

Geschäftsführende Herausgeber:

Prof. Dr. Reinhard Bork, Hamburg

RA Dr. Bruno M. Kübler, Köln/Dresden

Alexandra Schluck-Amend/Veronika Hefner

Das StaRUG und seine Auswirkungen
auf die Geschäftsleiterhaftung

S. 570

Henning Sämisch/Sebastian Deichgräber

Die Aussetzung des § 15a InsO durch das
StaRUG – notwendige Korrekturen und
Ergänzungen

S. 581

BGH, 1. 10. 2020

Reichweite einer Verjährungsvereinbarung

S. 586

BGH, 24. 9. 2020

Kein Widerruf der Einzelverfügungsbefugnis
für Gemeinschaftskonto durch schwachen
vorläufigen Insolvenzverwalter

S. 593

BGH, 17. 9. 2020

Keine unangemessene und verfassungswidrige
Vergütung des Insolvenzverwalters trotz Geld-
entwertung seit Inkrafttreten der InsVV

S. 599

BGH, 17. 9. 2020

Indizwirkung einer inkongruenten Deckung
für den Benachteiligungsvorsatz

S. 605

BGH, 4. 8. 2020

Qualifizierung der Verpflichtung einer GbR
zur Rückzahlung von Einlagen aufgrund
Anordnung der BaFin

S. 611

Diese Begrenzung der verbotenen Zahlungen während der Rechtsabhängigkeit der Restrukturierungssache ist essenziell und steht im Gleichlauf mit der Regelung, dass es der Entscheidung des Restrukturierungsgerichts obliegt, ob es die Restrukturierungssache ausnahmsweise nicht aufhebt.⁷⁸⁾ Ohne die Privilegierung der Zahlungen wäre der Sanierungserfolg durch die Umstellung auf die Notgeschäftsführung gefährdet.⁷⁹⁾ Können (fast) keine Zahlungen ohne Haftungsrisiko der Geschäftsleiter mehr geleistet werden, ist ein Überleben des Unternehmens nur für eine sehr kurze Zeit vorstellbar.

V. Fazit

Für die Restrukturierungspraxis stellt der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen ein dringend benötigtes Instrument dar. Der Gesetzentwurf ist gut gelungen, wenn auch Rechtsprechung und Literatur insbesondere die Pflichten der Geschäftsleiter im Detail werden ausformen müssen. Da jedoch Arbeitnehmerforderungen, insbesondere solche auf Altersversorgung, nicht vom Anwendungsbereich umfasst sind und eine Liquiditätsentlastung durch Inanspruchnahme von Insolvenzgeld nicht möglich ist, wird sich zeigen, wie groß der Anwendungsbereich sein wird. Der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen wird Insolvenzverfahren keinesfalls ersetzen können. Für finanzielle Restrukturierungen wird der Rahmen jedenfalls interessante Sanierungsmöglichkeit eröffnen.

Eine Herausforderung wird auch die Kostenbelastung für die ohnehin liquiditätsschwachen, da drohend zahlungsunfähigen

Unternehmen werden. Da die Geschäftsleitung ab dem Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit die Interessen der Gläubigersamtheit wahren muss, wird sie zu ihrer Absicherung ein Gutachten über die Liquiditätssituation der Gesellschaft erstellen lassen. Darüber hinaus trifft sie ab Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache eine dem Geschäftsleiter eines Schuldners in Eigenverwaltung vergleichbare Haftung. Es ist daher ratsam, im Organ eine sanierungserfahrene Person hinzuzuziehen.

Der Erfolg des präventiven Restrukturierungsrahmens wird nicht zuletzt von der sachgerechten und zügigen Begleitung des Verfahrens durch die Restrukturierungsgerichte und deren Mut zur Bestätigung vor allem wirtschaftlich geprägter Entscheidungen abhängen. Für die Gewährleistung des Zugangs zum Verfahren ist entscheidend, dass der Restrukturierungsbeauftragte tatsächlich nur im Einzelfall bestellt wird, da andernfalls zusätzliche Kosten für die Sanierung anfallen und durch zu viele Beteiligte Disruptionen entstehen. Es ist allerdings zu bezweifeln, ob die Nichtbestellung der Regelfall wird, da das Gericht in aller Regel auf betriebswirtschaftlichen Sachverstand des Restrukturierungsbeauftragten angewiesen sein wird. Im Interesse einer erfolgreichen und einer Kostenexplosion vermeidenden Sanierung sollten im Falle einer Bestellung die Aufgaben des Restrukturierungsbeauftragten auf das Nötigste beschränkt werden und die Beschränkung im Bestellungsbeschluss festgehalten werden.

78) Vgl. hierzu oben IV 2.3.3.

79) RegE SanInsFoG, zu Art. 1, zu § 96, S. 214 f.

Henning Sämisch/Sebastian Deichgräber*)

Die Aussetzung des § 15a InsO durch das StaRUG – notwendige Korrekturen und Ergänzungen

Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages der Geschäftsleitung insolvenzreifer haftungsbeschränkter Unternehmensträger aus § 15a InsO ist maßgeblich für die Erreichung des in § 1 InsO verbürgten Ziels der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung. Insolvenzzreife Unternehmen sind schnellstmöglich einem Insolvenzverfahren zuzuführen, um eine bestmögliche und gleichberechtigte Befriedigung aller Gläubiger zu sichern. Dieser Grundsatz der par conditio creditorum könnte nunmehr durch das Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG) ins Wanken gebracht werden. Der Beitrag will die Änderungen durch das StaRUG darstellen und aufzeigen, warum auf Seiten des Gesetzgebers noch Bedarf zur Nachbesserung besteht.

I. Rechtlicher Rahmen

Die Restrukturierungsrichtlinie¹⁾ macht weitreichende Vorgaben für die Mitgliedstaaten in einer Vielzahl von Rechtsgebieten.

Gem. Art. 34 Abs. 1 Satz 1 der RestRL müssen die Vorgaben bis zum 17. 7. 2021 in nationales Recht transformiert werden. Der deutsche Gesetzgeber scheint dieses Datum offenbar um mehr als ein halbes Jahr unterbieten zu wollen. Mitte September hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts²⁾ veröffentlicht.³⁾ Am 14. 10. 2020

*) Henning Sämisch ist Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter, Dr. iur. Sebastian Deichgräber ist Rechtsanwalt bei SHNF, Hamburg. Der Beitrag entstand unter Mitwirkung von cand. iur. Frederik Quitzau.

1) RL (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 RL (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), im Folgenden: RestRL.

2) Abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Fortentwicklung_Insolvenzrecht.html (zuletzt abgerufen am 19. 10. 2020), im Folgenden: SanInsFoG-RefE.

3) Besprechung des Entwurfs: *Thole*, ZIP 2020, 1985.

wurde sodann der Regierungsentwurf, ein 265 Seiten starkes Dokument, veröffentlicht.⁴⁾ Gem. Art. 25 Abs. 1 SanInsFoG-RegE soll das Gesetz, vorbehaltlich einiger Ausnahmen, am 1. 1. 2021 in Kraft treten. Der Regierungsentwurf sieht Änderungen sowohl in den Kernbereichen als auch in den Randgebieten des Insolvenzrechts vor. Das Herzstück des Entwurfs ist jedoch ohne Zweifel das neue Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz.⁵⁾ Dieses soll nicht nur die Lücke zwischen freien Sanierungsverfahren und verfahrensgebundener Sanierung im Insolvenzverfahren schließen. Stattdessen hat sich der Gesetzgeber – auch vermittelt durch das StaRUG-RegE – für eine viel weitreichendere Reform des gesamten Insolvenzrechts entschieden.

Eine dieser weitreichenden Änderungen betrifft die Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO. Das StaRUG-RegE führt hier zu einer völlig neuen Dogmatik, die im nachfolgenden kurz skizziert wird.

1. Gesetzeslage auf Grundlage der InsO

Auf Grundlage des § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO sind die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler einer juristischen Person, die zahlungsunfähig oder überschuldet ist, verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen. Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzeröffnungsantrages wird in den Absätzen 2 und 3 auf diverse weitere Personengruppen erweitert. Die Verletzung der Antragspflicht aus den § 15a Abs. 1 bis 3 InsO ist in den § 15a Abs. 4 – 6 InsO strafbewehrt. Ferner kann sich eine zivilrechtliche Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO ergeben. Darüber hinaus folgt ggf. eine Pflicht zur Zahlung bzw. Rückzahlung eines Vorschusses für die Insolvenzmasse aus § 26 Abs. 3 und 4 InsO. Abschließend ergeben sich in der Regel – zwar von § 15a InsO unabhängige aber eng verbundene – Ansprüche u. a. aus den § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG i. V. m. § 92 Abs. 2 AktG und § 64 Satz 1 GmbHG.⁶⁾

Die Grundsätze gelten de lege lata auch für sämtliche Restrukturierungsvorhaben, die nicht innerhalb eines bereits eröffneten Insolvenzverfahrens durchgeführt werden. Eine Regelung, die die Insolvenzantragspflicht im Rahmen von Restrukturierungsbemühungen suspendiert, wie sie in vielen europäischen Ländern zu finden ist,⁷⁾ besteht in Deutschland demnach de lege lata gerade nicht.

2. Vorgaben durch die RestRL

Die maßgeblichen Vorgaben aus der RestRL finden sich in Art. 7 Abs. 1 und dem Erwägungsgrund Nr. 38 der RestRL. Gem. Art. 7 Abs. 1 RestRL ruht die Verpflichtung, einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen, während einer Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen für die Dauer der Aussetzung. Dadurch soll laut Erwägungsgrund Nr. 38 der RestRL die Liquidation des schuldnerischen Unternehmens verhindert werden. Somit dient auch dieser Teil der RestRL dem übergeordneten Ziel der Restrukturierung wirtschaftlich angeschlagener aber im Kern gesunder Unternehmen, das vor allem in den Erwä-

gungsgründen Nr. 1 und 2 der RestRL seinen Niederschlag gefunden hat. Art. 7 Abs. 3 der RestRL überlässt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Ruhen der Antragspflicht für den Fall zu normieren, dass ein Schuldner nicht in der Lage ist, seine fällig werdenden Schulden zu begleichen. Damit verkennt der Richtliniengeber, dass auch innerhalb des eröffneten Insolvenzverfahrens eine Sanierung gut zu bewältigen ist.

3. Umsetzung im StaRUG-RegE

Der deutsche Gesetzgeber hat diese Vorgaben der RestRL bezüglich des Ruhens der Insolvenzantragspflicht durch das StaRUG-RegE umsetzen. Dieses Ziel soll vorrangig durch den § 44 StaRUG-RegE erreicht werden. Gem. § 44 Abs. 1 Satz 1 StaRUG-RegE ruht während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache die Antragspflicht nach § 15a Abs. 1 bis 3 InsO und § 42 Abs. 2 BGB. Die Restrukturierungssache ist gem. § 33 Abs. 3 StaRUG-RegE rechtshängig mit der Anzeige der Restrukturierungssache gegenüber dem zuständigen Restrukturierungsgericht. Statt der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages aus § 15a InsO sind die (eigentlich) Insolvenzantragspflichtigen gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 StaRUG-RegE verpflichtet, dem Restrukturierungsgericht den Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 17 Abs. 2 InsO oder einer Überschuldung i. S. d. § 19 Abs. 2 InsO ohne schuldhaftes Zögern anzuzeigen. Diese Pflicht zur Anzeige gegenüber dem Restrukturierungsgericht findet sich inhaltsgleich in § 34 Abs. 3 StaRUG-RegE für den Schuldner.⁸⁾ Gem. § 44 Abs. 4 StaRUG-RegE leben die Antragspflichtigen nach § 15a Abs. 1 und 2 InsO und nach § 42 Abs. 2 BGB jedoch wieder auf, wenn die Anzeige der Restrukturierungssache nach § 33 Abs. 4 StaRUG-RegE ihre Wirkung verliert. Dies ist gem. § 33 Abs. 4 StaRUG-RegE immer dann der Fall, wenn der Schuldner die Anzeige zurücknimmt (Nr. 1), die Entscheidung über die Planbestätigung rechtskräftig wird (Nr. 2), das Gericht die Restrukturierungssache nach § 35 StaRUG-RegE aufhebt (Nr. 3) oder seit der Anzeige sechs Monate oder, sofern der Schuldner die Anzeige zuvor erneuert hat, zwölf Monate vergangen sind (Nr. 4).

Insgesamt hat der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben der RestRL damit sogar überschießend umgesetzt. Die Insolvenzantrags-

4) Abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/fortentwicklung_insolvenzrecht.html (zuletzt abgerufen am 19. 10. 2020), im Folgenden: SanInsFoG-RegE (BR-Drucks. 619/20).

5) SanInsFoG-RegE, Artikel 1, S. 6 ff., im Folgenden: StaRUG-RegE.

6) Zukünftig soll dem StaRUG-RegE entsprechend die o. g. Haftung einheitlich in der InsO in dem neuen § 15b InsO-GesE geregelt werden, vgl. SanInsFoG-RegE, Art. 5, Nr. 9.

7) Vgl. insoweit MünchKomm-Vermeylen/Goldschmidt, InsO, 3. Aufl., 2016, Länderbericht Belgien, Rz. 74; MünchKomm-Rokas/Tzakas, InsO, 3. Aufl., 2016, Länderbericht Griechenland, Rz. 11; ohne Aufschub von Insolvenzanträgen jedoch z. B. Großbritannien, Scheme of Arrangement, vgl. Bork, IILR, 2012, 477, 481.

8) Im StaRUG-RegE waren zudem die Sätze 3 und 4 im § 32 Abs. 3 des Referentenentwurfs enthalten. Demnach sollten bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung Forderungen, die durch den Plan gestaltet werden, in der Höhe und mit der Fälligkeit zugrunde gelegt werden, die sie durch den Plan erhalten sollten. Im StaRUG-RegE wurden diese Sätze ersatzlos gestrichen.

pflicht aus § 15a Abs. 1 bis 3 InsO ist nicht nur während der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen suspendiert, wie es die RestRL vorsieht. Stattdessen soll nach dem StaRUG-RegE die Insolvenzantragspflicht während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache insgesamt suspendiert sein.

II. Auswirkungen des Gesetzentwurfs in seiner jetzigen Fassung in der Praxis

Die neue Dogmatik des § 44 StaRUG-RegE vor Augen, sollen nunmehr die Folgen für die Praxis anhand realistischer Szenarien erörtert werden.

1. Anforderungen an die Geschäftsleiter

Geschäftsleiter, die die Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens aus § 31 Abs. 3 StaRUG-RegE in Anspruch nehmen wollen und das Restrukturierungsvorhaben dem Restrukturierungsgericht anzeigen, sind wie oben dargestellt, nicht mehr an die Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO gebunden. Stattdessen muss dem Restrukturierungsgericht gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 StaRUG-RegE der Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 17 Abs. 2 InsO oder einer Überschuldung i. S. d. § 19 Abs. 2 InsO ohne schuldhaftes Zögern angezeigt werden. § 44 Abs. 2 StaRUG-RegE stellt klar, dass der Pflicht aus Absatz 1 auch durch einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens i. S. d. § 15a InsO genügt werden kann. Im anhängigen Restrukturierungsverfahren hat der Geschäftsleiter demnach die Wahl, wie er sich von seiner Pflicht zur Anzeige befreien will. Ratio legis ist es, den Geschäftsleiter nicht zu zwingen, einen Insolvenzantrag zu stellen, ihm jedoch gleichwohl die Möglichkeit dazu zu eröffnen.⁹⁾

2. Idealtypische Szenarien außerhalb der Insolvenzzreife

Für Unternehmen, die sich noch in der drohenden Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 18 InsO aber außerhalb einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 Abs. 2 InsO oder einer Überschuldung gem. § 19 Abs. 2 InsO befinden, bringt die neu geschaffene Dogmatik erhebliche Vorteile mit sich. Es ist den Unternehmen möglich, bereits vor einer Insolvenzzreife auf den Restrukturierungsrahmen zurückzugreifen. Die damit einhergehenden leistungsstarken Instrumente können bei richtiger Anwendung zu einer nachhaltigen Umstrukturierung und Stärkung des Unternehmens beitragen. In dieser Zeit sind die Geschäftsleiter von der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages nach § 15a InsO befreit. Dies ist nicht nur aus der Richtlinie heraus geboten, sondern in diesem Stadium auch opportun. Ziel der Inanspruchnahme eines Restrukturierungsrahmens ist ja gerade die außerinsolvenzliche Sanierung des Unternehmens. Die Geschäftsleitung kann sich insoweit vollständig auf eine erfolgreiche Sanierung und Restrukturierung des Unternehmens konzentrieren. In Szenarien außerhalb der Insolvenzzreife ist die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht demnach stimmig und begrüßenswert.

3. Idealtypische Szenarien innerhalb der eingetretenen Insolvenzzreife

Denkbar sind selbstverständlich auch Fallkonstellationen, in denen das zunächst (nur) drohend zahlungsunfähige Unternehmen nach Anzeige der Restrukturierungssache insolvenzzreif wird. Mit Eintritt der Insolvenzzreife sind die Geschäftsleiter nunmehr gem. § 44 Abs. 1 Satz 2 StaRUG-RegE verpflichtet, dies dem Restrukturierungsgericht anzuzeigen.

Hier können nun zwei Fälle unterschieden werden:

Zum einen der Fall, in dem die Geschäftsleitung dem Restrukturierungsgericht die Insolvenzzreife entsprechend § 44 Abs. 1 Satz 2 StaRUG-RegE anzeigt. Das Restrukturierungsgericht ist nun mit der Bewertung der Frage beauftragt, ob trotz eingetretener Insolvenzzreife des Unternehmens dessen Restrukturierungsvorhaben fortgesetzt wird, oder ob die Restrukturierungssache gem. § 35 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG-RegE aufzuheben ist.¹⁰⁾ Entscheidend ist dabei, ob die Fortsetzung des Restrukturierungsverfahrens noch im Interesse der Gläubigergemeinschaft liegt.¹¹⁾ Um in die Lage versetzt zu werden, dies effektiv bewerten zu können, müssen dem Restrukturierungsgericht alle relevanten Unterlagen vorgelegt werden. Gegebenenfalls sind sachverständige Bewertungen einzuholen, obgleich diese Bewertung nicht zu einer ausufernden Verzögerung führen darf. Auch in diesem Zusammenhang sind die Gläubigerinteressen an einer schnellen Entscheidung zu achten. Hat das Restrukturierungsvorhaben Aussicht auf Erfolg, wird das Restrukturierungsgericht die Genehmigung erteilen, trotz eingetretener Insolvenzzreife mit der Durchführung des Restrukturierungsvorhabens fortzufahren. Werden die Erfolgsaussichten negativ beschieden, ist die Restrukturierungssache gem. § 35 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG-RegE aufzuheben. Damit lebt die suspendierte Insolvenzantragspflicht gem. § 44 Abs. 4 StaRUG-RegE wieder auf. Eine automatische Überleitung in ein Insolvenzantragsverfahren soll es nach dem Gesetzentwurf hingegen nicht geben. Dies könnte im Einzelfall zu einer erheblichen Verzögerung führen, die zu Lasten der Gläubigersamtheit geht.

Zum anderen ist der Fall denkbar, dass die Geschäftsleitung unmittelbar einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entsprechend § 15a InsO stellt. Gem. § 44 Abs. 2 StaRUG-RegE ist die Geschäftsleitung damit auch von einer weiteren Anzeige dem Restrukturierungsgericht gegenüber befreit. In diesem Szenario kommt es zu einer maximalen Berücksichtigung der Gläubigerinteressen. Bei einer bereits eingetretenen Insolvenzzreife ist dies angesichts der herausragenden Bedeutung der *par conditio creditorum* zu begrüßen.

4. Szenarien unredlicher Geschäftsleiter und Schuldner innerhalb der eingetretenen Insolvenzzreife

Letztlich ist es stets auch Aufgabe des Gesetzgebers, das „Worst-Case-Szenario“ zu beachten. In diesem Fall ist es der Schuldner

9) SanInsFoG-RegE, B., Art. 1, Zu § 44 Abs. 2.

10) SanInsFoG-RegE, B., Art. 1, Zu § 44 Abs. 1.

11) SanInsFoG-RegE, B., Art. 1, Zu § 44 Abs. 1.

bzw. die Geschäftsleitung, die die Insolvenzreife bösgläubig weder gegenüber dem Restrukturierungsgericht anzeigt, noch einen Insolvenzantrag stellt. Hier birgt sich für die Gläubigergemeinschaft ein erhebliches Schädigungspotential.

Die Geschäftsleitung ist wegen der weiterhin anhängigen Restrukturierungssache von der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages befreit. Lediglich die Aufhebung der Restrukturierungssache durch das Restrukturierungsgericht würde zu einem Wiederaufleben der Antragspflicht nach § 15a InsO führen. In Frage kämen bei einer solch schweren Verletzung die Aufhebungsgründe aus § 35 Abs. 1 Nr. 3 und § 35 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 und Nr. 3 StaRUG-RegE. Das Problem, das sich nun jedoch aufdrängt, ist das folgende: Sämtliche dieser Aufhebungsgründe bedürfen einer soliden Tatsachengrundlage, die das Restrukturierungsgericht in die Lage versetzt, eine begründete Entscheidung über die Aufhebung zu treffen. *Wie aber soll das Gericht bei einem bösgläubigen obstruierenden Schuldner diese Tatsachengrundlage erhalten?* Es ist der Schuldner bzw. die Geschäftsleitung, die über die betriebswirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die Anzahl und Höhe der fälligen Forderungen und die eigenen Ansprüche informiert ist. Für Dritte ist dies selbstverständlich nicht einsehbar. Das Gericht ist auf die Mitarbeit des Schuldners bzw. der Geschäftsleitung angewiesen. Auf der Grundlage des StaRUG-RegE ist es dem Restrukturierungsgericht ohne Mitwirkung des Schuldners bzw. der Geschäftsleitung schlichtweg nicht möglich, eine Entscheidung über die Aufhebung zu treffen.

Ein Restrukturierungsbeauftragter könnte hier sicherlich helfen. § 83 Abs. 1 StaRUG-RegE normiert gerade die Pflicht, Umstände, die die Aufhebung nach § 35 StaRUG-RegE rechtfertigen, dem Restrukturierungsgericht unverzüglich mitzuteilen. Allerdings geht aus der Begründung des Regierungsentwurfes hervor, dass der Restrukturierungsbeauftragte gerade nicht fortlaufend die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners prüfen darf und soll.¹²⁾ Die Anzeige soll sich auf Fälle beschränken, in denen dem Restrukturierungsbeauftragten entsprechende Umstände quasi beiläufig auffallen. Es ist also von vornherein nicht Aufgabe des Restrukturierungsbeauftragten, die Insolvenzreife zu prüfen. Ferner müsste auch er erst dazu in die Lage versetzt werden. Auch dies erscheint jedoch in einem Worst-Case-Szenario fraglich.

Verstärkt wird das Schädigungspotential zudem in Fällen, in denen wegen einer angeordneten Stabilisierungsanordnung i. S. d. § 56 StaRUG-RegE gem. § 65 StaRUG-RegE nicht einmal ein Fremdantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das schuldnerische Unternehmen zulässig ist.

Im Ergebnis könnte es in der oben umrissenen Konstellation zu einer erheblichen Verzögerung einer Insolvenzeröffnung trotz materieller Insolvenzreife kommen. Die Schäden, die den Gläubigern dadurch entstehen können, sind als ganz erheblich einzuschätzen. Es besteht die Gefahr masseleerer Verfahren, da trotz Insolvenzreife weiter gewirtschaftet wurde und somit noch bestehende Vermögenswerte zu Lasten der Gläubigergesamtheit vernichtet werden.

III. Lösungsvorschlag

1. Ergänzung des StaRUG-RegE

Um dem oben skizzierten Szenario Herr zu werden, bedarf es einer verbesserten Stellung des Restrukturierungsgerichts. Der effektivste Weg zu einer wirksamen Missbrauchskontrolle des Schuldners ist es, die Restrukturierungsgerichte in die Lage zu versetzen, auf Grundlage hinreichender Tatsachen über die Aufhebung gem. § 35 StaRUG-RegE entscheiden zu können. Dabei kommt es vorrangig auf die Kontrolle an, ob das Unternehmen insolvenzreif geworden ist. Nach Auffassung der Verfasser ist dafür eine wöchentliche Liquiditätsvorschau des Schuldners erforderlich, die dem Gericht übergeben wird. Auf dieser Grundlage kann rechtssicher über die Insolvenzreife entschieden werden und erforderlichenfalls die Restrukturierungssache aufgehoben werden. Nach § 44 Abs. 2 StaRUG-RegE sollte demnach ein neuer Absatz 3 mit nachfolgendem Wortlaut eingeführt werden:

(3) Die Antragspflichtigen sind darüber hinaus verpflichtet, dem Gericht zu einem vom Gericht zu bestimmenden Stichtag eine wöchentliche Liquiditätsvorschau des Schuldners zur Verfügung zu stellen. Kommen die Antragspflichtigen dieser Pflicht nicht stichtagsgemäß nach, ist durch das Gericht eine Frist von drei Tagen zur Nachholung der Pflicht aus Absatz 3 Satz 1 zu setzen. Verstreicht auch diese Nachfrist erfolglos, ist die Restrukturierungssache von Amts wegen aufzuheben. Nach Aufhebung der Restrukturierungssache sind die erforderlichen Unterlagen dem Insolvenzgericht zur Entscheidung über die Bestellung eines Sachverständigen zu übersenden.

In dem Absatz 1 des § 83 StaRUG-RegE sollte folgender erster Satz eingefügt werden:

(1) Der Restrukturierungsbeauftragte ist fortlaufend verpflichtet, die wirtschaftliche Lage des Schuldners auf eine Insolvenzreife hin zu überprüfen und zu überwachen. [Stellt der Restrukturierungsbeauftragte Umstände fest, die eine Aufhebung der Restrukturierungssache nach § 35 rechtfertigen, hat er diese dem Restrukturierungsgericht unverzüglich mitzuteilen.]¹³⁾

2. Dem Lösungsvorschlag zugrunde liegende Erwägungen

2.1 Bezüglich § 44 Abs. 3 des Lösungsvorschlags

Dem hier vorgeschlagenen neuen Absatz 3 liegt zunächst die bereits angesprochene Erwägung zugrunde, dass eine effektive Missbrauchskontrolle durch das Restrukturierungsgericht stattfinden muss. Eine solche ist aufgrund des oben skizzierten Szenarios zwingend erforderlich. Durch eine wöchentliche Liquiditätsvorschau wird das Gericht deshalb in die Lage versetzt, auf Grundlage einer gesicherten Tatsachengrundlage über die Aufhebung der Restrukturierungssache i. S. d. § 35 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG-RegE zu entscheiden. Der wöchentliche Zyklus ist erforderlich, da sich eine bereits eingetretene drohende Zahlungs-

12) SanInsFoG-RegE, B., Art. 1, Zu § 83 Abs. 1.

13) Zweiter Satz unverändert.

unfähigkeit schnell in eine Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung aktualisieren kann. Insolvenzreifen Schuldner soll aber der Restrukturierungsrahmen nur ausnahmsweise (noch) offenstehen.¹⁴⁾ Insofern bietet allein das Insolvenzverfahren den geeigneten Rahmen für eine Bewältigung der Insolvenzreife. Schließlich dürfte eine wöchentliche Kontrolle weder den Schuldner noch das Gericht überlasten.

Der Vorschlag stellt auch keinen Widerspruch zu der Systematik des § 15a InsO oder des StaRUG-RegE im Übrigen dar. Richtig ist zwar, dass im Rahmen des § 15a InsO keine Verpflichtung zu einer wöchentlichen Liquiditätsvorschau besteht. Unabhängig davon, dass eine solche Pflicht im Rahmen des § 15a InsO rein praktisch nicht umzusetzen wäre, ist die Interessenlage im Anwendungsbereich des StaRUG-RegE bereits eine andere. Der drohend zahlungsunfähige Schuldner kommt mit Anzeige der Restrukturierungssache in den Genuss verschiedener Vorteile gegenüber anderen Schuldner. Ihm stehen sämtliche Instrumentarien des Restrukturierungsrahmens zur Verfügung. Diese sind mit teilweise ganz erheblichen Einschnitten für die Gläubiger verbunden. Nicht ohne Grund ist es deshalb gem. § 2 Abs. 1 StaRUG-RegE Pflicht der Geschäftsleiter bei drohenden Zahlungsunfähigkeit, die Interessen der Gläubiger zu wahren. Selbiges gilt gem. § 34 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 StaRUG-RegE für den Schuldner.¹⁵⁾ Das StaRUG-RegE selbst geht somit bereits im Stadium vor Insolvenzreife von einer besonderen Bindung an die Interessen der Gläubiger aus. Dieser besondere Verpflichtung rechtfertigt also aus sich heraus bereits einen strengeren Pflichtenkanon. Umso mehr gilt dies, wenn ein Schuldner materiell insolvenzreif wird. Es ist dann systematisch nur stringent, dem Schuldner verstärkt an die Gläubigerinteressen zu binden, wie es auch im eröffneten Insolvenzverfahren der Fall wäre.

Auch aus richtlinienrechtlicher Sicht ist der Lösungsvorschlag geboten. Art. 19 der RestRL verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass bei einer wahrscheinlichen Insolvenz die Interessen der Gläubiger durch die Geschäftsleitung gebührend berücksichtigt werden. Die wirksame Kontrolle dessen kann nur dem Restrukturierungsgericht obliegen. Umso mehr muss auch diese Vorgabe bei einer bereits eingetretenen Insolvenzreife berücksichtigt werden. Dem wird das StaRUG durch den ergänzenden Lösungsvorschlag der Autoren gerecht.

Im Übrigen entspricht ein strengere Pflichtenkanon, wie er hier vorgeschlagen wird, auch der Systematik des StaRUG-RegE. Dem Gesetzgeber war, wie aus der Gesetzesbegründung hervorgeht, bei der Erarbeitung des Entwurfs das Missbrauchspotential klar. Die Pflichten aus § 34 StaRUG-RegE sollen demnach gerade der Vermeidung von Fehlgebrauch und Missbrauch dienen.¹⁶⁾ Die besondere „Gestaltungs- und Organisationsfreiheit bei der Erwirkung von Rechtsfolgen, welche die Beteiligten des Prozesses belasten, erfordert eine Rückbindung an das Ziel, die Interessen der Gläubiger zu wahren“.¹⁷⁾ Um dieses Ziel zu erreichen, ist das Einfügen des hier vorgeschlagenen Lösungsweges unbedingt erforderlich.

Schließlich darf es zu keinen weiteren Verzögerungen zu Lasten der Gläubigersamtheit kommen. Deshalb sollte die Zu-

sammenarbeit zwischen Restrukturierungsgericht und Insolvenzgericht möglichst schnell und reibungslos ablaufen. Das Restrukturierungsgericht leitet insofern die Unterlagen an das Insolvenzgericht weiter, so dass dieses über eine mögliche Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entscheiden kann. Maßgeblich hierfür sind die allgemeinen Eröffnungsvoraussetzungen.

2.2 Bezüglich § 83 Abs. 1 des Lösungsvorschlags

Zur effektiven Missbrauchskontrolle sollte korrespondierend zu der Pflicht der Antragspflichtigen i. S. d. § 44 Abs. 1 StaRUG-RegE eine Pflicht des Restrukturierungsbeauftragten zur fortlaufenden Überprüfung des Schuldners hinsichtlich einer eingetretenen Insolvenzreife normiert werden. Dies wird in der Begründung des Regierungsentwurfes offenbar verkannt. Insofern ist dieser widersprüchlich. Auf der einen Seite soll der Begründung des Regierungsentwurfes zufolge gerade keine Verpflichtung zur fortlaufenden Überprüfung des Schuldners bestehen.¹⁸⁾ Auf der anderen Seite wird in der Begründung behauptet, die Pflicht zur Anzeige des Restrukturierungsbeauftragten entspräche „der Aufgabe des Sachwalters in Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung“.¹⁹⁾ Für diesen ist es jedoch anerkannt, dass der Sachwalter die Geschäftslage des Schuldners fortlaufend zu prüfen hat.²⁰⁾ Im Einzelnen bedeutet dies, die Liquiditätsplanung des Schuldners zu überwachen.²¹⁾ Die Verpflichtung ist dabei fortlaufend zu verstehen.²²⁾ Ferner ist gem. § 274 Abs. 2 InsO die wirtschaftliche Lage zu prüfen und die Geschäftsführung zu überwachen.²³⁾ Es ist insofern nur folgerichtig dem Restrukturierungsbeauftragten denselben Pflichtenkanon aufzuerlegen.²⁴⁾

Im Übrigen trägt die Kontrollpflicht des Restrukturierungsbeauftragten zu einer engmaschigeren Kontrolle des Schuldners bei. Auch dies angesichts der Gläubigerinteressen nur zu begrüßen.

IV. Fazit

Dem deutschen Gesetzgeber ist in sehr kurzer Zeit ein beachtlicher Entwurf für das neue Sanierungs- und Restrukturierungsrecht gelungen. Dabei hat sich der deutsche Gesetzgeber hin-

14) SanInsFoG-RegE, B., Art. 1, Zu § 34 Abs. 3.

15) Insofern zutreffend, dass hier eine einheitliche Regelung wünschenswert wäre, *Frind*, ZInsO 2020, 2241, 2244.

16) SanInsFoG-RegE, B., Art. 1, Zu § 34.

17) SanInsFoG-RegE, B., Art. 1, Zu § 34 Abs. 1.

18) So wörtlich: SanInsFoG-RegE, B., Art. 1, Zu § 83 Abs. 1 Satz 2.

19) SanInsFoG-RegE, B., Art. 1, Zu § 83 Abs. 1.

20) *Brünkmans*, in: HK-InsO, 10. Aufl., 2020, § 270a Rz. 13; *HambKomm-Fiebig*, InsO, 8. Aufl., 2020, § 270a Rz. 13; *Uhlenbruck/Zipperer*, InsO, 15. Aufl., 2019, § 270a Rz. 29; AG Hamburg ZIP 2014, 237, 239.

21) AG Hamburg ZIP 2014, 237, 239.

22) *HambKomm-Fiebig* (Fußn. 20), § 270a Rz. 12.

23) Ausführlich zu den Pflichten des Sachwalters: *HambKomm-Fiebig* (Fußn. 20), § 274 Rz. 3 und *Uhlenbruck/Zipperer* (Fußn. 20), § 274 Rz. 12 – 17.

24) Klar ist deshalb aber auch, dass der Restrukturierungsbeauftragte nicht als späterer Insolvenzverwalter bestellt werden kann. Eine Unabhängigkeit ist keinesfalls mehr gewahrt. Zudem können sich bei einem „Weiterwirtschaften“ trotz Insolvenzreife strafrechtliche Haftungen des Restrukturierungsbeauftragten hinsichtlich einer Beihilfe zum Eingehungsbetrug, § 263 Abs. 1 StGB ergeben. Diese allein verdeutlicht die Unvereinbarkeit beider Ämter.

sichtlich der Umsetzung des Art. 7 der RestRL für eine überschießende Umsetzung entschieden. Während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache soll die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages i. S. d. § 15a InsO vollständig suspendiert sein. An ihrer statt tritt die Pflicht zur Anzeige der Insolvenzreife gegenüber dem Restrukturierungsgericht. Eine solche Pflicht ist in idealtypischen Szenarien angemessen und ausreichend, den widerstreitenden Interessen des Restrukturierungsverfahrens Rechnung zu tragen. Allerdings birgt der Regierungs-

entwurf in seiner jetzigen Fassung auch die Gefahr des Missbrauchs. Insofern sollte der Entwurf um eine Pflicht der Geschäftsleitung erweitert werden, dem Gericht eine wöchentliche Liquiditätsvorschau zur Verfügung zu stellen. Korrespondierend hierzu sollte der Restrukturierungsbeauftragte zu einer fortlaufenden Überwachung des Schuldners verpflichtet sein. Dies würde zu einer effektiven Missbrauchskontrolle führen und steht im Einklang mit der Systematik und dem Zweck des StaRUG-RegE.

Rechtsprechung

Tatbestand und Gründe der Entscheidungen werden regelmäßig ungekürzt veröffentlicht. Ausnahmsweise gekürzte oder von der Redaktion zum besseren Verständnis umformulierte oder selbst verfasste Tatbestände werden durch die Überschrift „Zum Sachverhalt“ kenntlich gemacht. Die Gründe (Entscheidungsgründe) werden ebenfalls nur ausnahmsweise gekürzt. Geringfügige Auslassungen werden jeweils durch Punkte (...) gekennzeichnet. Bei umfangreicheren Kürzungen wird den Gründen statt der Überschrift „Gründe“ oder „Entscheidungsgründe“ die Überschrift „Aus den Gründen“ vorangestellt. Hinzufügungen der Redaktion sind *kursiv* gesetzt. Entscheidungen der unteren und mittleren Instanzen werden als „nicht rechtskräftig“ gekennzeichnet, wenn nach Kenntnis der Redaktion ein Rechtsmittel eingelegt wurde oder die Berufungs- oder Revisionsfrist noch nicht abgelaufen ist. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Rechtsmittel möglicherweise ausgeschlossen ist. Entscheidungen, bei denen nach Kenntnis der Redaktion innerhalb der Rechtsmittelfrist – einerlei, ob überhaupt zulässig – kein Rechtsmittel eingelegt wurde, werden als „rechtskräftig“ gekennzeichnet. Entscheidungen, die mit einem „+“ versehen sind, sind für die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des betreffenden Gerichts vorgesehen.

Rechtsprechung zum Insolvenzrecht

BGB §§ 202, 133, 157, 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, §§ 814, 817 Satz 2; InsO § 134 Abs. 1, § 143

Reichweite einer Verjährungsvereinbarung

BGH, Urt. v. 1. 10. 2020 – IX ZR 247/19 (OLG Schleswig)

Leitsätze des Gerichts:

1. Eine nicht formularmäßige Verjährungsvereinbarung über einen Anspruch erstreckt sich im Zweifel auch auf solche Ansprüche, die mit dem Anspruch konkurrieren oder wirtschaftlich an dessen Stelle treten, wenn nicht durch Auslegung ein gegenteiliger Wille der Parteien ermittelt wird. Dies gilt auch für den einseitigen Verzicht auf die Erhebung der Verjährungseinrede.
2. Zur Auslegung der Genussrechtsbedingungen, welche den Genussrechtsinhaber eine Kombination einer gewinnorientierten und gewinnabhängigen Verzinsung bieten.

Tatbestand:

[1] Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der P. AG, vormals F. AG (nachfolgend Schuldnerin). Deren einzelvertretungsberechtigtes Vorstandsmitglied war unter anderem B. Die Schuldnerin war zusammen mit anderen Gesellschaften der sogenannten I.-Gruppe auf dem unregulierten Kapitalmarkt tätig. Die Beklagte zeichnete bei der Schuldnerin zu einem nicht näher benannten Zeitpunkt Genussrechte. Diesen lagen die Allgemeinen

Geschäftsbedingungen der Schuldnerin zugrunde. Die Genussrechtsbedingungen bestimmten unter anderem Folgendes:

„§ 1 Begebung des Genussrechtskapitals

(1) Die [Schuldnerin] (nachfolgend Gesellschaft genannt) gibt mit Zustimmung ihrer Hauptversammlung Genussrechtskapital mit einem Gesamtbetrag von 50.000.000 € [...] zu nachfolgenden Bedingungen. Die Genussrechte lauten auf den Inhaber.

[...]

§ 3 Gewinnbeteiligung und Ausschüttung, Basisdividende

Die eingezahlten Genussrechte werden vorbehaltlich des Absatz 2 jährlich mit einer Ausschüttung in Abhängigkeit des jeweiligen Nennbetrages bedient (Basisdividende). Die Basisdividende beträgt anfänglich 6 %. Die Basisdividende erhöht sich [...] bis auf einen Höchstbetrag von 7,4 %. Darüber hinaus sind die Genussrechte quotal an bis zu 40 % des Jahresergebnisses nach Basisdividende vor Steuern vom Einkommen und Ertrag beteiligt (Übergewinnbeteiligung). Die maximale Übergewinnbeteiligung beträgt 6 %. Die maximale Gesamtausschüttung (Basisdividende und maximale Übergewinnbeteiligung) beträgt 12 %.

Durch die Ausschüttung der Basisdividende darf sich kein Jahresfehlbetrag ergeben. Reicht der Jahresüberschuss zur Zahlung nicht oder nicht vollständig aus oder muss er ganz oder teilweise gem. § 4 Abs. 2 zur Wiederauffüllung des Genussrechtskapitals bzw. zur vorgeschriebenen satzungsmäßigen oder gesetzlichen Rücklagenzuführung verwendet werden, so vermindert sich der auf die jeweiligen Genussrechte entfallende Ausschüttungsbetrag entsprechend. Für nicht bediente Basisdividendenansprüche besteht ein Nachzahlungsanspruch aus den Jahresüberschüssen aus folgenden Geschäftsjahren.