

Debatte über Überschuldung neu entfacht

Überschuldung kann als zwingender Insolvenzantragsgrund eine Restrukturierungsbremse sein

Börsen-Zeitung, 8.11.2023
Ist ein Unternehmen überschuldet, muss es heute zwingend einen Insolvenzantrag stellen. Das deutsche Recht weicht hier von dem vieler anderer Länder ab, die einen derartigen Antragsgrund nicht kennen. Überschuldet ist nach deutschem Recht ein Unternehmen bereits dann, wenn in der Bilanz zu Liquidationswerten die Passiva die Aktiva übersteigen und keine positive Fortbestehensprognose besteht, sprich über einen Zeitraum von zwölf Monaten nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer Durchfinanzierung ausgegangen werden kann.

Um Unternehmen insbesondere von den wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie zu entlasten, hatte der Gesetzgeber den Prognosezeitraum vorübergehend von zwölf auf vier Monate verkürzt. Diese Regelung ist zwar noch gültig. Seit dem 1. September 2023 ist jedoch der Zwölf-Monats-Zeitraum wieder in den Blick zu nehmen, wenn absehbar ist, dass nach vier Monaten das Geld ausgeht. Nach Auslaufen der Regelung zum 1. Januar 2024 gelten dann wieder uneingeschränkt zwölf Monate.

In der Praxis zeigt sich aber schon seit langem: Die Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung verengt die Handlungsmöglichkeiten der Geschäftsleitung in der Krise unnötig früh auf die Einleitung eines Insolvenzverfahrens. Gleichzeitig bewegt sich die Geschäftsleitung ab dem Zeitpunkt der Überschuldung in einem engen Korsett von Zahlungsverboten, die die finanzielle Krise im Regelfall noch beschleunigen (etwa weil Warenkreditversicherer kündigen und Lieferanten auf Vorkasse umstellen). Dabei kennt das deutsche Recht bereits flexible Sanierungsinstrumente: Insbesondere ist es seit Januar 2021 möglich, ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren nach dem Ge-

setz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG) einzuleiten und das Unternehmen auch gegen den Willen ablehnender Gläubiger oder Anteilseigner per (qualifiziertem) Mehrheitsentscheid zu restrukturieren. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Gesellschaft weder zahl-



Foto: Jonas Nefzger

Dorothee Prostedter

Partnerin bei Noerr,
Vorstandsmitglied
TMA Deutschland

lungsunfähig noch überschuldet ist.

Dabei könnte die Überschuldung, wäre sie kein zwingender, sondern nur freiwilliger Insolvenzantragsgrund, ein flexibler Anknüpfungspunkt für die Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten insbesondere zugunsten der Gläubiger sein. Zwar könnte bei Überschuldung dann immer auch ein Insolvenzverfahren beantragt werden. Dieser Antrag wäre aber eben nur ein mögliches Instrument. Alternativ könnte das StaRUG in Anspruch genommen oder eine freie Sanierung außerhalb gesetzlich strukturierter Verfahren durchgeführt werden. Die Überschuldung könnte dann den Wendepunkt hin zu einer vorrangigen Befolgung der Gläubigerinteressen (Shift of duties) markieren und damit den Weg für die aus Gläubigersicht in dem konkreten Fall beste Variante freimachen, sei es eine konsensuale Lösung,

ein Restrukturierungsplan nach dem StaRUG oder ein Insolvenzverfahren.

Der Ansatz des Gläubigerschutzes über einen Shift of duties würde sich dabei konsequent einreihen in die bereits bestehenden gesetzlichen Regelungen. So gebietet § 1 StaRUG schon heute, die Gläubigerinteressen spätestens im Zeitpunkt der dro-



Lars Westpfahl

Partner bei
Freshfields
Bruckhaus Deringer,
Vorstandsmitglied
TMA Deutschland

henden Zahlungsunfähigkeit in den Blick zu nehmen. Aber auch in anderen spezialgesetzlichen Regelungen wie etwa in den § 43 GmbH und § 93 AktG ist bereits gesetzlich angelegt, dass ab einem gewissen Zeitpunkt der Krise die Gesellschafterinteressen in den Hintergrund rücken (und etwaige Weisungen des Gesellschafters unbeachtlich sein können). Die Überschuldung wäre letztlich nur der Zeitpunkt, in dem sich dieser Pflichtenmaßstab zugunsten der Gläubigersamtheit verdichtet.

Der Vorstand und der Facharbeitskreis Restrukturierungsrecht der TMA Deutschland, Gesellschaft für Restrukturierung, plädieren bereits seit langem für – soweit möglich minimalinvasive – Änderungen und Klarstellungen des Insolvenzrechts. Im Kern spricht sich die TMA dafür aus, die Überschuldung als zwingenden Insolvenzantragsgrund zu streichen und ihn

stattdessen als freiwilligen auszugestalten. Korrespondierend wäre das Insolvenzantragsrecht der Gläubiger auf den Fall der Zahlungsunfähigkeit zu beschränken. Auch sollte Überschuldung keine Notgeschäftsführung im heutigen Format mehr auslösen; der Effekt der „Brandbeschleunigung“ würde damit abgestellt.

Würde ab Eintritt der Überschuldung zum Schutz der Gläubiger ein Shift of fiduciary duties im Sinne einer Business Judgment Rule eintreten, hieße dies: Spätestens ab Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit müssten die Geschäftsleiter die Interessen der Gläubiger bei jeder Entscheidung im Einzelfall gegen die Gesellschafterinteressen abwägen und zum Ausgleich bringen. Abhängig vom Fortschreiten der Krise würde dabei den Gläubigerinteressen im Rahmen des Leitungsermessens ein zunehmend stärkeres Gewicht zukommen. Der Eintritt der Überschuldung würde dann den Zeitpunkt markieren, in welchem dem Gläubigerinteresse grundsätzlich der Vorrang einzuräumen ist. Unabhängig von der Frage der Fortbestehensprognose sollte die Gesellschaft jedoch zugunsten ihrer Anteilsinhaber anhand einer Bilanz zu Fortführungswerten nachweisen können, dass ausreichend Vermögen vorhanden ist und somit ein Vorrang der Gläubigerinteressen gegenüber den Gesellschafterinteressen ausscheidet. Diese Rückausnahme würde im Regelfall dann enden, wenn die 13-Wochen-Liquiditätsplanung eine negative Liquidität ausweist. In diesem Fall wäre grundsätzlich ein „harter“ Shift of duties zugunsten der Gläubigersamtheit anzunehmen.

Kein Ermessensspielraum mehr zur Einleitung des Insolvenzverfahrens hingegen sollte dann bestehen, wenn die Geschäftsleitung schädigende Handlungen vornimmt, beispielsweise in das Schuldnervermögen ohne Ausgleich eingreift oder

gar Bankrottstraftaten begeht. In diesen Fällen wären alle sorgfaltswidrigen Zahlungen ab Eintritt der Überschuldung von der Geschäftsleitung zu ersetzen.

Die Einleitung und Nichtaufhebung des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens nach dem StaRUG sollte auch bei Überschuldung möglich bleiben, und zwar ohne, dass – wie derzeit – eine Prognose über die Erfolgsaussichten des StaRUG-Verfahrens mit dem Grad einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit erforderlich ist. Dabei sollte im Interesse der Gläubiger und zur Vermeidung eines Blockadepotentials für die Gesellschafter klargestellt werden: Weder die Einleitung des StaRUG-Verfahrens noch die Einleitung eines Insolvenzverfahrens bedürfen bei Überschuldung eines zustimmenden Gesellschafterbeschlusses.

Für die so verstandene Funktion für die Verdichtung des Shift of duties sollte die bisherige Definition der Überschuldung beibehalten werden. Eine positive Fortbestehensprognose sollte nach wie vor schon für sich überschuldungsvermeidend und nicht nur Maßstab für den Ansatz von Fortführungswerten in der Überschuldungsbilanz sein. Die schon heute im StaRUG vorgesehenen Informations- und Vorsorgepflichten würden nur ergänzt. Auch weitere Schutzgesetze sollten bestehen bleiben. Insbesondere § 263 StGB bliebe weiterhin relevant für die Vereinnahmung von Anzahlungen bei denen aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles die Gegenleistung als nicht mehr überwiegend wahrscheinlich erbringbar einzuschätzen ist.

Jetzt ist der richtige Zeitpunkt, diese Diskussion wieder aufzugreifen und die Chance zu nutzen, das Sanierungsumfeld von Unternehmen in Deutschland in ohnehin herausfordernden Zeiten zu stärken.