

Eigenmächtige Sanierung

Weustenfeld

2024

ISBN 978-3-406-82737-2

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Geschäftsleiters.⁸⁶⁵ Ein Auseinanderfallen der Interessen zeichnet sich insbesondere bei einer an die materielle Insolvenz heranreichenden Krise und akuter Gefährdung der Gläubigeransprüche ab, etwa wenn eine interne Sanierung ausscheidet und Sanierungsbeiträge Externer erforderlich sind.⁸⁶⁶ Die Gläubigerinteressen werden i. R. d. allgemeinen Geschäftsleiterermessens mithin nur in einem bestimmten Zeitfenster der drohenden Zahlungsunfähigkeit akut relevant.

In rechtsökonomischer Hinsicht hätte die Gläubigerorientierung im Geschäftsleiterpflichtenmaßstab zu Rechtsunsicherheit und höheren Agenturkosten geführt. Im Grundsatz gilt, dass die Höhe der Agenturkosten steigt, je komplexer die Aufgaben der Agenten sind und je größer deren Ermessensspielraum ist.⁸⁶⁷ Die hier diskutierte Regelung hätte in der GmbH Auseinandersetzungen zwischen Geschäftsführern, Gesellschaftern und Gläubigern über die Frage heraufbeschworen, welche Sanierungsmaßnahmen im Interesse der Gläubigergesamtheit liegen bzw. welche diesem zuwiderlaufen.⁸⁶⁸ Die damit verbundene Frage der Beachtlichkeit der Weisung im Einzelfall hätte den Geschäftsführer mit einer komplexen und haftungssanktionierten Einschätzung belastet.⁸⁶⁹ Unter dem Zeitdruck der Sanierung erfahren die aufgeworfenen Fragen zusätzliche Brisanz. Um haftungsrechtlich auf der sicheren Seite zu stehen, müsste die Geschäftsleitung vor zahlreichen Entscheidungen in der Krise Gutachten zur Frage einzuholen, ob und wie die Belange der Gläubiger im Verhältnis zu den Interessen der Anteilseinhaber Berücksichtigung finden müssen.⁸⁷⁰ Das würde die in Sanierungsprozessen gebotene Beschleunigung konterkarieren und gleichzeitig die Kontrollkosten der Anteilseigner erhöhen, die in der Krise verstärkt auf die Wahrung ihrer Interessen hinzuwirken hätten.

bb) Dissonanz zwischen Gläubigerausrichtung der Geschäftsleitung und der Organisationsverfassung im Übrigen

With the triggering of duty shifting, the formal ends of the corporation change. From this point on, the directors are to focus on the creditors' interests. Alas, all of the host governance system's legal and market mechanisms continue to focus on shareholders. This results in a bizarre dissonance where ends conflict with means.⁸⁷¹

Das vorangestellte Zitat verdeutlicht eine Problematik, die im Zusammenhang mit dem im StaRUG-Regierungsentwurf vorgeschlagenen Pflichtenumschwung kaum diskutiert wurde. Der *shift of fiduciary duties* verursacht eine Dissonanz zwischen der intendierten Gläubigerorientierung der Geschäftsleiterpflichten einerseits und der weiterhin auf die Interessen der Anteilseigner zugeschnittenen gesellschaftsrechtlichen Organisationsverfassung andererseits. Mit Ausnahme der zuvor erörterten Entwurfsregelung in § 2 Abs. 2 StaRUG-RegE wäre der Pflichtenumschwung der Geschäftsleiter nicht in der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung reflektiert worden. Gleichwohl führt der *shift of fiduciary duties* auch darüber hinaus zu Reibungen mit

⁸⁶⁵ So auch *Brünkmans*, ZInsO 2021, 121, 126; *Brünkmans*, ZInsO 2021, 1, 4f.

⁸⁶⁶ Vgl. auch Begr. RegE SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, S. 106; *Brünkmans*, ZInsO 2021, 1, 4; *Goetker*, in: Flöther, StaRUG, § 43 Rn. 25.

⁸⁶⁷ Vgl. *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: Kraakman et al., S. 30f.

⁸⁶⁸ Dieses Streitpotential sieht beispielsweise auch *Brünkmans*, ZInsO 2021, 1, 6.

⁸⁶⁹ So auch *Haas/Göb*, NZI 2020, 200, 201.

⁸⁷⁰ Zu dieser Kritik auch *Römermann*, GmbHR 2020, R324, R325; allgemein bezüglich des Pflichtenumschwungs vgl. auch *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 142.

⁸⁷¹ *Hu/Westbrook*, Columbia L. Rev. 107 (2007), 1321, 1365.

dem auf die Anteilseigner abgestimmten gesellschaftsrechtlichen Kompetenzgefüge. Anteilseigner und Gläubiger genießen grundverschiedene Kontroll- und Informationsrechte und haben unterschiedliche Risikoprofile.⁸⁷² Das Kapitalgesellschaftsrecht und konkretisierend der Gesellschaftsvertrag determinieren die Kontroll- und Informationsrechte der Anteilseigner. In der GmbH bestehen ausgeprägte Einsichts- und Informationsrechte der Gesellschafter (vgl. § 51a GmbHG), während den Aktionären in der AG nur ein Auskunftsrecht innerhalb der Hauptversammlung zukommt (§ 131 AktG) und die Kontrolle der Vorstandsentscheidungen in erster Linie durch die von den Aktionären bestellten Aufsichtsratsmitglieder erfolgt (§ 111 AktG). Im Fall des Pflichtenumschwungs besteht indessen kein derart austariertes Kontrollsystem für die Gläubiger. Vielmehr gelten die gesellschaftsrechtlichen Kontrollinstrumentarien zugunsten der Anteilseigner fort. Nur den Finanzgläubigern kommen Informationsrechte *qua* ihrer vertraglichen Stellung zu, die sie aber auch unabhängig von dem angeordneten Pflichtenumschwung wahrnehmen können. Den anderen Gläubigern hingegen stehen keine effektiven Möglichkeiten offen, die Wahrung ihrer Interessen bei entsprechenden Geschäftsleitungsmaßnahmen zu kontrollieren.

Um diese Inkonsistenz zu vermeiden, gewährleistet etwa die Insolvenzordnung einen Gleichlauf zwischen Verfahrensziel und Verfahrensausrichtung durch entsprechende Kontrollmechanismen. Als Kontrollinstanz zugunsten der Gläubiger bzw. dem übergeordneten Verfahrensziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung fungieren neben der Gläubigerversammlung und dem Gläubigerausschuss das Insolvenzgericht und der Insolvenzverwalter oder Sachwalter. Der Einfluss der Anteilseigner bzw. der Gesellschaftsorgane wird dem Verfahrensziel entsprechend suspendiert. Die Gläubiger genießen innerhalb der Gläubigerversammlung und des Gläubigerausschusses grundlegende Mitwirkungsbefugnisse (vgl. nur § 157 und § 69 InsO). Korrespondierend dazu sieht die Insolvenzordnung kollektive und individuelle Informationsrechte der Gläubiger (vgl. § 79 InsO zur Unterrichtung der Gläubigerversammlung) sowie besondere Berichtspflichten durch den Insolvenzverwalter (vgl. etwa § 156 InsO) vor. Es könnte nun ferner – entsprechend der Rechtslage im Insolvenzverfahren – in Bezug auf den vorinsolvenzlichen Pflichtenumschwung zugunsten der Gläubiger die Frage aufgeworfen werden, ob die gesellschaftsrechtlichen Einsichts- und Informationsrechte nach ebendiesem Pflichtenumschwung lediglich noch in modifizierter Form den Gesellschaftern zustehen sollen. Im Insolvenzverfahren geht nämlich mit der degradierten Stellung der Gesellschaftsorgane auch eine Änderung des Inhalts- und der Reichweite des Informationsanspruchs einher. Er endet im Insolvenzverfahren dort, wo der Insolvenzszweck die Gesellschafterkompetenzen überlagert.⁸⁷³ Die pauschale Suspendierung entsprechender Rechte würde sich allerdings nicht mit einem graduellen Pflichtenumschwung vertragen, sind doch die Gesellschafter nicht völlig aus ihrer Rechtsposition verdrängt. Auch verfassungsrechtlich wäre eine solche Konsequenz im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1, 9 Abs. 1 GG nicht ohne Weiteres legitimierbar. Selbige Erwägungen gelten im Übrigen für die – in der GmbH auch nach Eintritt eines *shift of fiduciary duties* bei den Gesellschaftern verbleibende – Organkompetenz zur Bestellung von Geschäftsleitern. Auch hier wird die mangelnde Systemkonformität

⁸⁷² Vgl. etwa *Baird/Henderson*, Stan L. Rev. 60 (2008), 1309, 1326.

⁸⁷³ Ausführlich dazu *Haas*, in: FS Stürner, 2013, S. 749, 759f.; *Klöhn*, in: MüKo, InsO, § 276a Rn. 39; *Zipperer*, in: Uhlenbruck, InsO, § 276a Rn. 5.

offenbar.⁸⁷⁴ Nachzudenken wäre ferner über eine Pflicht des Geschäftsführers, nach Eintritt des Pflichtenumschwungs primär die Umsetzbarkeit der von Gläubigern stammenden Sanierungskonzepte zu prüfen, sofern letztere nicht nur Individualinteressen, sondern auch dem Interesse der Gläubigergesamtheit Rechnung tragen. Indes findet sich im gesellschaftsrechtlichen Kompetenzgefüge auch hierfür keine unmittelbare Grundlage. Es zeigt sich: Die Organisationsverfassung ist bei einer fließenden Pflichtenverschiebung außerhalb eines prozeduralen Rahmens merklich schwieriger an die Gläubigerorientierung anzupassen als in einem zeitlich abgesteckten Verfahren. Das auf die Anteilseigner zugeschnittene, kapitalgesellschaftsrechtliche Verbandsgefüge hält keine zureichenden Lösungen für einen Pflichtenumschwung bereit. Die Befürworter des *shift of fiduciary duties* vernachlässigen die dadurch hervorgerufenen Unstimmigkeiten. Bei künftigen Gesetzgebungsverfahren, in denen die Diskussion über einen Pflichtenumschwung gewiss nicht ausbleiben wird, sollten sich die Gesellschaftsrechtler mehr Gehör verschaffen.

cc) Zwischenergebnis. Die Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 StaRUG-RegE hätte aufgrund der Bezugnahme auf den dynamischen Pflichtenumschwung entgegen zahlreichen Stimmen im Schrifttum nicht zur pauschalen Suspendierung des verbandsrechtlichen Verfahrenseingangsschutzes geführt. Nach Analyse der grundsätzlichen Interessendivergenz unter Gläubigern bleibt resümierend festzuhalten, dass die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der *Gläubigerinteressen* den juristisch geschulten Rechtsanwender und erst recht den Geschäftsleiter vor ungeahnte Hürden gestellt hätte. Die Interessen der Anteilseigner lassen sich mit dem Gewinnziel als rationalem Minimalkens leichter bündeln als die Interessen einer nicht näher spezifizierten Gruppe von unterschiedlich gesicherten Gläubigern, die sich gerade nicht wie die Anteilseigner zu einem Verband zusammengeschlossen haben und abhängig von Intention und vertraglicher Stellung völlig konträre Interessen verfolgen. Mit dem diskretionären Spielraum der Geschäftsleiter wären sanierungsfeindliche Operabilitätsprobleme, ein gesteigerter Beratungsbedarf und höhere Kontrollkosten einhergegangen. Endlich würde ein vorinsolvenzlicher Pflichtenumschwung eine Dissonanz zwischen Geschäftsleitungsmaßstab und der generellen Organisationsverfassung hervorrufen. Gesellschaftsrechtlich vorgesehene Kompetenzen wie Informations- oder Organbestellungsrechte würden auch nach dem Pflichtenumschwung weiter den Gesellschaftern bzw. entsprechenden Gesellschaftsorganen zustehen und nicht den Gläubigern.

b) Pflichtenumschwung zum Gläubigerinteresse in der Krise de lege lata?

Zu klären bleibt, ob sich *de lege lata* in Kapitalgesellschaften im Vorfeld materieller Insolvenzreife ein Wandel des Geschäftsleiterpflichtenmaßstabs weg vom Unternehmensinteresse hin zu den Gläubigerinteressen begründen lässt.

aa) Meinungsstand. Die Debatte um den Eintritt eines Pflichtenumschwungs wurde national zunächst insbesondere mit Bezug zur allgemeinen Geschäftsführer-

⁸⁷⁴ Pointiert *Hu/Westbrook*, Columbia L. Rev. 107 (2007), 1321, 1366: *Under the duty shifting doctrines' framework, the managers remain the agents, while the creditors become the principals. But the new principals lack the right to choose their agents. The old principals continue to have that right and thereby continue to have some control over those agents. The result would be akin to allowing French voters to select the President of the United States.*

haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG und deren Bedeutung in der vorläufigen Eigenverwaltung geführt.⁸⁷⁵ Inzwischen hat sich die durch das Gesetzgebungsverfahren des SanInsFoG angeheizte Diskussion davon abstrahiert. Als gesichert dürfte noch der Ausgangspunkt gelten, dass es sich um keine Pflichtenstellung unmittelbar gegenüber den Gläubigern, sondern stets um eine solche gegenüber der Gesellschaft handelt.⁸⁷⁶ Die Mehrheit im Schrifttum befürwortet eine primäre Ausrichtung der Geschäftsführerpflichten an den Gläubigerinteressen erst nach materieller Insolvenzreife⁸⁷⁷ und lehnt einen früher einsetzenden (vorinsolvenzlichen) Pflichtenumschwung ab.⁸⁷⁸ Demgegenüber möchten diverse Stimmen trotz der vor dem Hintergrund massiver Kritik⁸⁷⁹ erfolgten Streichung des § 2 Abs. 1 StaRUG-RegE dem geltenden Recht einen *shift of fiduciary duties* auch schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit entnehmen.⁸⁸⁰ *Bitter* möchte eine entsprechende Gläubigerorientierung in den allgemeinen Sorgfaltsmaßstab nach § 43 GmbHG und §§ 76, 93 AktG hineinlesen.⁸⁸¹ Neben den bereits oben

⁸⁷⁵ Vgl. etwa *Bitter*, in: Scholz, GmbHG, § 64 Rn. 32, 463. Zwischenzeitlich hat der BGH – und nunmehr auch der Gesetzgeber (vgl. § 276a Abs. 2 Satz 1 InsO) – klargestellt, dass den Geschäftsleiter einer eigenverwalteten Gesellschaft eine Außenhaftung analog §§ 60, 61 InsO trifft, BGH, Urt. v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290, NJW 2018, 2125 Rn. 28, 47 ff. Die in der Literatur erwogene Lösung über eine Binnenhaftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG (beispielhaft *Haas*, in: FS Stürner, 2013, S. 749, 763; *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 566 f.; *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106), die eine primären Gläubigerschutz der Norm ab materieller Insolvenzreife oder jedenfalls Insolvenzeröffnung erfordert hätte, ist damit hinfällig.

⁸⁷⁶ Vgl. mit rechtsvergleichendem Bezug schon *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004), 174, 199.

⁸⁷⁷ Vgl. etwa *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 5; für den Vorstand *Klöhn*, ZGR 2008, 110, 155 f.; *Verse*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 60a; so auch noch *Bitter/Baschnagel*, ZInsO 2018, 557, 566 f.; *Brinkmann*, in: FS Seibert, 2019, S. 165, 173 f.; dies mit Blick auf die Masseerhaltung im Zusammenhang mit den Zahlungsverboten bejahend auch *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 396 f.; dem folgend *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 106; *H.-F. Müller*, ZGR 2018, 56, 84 mit Betonung auf der gläubigerschützenden Insolvenzantrags- und Masseerhaltungspflicht; jedenfalls angedeutet auch im Urteil des OLG München, Urt. v. 9.8.2018 – 23 U 2936/17, GmbHR 2018, 1058, 1061 (juris Rn. 71). Das OLG München geht davon aus, dass die Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG ab dem Zeitpunkt der insolvenzrechtlichen Überschuldung nicht mehr der Disposition der Gesellschaft unterliegt. Hingegen erst ab Insolvenzeröffnung eine primäre Gläubigerausrichtung annehmend *Jacoby*, in: FS Vallender, 2015, S. 261, 271 f.

⁸⁷⁸ Vgl. *Casper*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, §§ 63, 64 Rn. 40; *Koch*, AktG, § 92 Rn. 24; *Klöhn*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, § 43 Rn. 6; *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 1 StaRUG Rn. 21; *Thole*, in: Jacoby/Thole, StaRUG, § 1 Rn. 35; *Goetker*, in: Flöther, StaRUG, § 1 Rn. 6; *Schäfer*, in: FS Gehrlein, 2022, S. 491, 501 f.; *Binder*, in: FS Smid, 2022, S. 469, 479 ff.; *Korch*, GmbHR 2021, 793, 798; *L. Guntermann*, WM 2021, 214, 218; *Tresselt/Glückler*, NWB Sanieren 2021, 80, 84; *Jungmann*, ZRI 2021, 209, 211 f.; plastisch *Scholz*, ZIP 2021, 219, 220: der Rechtsanwender dürfe die gesetzgeberische Streichung der entsprechenden Entwurfsregelung nicht als „Ausgangspunkt für rechtsfortbildende Abenteuer“ nehmen; tendenziell auch *Brünkmans*, ZInsO 2021, 121, 126.

⁸⁷⁹ Siehe nur *Korch*, NZG 2020, 1299, 1301 f.; *Kuntz*, ZIP 2020, 2423: „Gesetzlich verordnete bad corporate governance“. Nach der Streichung *Binder*, in: FS Smid, 2022, S. 469, 480 f.

⁸⁸⁰ So *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17; *Bitter*, ZIP 2021, 321, 322, 335; *Hölzle*, in: Bieg/Borchardt/Frind, Teil 2 B. II. Rn. 44, 48, Teil 2 B. IV. Rn. 11; *Hölzle*, Praxisleitfaden SanInsFoG, Vor § 32 StaRUG Rn. 3 ff.; *Hölzle*, in: FS Gehrlein, 2022, S. 261, 269 ff.; *Kuntz*, ZIP 2021, 597, 610; *Weitzmann*, in: Pannen/Riedemann/Smid, StaRUG, § 1 Rn. 27; *Hoffmann*, WM 2021, 429, 434; wohl auch *Balthasar*, NZI-Beilage 2021, 18, 21; *Bea/Dressler*, NZI 2021, 67 ff.; tendenziell auch *Giorotto/Czerny*, NZI Beilage 2021, 66, 68.

⁸⁸¹ Ob *Bitter* dies nur für den Fall des Zusammentreffens von drohender Zahlungsunfähigkeit mit Überschuldung so sieht (so wohl *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17), wird nicht ganz klar. In

erörterten Vorgaben des Art. 19 lit. a RRL zum Gläubigerschutz stützen sich die Befürworter eines vorinsolvenzlichen Pflichtenumschwungs auf die Einschätzung des Rechtsausschusses im Zusammenhang mit der Streichung, wonach das mit der Einschränkung des Überschuldungsstatbestands verbundene geringere Gläubigerschutzniveau durch die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen aufgefangen werden solle.⁸⁸² *Kuntz* möchte den scheinbar richtlinienwidrigen Zustand nicht durch eine Aufladung des gesellschaftsrechtlichen Pflichtenmaßstabs korrigieren, sondern schlägt eine analoge Anwendung des § 43 Abs. 1 Satz 1 StaRUG vor Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache vor, um eine von ihm entwickelte gläubigerorientierte Pflichtenmodifikation zu implementieren.⁸⁸³ In ähnlicher Weise versucht auch *Hölzle* eine der Rechtshängigkeit vorgelagerte Anwendung des § 32 Abs. 1 Satz 1 StaRUG zu begründen.⁸⁸⁴

bb) Kein Pflichtenumschwung vor materieller Insolvenzreife. Für den hiesigen Gedankengang bedarf es keiner Erörterung, ob im Zustand materieller Insolvenzreife ein Pflichtenumschwung zugunsten der Gläubiger eintritt. Im Hinblick auf das Kompetenzgefüge bei der Initiierung eines freiwilligen Insolvenz- oder Restrukturierungsverfahrens ist allein von Relevanz, ob bereits vor materieller Insolvenzreife eine primäre Gläubigerorientierung der Geschäftsleitung *de lege lata* unterstellt werden kann.

(1) Keine Aufladung des gesellschaftsrechtlichen Pflichtenmaßstabs. Ungeachtet der übergeordneten Frage, ob der Rechtsanwender einen allgemeinen Pflichtenumschwung zum Gläubigerinteresse im Wege der Auslegung der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften überhaupt konstruieren darf⁸⁸⁵ oder ob es sich hierbei vielmehr um eine unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem*⁸⁸⁶ handelt, steht der Vorschlag *Bitters* zur Aufladung des gesellschaftsrechtlichen Pflichtenmaßstabs methodisch auf tönernen Füßen und ist daher abzulehnen. Die Erkenntnisse aus dem SanInsFoG-Gesetzgebungsverfahren können kaum geleugnet werden. Die gedankliche Basis für *Bitters* These vom Pflichtenumschwung – nämlich das Zusammenfallen

Bitter, ZIP 2021, 321, 322, 335 spricht er jedenfalls generell von einer „Tendenz zu einem frühen Eingreifen des Gläubigerschutzes“.

⁸⁸² So beispielsweise *Bitter*, ZIP 2021, 321, 322, 335; *Balthasar*, NZI-Beilage 2021, 18, 21.

⁸⁸³ Vgl. *Kuntz*, ZIP 2021, 597, 610. *Smid*, ZInsO 2021, 117, 119f. möchte die Norm – ohne auf den klar entgegenstehenden Wortlaut einzugehen – gar in direkter Anwendung unabhängig von einer Restrukturierungsanzeige (ohne die es keine Restrukturierungssache gibt) anwenden.

⁸⁸⁴ Siehe *Hölzle*, in: Bieg/Borchardt/Frind, Teil 2 B. II. Rn. 44, 48, Teil 2 B. IV. Rn. 11. In späteren Veröffentlichungen möchte er den *shift of fiduciary duties* in § 1 Abs. 1 Satz 2 StaRUG hineininterpretieren, vgl. *Hölzle*, in: FS Gehrlein, 2022, S. 261, 277 ff. Dem wird sich an späterer Stelle der Arbeit gewidmet (vgl. 4. Teil: B. V. 4, S. 172 ff.).

⁸⁸⁵ Dafür etwa *Bitter*, GmbH 2021, R16, R17; vor dem SanInsFoG auch, *Eidenmüller*, EBOR 7 (2006), 239, 250, Fn. 33; dem folgend *Mobaupt*, Geschäftsleiterpflichten in der Unternehmenskrise, 2017, S. 273, 327f. zur Möglichkeit der Auslegung i.S.d. von ihr entwickelten *Drei-Phasen-Modells*. Für das Erfordernis einer gesetzlichen Normierung z. B. *Jungmann*, ZRI 2021, 209, 215 f.

⁸⁸⁶ Wenngleich die Grenzen zulässiger Auslegung und unzulässiger Rechtsfortbildung naturgemäß fließend sind, begegnet die Konstruktion eines nebulösen Pflichtenumschwungs vor materieller Insolvenzreife durch den Rechtsanwender angesichts der immensen Auswirkungen der geänderten Pflichtenstellung auf die Organisationsverfassung und die Rechte der Gesellschafter erheblichen Bedenken. Der Gesetzgeber der Insolvenzordnung schreibt den Insolvenzzeitpunkt dezisionistisch fest und der ökonomische Wechsel der Residualberechtigung ist kaum präzise zu determinieren.

von Überschuldung und drohender Zahlungsunfähigkeit⁸⁸⁷ – wurde bereits oben ausführlich widerlegt.⁸⁸⁸ Ferner widerspricht es den Grundsätzen einer historischen Auslegung, die begründete Streichung einer in einer Entwurfsfassung vorgesehenen Norm zum Anlass zu nehmen, die in der gestrichenen Norm vorgesehene Rechtslage in das geltende Recht zu implementieren.⁸⁸⁹ Gleichzeitig ist *Bitter* jedoch zu konzedieren, dass der Appell des Rechtsausschusses zur Abfederung von Gläubigerinteressen durch das Gesellschaftsrecht nicht vernachlässigt werden sollte. Durchaus ist eine partielle Kompensation des mit dem SanInsFoG verkürzten Überschuldungsfensters durch gesellschaftsrechtliche Schutzmechanismen denkbar. In diesem Kontext ist an späterer Stelle⁸⁹⁰ noch auf die Sanierungspflicht zurückzukommen. Wenngleich auch eine stärkere Akzentuierung von Gläubigerbelangen im Gesellschaftsrecht möglich ist, so ist ein allgemeiner Pflichtenumschwung vor materieller Insolvenzreife dem deutschen Gesellschaftsrecht indes fremd. Entgegen *Bitters* Darstellungen lag diese Sichtweise zur geltenden Rechtslage auch dem StaRUG-Regierungsentwurf explizit zugrunde.⁸⁹¹ Die mangelnde Erfahrung der überwiegenden Anzahl der europäischen Mitgliedstaaten mit einem *shift of fiduciary duties* war gerade auch der Grund für den Umsetzungsspielraum, den der Richtliniengeber der Restrukturierungsrichtlinie den nationalen Parlamenten in diesem Kontext beließ. Es liegt daher deutlich näher, die Streichung der §§ 2, 3 StaRUG-RegE als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für einen weiterhin primär reflexiven bzw. indirekten Schutz der Gläubigerinteressen durch den gesellschaftsrechtlichen Pflichtenmaßstab im vorinsolvenzlichen Krisenstadium zu werten.⁸⁹² Damit korrespondiert die Gesetzessystematik des StaRUG und der InsO. § 43 Abs. 1 StaRUG sieht eine Änderung des Pflichtenmaßstabs zugunsten der Gläubigerinteressen erst ab Anzeige des Restrukturierungsvorhabens vor. Eine vergleichbare Gläubigerorientierung findet sich im Pflichtenprogramm des Geschäftsführers in der Eigenverwaltung (vgl. § 270e Abs. 1 Nr. 1 InsO). Die Regelungen ergäben kaum Sinn, würde man vorgelagert bereits auf gesellschaftsrechtlicher Ebene eine derartige Pflichtenorientierung konstruieren.

Das gefundene Ergebnis wird auch durch neuere Rechtsprechung des BGH gestützt. Der BGH hat eine den §§ 43 Abs. 2 GmbHG, 93 Abs. 2 Satz 1 AktG entnommene Haftung des Geschäftsführers in der Eigenverwaltung abgelehnt, da die organschaftlichen Pflichten nicht dem Zweck dienten, Gesellschaftsgläubiger vor den mittelbaren Folgen einer sorgfaltswidrigen Geschäftsleitung zu schützen.⁸⁹³ Wenn der BGH aus diesen teleologischen Erwägungen heraus deren Nichtgeltung innerhalb des rein gläubigerorientierten Insolvenzeigenverwaltungsverfahrens rechtfertigt, dann muss vor der Insolvenz erst recht gelten, dass eine primär gläubigerschützende Orientierung dem gesellschaftsrechtlichen Pflichtenmaßstab grundsätzlich fremd ist.

⁸⁸⁷ Vgl. *Bitter*, GmbHR 2021, R16, R17.

⁸⁸⁸ Siehe 2. Teil: B. I. 1. b) cc), S. 19 ff.

⁸⁸⁹ Ähnlich *Scholz*, ZIP 2021, 219, 220.

⁸⁹⁰ Vgl. dazu unten 4. Teil: B. V. 4, S. 171 ff.

⁸⁹¹ Vgl. zur aktuellen Rechtslage in der Begr. RegE SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, S. 85: *Geschäftsleiter haftungsbeschränkter Rechtsträger [...] sind dabei nach überwiegender Auffassung bis zum Eintritt der Insolvenzreife nicht zur Wahrung der Interessen der Gläubiger verpflichtet, wo diese mit den Interessen der Anteilhaber in Konkurrenz oder Konflikt stehen.*

⁸⁹² So im Ergebnis auch *Goetker*, in: Flöther, StaRUG, § 1 Rn. 6, 121. M. w. N. zum mittelbaren Gläubigerschutz durch die kapitalgesellschaftsrechtliche Pflichtenbindung *Ziemons*, in: MHLs, GmbHG, § 43 Rn. 7: Das Gläubigerinteresse gehe im Gesellschaftsinteresse auf.

⁸⁹³ Vgl. BGH, Urt. v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17, BGHZ 218, 290, NJW 2018, 2125 Rn. 31.

(2) **Keine analoge Anwendung der §§ 43 Abs. 1 Satz 1, 32 Abs. 1 Satz 1 StaRUG.** Der Vorschlag einer §§ 43 Abs. 1 Satz 1, 32 Abs. 1 Satz 1 StaRUG entnommenen Analogie vor Rechtshängigkeit vermag vor dem Hintergrund des Gesetzgebungsverfahrens ebenfalls nicht zu überzeugen. Es fehlt an einer planwidrigen Regelungslücke angesichts der bewussten gesetzgeberischen Streichung der Entwurfsnorm. Zweifel an einer entsprechenden Analogiebasis aus dem StaRUG kommen auch deshalb auf, weil der Rechtsausschuss im Kontext der Streichung eine Abfederung der Gläubigerinteressen explizit im Gesellschaftsrecht verortete. Ferner existiert keine vergleichbare Interessenlage. Die prozedurale Verfahrenspflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen dient nach der gesetzgeberischen Intention als Ausgleich für die den Gläubigern drohenden Rechtseinbußen durch den Restrukturierungsplan. Solche Einbußen sind indes ohne die Verfahrensanzeige nicht zu befürchten. Auch die systematische Stellung der §§ 43, 32 StaRUG innerhalb des zweiten Teils des StaRUG, der sich lediglich auf den initiierten Restrukturierungsrahmen bezieht, steht einer Ausdehnung der Normen auf den allgemein geltenden Pflichtenmaßstab entgegen. Schließlich würde die Anwendung der Vorschriften außerhalb des Restrukturierungsrahmens angesichts des in dieser Untersuchung hergeleiteten Verständnisses des Pflichtenmaßstabs als rein verfahrensorientiert⁸⁹⁴ keinerlei Sinn ergeben.

(3) **Regulierungstheoretische Erwägungen.** Abschließend sollen in prägnanter Form diverse regulierungstheoretische Überlegungen angestellt werden. Deren Vertiefung bleibt Forschungsarbeiten vorbehalten, die schwerpunktmäßig der Frage der Erforderlichkeit eines *shift of fiduciary duties* nach den Neuerungen durch das SanInsFoG nachgehen.

Bereits oben wurde erörtert, dass der Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit einen erheblichen Beurteilungsspielraum beinhaltet⁸⁹⁵ und daher keinen exakt messbaren Anknüpfungspunkt für ein verändertes Pflichtenregime des Geschäftsführers darstellt. Ohne einen entsprechenden Formalisierungsakt – entsprechend der für die Wirkung des § 276a Abs. 1 InsO erforderlichen Eröffnungsbeschlusses oder der für das Eingreifen der Verfahrenspflicht nach § 32 Abs. 1 StaRUG notwendigen Restrukturierungsanzeige – ist der maßgebliche Zeitpunkt für das geänderte Pflichtenregime nicht rechtssicher feststellbar. Des Weiteren sind die Rechtsfolgen eines geänderten Pflichtenregimes für den Geschäftsführer in Anbetracht der bereits oben geschilderten Disparität der Gläubigerinteressen kaum bestimmbar. Die Komplexität der Einbeziehung von Gläubigerbelangen bei Geschäftsführerentscheidungen zeigt sich auch deutlich in anglo-amerikanischen Rechtsordnungen,⁸⁹⁶ in denen der *shift of fiduciary duties* traditionell eine größere Rolle spielte als im hiesigen Rechtskreis. Angesichts der fehlenden Konturierung eines an Gläubigerinteressen ausgerichteten Geschäftsleitungsermessens revidierte etwa der Delaware *Supreme Court* 2007 in der

⁸⁹⁴ Dazu oben 3. Teil: C. II. 2. a), S. 61 ff.

⁸⁹⁵ S. o. unter 2. Teil: B. II. 1. b), S. 26 ff.

⁸⁹⁶ Zu diesem Befund vgl. auch schon Veil, ZGR 2006, 374, 390f.; H.-F. Müller, ZGR 2018, 56, 85. Vgl. dazu auch rechtsvergleichende Erkenntnisse aus Großbritannien von A. Guntermann, Geschäftsleiterverantwortung bei wahrscheinlicher Insolvenz, 2021, S. 268, die das dortige Meinungsspektrum zur Frage, wie Gläubigerinteressen zu berücksichtigen sind, als diffus bezeichnet.

Gheewalla-Entscheidung⁸⁹⁷ das auf der *Credit Lyonnais*-Rechtsprechung von 1991⁸⁹⁸ basierende Konzept eines Pflichtenumschwungs. Der *shift of fiduciary duties* genoss in den USA folglich eine sehr kurze Halbwertszeit. Auch in England wurde der dort anerkannte Pflichtenumschwung durch ein aktuelles Urteil jedenfalls im zeitlichen Anwendungsbereich stark eingeschränkt.⁸⁹⁹

Ein Pflichtenumschwung zugunsten der Gläubiger würde höhere Transaktionskosten und Rechtsunsicherheit nach sich ziehen.⁹⁰⁰ Die Geschäftsleiter würden der Möglichkeit beraubt, *ex ante* zu bestimmen, ob ihre Entscheidungen einem möglichen *shift of fiduciary duties* Rechnung tragen.⁹⁰¹ Folge wäre ein erhöhter Beratungsbedarf durch Restrukturierungsexperten. Gleichzeitig hätte eine haftungsbedrohte Verlagerung der Treuepflichten ein tendenziell risikoaverseres Verhalten der Geschäftsleiter zur Folge. Die in der Krise allgegenwärtige Gefahr der Vernachlässigung von Gläubigerinteressen könnte den Geschäftsleiter vom Eingehen unternehmerisch sinnvoller Risiken abhalten.⁹⁰² Ein dynamischer Pflichtenumschwung würde insoweit das sog. „*too many masters*“-Problem perpetuieren und den Prinzipal-Agenten-Konflikt verschärfen, indem der Geschäftsleiter gleichzeitig Gesellschafter- und Gläubigerinteressen verschrieben wäre.⁹⁰³ Dies könnte zur Erosion der Geschäftsleiterverantwortung führen, da sich stets Gründe für die Bevorzugung der einen oder anderen Gruppe finden lassen.⁹⁰⁴

Besonders praxisfern erscheint die Annahme, Geschäftsführer könnten *ex ante* den jeweiligen Nettobarwert diverser Investitionsentscheidungen verlässlich und präzise prognostizieren und anschließend eine gläubigerorientierte Entscheidung treffen.⁹⁰⁵ Die Berechnung der erwarteten Rückflüsse einer Investition basiert auf zahlreichen Alternativszenarien, Prognosen und Annahmen, sodass die Praxis oft auf Faustregeln

⁸⁹⁷ *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Rob Gheewalla*, 2006 WL 2588971 (Del. Ch. 2006), abrufbar unter [http://courts.delaware.gov/opinions/\(4uOr-go45nbbmvbjkpg0n4cc\)/download.aspx?ID=92000](http://courts.delaware.gov/opinions/(4uOr-go45nbbmvbjkpg0n4cc)/download.aspx?ID=92000), S. 19; *The need for providing directors with definitive guidance compels us to hold that no direct claim for breach of fiduciary duties may be asserted by the creditors of a solvent corporation that is operating in the zone of insolvency. When a solvent corporation is navigating in the zone of insolvency, the focus for Delaware directors does not change: directors must continue to discharge their fiduciary duties to the corporation and its shareholders by exercising their business judgement in the best interests of the corporation for the benefit of its shareholder owners.* Vgl. zur Entscheidung z. B. Klöhn, ZGR 2008, 110, 126 f.

⁸⁹⁸ S. o. Fn. 721.

⁸⁹⁹ Siehe *BTI 2014 LLC v. Sequana SA and others* (2022) UKSC 25, Rn. 81 f., 88. Näher dazu noch unten bei Fn. 1070.

⁹⁰⁰ M. w. N. Klöhn, ZGR 2008, 110, 141; jüngst mit Blick auf die gestrichenen §§ 2, 3 StaRUG-RegE auch Binder, in: FS Smid, 2022, S. 469, 480.

⁹⁰¹ Vgl. dazu nur Bainbridge, *Directors' Fiduciary Duties in the Vicinity of Insolvency*, 2005, S. 24 "Standards that require the directors to balance the interests of multiple constituencies [...] deprive directors of the critical ability to determine *ex ante* whether their behavior comports with the law's demands, raising the transaction costs of corporate governance."

⁹⁰² Sog. *chilling effect*, Klöhn, ZGR 2008, 110, 142 f.; prägnant Jelisaovic, J. Corp. L. 18 (1992), 145, 159.

⁹⁰³ Dazu Kuntz, ZIP 2020, 2423; zur Problematik generell Easterbrook/Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1996, S. 38; sowie Kuntz, in: FS Hopt, 2020, S. 653, 656 f.

⁹⁰⁴ Vgl. etwa Kuntz, ZIP 2020, 2423; Klöhn, ZGR 2008, 110, 146; plastisch auch Bainbridge, *Directors' Fiduciary Duties in the Vicinity of Insolvency*, 2005, S. 24, "Directors who are responsible to everyone are accountable to no one".

⁹⁰⁵ Zutreffend Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, § 76 Rn. 30.