursacht.⁴⁵

d) Versicherungsrechtliche Fragen: Abdeckung durch D&O?

Praktische Konsequenzen hätten sich auch im Versicherungsrecht gezeigt. Die existenzielle Frage, ob die im Regierungsentwurf vorgesehenen Haftungsansprüche unter den Schutz einer D&O-Versicherung gefallen wären, hätte davon abgehangen, ob sie als Schadensersatzanspruchsnormen von bestehenden D&O-Versicherungen erfasst,⁴⁶ oder als Ersatzanspruch *sui generis* eventuell aus deren Deckungsumfang gefallen wären.⁴⁷ Der Wortlaut des Regierungsentwurfs „Ersatz des entstandenen Schadens“ sprach für eine Klassifizierung als Schadensersatzanspruch.⁴⁸ Mit Blick auf die Diskussion zu § 130a HGB aF hätte der Wortlaut allein aber freilich noch nicht bedeutet, dass

„Schaden“ auch zwingend einen Schaden iSd §§ 249 ff. BGB meint.⁴⁹ Dies gilt umso mehr, als § 2 RegE-StaRUG Schutz- und Haftungslücken schließen sollte, die sich aus der Verkürzung des für den Überschuldungsmaßstab maßgeblichen Prognosezeitraum von zwölf Monaten ergeben.⁵⁰ Gemeint war damit vor allem die Haftung nach § 15a InsO.⁵¹ Aus Gläubigerperspektive wäre zu beachten gewesen, dass bei einem Schadensersatzanspruch die Darlegung des individuellen Schadens oft nicht gelingt.⁵² Daher lag es jedenfalls nicht fern, auch die §§ 2, 3, 45 RegE-StaRUG als Ersatzansprüche *sui generis* auszulegen. Letztlich hätte jedoch die jüngste *BGH*-Entscheidung⁵³ zum Deckungsumfang von D&O-Versicherungen Abhilfe geschaffen, wonach bei der Auslegung von D&O-Klauseln – in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Auslegung von AVB⁵⁴ – auf das Verständnis eines durchschnittlichen D&O-Versicherungsnehmers bzw. -Versicherten abzustellen ist.⁵⁵ Dieser könne davon ausgehen, dass das existenzvernichtende Risiko aus § 64 S. 1 GmbHG aF unabhängig von der rechtsdogmatischen Einordnung von der Deckung umfasst ist.⁵⁶ Aus Sicht der Geschäftsführer wäre auch schwer verständlich, weshalb einer der häufigsten Haftungsfälle aus rechtstechnischen Erwägungen nicht versichert sein sollte.⁵⁷

2. Gesellschafter und Überwachungsorgane

Auch für die Gesellschafter und die Überwachungsorgane hätten die §§ 2, 3, 45 RegE-StaRUG eine Reihe von Folgen nach sich gezogen. Zunächst wären die Gesellschafterinteressen ab Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit hinter den Gläubigerinteressen zurückgetreten. Hiermit hätten die Gesellschafter einen Teil ihrer Mitgliedschaftsrechte für den Zeitraum der drohenden Zahlungsunfähigkeit – der durchaus über Jahre bestehen kann – verloren.⁵⁸ Dies wäre verfassungsrechtlich nicht unbedenklich gewesen.⁵⁹

Sodann hätte sich die Frage gestellt, ob § 2 II RegE-StaRUG (Unbeachtlichkeit der Gesellschafterbeschlüsse) auch die Personalkompetenz der Gesellschafterversammlung erfasst hätte. Gerade GmbH-Gesellschafter könnten geneigt sein, eine Bestellung gem. §§ 46 Nr. 5, 38 I GmbHG zu widerrufen, sollte die Geschäftsleitung sich auf die drohende Zahlungsunfähigkeit berufen und statt der Gesellschafterinteressen, die Gläubigerinteressen in den Vordergrund stellen. Sollten alle Gesellschafterbeschlüsse bei drohender Zahlungsunfähigkeit unbeachtlich sein, wäre auch der Beschluss zur Abbestellung des Geschäftsleiters betroffen. Der weite Wortlaut des § 2 II 2 RegE-StaRUG ließ diesen Schluss zu. Auch sein Telos, eine weitgehende Unabhängigkeit der Geschäftsleitung während der Restrukturierungssache zu sichern, hätte ein solch extensives Verständnis nahegelegt.⁶⁰ Anderenfalls würde die Geschäftsleitung in ein Dilemma gedrängt: Bei Entscheidung für eine Restrukturierung im Gläubigerinteresse, aber gegen den Willen der Gesellschafter würde das Damoklesschwert der Abberufung permanent über ihr schweben. Der Druck, von einer Restrukturierung abzusehen, um einer Abberufung zu entgehen, wäre groß gewesen.

Im Gleichlauf zur Geschäftsleiterhaftung hätte sich zudem der Pflichten- und Haftungskreis der Überwachungsorgane verändert. Letztere wären gem. § 2 I 2 RegE-StaRUG in der Pflicht gewesen, über die Geschäftsleitung zu wachen. Eine Legaldefinition des Überwachungsorgans fand sich in § 1 I 2 RegE-StaRUG („zur Überwachung der Geschäftsleitung berufenes Organ“). Bei der AG wäre dies zweifellos der Aufsichtsrat gewesen. Mit Blick auf die GmbH hätte die Bestimmung des Überwachungsorgans indes nicht auf der Hand gelegen. Da die GmbH nur über einen fakultativen Aufsichtsrat verfügt, wäre allenfalls an die Gesellschafterversammlung zu denken,⁶¹ da Maßnahmen zur Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschafterversammlung obliegen, § 46 Nr. 6 GmbHG. Allerdings bezeichnete die Begründung des Regierungsentwurfs die Gesellschafterversammlung

ausdrücklich als „anderes Organ“. Damit hätte für den Aufsichtsrat eine Haftung bestanden, für die Gesellschaftsversammlung als „anderes Organ“ indes nicht. Dies hätte eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der AG gegenüber der GmbH bedeutet. Insgesamt wäre auch den Überwachungsorganen und den zur Bestellung von Geschäftsleitern zuständigen Organen dringend zu raten gewesen, eine D&O-Versicherung abzuschließen.

III. Kritik an der ersatzlosen Streichung

Zunächst stößt die Streichung des Gesetzgebers auf dogmatische Bedenken. Diese werden mit Blick auf den Parallellauf des Restrukturierungsrahmens zu den ESUG-Verfahren nach den §§ 270 a, 270 b InsO offenkundig, die dem schuldnerischen Unternehmen ebenfalls bei drohender Zahlungsunfähigkeit iSd § 18 InsO zugänglich sind. In diesen sind die Gläubigerinteressen unstrittig zu wahren.⁶² Es wäre daher in rechtssystematischer Hinsicht nur konsequent, dies auch für das StaRUG zu fordern.⁶³

Darüber hinaus werden Gläubigerinteressen von insolvenzrechtlicher Warte aus schon weit vor dem Insolvenzantrag relevant, aufgrund des schleichenden Prozesses zur Insolvenzreife oft nur nicht rechtzeitig erkannt.⁶⁴ Auch die ESUG-Evaluation hat ergeben, dass Sanierungen nach wie vor nicht rechtzeitig eingeleitet und Gläubigerinteressen infolgedessen nicht hinreichend gewürdigt werden.⁶⁵

Die Vorschrift des § 1 StaRUG, die zuvor gemeinsam mit den §§ 2, 3 RegE-StaRUG gelesen werden musste, ist – mangels korrespondierender Sanktionsnorm – nun nur noch mit Blick auf § 43 StaRUG relevant. Für den Zeitraum vor der Restrukturierung ist sie allenfalls noch deklaratorischer Natur. Dies kann insofern nicht überzeugen, als dass Gläubigerinteressen von denjenigen Unternehmen, die sich für eine Restrukturierung entscheiden, ohnehin gewürdigt werden, weil die Restrukturierung nicht nur Selbstzweck ist. Problematisch sind vielmehr diejenigen Fälle, in denen die Interessen der Gläubiger so lange unberücksichtigt bleiben, bis eine Restrukturierung kein probates Mittel mehr ist und nur noch der Weg in die Insolvenz offensteht. Dies widerspricht auch den EU-Zielvorgaben, die Schuldner mithilfe des StaRUG zu einer frühzeitigen Sanierung zu motivieren.⁶⁶ Für den Schuldner besteht im StaRUG wenig Motivation, eine Sanierung frühzeitig einzuleiten. Es besteht daher das Risiko, dass Gläubigerinteressen solange unberücksichtigt bleiben, bis eine Restrukturierung kein probates Mittel mehr ist und nur noch der Weg in die Insolvenz bleibt.

Zudem stellte die Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen das Gegengewicht für Eingriffe in Gläubigerrechte während des Verfahrens dar, wie der Gesetzgeber selbst in der Begründung zum Regierungsentwurf ausdrücklich betonte.⁶⁷ Auf dieses Korrektiv hat der Gesetzgeber für den Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit verzichtet und damit ein Ungleichgewicht geschaffen. Zwar mag man über die Feinjustierung bzgl. der Berücksichtigung von Gläubigerinteressen unter dem StaRUG streiten, eine ersatzlose Streichung scheint jedoch unverhältnismäßig.

Dies gilt umso mehr, als dass sich bezweifeln lässt, dass die Vorgaben der EU-Richtlinie hinreichend umgesetzt worden sind. So heißt es in Art. 19 a Restrukturierungsrichtlinie, dass die Unternehmensleitung bei einer „wahrscheinlichen Insolvenz“⁶⁸ die Gläubigerinteressen gebührend zu berücksichtigen hat. Dies wird im – freilich nicht bindenden⁶⁹ – ErwG (71) weiter konkretisiert. Dort heißt es: Die Mitgliedstaaten sollen sicherstellen, dass Mitglieder der Unternehmensleitung für Verletzungen der Sorgfaltspflicht (gemeint

ist auch die Pflicht zur Berücksichtigung von Gläubigerinteressen gem. Art. 19 a Restrukturierungsrichtlinie) haftbar gemacht werden sollen.

Neben der Vorschrift des § 1 StaRUG blieb dem StaRUG die Regelung des Krisenfrüherkennungsmanagements in den §§ 101, 102 RegE-StaRUG erhalten.⁷⁰ Teil dieses Frühwarnsystems ist ua die gesetzliche Verankerung der bisher nur in Rechtsprechung herausgearbeiteten Hinweis- und Warnpflichten für Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und verwandte Berufe bei der Erstellung eines Jahresabschlusses.⁷¹ Weiteres Überbleibsel des vorgesehenen Haftungsregimes ist die Regelung des § 43 StaRUG,⁷² wonach die Geschäftsleitung darauf hinwirken soll, dass der Schuldner die Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreibt und die Interessen der Gläubigergesamtheit wahrt. Für die Verletzung dieser Pflicht sollen die Geschäftsleiter dem Schuldner in Höhe des den Gläubigern entstandenen Schadens haften. Freilich trifft diese Pflicht die Geschäftsleitung jedoch erst ab Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache iSd § 31 III StaRUG.

Hinzukommt, dass nach dem StaRUG in seiner jetzigen Fassung Gesellschafterbeschlüsse, die sich gegen an Gläubigerinteressen orientierte Maßnahmen richten, beachtlich bleiben. In der Konsequenz können die Gesellschafter unliebsame Geschäftsführer schlichtweg abberufen und damit die Berücksichtigung von Gläubigerinteressen im Verfahren torpedieren. Bei der GmbH bliebe – jedenfalls *de lege lata* – auch die Weisung, eine präventive Restrukturierung zu unterlassen, beachtlich. Das StaRUG würde damit zu einem vorwiegend den Schuldnerinteressen dienenden Verfahren.

IV. Plädoyer für ein ausdifferenziertes Haftungsregime

Aus diesen Gründen sollte der Gesetzgeber erwägen, die pauschale Streichung durch eine ausdifferenzierte Regelung zu ersetzen. Der angestoßene *shift of duties* sollte nicht ohne Weiteres *ad acta* gelegt werden. Denn letztlich lag das Problem nicht im *shift of duties* selbst, sondern in der Entscheidung des StaRUG-Gesetzgebers für eine „allgemeine Regelung, die allein an den Zustand der drohenden Zahlungsunfähigkeit anknüpft“ anstelle einer ausdifferenzierteren *pre-insolvency judgement rule*.⁷³

Zudem könnte und sollte der Gesetzgeber die Gelegenheit nutzen, erstmals konkrete Kriterien für eine (*pre-*)*insolvency judgement rule* als erweiterte *Business Judgement Rule* zu schaffen. Die erforderliche Rechtssicherheit könnte durch die Ausformulierung von Fallgruppen in der Gesetzesbegründung geschaffen werden. Beispielhaft seien an dieser Stelle die Auszahlung von Gesellschafterdarlehen oder die Aufnahme nicht durchfinanzierter Projekte genannt.

Hiermit würde die wirtschaftliche Tätigkeit der Geschäftsleitung zwar weiter reglementiert, allerdings steht – wie auch bei der *Business Judgement Rule* – fest, dass der Geschäftsleitung eine weite Einschätzungsprärogative zukommt. Zur weiteren Entlastung wäre auch eine Beweislastumkehr zugunsten der Geschäftsleiter denkbar. Auch sollte ein den tatsächlichen Gegebenheiten angepasster Maßstab angelegt werden, wonach Geschäftsleiter von Großunternehmen ein weitergehendes Krisenfrühmanagement zugemutet werden kann als KMU.

Ferner müsste klargestellt werden, welche Organe als Überwachungsorgan zu klassifizieren wären. Diesbezüglich bestand nach dem Regierungsentwurf Unklarheit. Gleiches gilt für die Frage, ob die Berücksichtigung von Gläubigerinteressen auch automatisch zur Unbeachtlichkeit von Gesellschafterbeschlüssen führen soll. Dies erhält besondere Relevanz bei der Frage, ob Überwachungsorgane die Geschäftsleitung qua Beschluss bei der Priorisierung von Gläubigerinteressen abberufen können.

Sollte *de lege ferenda* ein Ersatzanspruch eingeführt werden, wäre hinreichend deutlich zu machen, ob dieser als Schadensersatzanspruch oder Ersatzanspruch *sui generis* zu qualifizieren gewesen wäre.⁷⁴

Bei Klassifizierung als Schadensersatzanspruch würde – analog zur Problematik der Ermittlung des Quotenschadens iRd § 823 II BGB iVm § 15a InsO – die Bezifferung des konkreten Schadens der Gläubigergemeinschaft eine Herausforderung bedeuten.⁷⁵

Sollte der Anspruch hingegen als Ersatzanspruch *sui generis* zu qualifizieren sein, so müsste über eine Begrenzung der Einstandspflicht des Geschäftsleiters nachgedacht werden. Sonst würde dies wie vormals bei den gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen (ua § 64 GmbHG aF) regelmäßig zu Unverhältnismäßigkeiten bzw. einer wirtschaftlichen Überforderung der Organvertreter führen.⁷⁶ Für den Ersatzanspruch gem. § 15b IV 1 InsO hat der Gesetzgeber nunmehr mit § 15b 2 InsO Abhilfe geschaffen. Danach soll sich die Ersatzpflicht auf den „Ausgleich des Schadens“ infolge der nach § 15a I InsO geleisteten Zahlungen beschränken. Hiermit wird die Haftung von Organvertretern auf den tatsächlich entstandenen Schaden limitiert.⁷⁷ Um einen Gleichlauf zum gesellschaftsrechtlichen Haftungsregime zu gewährleisten, wäre dafür zu plädieren, § 15b IV 2 InsO entsprechend auf einen im StaRUG geregelten Ersatzanspruch anzuwenden.

V. Fazit

Auch wenn das StaRUG nunmehr keine Möglichkeit zur Beendigung nicht vollzogener Verträge enthält, so stellt doch die Möglichkeit, Gläubiger per Mehrheitsbeschluss ihrer Rechtsposition zu berauben einen erheblichen Eingriff in deren Rechte dar. Bisher waren solch einschneidende Rechte dadurch vertretbar, dass der Schuldner im Insolvenzverfahren seine Position aufgab und der Gesellschafter keine Vorteile zulasten der Gläubiger erhielt. Auch die Eigenverwaltung ändert an diesen Grundsätzen nichts. In den Verfahren nach §§ 270 ff. InsO steht das Gläubigerinteresse über allem. Ohne eine Verpflichtung auf das Gläubigerinteresse findet sich keine Legitimation für die Gewährung von Rechten, die Eingriffe in den Kern privatautonom eingegangener Verbindlichkeiten ermöglichen. An dieser Linie wird sich eine verfassungsrechtliche Beurteilung bewegen müssen. Schließlich lässt sich das übergeordnete Ziel einer frühzeitigen Einleitung von Restrukturierungsmaßnahmen wohl nur durch einen ausdifferenzierten haftungsbewehrten Pflichtenkatalog erreichen.

* Der Autor *Eckert* ist Rechtsanwalt und Partner, die Autorin *Holze* studentische Mitarbeiterin und der Autor *Ippen* Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Kanzlei *ECKERT* Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB in Hannover.

1 Das StaRUG als das „Herzstück“ des SanInsFoG idF v. 22.12.2020, BGBl. 2020 I 3256; s. hierzu insb. die Beiträge der diesem Heft der NZI beigelegten NZI-Sonderbeilage 1/2021 zum StaRUG; beachte daneben RefE-SanInsFoG v. 19.9.2020, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_SanInsFoG.pdf?__blob=publicationFile&v=6; RegE-SanInsFoG, BT-Drs. 19/24181.

2 S. zB *Bork* ZInsO 2020, 2177; *Deppenkemper* ZIP 2020, 2432; *Frind* NZI 2020, 865; *Lissner* ZInsO 2020, 2248; *Müller* ZIP 2020, 2253 (2257 f.); *Römermann* GmbHHR-Report, R324 (R325).

3 So ausdr. Begr. RegE, BT-Drs. 19/24181, 120.

4 *Thole* ZIP 2020, 1985 (1987).

5 *J. Schmidt* in ECCL-Blog v. 16.10.2020; abrufbar unter <https://www.lbs-europur.de/2020/10/16/restruktrl-starug-regierungsentwurf-zur-umsetzung-in-deutschland->

restructuring-directive-german-government-draft-implementation-law/, zuletzt abgerufen am 13.12.2020.

6 S. hierzu ausf. unter III.

7 Nunmehr gem. § 43 I StaRUG erst Anzeige des Restrukturierungsvorhabens iSv § 31 I, II StaRUG, dh bedeutend später.

8 § 64 RegE-StaRUG (nunmehr § 57 StaRUG) als *lex specialis* für die Erwirkung einer Stabilisierungsanordnung aufgrund vorsätzlich oder fahrlässig unrichtiger Angaben.

9 Zu der nunmehr geänderten Außenhaftung nach der neuen Regelung des § 43 StaRUG s. unter III.

10 MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl. 2019, § 37 Rn. 8.

11 *BVerfGE* 50, 290 = *NJW* 1979, 699; *Papier/Shirvani* in *Maunz/Dürig*, GG, 91. EL 4/2020, Art. 14 Rn. 310.

12 *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 37 Rn. 22; *BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Kuhn*, 46. Ed., § 37 Rn. 23.

13 *Baukelmann* in *Rodwedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 37 Rn. 11.

14 *Beurskens* in *Baumbach/Hueck*, § 37 Rn. 46.

15 *Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH, 1996, S. 17; *Fleischer NZG* 2011, 521 (525).

16 MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, § 37 Rn. 8.

17 *BGH NZI* 2016, 588 Rn. 33.

18 Gleichlaufend §§ 93 III Nr. 6 aF iVm § 92 II AktG, § 130a I 1 HGB aF, § 177a S. 1 HGB aF, § 99 S. 1 GenG aF.

19 Begr. RegE, BT-Drs. 19/24181, 228; hierzu eingehend *Bitter GmbHR* 2020, 1157.

20 Zur Grenze zwischen Gläubiger- und Gesellschafterinteressen zuletzt *Schulz NZI* 2020, 1073.

21 *OLG München NZI* 2013, 542 = *NZG* 2013, 742 (744); ebenso *KG NZG* 2011, 429; in der Lehre *Geißler ZInsO* 2013, 919 (923); *Wertenbruch DB* 2013, 1592 (1592); *K. Schmidt/K. Schmidt*, *InsO*, 19. Aufl. 2016, § 18 Rn. 31; *Haas* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 60 Rn. 29; MüKoGmbHG/*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 51; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, Anh. zu § 64 Rn. 8; *Thole*, Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz, 3. Aufl. 2020, Rn. 69 ff.; *Haas GmbHR* 2011, 1121 (1121); ohne Zustimmung und gegen den Willen der Gesellschafter *Hölzle ZIP* 2013, 1846 (1851); *Meyer-Löwy/Pickerill GmbHR* 2013, 1065 (1968 ff.); anders bei abweichender Satzungsregelung.

22 *Kleindiek*, *FS K. Schmidt*, 2019, 655 (657).

23 *OLG München NZI* 2013, 542 = *NZG* 2013, 742 (744).

24 Parallel § 93 II AktG.

25 *Kleindiek*, *FS K. Schmidt*, 655 (655).

26 So auch *Desch BB* 2020, 2498 (2501).

27 Ein mit Blick auf den Ausschluss von Eingriffen in Arbeitnehmer- und Pensionsforderungen und der Vertragsbeendigung unter dem StaRUG durchaus wahrscheinliches Szenario.

28 Zu den Mindestanforderungen auch *Schulz NZI* 2020, 1073 (1077).

29 § 2 III 1 RefE-StaRUG.

30 *J. Schmidt* in *ECCL-Blog* v. 16.10.2020, abrufbar unter: <https://www.lbs-europur.de/2020/10/16/restruktrl-starug-regierungsentwurf-zur-umsetzung-in-deutschland-restructuring-directive-german-government-draft-implementation-law/>, zuletzt abgerufen am 13.12.2020.

- 31 Vgl. zur Frage der Anwendung der *insolvency judgement rule* auf den Insolvenzverwalter auch *Rein* in *Nerlich/Römermann*, InsO, 41. EL 6/2018, § 60 Rn. 78. Zu klären bleibt, inwieweit die Grundsätze sich auf den Restrukturierungsbeauftragten nach dem StaRUG übertragen lassen.
- 32 Eingehend *Schneider* DB 2005, 707 (708 f.).
- 33 *BGH* NZI 2020, 671.
- 34 *BGH* NZI 2018, 519.
- 35 So die kodifizierte *Business Judgement Rule* § 93 I 2 AktG; s. hierzu *Fuhrmann/Heinen/Schilz* NZG 2020, 1368 (1376).
- 36 *BGH* NJW 1997, 1926, ausdr. nur für die AG, aber mit entspr. Geltung für den Geschäftsführer einer GmbH, s. *BGH* NJW 2003, 358.
- 37 *BGH* NJW 1997, 1926.
- 38 S. hierzu unter II 1 a.
- 39 *BGH* NJW 2017, 578; NZI 2016, 588 Rn. 34; zur Anforderung an die Qualität der Informationsquellen NJW 2008, 3361 (3362); *Redeke* NZG 2009, 496 (497); einschränkend für das InsolvenzR *Rein* in *Nerlich/Römermann*, § 60 Rn. 83; *Leinekugel* in *Oppenländer/Tröllitzsch*, Praxis-HdB. der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 18 Rn. 7.
- 40 *BGH* NZI 2012, 567 Rn. 15.
- 41 Instruktiv dazu *Skauradszun* ZRI 2020, 625 (627) am Beispiel der Anschaffung neuer Dienstwagen.
- 42 Begr. RegE, BT-Drs. 19/24181, 121.
- 43 Mit Bedenken zur *hindsight bias* („Rückschaufehler“) vgl. *Thole* ZIP 2020, 1985 (1987).
- 44 Wobei der Wortlaut von § 18 II InsO „in aller Regel“, Einzelfallabweichungen ermöglicht, s. Begr. RegE, BT-Drs. 19/24181, 231 f. Davon kann insb. in der Pandemie Gebrauch gemacht werden, vgl. *Poertzgen* ZInsO 2020, 2509 (2512).
- 45 *Thole* ZIP 2020, 1985 (1987).
- 46 Üblicher Wortlaut: „[...] aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird“.
- 47 Auslöser des Streits die oberlandesgerichtlichen Entscheidungen *OLG Celle* Beschl. v. 1.4.2016 – 8 W 20/16, BeckRS 2016, 125428; *OLG Düsseldorf* NZI 2018, 758; *OLG München* Hinweisbeschl. v. 4.3.2019 – 25 U 3606/17 unveröff.; so auch *Cyrus* NZG 2018, 7 (8 f.); *Lange* in *Veith/Gräfe/Gebert*, Der Versicherungsprozess, 4. Aufl. 2020, E § 21 Rn. 33 ff; *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung, 2016, AVB-AVG Nr. 3 Rn. 53.
- 48 So wohl auch *Korch* NZG 2020, 1299 (1302 f.).
- 49 Zur Klassifizierung des § 130a HGB aF als Anspruch *sui generis*: *BGH* NZI 2007, 418; BeckOK HGB/*Klimke*, 30. Ed. 15.10.2020, § 130a Rn. 22; *EBS/Hillmann*, 4. Aufl. 2020, § 130a Rn. 28.
- 50 Begr. RegE, BT-Drs. 19/24181, 120.
- 51 Ebenso § 64 S. 1 GmbHG aF; § 93 III Nr. 6 AktG aF; § 130a I 1 HGB aF (iVm § 177a S. 1 HGB aF), § 99 S. 1 GenG aF.
- 52 S. hierzu die parallellaufende Problematik iRd § 823 II BGB iVm § 15a I InsO.
- 53 *BGH* NZI 2021, 41.
- 54 *BGH* NJW 2009, 1147 Rn. 16; NJW-RR 2012, 163 Rn. 17.
- 55 So auch die hM *Armbrüster/Schilbach* ZIP 2018, 1853 (1858); *Haas* in *Baumbach/Hueck*, § 64 Rn. 44; *Lehmann/Rettig*, NZI 2018, 758 (762); *Markgraf/Henrich* NZG 2018, 1290 (1291 ff.); *Primožic/Nöller* ZInsO 2018, 2509 (2510 ff.); *Schwencke/Röper* ZInsO 2018, 1937.

56 *BGH* NZI 2021, 41 Rn. 28; *Haas* in *Baumbach/Hueck*, § 64 Rn. 44; *Commandeur/Brockner* NZG 2018, 1295 (1297); *Lehmann/Rettig*, NZI 2018, 758 (762); *Markgraf/Henrich* NZG 2018, 1290 (1294); *Schwencke/Röper* ZInsO 2018, 1937 (1940); aA *Lange* in *Veith/Gräfe/Gebert*, E § 21 Rn. 36; *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2014, § 8 Rn. 19.

57 Nach einer Studie des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) verlangen Insolvenzverwalter im Schnitt sieben Mio. Euro von den Geschäftsführern und Vorständen insolventer Unternehmen. 140.000 Euro werden im Schnitt fällig, abrufbar unter:

<https://www.gdv.de/resource/blob/63228/e26a0da657511ce8af6ace2402d95750/d-sonderauswertung-insolvenzen-data.pdf>, zuletzt abgerufen am 15.1.2021.

58 In diese Richtung auch *Korch* NZG 2020, 1299 (1303).

59 S. oben zur Problematik des „Anteilseigentums“.

60 *Skauradszun* ZRI 2020, 625 (630).

61 So *Thole* ZIP 2020, 1985 (1986).

62 Begr. RegE, BT-Drs. 19/24181, 113.

63 So bereits *Thole* ZIP 2020, 1985 (1987).

64 *Thole* ZIP 2020, 1985 (1987).

65 ESUG-Evaluation v. 7.12.2012, abrufbar unter

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Kurzbericht_Evaluierung_ESU_G.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

66 Dazu ua ErwG (22) der Richtlinie (EU) 2019/1023 v. 20.6.2019, fortan: Restrukturierungsrichtlinie.

67 Begr. RegE, BT-Drs. 19/24181, 120.

68 Hierunter dürfte die drohende Zahlungsunfähigkeit iSd § 18 InsO zu verstehen sein, s. Originalwortlaut „likelihood of insolvency“.

69 *EuGH* Urt. v. 19.6.2014 – C-345/13, *EuZW* 2014, 703 Rn. 31 – *Karen Millen Fashions*; Urt. v. 24.11.2005 – C-136/04, *BeckRS* 2005, 70929 Rn. 32 – *Deutsches Milch-Kontor*; beispielhaft zur Richtlinie (EU) 2016/943 ferner

<https://www.bundestag.de/resource/blob/628192/23bfc89c0c4ffb15489850b0558ce23f/PE-6-020-19-pdf-data.pdf>.

70 In systematischer Hinsicht vorzugswürdig wäre die Verortung der Pflichten in dem existierenden Teil 1 „Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement“, anstatt einen neuen Teil 4 „Frühwarnsysteme“ zu schaffen.

71 *BGH* NZI 2017, 312 m. Anm. *Schädlich* NZI 2017, 318 und *Mielke* DStR 2017, 1060; *OLG Frankfurt a. M.* DB 2018, 373 = *BeckRS* 2018, 1081; *Hölzle* DStR 2003, 2075 (2075) mwN.

72 Vormals Außenhaftung gem. § 45 RegE-StaRUG.

73 Begr. RegE, BT-Drs. 19/24181, 120.

74 S. oben unter II 1 d.

75 Zum Quotenschadens ausf. *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, 2006, S. 274 ff. mwN.

76 So *Poertzgen* ZInsO 2020, 2509 (2516) zur Rechtslage bzgl. § 64 GmbHG aF, §§ 93 III Nr. 6 AktG aF, § 130a HGB aF.

77 Gleichwohl bleibt zu beachten, dass nunmehr die Geschäftsleitung – anders als in § 15a InsO – in § 15b IV InsO den konkreten Schaden darlegen muss, um die Haftung auf den konkreten Schaden zu begrenzen.