

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 343

**Insolvenzbezogene Pflichten
von Unternehmensleitung und Beratern
nach der sog. Restrukturierungsrichtlinie
RL (EU) 2019/1023 und dem StaRUG**

Von

Helge Krüger



Duncker & Humblot · Berlin

HELGE KRÜGER

Insolvenzbezogene Pflichten von Unternehmensleitung
und Beratern nach der sog. Restrukturierungsrichtlinie
RL (EU) 2019/1023 und dem StaRUG

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 343

Insolvenzbezogene Pflichten
von Unternehmensleitung und Beratern
nach der sog. Restrukturierungsrichtlinie
RL (EU) 2019/1023 und dem StaRUG

Von

Helge Krüger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat diese Arbeit
im Jahre 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI Books GmbH, Leck
Printed in Germany
ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-18658-7 (Print)
ISBN 978-3-428-58658-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Diese Arbeit will die nationale Debatte um insolvenzbezogene Geschäftsleiterpflichten um eine europarechtliche Perspektive ergänzen. Ausgangspunkt der Betrachtung ist stets die sogenannte Restrukturierungsrichtlinie. Die europarechtliche Perspektive führt zu neuen Ansichten bei Fragen wie dem Umfang der Berücksichtigung von Gläubigerinteressen bei Geschäftsleiterpflichten und der Anwendung des Überschuldungstatbestandes auf Rechtsträger mit natürlichen Personen als Vollhafter.

Das Interesse an dem Thema entstand Ende 2018 während einer Station als Referendar bei einer Einheit der Generaldirektion Justiz der Europäischen Kommission in Brüssel, welche die Restrukturierungsrichtlinie maßgeblich verantwortete.

Ich danke Herrn Prof. Dr. Stefan Smid für die Betreuung der Arbeit und das Erstvotum. Herrn Prof. Dr. Mark Zeuner danke ich für das Zweitvotum.

Größter Dank gilt meiner Frau, die mich immer motivierte und mir die Freiräume schuf, diese Arbeit fertig zu stellen. Ihr ist diese Arbeit ebenso gewidmet wie unseren beiden Söhnen. Ebenso danke ich meinen Eltern, die durch ihre Unterstützung diese Dissertation mit möglich gemacht haben.

Die Arbeit wurde im April 2021 als Dissertation bei der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel eingereicht. Das Rigorosum fand am 4. Februar 2022 statt.

Kiel, Dezember 2022

Helge Krüger

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| A. Einführung | 19 |
| I. Forschungsziel und Vorgehen | 19 |
| II. Die Umsetzung des präventiven Restrukturierungsrahmens durch den deutschen Gesetzgeber | 20 |
| III. Die Begriffe der Restrukturierung und Sanierung | 22 |
| | |
| B. Insolvenzbezogene Pflichten der Unternehmensleitung nach der Restrukturierungsrichtlinie und dem StaRUG | 25 |
| I. Adressat der Pflichten | 25 |
| 1. Begriff des Schuldners in der Restrukturierungsrichtlinie | 25 |
| a) Unternehmerisches Handeln | 27 |
| b) Unternehmerische Struktur | 28 |
| c) Weitere Kriterien | 30 |
| d) Zusammenfassung | 31 |
| 2. Der „Schuldner“ im deutschen Recht | 31 |
| a) Allgemeine Voraussetzungen | 31 |
| b) Einzelunternehmer | 32 |
| c) Juristische Personen | 33 |
| aa) Kapitalgesellschaften | 33 |
| bb) Vereine | 34 |
| cc) Genossenschaften | 36 |
| dd) Stiftungen | 37 |
| ee) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit | 37 |
| ff) Juristische Personen des öffentlichen Rechts | 38 |
| d) Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit/Gesamthandsgemeinschaften | 38 |
| aa) Offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften | 38 |
| bb) Gesellschaften bürgerlichen Rechts | 39 |
| cc) Partnerschaftsgesellschaften | 40 |
| dd) Stille Gesellschaft | 40 |
| ee) Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) | 40 |
| ff) Partenreederei | 42 |
| gg) Erbengemeinschaft | 42 |
| hh) Gütergemeinschaft | 43 |
| e) Freie Berufe | 44 |

| | |
|---|----|
| f) Sonstige Rechtsformen | 44 |
| aa) Vorgründungsgesellschaften | 44 |
| bb) Vorgesellschaft | 44 |
| g) Die Regelungen des StaRUG | 45 |
| h) Der insolvenzstrafrechtliche Begriff des Schuldners | 46 |
| 3. Der Begriff der „Unternehmensleitung“ in der Restrukturierungsrichtlinie | 46 |
| a) Die Unternehmensleitung bei nicht-natürlichen Unternehmensträgern | 46 |
| b) Problemfall: Einzelunternehmer | 48 |
| 4. Adressaten der insolvenzbezogenen Pflichten im deutschen Recht | 50 |
| 5. Der Begriff des Unternehmers in der Restrukturierungsrichtlinie | 52 |
| II. Zeitpunkt der Pflichten | 55 |
| 1. Europarechtlicher Rahmen | 56 |
| a) Keine materielle Insolvenz | 56 |
| b) Das Missbrauchsrisiko | 58 |
| c) Finanzielle Schwierigkeiten und nichtfinanzielle Schwierigkeiten | 58 |
| aa) Betriebswirtschaftliche Definition der Unternehmenskrise | 60 |
| (1) Strategiekrise | 61 |
| (2) Produkt- und Absatzkrise und Erfolgskrise | 62 |
| (3) Liquiditätskrise | 63 |
| (4) Zeitlicher Verlauf der Krisenstadien | 63 |
| (5) Abgrenzung zur Katastrophe und singulären Ereignissen | 64 |
| (6) Zwischenergebnis | 64 |
| bb) Maßnahmen zur Bewältigung einer Unternehmenskrise | 65 |
| (1) Strategisches Krisenmanagement | 66 |
| (2) Operatives Krisenmanagement | 66 |
| (3) Liquiditätskrisenmanagement | 67 |
| d) Zwischenergebnis | 68 |
| aa) Der frühestmögliche Zeitpunkt | 68 |
| bb) Der spätestmögliche Zeitpunkt | 71 |
| 2. Ansätze zur Bestimmung der wahrscheinlichen Insolvenz im deutschen Recht | 74 |
| a) Die Unternehmenskrise im früheren Eigenkapitalersatzrecht | 74 |
| b) Erheblicher Verlust des Eigenkapitals | 77 |
| c) Keine festgelegte Schwelle für den Begriff der wahrscheinlichen Insolvenz | 78 |
| d) Verfehlung weiterer betriebswirtschaftlicher Ziele als wahrscheinliche Insolvenz | 79 |
| e) Bestandsgefährdung nach §§ 321 Abs. 1 S. 3, 322 Abs. 2 S. 3 HGB | 81 |
| f) Beihilferechtlicher Begriff des „Unternehmens in Schwierigkeiten“ | 82 |
| g) Drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO | 83 |
| aa) Zweck der drohenden Zahlungsunfähigkeit | 84 |
| bb) Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit | 85 |

| | |
|---|-----|
| cc) Die drohende Zahlungsunfähigkeit als wahrscheinliche Insolvenz im Sinne der RRIIL | 90 |
| dd) Verhältnis zum Überschuldungstatbestand | 96 |
| (1) Beibehaltung des Überschuldungstatbestandes | 98 |
| (2) Begrenzung der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose | 104 |
| (3) Gesetzliche Vermutung einer positiven Fortbestehensprognose | 105 |
| (4) Verlängerung der Insolvenzantragsfrist | 107 |
| (5) Zwischenergebnis: Zweistufige Prüfung der wahrscheinlichen Insolvenz | 108 |
| ee) Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit | 110 |
| h) Die Umsetzung im SanInsFoG | 119 |
| 3. Zwischenergebnis | 122 |
| 4. Exkurs: Beteiligung der Gerichte am präventiven Restrukturierungsrahmen | 124 |
| a) Vergleichsverfahrensmodell vs. Vertragshilfemodell | 125 |
| aa) Vergleichsverfahrensmodell | 125 |
| bb) Vertragshilfemodell | 125 |
| cc) Die Umsetzung durch das StaRUG | 126 |
| b) Bescheinigungen im Sinne von § 270d Abs. 1 S. 1 InsO im StaRUG | 127 |
| c) Prüfungsprogramm | 129 |
| III. Die Pflichten der Unternehmensleitung nach Art. 19 RRIIL | 130 |
| 1. Art. 19 RRIIL als Mindestprogramm | 130 |
| 2. Pflicht zur Prüfung der wahrscheinlichen Insolvenz | 131 |
| a) Auswirkungen auf die Unternehmensleitung im deutschen Recht | 132 |
| aa) GmbH-Recht | 132 |
| bb) Aktienrecht | 133 |
| cc) Die Regelungen des StaRUG | 134 |
| d) Personenhandelsgesellschaften | 135 |
| (1) Allgemeine Pflichten der geschäftsführenden Gesellschafter | 135 |
| (2) Bindung an den Gesellschaftszweck | 136 |
| (3) Pflicht zur Buchführung und Bilanzierung | 138 |
| (4) Zwischenergebnis | 138 |
| ee) Einzelkaufmann | 138 |
| b) Zwischenergebnis | 139 |
| 3. Art. 19 lit. a RRIIL: Die Berücksichtigung der Interessen der Gläubiger, Anteilsinhaber und sonstigen Interessenträger | 140 |
| a) Auslegung von Art. 19 lit. a RRIIL | 140 |
| aa) Shareholder- vs. Stakeholderansatz | 140 |
| bb) Die einzelnen Interessenträger | 141 |
| cc) Die insolvenzspezifische Risikosituation der Gläubiger | 142 |
| d) Mindestschutz durch die Berücksichtigung der Interessen nach Art. 19 lit. a RRIIL | 144 |

| | | |
|-----|--|-----|
| b) | Die Regelungen des StaRUG | 148 |
| aa) | Das StaRUG im Regierungsentwurf SanInsFoG | 148 |
| bb) | Ausreichende Umsetzung im StaRUG? | 150 |
| c) | Auswirkungen auf das deutsche Unternehmensrecht | 153 |
| aa) | GmbH | 153 |
| bb) | Aktiengesellschaft | 155 |
| cc) | Personenhandelsgesellschaften | 156 |
| dd) | Einzelkaufmann | 158 |
| 4. | Auswirkungen von Art. 19 RRI L auf die gesellschaftsrechtliche Binnenorganisation | 159 |
| 5. | Art. 19 lit. b RRI L | 162 |
| a) | Auslegung von Art. 19 lit. b RRI L | 162 |
| aa) | Sanierungsprüfung und Umsetzung der Sanierung | 162 |
| bb) | Erhalt der Sanierungsfähigkeit | 164 |
| b) | Die Stellung der Anteilsinhaber | 166 |
| c) | Zwischenergebnis | 169 |
| d) | Das deutsche Unternehmensrecht vor dem Hintergrund des Art. 19 lit. b RRI L | 169 |
| aa) | GmbH | 169 |
| (1) | Sanierungsprüfung und -durchführung | 169 |
| (a) | Außerhalb des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens | 169 |
| (b) | Bei Inanspruchnahme des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens | 171 |
| (2) | Zeitpunkt der Sanierungspflicht | 172 |
| (3) | Vermögenserhaltungspflicht | 173 |
| (a) | Anknüpfung an die Zahlungsverbote | 173 |
| (b) | Anknüpfung an die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung nach § 43 Abs. 1 GmbHG und § 43 Abs. 1 StaRUG | 176 |
| (c) | Anknüpfung an die Vorschriften zur Kapitalerhaltung | 183 |
| (d) | Zwischenergebnis | 183 |
| (4) | Pflicht zur Inanspruchnahme des präventiven Restrukturierungsrahmens | 184 |
| (5) | Einbindung der Gesellschafter | 185 |
| (a) | Weisungsrechte der Gesellschafter und Ermessen der Geschäftsleitung | 185 |
| (b) | Information der Gesellschafter | 195 |
| (6) | Zwischenergebnis | 198 |
| bb) | Aktiengesellschaft | 199 |
| (1) | Sanierungsprüfung | 199 |
| (2) | Vermögenserhaltungspflicht | 202 |
| (3) | Zwischenergebnis | 203 |

| | |
|---|-----|
| cc) Personenhandelsgesellschaften | 204 |
| dd) Einzelkaufmann | 205 |
| e) Zwischenergebnis zu Art. 19 lit. b RRI L | 206 |
| 6. Art. 19 lit. c RRI L: Bestandsgefährdende Geschäfte | 207 |
| a) Auslegung | 207 |
| b) Zeitlicher Anwendungsbereich von Art. 19 lit. c RRI L | 213 |
| c) Zwischenergebnis | 214 |
| d) Das deutsche Unternehmensrecht vor dem Hintergrund des Art. 19 lit. c RRI L | 215 |
| aa) Das StaRUG | 215 |
| bb) GmbH | 217 |
| (1) Existenzvernichtungshaftung nach §§ 826, 830 BGB | 217 |
| (2) Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG und § 43 StaRUG | 223 |
| (3) Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung | 227 |
| (4) Zahlungsverbote | 229 |
| (5) Innenhaftung als ausreichende Umsetzung? | 233 |
| (6) Haftungsfreiräume nach der sog. Business-Judgement-Rule | 235 |
| (7) Haftungsbegrenzungen und -erleichterungen | 237 |
| (8) Zwischenergebnis | 238 |
| cc) Aktiengesellschaft | 238 |
| (1) Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG | 239 |
| (a) Besonderheiten im faktischen Konzern | 239 |
| (b) Exkurs: Qualifizierte Nachteilszufügung | 241 |
| (c) Besonderheiten im Vertragskonzern | 242 |
| (d) Eingliederung | 248 |
| (2) Keine Existenzvernichtungshaftung | 251 |
| (3) Insolvenzantrag wegen Überschuldung und drohender Zahlungs- unfähigkeit | 252 |
| (4) Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 S. 3 AktG a.F., § 15 Abs. 5 InsO | 252 |
| (5) Zwischenergebnis | 253 |
| dd) Personenhandelsgesellschaften | 254 |
| ee) Einzelkaufmann | 260 |
| e) Zwischenergebnis zu Art. 19 lit. c RRI L | 262 |
| 7. Exkurs: Umsetzung von Art. 19 RRI L im europäischen Ausland | 264 |
| a) Niederlande | 264 |
| b) Österreich | 268 |
| 8. Die Einführung von Frühwarnsystemen nach der RRI L | 271 |
| a) Pflicht zur Einführung interner Frühwarnsysteme | 271 |
| b) Pflicht zur Nutzung externer Frühwarnsysteme | 273 |
| c) Krisenfrüherkennung nach § 1 StaRUG | 274 |

| | |
|--|------------|
| d) Frühwarnsysteme im StaRUG | 275 |
| C. Insolvenzbezogene Pflichten der Berater | 277 |
| I. Die Berater als Früherkennungssystem nach Art. 3 Abs. 2 lit. c RRiL | 277 |
| 1. Rechtsgrundlage der Haftung | 278 |
| 2. Pflichtverletzung | 278 |
| 3. Rechtsfolgen | 280 |
| 4. Prozessuales | 281 |
| 5. Bewertung und Umfang der Hinweispflicht nach § 102 StaRUG | 281 |
| 6. Sonstige Haftung gegenüber den Gläubigern | 283 |
| 7. Haftung des Steuerberaters gegenüber dem Organwalter | 283 |
| II. Insolvenzbezogene Pflichten von Sanierungsberatern nach der RRiL | 284 |
| III. Anfechtungsrisiken im Zusammenhang mit dem SRR | 285 |
| D. Ergebnis | 291 |
| I. Adressat der Pflichten | 291 |
| II. Zeitpunkt der Pflichten | 291 |
| III. Inhalt der insolvenzbezogenen Pflichten nach Umsetzung der RRiL | 293 |
| IV. Die insolvenzbezogenen Pflichten der Berater | 298 |
| Literaturverzeichnis | 299 |
| Stichwortverzeichnis | 314 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------|---|
| a. A. | andere Auffassung |
| a. a. O. | am angegebenen Ort |
| Abb. | Abbildung |
| Abs. | Absatz |
| a. E. | am Ende |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| a. F. | alte Fassung |
| AG | Aktiengesellschaft |
| AktG | Aktiengesetz |
| Alt. | Alternative |
| Anh. | Anhang |
| AO | Abgabenordnung |
| Aufl. | Auflage |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BB | Betriebs-Berater |
| Bd. | Band |
| BeckOK | Beck'scher Online-Kommentar |
| BeckRS | Beck-Rechtsprechung |
| Begr. | Begründer |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| BRAO | Bundesrechtsanwaltsordnung |
| BT Dr. | Drucksache des Deutschen Bundestages |
| bzgl. | bezüglich |
| bzw. | beziehungsweise |
| DB | Der Betrieb |
| DCGK | Deutscher Corporate Governance Kodex |
| d. h. | das heißt |
| Diss. | Dissertation |
| DNotZ | Deutsche Notar-Zeitschrift |
| DStR | Deutsches Steuerrecht |
| DZWIR | Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht |
| EBOR | European Business Organization Law Review |
| EGHGB | Einführungsgesetz zum HGB Handelsgesetzbuch |
| EL | Ergänzungslieferung |
| engl. | englisch |
| EStG | Einkommensteuergesetz |
| ESUG | Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen |

| | |
|---------------|---|
| etc. | et cetera |
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EuzW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWG | Erwägungsgrund |
| EWiR | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht |
| EWiV | Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung |
| EWIV-AG | Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung |
| ff. | folgende |
| Fn. | Fußnote |
| GbR | Gesellschaft bürgerlichen Rechts |
| gem. | gemäß |
| GenG | Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften |
| GewO | Gewerbeordnung |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbH & Co. KG | Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft |
| GmbHG | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung |
| GmbHR | GmbH-Rundschau (siehe GmbH) |
| grds. | grundsätzlich |
| GWR | Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht |
| HdB | Handbuch |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| h. L. | herrschende Lehre |
| h. M. | herrschende Meinung |
| Hrsg. | Herausgeber |
| Hs. | Halbsatz |
| i. d. R. | in der Regel |
| i. d. S. | in diesem Sinne |
| IDW | Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. |
| i. E. | im Ergebnis |
| i. H. v. | in Höhe von |
| insb. | insbesondere |
| InsO | Insolvenzordnung |
| i. S. | im Sinne |
| i. S. v. | im Sinne von |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| JZ | JuristenZeitung |
| KAGB | Kapitalanlagegesetzbuch |
| Kap. | Kapitel |
| KG | Kommanditgesellschaft |
| KGaA | Kommanditgesellschaft auf Aktien |
| KWG | Gesetz über das Kreditwesen |
| LG | Landgericht |

| | |
|-----------|---|
| lit. | lateinisch littera |
| MüAnwHdB | Münchener Anwalts Handbuch |
| MüHdBGesR | Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht |
| MüKo | Münchener Kommentar |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| NJOZ | Neue Juristische Online Zeitschrift |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report |
| npoR | Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen |
| Nr. | Nummer |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| NZI | Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht |
| OHG | Offene Handelsgesellschaft |
| OLG | Oberlandesgericht |
| PAO | Patentanwältsordnung |
| PartGG | Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe |
| RDG | Rechtsdienstleistungsgesetz |
| RefE | Referententwurf |
| RegE | Regierungsentwurf |
| Rn. | Randnummer |
| RRiL | Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz) |
| Rs. | Rechtssache |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| Rz. | Randziffer |
| S. | Seite |
| SanInsFoG | Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts |
| SE | Societas Europaea/Europäische Gesellschaft |
| Slg. | Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz |
| sog. | sogenannt(e) |
| SRR | Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen |
| StaRUG | Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz) |
| StB | Steuerberater |
| StGB | Strafgesetzbuch |
| ThürOLG | Thüringer Oberlandesgericht |
| u. a. | und andere |
| UGB | Österreichisches Unternehmensgesetzbuch |
| UmwG | Umwandlungsgesetz |
| URG | Österreichisches Unternehmensreorganisationsgesetz |
| Urt. | Urteil |
| v. | vom |
| Var. | Variante |

| | |
|-------|---|
| vgl. | vergleiche |
| VO | Verordnung |
| Vorb. | Vorbemerkung |
| vs. | versus |
| WM | Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht |
| WPg | Die Wirtschaftsprüfung |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht |
| ZIK | Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz |
| ZInsO | Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| zust. | zustimmend |

A. Einführung

I. Forschungsziel und Vorgehen

Zum 20. Juni 2019 trat die Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz) in Kraft.¹ Unter anderem sollen durch diese Richtlinie europaweit einheitliche Mindeststandards für vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren geschaffen werden.² In der RRiL wird dieses Sanierungsverfahren als präventiver Restrukturierungsrahmen bezeichnet.

Im deutschen Recht wurde der präventive Restrukturierungsrahmen durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts, das sog. SanInsFoG, vom 22. Dezember 2020 umgesetzt. Das SanInsFoG enthält ein Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierung- und Restrukturierungsgesetz), das sog. StaRUG. Dieser im StaRUG geregelte Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen³ dient der Umsetzung des präventiven Restrukturierungsrahmens im Sinne der RRiL.

Die Einführung des präventiven Restrukturierungsrahmens hat vielfältige Reaktionen bei denjenigen hervorgerufen, die sich mit den Themen Sanierung und Insolvenz beschäftigen. Die Schwerpunkte der Diskussionen liegen dabei auf den Fragen, wie ein solches vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren effektiv und passgenau im deutschen Recht umgesetzt werden kann. Neben den Regelungen zum präventiven Restrukturierungsrahmen enthält die RRiL in Art. 19 RRiL eine Vorschrift zu den Pflichten der Unternehmensleitung im vorinsolvenzlichen Bereich. In der Debatte erhält diese Vorschrift, die im Kern eine gesellschaftsrechtliche Vorschrift ist, nicht dieselbe Aufmerksamkeit. Dies jedoch zu Unrecht.

Diese Arbeit untersucht in Teil B., welche Auswirkungen sich infolge der Umsetzung von Art. 19 RRiL im deutschen Recht auf die vorinsolvenzlichen Pflichten

¹ Im Folgenden wird Richtlinie (EU) 2019/1023 als Restrukturierungsrichtlinie oder RRiL bezeichnet.

² Vgl. EWG 12 und 13 RRiL; es handelt sich also um eine mindestharmonisierende Richtlinie; vgl. dazu auch noch den Kommissionsentwurf COM (2016) 723 final, S. 19: „verbindliches Instrument in Form einer Richtlinie, mit der ein harmonisierter Mindestrahmen geschaffen wird“.

³ Im Folgenden als SRR abgekürzt.

der Unternehmensleitungen ergeben. Dazu wird zuerst geklärt, wer von einer Umsetzung der Pflichten aus Art. 19 RRiL im deutschen Recht als Adressat betroffen ist (Leitfrage „Wer?“). Zu welchem Zeitpunkt die in Art. 19 RRiL geregelten Pflichten nach ihrer Umsetzung im deutschen Recht eingreifen (Leitfrage „Wann?“) und schließlich welche inhaltlichen Auswirkungen sich auf die Pflichten der Unternehmensleitungen im deutschen Recht in Folge einer Umsetzung der RRiL ergeben (Leitfrage „Was?“). Zur Beantwortung der jeweiligen Leitfragen wird jeweils im ersten Schritt eine Auslegung der einschlägigen Bestimmungen der Restrukturierungsrichtlinie vorgenommen und dann erörtert, welche Auswirkungen sich bei einer effektiven Umsetzung der RRiL nach Maßgabe der hier vorgenommenen Auslegung im deutschen Recht ergeben würden und inwieweit eine Umsetzung im deutschen Recht bereits erfolgt ist. Wo es erforderlich ist, werden Vorschläge für eine effektive Umsetzung unterbreitet. Die Betrachtung der insolvenzbezogenen Geschäftsleiterpflichten vor dem Hintergrund der Umsetzung RRiL verspricht dabei eine europarechtlich fundierte Möglichkeit zur Konkretisierung dieser Pflichten. Der Maßstab sowohl für die Auslegung der Restrukturierungsrichtlinie als auch für die Beurteilung der Auswirkungen der Umsetzung im deutschen Recht ist stets die effektive Förderung von Restrukturierungen zur Vermeidung von Insolvenzen sowie als wirksamer Beitrag zu einer funktionierenden Kapitalmarktunion.⁴ Bei Anwendung dieses Maßstabes ergeben sich in Folge der Umsetzung von Art. 19 RRiL teils erhebliche Änderungen der insolvenzbezogenen Pflichten der Unternehmensleitungen im deutschen Recht.

Trotz der rechtsformunabhängigen Anwendbarkeit der RRiL beschränkt sich diese Arbeit bei der Ausarbeitung der Pflichten der Unternehmensleitung auf die in der Praxis wichtigsten Rechtsformen der Aktiengesellschaft, der GmbH, der Personenhandelsgesellschaften und des Einzelkaufmanns.

In Teil C. werden die Änderungen der insolvenzbezogenen Pflichten der Berater des Schuldners untersucht, die sich in Folge der Umsetzung der RRiL ergeben.

II. Die Umsetzung des präventiven Restrukturierungsrahmens durch den deutschen Gesetzgeber

Die RRiL ist als Instrument der kooperativen-zweistufigen Rechtsetzung⁵ ausschließlich an die jeweiligen Mitgliedstaaten gerichtet und muss entsprechend Art. 288 Abs. 3 AEUV durch diese umgesetzt werden. Zum 1. Januar 2021 ist das

⁴ Ähnlich *Korch*, ZHR 2018, 440, 442: „[...] möglichst viele Unternehmen und Arbeitsplätze zu erhalten und die Sanierung weitest möglich zu erleichtern“ mit kritischer Würdigung dieses Ansatzes; zu dem Ziel eine funktionierende Kapitalmarktunion durch eine stärkere Harmonisierung zu schaffen, vgl. EWG 8 RRiL.

⁵ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 288 AEUV Rn. 23.

SanInsFoG in Kraft getreten und mit ihm die im StaRUG enthaltenen Regelungen zur Umsetzung des präventiven Restrukturierungsrahmens aus der RRiL.

Der Verabschiedung des SanInsFoG ist ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 19. September 2020 vorausgegangen.⁶ Am 4. Oktober 2020 folgte der darauf aufbauende Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz.⁷

Das SanInsFoG geht dabei im Grundsatz von einem funktionsfähigen deutschen Insolvenzrecht und einer funktionierenden Praxis außergerichtlicher Sanierungsbemühungen aus. Es versucht lediglich, die Lücke zu schließen, die dadurch entsteht, dass erfolgsversprechende und für alle Beteiligten vorteilhafte, außergerichtliche Sanierungsbemühungen am Widerstand einzelner Beteiligten scheitern können. Um in diesen Fällen die Kosten eines Insolvenzverfahrens zu vermeiden, wie etwa den Insolvenzbeschluss, die Verfahrenskosten und die Folgekosten der Publizität, soll ein Verfahren zur Verfügung stehen, welches das Sanierungsvorhaben gegen den Widerstand einzelner Beteiligten notfalls zwangsweise durchsetzen kann.⁸ Dieses vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren wird im StaRUG geregelt. Zur Abstimmung des vorinsolvenzlichen Verfahrens mit dem Insolvenzverfahren sind zudem verschiedentliche Änderungen der Insolvenzordnung, insbesondere der Insolvenzeröffnungsgründe, erforderlich geworden.⁹

Hinsichtlich der Umsetzung von Art. 19 RRiL haben sich zwischen dem SanInsFoG und dem vorausgegangenen Regierungsentwurf des SanInsFoG erhebliche Änderungen ergeben. §§ 2, 3 StaRUG RegE sah vor, dass ab dem Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit die Geschäftsleiter die Interessen der Gläubiger-gesamtheit vorrangig zu berücksichtigen haben.¹⁰ Beschlüsse und Weisungen der Überwachungsorgane und anderer Organe sollten unbeachtlich sein, soweit sie der gebotenen Wahrung der Gläubigerinteressen entgegenstehen (§ 2 Abs. 2 S. 2 StaRUG RegE). Die Verletzung der Pflicht sollte zu einer Innenhaftung gemäß § 3 StaRUG RegE führen. Ab Inanspruchnahme des SRR, genauer, ab Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache gemäß § 33 Abs. 3 StaRUG RegE, sollte die Verletzung der Pflichten gemäß § 45 StaRUG RegE zu einer Außenhaftung gegenüber den Gläubigern führen. Die §§ 2 und 3 des StaRUG RegE sind ersatzlos entfallen. Das geltende StaRUG sieht nunmehr in § 43 StaRUG eine Innenhaftung gegenüber dem

⁶ Im Folgenden RefE SanInsFoG.

⁷ BT Dr. 19/24181; im Folgenden RegE SanInsFoG. Der RegE SanInsFoG enthält neben Regelungen zur Umsetzung des präventiven Restrukturierungsrahmens gemäß der RRiL auch Regelungen, die durch die Evaluation des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011 veranlasst sind, sowie Regelungen, die der Abmilderung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19 Pandemie dienen, vgl. RegE SanInsFoG BT Dr. 19/24181, S. 1 ff.

⁸ Vgl. RegE SanInsFoG BT Dr. 19/24181, S. 85 f.

⁹ Siehe Art. 5 Nr. 8 bis Nr. 11 SanInsFoG; dazu etwa RegE SanInsFoG BT Dr. 19/24181, S. 196.

¹⁰ Dazu RegE SanInsFoG BT Dr. 19/24181, S. 105 ff.; *Brinkmann* ZIP 2020, 2361, 2364.