Hamburger Kommentar zum Restrukturierungsrecht

StaRUG – Krisen-Compliance – IDW S6 –
Exit-Strategien – Arbeitsrecht – Steuerrecht

Herausgegeben von

Dr. Andreas Schmidt
Richter am AG, Insolvenz- und Restrukturierungsrichter, AG Hamburg

3. Auflage

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2022

Zitiervorschlag: HambKomm-RestR/*Bearbeiter* § 1 StaRUG Rn. 1 / Anh. 1 Rn. 1

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.

ISBN 978-3-452-29766-2

Carl Heymanns Verlag 2022

www.wolterskluwer.de

Alle Rechte vorbehalten.

© 2022 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autoren übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Satz: Datagroup-Int SRL, Timisoara, Romania

Druck und Weiterverarbeitung: Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu, Sandomierz, Polen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Leseprobe

Vorwort

Mit dem neuen »Hamburger Kommentar zum Restrukturierungsrecht« (in der ersten und zweiten Auflage: »Sanierungsrecht«) liegt nunmehr erstmals ein Werk vor, dass den »Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht« perfekt ergänzt: Während das letztere Werk, das mittlerweile in 9. Auflage vorliegt, Kommentierungen zum gesamten Insolvenzrecht einschließlich der Sanierung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens (insb.: Eigenverwaltung, Insolvenzplan) liefert, beschäftigt sich das neue Mitglied der Familie im Schwerpunkt mit dem StaRUG sowie der (klassischen) außergerichtlichen Sanierung.

Ein Kernbestandteil des neuen Kommentars ist das als Teil des umfassenden SanInsFoG zum 01.01.2021 in Kraft getretene **StaRUG** (»Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen«). Die einzelnen Kommentierungen des StaRUG stammen ausschließlich aus der Hand von versierten und renommierten Praktikern und Praktikerinnen, die eine Menge Erfahrung im Umgang mit Sanierungen mitbringen, und zwar sowohl aus der Sicht des Beraters als auch aus der des Insolvenzverwalters bzw. Sachwalters sowie – last but not least – des Restrukturierungsrichters. Deshalb gilt auch hier: **Von Praktikern für Praktiker!**

Zu einer an den Bedürfnissen der Praxis orientierten Kommentierung des StaRUG mit seinem **Schlüsselbegriff »drohende Zahlungsunfähigkeit«** gehört ohne Zweifel ein Blick über den Tellerrand hinaus. Wo liegen die **Schnittstellen zur Sanierung in Rahmen eines Insolvenzverfahrens**? Ab wann und bis wann ist die Tür offen für ein Verfahren nach dem StaRUG? Wann ist es besser, ins StaRUG-Verfahren zu gehen, wann ist Verfahren in Eigenverwaltung vorzugswürdig, sei es mit oder ohne Insolvenzplan? Und wie verhält es sich namentlich mit der **Haftung der Geschäftsleiter und Berater** für Handlungen, die während der Krise, namentlich nach Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit, vorgenommen werden? All diese Fragen, zu denen bislang nur vereinzelte Rechtsprechung und die ein oder andere Kommentierung vorliegt, können nur beantwortet werden, wenn der Blick auch auf den Standort des StaRUG als neues »Tool« in der Werkzeugkiste des Sanierungs- und Restrukturierungsrechts gerichtet wird.

Einen weiteren Kernbestandteil des neuen Kommentars enthält **Anhang I**, der sich mit der (klassischen) **außergerichtlichen Sanierung** beschäftigt. In diesem Rahmen werden zunächst Fragen um die zunehmend an Bedeutung gewinnende **Krisen-Compliance** sowie den **IDW S6** beleuchtet. Daneben geht es in diesem wichtigen Teil des Kommentars um **Maßnahmen der Geschäftsleitung und der Kreditgeber** sowie um **Investorenlösungen** und **Exit-Strategien**. Die Autoren und Autorinnen, die diesen Anhang verantworten, sind allesamt namhafte und erfahrene Restrukturierungsberater und haben ihr umfangreiches Know-how gewinnbringend eingebracht.

Abgerundet wird der neue Kommentar durch drei weitere Anhänge, die sich mit dem **Arbeitsrecht in der Sanierung** (Anhang II), dem **Steuerrecht in der Sanierung** (Anhang III) sowie der **Restrukturierung von Anleihen** (Anhang IV) beschäftigen.

Mein besonderer Dank gilt sämtlichen Autoren und Autorinnen, und zwar sowohl denjenigen, die ohne zu Zögern den Schritt vom »Sanierungsrecht« zum »Hamburger Kommentar zum Restrukturierungsrecht« mitgegangen sind, als auch denjenigen, die neu an Bord sind. Viele haben es auf sich genommen, einzelne Teile des StaRUG zu kommentieren und haben so weitgehend juristisches Neuland betreten. Dies erfordert Mut und verdient großen Respekt.

Mein Dank gilt aber auch unserer mittlerweile langjährigen Lektorin *Birgit Kerber,* die äußerst kluge Ideen insbesondere zu Fragen um den Aufbau des Werkes und die Gliederung einzelner Teile beigetragen hat, ebenso *Jan Schmidt,* der als Verlagsleiter spontan und mit großem Engagement den Weg hin zum »Hamburger Kommentar zum Restrukturierungsrecht« begleitet hat; ihm danke ich auch für das mir erneut entgegengebrachte Vertrauen. Schließlich gilt mein Dank den zahlreichen weiteren Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen von Wolters Kluwer, die die Flagge »Hamburger Kommentar« begleiten und ermöglichen.

Hamburg, im Oktober 2021 Dr. Andreas Schmidt

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

Autorenverzeichnis

Harald Amer, LL.M. (Univ. of San Diego)
Rechtsanwalt, Clifford Chance Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung, München

Stefan Denkhaus
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, BRL Boege Rohde Luebbehuesen, Hamburg

Dr. Holger Ellers
Rechtsanwalt, Dentons Europe LLP, Berlin

Dr. Arne Friel
Rechtsanwalt, Notar, Dentons Europe LLP, Berlin

Jens Haas
Managing Director, Unternehmensberater und Interim-Manager, AlixPartners GmbH, München

Dr. Andreas Henkel
Rechtsanwalt und Betriebswirt (IWW), Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter/Sachwalter, Stellmach & Bröckers, Hamburg

Priv.-Doz. Dr. Gerrit Hölzle
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Fachanwalt für Steuerrecht, Görg Rechtsanwälte / Insolvenzverwalter GbR, Hamburg

Birte Jensen
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalterin, Johlke Niethammer, Hamburg

Simone Kaldenbach
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalterin, GÖRG, Friedrichshafen

Friedrich von Kaltenborn-Stachau
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Fellow INSOL International, Insolvenzverwalter, BRL Boege Rohde Luebbehuesen, Hamburg

Béla Knof
Rechtsanwalt, White & Case, Hamburg

Nils Krause
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, ECOVIS Insolvenz und Sanierungs AG Rechtsanwaltsgesellschaft, Hamburg

Michael W. Kuleisa
Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter, Schwemer Titz & Tötter, Hamburg

Dr. Holger Leichtle
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, GÖRG, Stuttgart

Moritz Lochmann
Rechtsanwalt, Gleiss Lutz Rechtsanwälte, München

Prof. Dr. Torsten Martini
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Leonhardt Rattunde, Berlin

Dr. Stefan Mayer
Rechtsanwalt, Steuerberater, Gleiss Lutz, Frankfurt am Main

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

Dominik Montag
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, Römermann Insolvenzverwalter Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Hamburg

Dr. Christoph Morgen
Rechtsanwalt, Steuerberater, Insolvenzverwalter, Betriebswirt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Brinkmann & Partner Rechtsanwälte | Steuerberater | Insolvenzverwalter, Hamburg

Isabell Radunz
Rechtsanwältin, Johlke Niethammer, Hamburg

Marlies Raschke
Rechtsanwältin, Noerr Partnerschaftsgesellschaft, Dresden

Alexander von Saenger
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Schultze & Braun GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft, Bremen

Dr. Jörg Sandow
Rechtsanwalt, Ernst & Young GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Düsseldorf

Dr. Stefan Sax
Rechtsanwalt, Clifford Chance Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung, Frankfurt

Dr. Annika Schinkel
Rechtsanwältin, Brinkmann & Partner Rechtsanwälte | Steuerberater | Insolvenzverwalter, Hamburg

Christian M. Scholz
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Insolvenzverwalter, TURNER Rechtsanwälte, Hamburg

Dr. Jens-Sören Schröder
Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter, Johlke Niethammer, Hamburg

Dr. Christoph Schulte-Kaubrügger
Rechtsanwalt, Insolvenzverwalter, White & Case LLP, Berlin

Prof. Dr. Christoph H. Seibt, LL.M. (Yale)
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Hamburg

Dr. Detlef Spranger
Rechtsanwalt, Dentons Europe LLP, Berlin

Dr. Matthias Tresselt
Rechtsanwalt, Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Stuttgart

Michael Tyroller
Unternehmensberater und Interim-Manager, AlixPartners GmbH, München

Dr. Sven-Holger Undritz
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter, White & Case LLP, Hamburg

Dr. Nikolai Warneke
Rechtsanwalt, Noerr Partnerschaftsgesellschaft, Frankfurt am Main

Dr. Lars Westpfahl
Rechtsanwalt, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Hamburg

Dr. Matthias Wolgast LL.M.
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Münzel & Böhm Rechtsanwälte Steuerberater PartG mbB, Hamburg

Andreas Ziegenhagen
Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Dentons Europe LLP, Berlin

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

Bearbeiterverzeichnis

StaRUG	
Vorbem. zu § 1, § 1	Tresselt/Lochmann
§§ 2-4	Schröder
§§ 5-6	Friel/Ellers
§§ 7-13	Martini
§§ 14-16	Ellers/Friel
§§ 17-19	Jensen
§§ 20-23	Radunz
Vorbem. zu §§ 24 ff., §§ 24-28	Kaldenbach
§§ 29-32	Schröder
§ 33	Denkhaus/v. Kaltenborn-Stachau
Anh. zu § 33: Übergang vom Restrukturierungsrahmen ins Insolvenzverfahren	Morgen
§§ 34-41	Denkhaus/v. Kaltenborn-Stachau
§§ 42-44	Kuleisa
§§ 45-48	Montag
§§ 49-59	Undritz/Knof
Vorbem. zu §§ 60 ff., §§ 60-66	Leichtle
§§ 67-72	Martini
§§ 73-79	Hölzle
§§ 80-83	Wolgast
§§ 84-88	Schinkel
Vorbem. zu §§ 89 ff., §§ 89-91	Henkel
§ 92	Krause/v. Saenger
§§ 93-97	Schulte-Kaubrügger
§ 98 Vergütung	Wolgast
§ 99-100	Schulte-Kaubrügger
§§ 10-102, Anh. zu § 102: Beraterhaftung	Scholz
Anlage (zu § 5 Satz 2)	Friel/Ellers
Anhänge	
Anhang 1: Außergerichtliche Sanierung	
Abschn. 1, Abschn. 2	Tresselt/Lochmann
Abschn. 3	Sandow
Abschn. 4, A.	Haas/Tyroller
Abschn. 4, B.	Raschke/Warneke
Abschn. 4, C.	Sax/Amer
Abschn. 5, A.	Ziegenhagen/Spranger
Abschn. 5, B.	Ziegenhagen
Anhang 2: Arbeitsrecht in der Sanierung	Krause/v. Saenger
Anhang 3: Steuerrecht in der Sanierung	
A.	Ziegenhagen/Mayer
B.-D., F.-G.	Ziegenhagen
E., H.-I.	Mayer
Anhang 4: Restrukturierung von Anleihen	Westpfahl/Seibt

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Autorenverzeichnis VII
Bearbeiterverzeichnis IX
Abkürzungsverzeichnis XVII
Literaturverzeichnis XXV

Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – StaRUG) 1

Teil 1 Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement 1
Vorbemerkung zu § 1 1
§ 1 Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement bei haftungsbeschränkten Unternehmensträgern 2

Teil 2 Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen 9

Kapitel 1 Restrukturierungsplan 9

Abschnitt 1 Gestaltung von Rechtsverhältnissen 9
§ 2 Gestaltbare Rechtsverhältnisse 9
§ 3 Bedingte und nicht fällige Restrukturierungsforderungen; Forderungen aus gegenseitigen Verträgen 23
§ 4 Ausgenommene Rechtsverhältnisse 25

Abschnitt 2 Anforderungen an den Restrukturierungsplan 28
§ 5 Gliederung des Restrukturierungsplans 28
§ 6 Darstellender Teil 31
§ 7 Gestaltender Teil 42
§ 8 Auswahl der Planbetroffenen 47
§ 9 Einteilung der Planbetroffenen in Gruppen 52
§ 10 Gleichbehandlung von Planbetroffenen 57
§ 11 Haftung des Schuldners 61
§ 12 Neue Finanzierung 63
§ 13 Änderung sachenrechtlicher Verhältnisse 67
§ 14 Erklärung zur Bestandsfähigkeit; Vermögensübersicht; Ergebnis- und Finanzplan 70
§ 15 Weitere beizufügende Erklärungen 79
§ 16 Checkliste für Restrukturierungspläne 85

Abschnitt 3 Planabstimmung 86

Unterabschnitt 1 Planangebot und Planannahme 86
§ 17 Planangebot 86

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

§ 18 Auslegung des Planangebots 107
§ 19 Annahmefrist 110
§ 20 Abstimmung im Rahmen einer Versammlung der Planbetroffenen 116
§ 21 Erörterung des Restrukturierungsplans 126
§ 22 Dokumentation der Abstimmung 128
§ 23 Gerichtliches Planabstimmungsverfahren 130

Unterabschnitt 2 Stimmrecht und erforderliche Mehrheiten 131
Vorbemerkung zu §§ 24 ff. 131
§ 24 Stimmrecht 131
§ 25 Erforderliche Mehrheiten 137
§ 26 Gruppenübergreifende Mehrheitsentscheidung 141
§ 27 Absolute Priorität 145
§ 28 Durchbrechung der absoluten Priorität 148

Kapitel 2 Stabilisierungs- und Restrukturierungsinstrumente 151

Abschnitt 1 Allgemeine Bestimmungen 151

Unterabschnitt 1 Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens; Verfahren 151
§ 29 Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens 151
§ 30 Restrukturierungsfähigkeit 156
§ 31 Anzeige des Restrukturierungsvorhabens 158
§ 32 Pflichten des Schuldners 166
§ 33 Aufhebung der Restrukturierungssache 170
Anhang zu § 33: Übergang vom Restrukturierungsrahmen ins Insolvenzverfahren 185
§ 34 Restrukturierungsgericht; Verordnungsermächtigung 194
§ 35 Örtliche Zuständigkeit 198
§ 36 Einheitliche Zuständigkeit 202
§ 37 Gruppen-Gerichtsstand 204
§ 38 Anwendbarkeit der Zivilprozessordnung 218
§ 39 Verfahrensgrundsätze 226
§ 40 Rechtsmittel 233
§ 41 Zustellungen 242

Unterabschnitt 2 Restrukturierungsrecht 248
§ 42 Anzeige von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung; Strafvorschrift 248
§ 43 Pflichten und Haftung der Organe 256
§ 44 Verbot von Lösungsklauseln 274

Abschnitt 2 Gerichtliche Planabstimmung 279
§ 45 Erörterungs- und Abstimmungstermin 279
§ 46 Vorprüfungstermin 295

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

Abschnitt 3 Vorprüfung 310
§ 47 Antrag 310
§ 48 Verfahren 310

Abschnitt 4 Stabilisierung 328
§ 49 Stabilisierungsanordnung 328
§ 50 Antrag 346
§ 51 Voraussetzungen der Stabilisierungsanordnung 353
§ 52 Folgeanordnung, Neuanordnung 360
§ 53 Anordnungsdauer 361
§ 54 Folgen der Verwertungssperre 364
§ 55 Vertragsrechtliche Wirkungen 371
§ 56 Finanzsicherheiten, Zahlungs- und Abwicklungssysteme, Liquidationsnetting 379
§ 57 Haftung der Organe 382
§ 58 Insolvenzantrag 390
§ 59 Aufhebung und Beendigung der Stabilisierungsanordnung 391

Abschnitt 5 Planbestätigung 398

Unterabschnitt 1 Bestätigungsverfahren 398
Vorbemerkung zu §§ 60–66 398
§ 60 Antrag 399
§ 61 Anhörung 401
§ 62 Bedingter Restrukturierungsplan 402
§ 63 Versagung der Bestätigung 403
§ 64 Minderheitenschutz 408
§ 65 Bekanntgabe der Entscheidung 412
§ 66 Sofortige Beschwerde 413

Unterabschnitt 2 Wirkungen des bestätigten Plans; Überwachung der Planerfüllung 418
§ 67 Wirkungen des Restrukturierungsplans 418
§ 68 Sonstige Wirkungen des Restrukturierungsplans 422
§ 69 Wiederaufleben gestundeter oder erlassener Forderungen 424
§ 70 Streitige Forderungen und Ausfallforderungen 426
§ 71 Vollstreckung aus dem Restrukturierungsplan 428
§ 72 Planüberwachung 432

Kapitel 3 Restrukturierungsbeauftragter 434

Abschnitt 1 Bestellung von Amts wegen 434
§ 73 Bestellung von Amts wegen 434
§ 74 Bestellung 445
§ 75 Rechtsstellung 455
§ 76 Aufgaben 465

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2022

Abschnitt 2 Bestellung auf Antrag 475
§ 77 Antrag 475
§ 78 Bestellung und Rechtsstellung 478
§ 79 Aufgaben 480

Abschnitt 3 Vergütung 482
§ 80 Vergütungsanspruch 482
§ 81 Regelvergütung 485
§ 82 Festsetzung der Vergütung 494
§ 83 Vergütung in besonderen Fällen 499

Kapitel 4 Öffentliche Restrukturierungssachen 507
§ 84 Antrag und erste Entscheidung 507
§ 85 Besondere Bestimmungen 527
§ 86 Öffentliche Bekanntmachung; Verordnungsermächtigung 530
§ 87 Restrukturierungsforum; Verordnungsermächtigung 534
§ 88 Anwendbarkeit des Artikels 102c des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung 539

Kapitel 5 Anfechtungs- und Haftungsrecht 544
Vorbemerkung zu §§ 89–91 544
§ 89 Rechtshandlungen, die während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache vorgenommen werden 545
§ 90 Planfolgen und Planvollzug 556
§ 91 Berechnung von Fristen 562

Kapitel 6 Arbeitnehmerbeteiligung; Gläubigerbeirat 563
§ 92 Beteiligungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz 563
§ 93 Gläubigerbeirat 569

Teil 3 Sanierungsmoderation 574
§ 94 Antrag 574
§ 95 Bestellung 577
§ 96 Sanierungsmoderation 579
§ 97 Bestätigung eines Sanierungsvergleichs 583
§ 98 Vergütung 587
§ 99 Abberufung 590
§ 100 Übergang in den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen 591

Teil 4 Frühwarnsysteme 593
§ 101 Informationen zu Frühwarnsystemen 593
§ 102 Hinweis- und Warnpflichten 598
Anhang zu § 102: Beraterhaftung 603

Anlage (zu § 5 Satz 2) Notwendige Angaben im Restrukturierungsplan 614

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

Anhänge

Anhang 1	**Außergerichtliche Sanierung**	616
Abschnitt 1	Grundlagen	616
Abschnitt 2	Krisen-Compliance – Haftungs- und Anfechtungsrisiken in der Sanierungssituation	628
Abschnitt 3	IDW S 6 – Erstellung und Beurteilung von Sanierungskonzepten	673
Abschnitt 4	Maßnahmen zur Bewältigung der Unternehmenskrise und/oder der Insolvenzreife	708
Abschnitt 5	Investorenlösungen und Exit-Strategien	820
Anhang 2	**Arbeitsrecht in der Sanierung**	860
Anhang 3	**Steuerrecht in der Sanierung**	982
Anhang 4	**Restrukturierung von Anleihen**	1034
Stichwortverzeichnis		1081

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

sechs Monaten umgesetzt werden kann[56]. Lediglich in Ausnahmefällen soll der Schuldner die Wirkungsdauer der Anzeige einmalig um weitere sechs Monate auf zwölf Monate verlängern können[57].

III. Weitere Anzeigen

40 Solange die Restrukturierungssache rechtshängig ist, sind weitere Anzeigen des Restrukturierungsvorhabens unzulässig (§ 38 i.V.m. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Dem Schuldner steht es jedoch frei, eine erneute Anzeige desselben oder eines anderen Restrukturierungsvorhabens zu stellen, sobald eine vorherige Anzeige ihre Wirkung nach Abs. 4 verloren hat. Die früheren Restrukturierungssachen können je nach Verlauf die Erfolgsaussichten eines erneuten Restrukturierungsvorhabens i.S.d. § 33 Abs. 1 Nr. 2 beeinflussen oder auch nach Maßgabe von § 33 Abs. 1 Nr. 4 zur Aufhebung der Restrukturierungssache führen[58].

§ 32 Pflichten des Schuldners

(1) [1]Der Schuldner betreibt die Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers und wahrt dabei die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger. [2]Insbesondere unterlässt er Maßnahmen, welche sich mit dem Restrukturierungsziel nicht vereinbaren lassen oder welche die Erfolgsaussichten der in Aussicht genommenen Restrukturierung gefährden. [3]Mit dem Restrukturierungsziel ist es in der Regel nicht vereinbar, Forderungen zu begleichen oder zu besichern, die durch den Restrukturierungsplan gestaltet werden sollen.

(2) [1]Der Schuldner teilt dem Gericht jede wesentliche Änderung mit, welche den Gegenstand des angezeigten Restrukturierungsvorhabens und die Darstellung des Verhandlungsstands betrifft. [2]Hat der Schuldner eine Stabilisierungsanordnung nach § 49 erwirkt, teilt er auch unverzüglich wesentliche Änderungen mit, welche die Restrukturierungsplanung betreffen. [3]Ist ein Restrukturierungsbeauftragter bestellt, bestehen die Pflichten nach den Sätzen 1 und 2 auch gegenüber dem Restrukturierungsbeauftragten.

(3) [1]Während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache ist der Schuldner verpflichtet, dem Restrukturierungsgericht den Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Absatz 2 der Insolvenzordnung unverzüglich anzuzeigen. [2]Handelt es sich bei dem Schuldner um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, für deren Verbindlichkeiten keine natürliche Person als unmittelbarer oder mittelbarer Gesellschafter haftet, steht der Zahlungsunfähigkeit eine Überschuldung im Sinne des § 19 Absatz 2 der Insolvenzordnung gleich.

(4) Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gericht unverzüglich anzuzeigen, wenn das Restrukturierungsvorhaben keine Aussicht auf Umsetzung hat, insbesondere, wenn infolge der erkennbar gewordenen ernsthaften und endgültigen Ablehnung des vorgelegten Restrukturierungsplans durch Planbetroffene nicht davon ausgegangen werden kann, dass die für eine Planannahme erforderlichen Mehrheiten erreicht werden können.

Übersicht **Rdn.**

A. Normzweck und Systematik 1
B. Sorgfaltspflichten i.R.d. Restrukturierungssache (Abs. 1) 5
I. Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers . 6
II. Wahrung der Interessen der Gläubigergesamtheit 9
C. Mitteilungspflichten bei wesentlichen Änderungen (Abs. 2) 11
D. Anzeigepflicht bei Eintritt der Insolvenzreife (Abs. 3) 16
E. Anzeigepflicht bei fehlender Umsetzungsaussicht (Abs. 4) 21

56 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 136.
57 Begr. RegE a.a.O.
58 Vgl. BeckOK-StaRUG/Kramer, § 31 Rn. 110 f.

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

A. Normzweck und Systematik

§ 32 statuiert die **Grundpflichten des Schuldners** beim Betreiben einer Restrukturierungssache[1]. Die Norm regelt **allgemeine Sorgfaltspflichten** i.R.d. Restrukturierung (**Abs. 1**) sowie **besondere Mitteilungs- und Anzeigepflichten** (**Abs. 2–4**). Sie soll den zweckgemäßen Gebrauch der Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens im Interesse der Gläubiger sicherstellen sowie Fehlgebrauch und Missbrauch vermeiden[2]. 1

Die Pflichten nach § 32 gelten ab Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache nach § 31 Abs. 3 (§ 31 Rdn. 28). **Adressat** der Pflichten des § 32 ist der **Schuldner**. Im Fall der Pflichtverletzung droht diesem als **verfahrensrechtliche Sanktion** die **Aufhebung der Restrukturierungssache** nach § 33[3]. 2

Hingegen ist § 32 **nicht** als **Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB** anzusehen[4]. Die Vorschrift soll die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger wahren (vgl. Abs. 1 Satz 1) und ist nicht im erforderlichen Maß dazu bestimmt, dem Individualschutz der Gläubiger zu dienen[5]. 3

Parallel zu § 32 regeln §§ 42 Abs. 1, 43 Abs. 1 entsprechende **haftungsbewehrte Pflichten der Geschäftsleitung,** wenn es sich bei dem Schuldner um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit handelt. Die im Interesse der Gläubigerschaft dem Schuldner gem. § 32 auferlegten Pflichten konkretisieren insoweit zugleich das Pflichtenprogramm der Geschäftsleitung[6]. 4

B. Sorgfaltspflichten i.R.d. Restrukturierungssache (Abs. 1)

Abs. 1 Satz 1 verlangt von dem Schuldner, wenn er eine Restrukturierungssache betreibt, in Gestalt einer Generalklausel die **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers** und die **Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Gläubiger**. Der Gesetzgeber sieht darin das Korrelat für die Rechte und Freiheiten des Schuldners bei der eigenverantwortlichen Gestaltung und Organisation des Restrukturierungsprozesses nach dem StaRUG[7]. 5

I. Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers

Der **Begriff** der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers ist **neu** und bedarf der weiteren Konkretisierung durch Rechtsprechung und Literatur. Er ist dem Begriff der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters i.S.d. § **93 Abs. 1 Satz 1 AktG nachgebildet**. 6

Abs. 1 Satz 2 liefert eine gewisse **Konkretisierung der Sorgfaltspflicht** dahin, dass insbesondere Maßnahmen zu unterlassen sind, die nicht mit dem Restrukturierungsziel vereinbar sind oder die die Erfolgsaussichten der in Aussicht genommenen Restrukturierung gefährden. **Restrukturierungsziel** ist gem. § 29 Abs. 1 die nachhaltige Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit (vgl. § 29 Rdn. 9 f.). Der **Erfolg der in Aussicht genommenen Restrukturierung** liegt im vorliegenden Zusammenhang in der Annahme und in aller Regel gerichtlichen Bestätigung des Restrukturierungsplans. 7

Abs. 1 Satz 3 nennt dazu ein **Regelbeispiel**. Danach ist es mit dem Restrukturierungsziel in der Regel nicht vereinbar, Forderungen zu begleichen oder zu besichern, die durch den Restrukturierungsplan 8

1 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 136.
2 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 136 f.
3 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 136.
4 Scholz, ZIP 2021, 219, 226; BeckOK-StaRUG/Kramer, § 32 Rn. 55; Braun-Weber/Dömmecke, StaRUG, § 32 Rn. 15.
5 Vgl. allgemein BGHZ 218, 80, Rn. 14 ff.
6 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 146.
7 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 136 f.

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

gestaltet werden sollen. An der Formulierung »in der Regel« wird zugleich deutlich, dass in engen Grenzen Ausnahmen hiervon möglich sind[8].

II. Wahrung der Interessen der Gläubigergesamtheit

9 Die Pflicht zur Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Gläubiger nach Abs. 1 Satz 1 macht deutlich, dass die Instrumente des präventiven Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens trotz der Gestaltungs- und Organisationsfreiheiten des Schuldners in erster Linie den Interessen der Gesamtheit der Gläubiger dienen sollen[9]. Insofern besteht trotz der Streichung von § 2 StaRUG-RegE jedenfalls ein partieller **shift of fiduciary duties**, was das Betreiben der Restrukturierungssache betrifft[10].

10 Das Interesse der Gesamtheit der Gläubiger ist erfahrungsgemäß in aller Regel auf die bestmögliche **Befriedigung bzw. Besicherung der Gläubigerforderungen** gerichtet[11], auch wenn einzelne Gläubiger und Gläubigergruppen stattdessen oder daneben legitime andere Interessen haben können (z.B. Aufrechterhaltung einer Liefer- oder Kundenbeziehung).

C. Mitteilungspflichten bei wesentlichen Änderungen (Abs. 2)

11 Nach **Abs. 2 Satz 1** hat der Schuldner dem Gericht jede wesentliche Änderung mitzuteilen, die den Gegenstand des angezeigten Restrukturierungsvorhabens und/oder die Darstellung des Verhandlungsstands betrifft.

12 Die Vorschrift knüpft an die Anzeige des Restrukturierungsvorhabens nach § 31 an, die der rechtzeitigen und hinreichenden **Information des Restrukturierungsgerichts** über das Restrukturierungsvorhaben dienen soll, insbesondere mit Blick auf zukünftige eilbedürftige Entscheidungen[12], und trägt der Tatsache Rechnung, dass zu Beginn häufig nur ein Grobkonzept für die Restrukturierung vorliegt, welches im Zuge der weiteren Verhandlungen zu einem Vollkonzept heranwächst und schließlich in einem Restrukturierungsplan mündet[13]. Demgemäß hat der Schuldner das Gericht insbesondere über **Konkretisierungen und Aktualisierungen** des der Anzeige nach § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 beigefügten **Planentwurfs bzw. Restrukturierungskonzepts** entsprechend dem Stand der Verhandlungen zu informieren[14].

13 Jedoch sind auch sonstige wesentliche Änderungen dem Gericht mitzuteilen, wenn und soweit sie den Gegenstand des angezeigten Restrukturierungsvorhabens und/oder die Darstellung des Verhandlungsstands betreffen. **Wesentlich** sind im vorliegenden Zusammenhang Änderungen, die **für mögliche gerichtliche Entscheidungen über Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens erheblich** sind.

14 Hat der Schuldner eine **Stabilisierungsanordnung** bewirkt, erstreckt **Abs. 2 Satz 2** die Mitteilungspflichten auf **wesentliche Änderungen der Restrukturierungsplanung**. Mit Restrukturierungsplanung ist hier die nach § 50 Abs. 2 gemeint, also der dem Antrag auf Erlass der Stabilisierungsanordnung zugrunde gelegte Entwurf des Restrukturierungsplans bzw. des Restrukturierungskonzepts (§ 50 Abs. 2 Nr. 1) sowie der Finanzplan für einen Zeitraum von sechs Monaten (§ 50 Abs. 2 Nr. 2). **Wesentlich** sind im vorliegenden Zusammenhang Änderungen, die **für eine mögliche Aufhebung der Stabilisierungsanordnung erheblich** sind. Abs. 2 Satz 2 soll sicherstellen, dass das Restrukturierungsgericht frühzeitig und fortwährend Informationen erlangen kann, die zur Beurteilung des

8 Flöther-Hoffmann/Braun, StaRUG, § 32 Rn. 6.
9 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 85 f., 137.
10 BeckOK-StaRUG/Kramer, § 32 Rn. 20.
11 Ähnl. BeckOK StaRUG/Kramer, § 32 Rn. 20.
12 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 134.
13 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 135.
14 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 137.

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

Fortbestehens der Zahlungsfähigkeit des Schuldners relevant sind, und das Gericht in die Lage versetzen, bei Eintritt einer Insolvenzreife die Stabilisierungsanordnung gem. § 59 aufheben zu können[15].

Ist ein **Restrukturierungsbeauftragter** bestellt, so bestehen die Pflichten nach Satz 1 und 2 auch ihm gegenüber (**Abs. 2 Satz 3**). Dies gilt für den von Amts wegen bestellten Restrukturierungsbeauftragten (§ 73) ebenso wie für den fakultativen Restrukturierungsbeauftragten (§ 77). 15

D. Anzeigepflicht bei Eintritt der Insolvenzreife (Abs. 3)

Nach Abs. 3 ist der Schuldner während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache verpflichtet, dem Restrukturierungsgericht einen Eintritt der Insolvenzreife gem. §§ 17, 19 InsO unverzüglich anzuzeigen. Eine parallele Anzeigepflicht der Geschäftsleitung ist in § 42 geregelt. 16

Hintergrund der Anzeigepflicht des Schuldners nach Abs. 3 ist, dass der **Eintritt der Insolvenzreife** während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache gem. § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 **grundsätzlich** einen **Aufhebungsgrund** begründet, wobei das Gericht aus den dort genannten Gründen von einer Aufhebung der Restrukturierungssache absehen kann (näher dazu § 33 Rdn. 26 ff.). Die Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens sollen nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich nur Unternehmen zur Verfügung stehen, die nicht insolvenzreif sind, während für insolvenzreife Unternehmen das Insolvenzverfahren vorgesehen ist[16]. Die Anzeigepflicht nach Abs. 4 soll dem Gericht die Möglichkeit geben zu prüfen, ob nach § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 die Inanspruchnahme der Instrumente trotz Insolvenzreife ausnahmsweise weiterhin ermöglicht werden soll oder die Restrukturierungssache aufzuheben ist[17]. 17

Bei der Insolvenzreifeprüfung ist zu beachten, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit der erfolgreichen Umsetzung des Restrukturierungsvorhabens eine positive Fortführungsprognose i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO begründet. In diesem Fall liegt eine Überschuldung gem. § 19 InsO nicht vor und die Restrukturierungssache kann weiterbetrieben werden[18]. 18

Die Anzeige nach Abs. 3 hat **unverzüglich** zu erfolgen, d.h. insoweit wie nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB). Höchstfristen von drei Wochen bei Zahlungsunfähigkeit bzw. sechs Wochen bei Überschuldung wie nach § 15a Abs. 1 Satz 2 InsO sieht Abs. 3 hingegen nicht vor. Das Gericht soll unverzüglich vom Schuldner informiert werden und dann nach Maßgabe von § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 über die Weiterführung oder Aufhebung der Restrukturierungssache entscheiden. 19

Die Anzeigepflicht gilt erst recht, wenn **Insolvenzreife** bereits **bei** der **Anzeige** nach § 31 vorlag[19]. 20

E. Anzeigepflicht bei fehlender Umsetzungsaussicht (Abs. 4)

Nach Abs. 4 Halbs. 1 hat der Schuldner dem Gericht unverzüglich anzuzeigen, wenn das **Restrukturierungsvorhaben keine Aussicht auf Umsetzung** hat. In diesem Fall sieht der Gesetzgeber keinen Anlass, dem Schuldner weiterhin die Instrumentarien des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens zur Verfügung zu stellen[20], sondern in der fehlenden Aussicht auf Umsetzung einen **Aufhebungsgrund** nach § 33 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2. 21

Ein Restrukturierungsvorhaben hat nach Abs. 4 Halbs. 2 insbesondere dann keine Aussicht auf Umsetzung, wenn infolge der erkennbar gewordenen ernsthaften und endgültigen Ablehnung des vorgelegten Restrukturierungsplans durch Planbetroffene **nicht** davon ausgegangen werden kann, dass die für eine Planannahme **erforderlichen Mehrheiten** erreicht werden können. Nach den Gesetzes- 22

15 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 137.
16 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 137; vgl. auch § 29 Rdn. 3.
17 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 137.
18 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 137.
19 BeckOK-StaRUG/Kramer, § 32 Rn. 36; Thole, ZIP 2020, 1985, 1991.
20 Begr. RegE BT-Drucks. 19/24181, S. 138.

Carl Heymanns Verlag 2022

§ 102 Hinweis- und Warnpflichten

Bei der Erstellung eines Jahresabschlusses für einen Mandanten haben Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer und Rechtsanwälte den Mandanten auf das Vorliegen eines möglichen Insolvenzgrundes nach den §§ 17 bis 19 der Insolvenzordnung und die sich daran anknüpfenden Pflichten der Geschäftsleiter und Mitglieder der Überwachungsorgane hinzuweisen, wenn entsprechende Anhaltspunkte offenkundig sind und sie annehmen müssen, dass dem Mandanten die mögliche Insolvenzreife nicht bewusst ist.

Übersicht **Rdn.**

		Rdn.
A.	**Normzweck und Historie**	1
B.	**Norminhalt**	6
I.	Erfasste Berufsträger	6
II.	Hinweispflicht	9
	1. Insolvenzgründe	9
	2. Offenkundige Anhaltspunkte	10
	3. Unkenntnis des Mandanten	12
	4. Hinweis	13
C.	**Haftung**	15
I.	Schuldverhältnis und Pflichtverletzung	16
II.	Vertretenmüssen	17
III.	Schaden	18
IV.	Mitwirkendes Verschulden	20

A. Normzweck und Historie

1 § 102 hat keine Grundlage in der Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz.[1] Es bestand deshalb auch keine Pflicht zur Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht. Die Gesetzesänderungen zur Umsetzung der Richtlinie wurden vom Gesetzgeber vielmehr zum Anlass genommen, die bislang nicht ausdrücklich gesetzlich geregelte Hinweispflichten und die Haftung von Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern u.a. bei der Erstellung von Jahresabschlüssen zu kodifizieren. Systematisch ist die Norm zudem ein Fremdkörper innerhalb des StaRUG. Noch im Referentenentwurf war vorgesehen, die Pflichten in § 57 Abs. 5 StBerG zu regeln.[2] Zu Recht wurde jedoch u.a. von der BStBK bemängelt, dass die Erstellung eines Jahresabschlusses nachlaufend erfolge und keinesfalls ein Frühwarnsystem darstelle, welches den Zugang zu einem präventiven Restrukturierungsverfahren gewährleisten könne. Die nachträgliche Feststellung beginnender Zahlungsschwierigkeiten kommt dann regelmäßig zu spät.

2 Mit dem StaRUG wurde die präventive Restrukturierung mit den in § 29 Abs. 2 genannten Instrumenten des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens zur Beseitigung der drohenden Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 Abs. 2 InsO in nationales Recht umgesetzt. Positive Eingangsvoraussetzung zum präventiven Restrukturierungsverfahren ist nach § 29 Abs. 1 die drohende Zahlungsunfähigkeit, während Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und Überschuldung (§ 19 InsO) den Zugang ausschließen. Gem. § 14 muss dem Restrukturierungsplan stets eine Erklärung beigefügt werden, dass mit dem Plan die drohende Zahlungsunfähigkeit beseitigt werden kann. Bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung hebt das Restrukturierungsgericht gem. § 33 die Restrukturierungssache im Regelfall auf[3]. Demgegenüber betrifft § 102 gerade den Fall bereits bestehender Insolvenzreife. Zwar besteht nunmehr bei allen Insolvenzgründen, also auch der drohenden Zahlungsunfähigkeit, eine Hinweispflicht. Aus den regelmäßig bei der Erstellung des Jahresabschlusses vorliegenden Informationen werden sich aber in den seltensten Fällen Prognosen zur künftigen Zahlungsfähigkeit des Mandanten ableiten lassen. Die Hinweispflichten werden sich für die betroffenen Berufsträger daher in erster Linie auf das Vorliegen einer Antragspflicht, also bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, konzentrieren. Dann ist das Restrukturierungsverfahren unterdessen aufzuheben. Die Voraussetzungen für das Eingreifen der Pflichten der Berufsträger nach § 102 und die Zugangsvoraussetzungen zu den präventiven Stabilisierungs- und Restrukturierungsinstrumente i.S.d. § 29 schließen einander deshalb regelmäßig

1 RL (EU) 2019/1023 v. 20.06.2019, Amtsbl. EU L 172/18.
2 RefE SanInsFoG, Art. 19, hierzu auch die Stellungnahme der BStBK vom 01.10.2020.
3 Zu den Ausnahmen vgl. Denkhaus/v. Kaltenborn, § 33 Rdn. 35 ff.

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

aus. Insoweit erscheint die Annahme des deutschen Gesetzgebers fragwürdig, die Hinweis und Warnpflichten des § 102 stellten ebenfalls ein Instrument zur Früherkennung von Unternehmenskrisen i.S.d. Art. 3 Abs. 1 und 2 lit. c der Richtlinie dar.[4] Lediglich ein Hinweis auf eine drohende Zahlungsunfähigkeit ist als Maßnahme der Früherkennung jedenfalls im Grundsatz ein taugliches Frühwarnsystem i.S.d. Richtlinie.

Die Norm geht auf das Urteil des BGH vom 26.01.2017 – IX ZR 285/14[5] zurück.[6] In dieser Entscheidung änderte der Insolvenzrechtssenat des BGH seine Rechtsprechung und nahm im Hinblick auf die Going-Concern-Prämisse nach § 252 Abs. 2 Nr. 1 HGB erstmalig eine Hinweispflicht eines mit der Erstellung eines Jahresabschlusses beauftragten Steuerberaters an. Voraussetzung dazu ist nach dem BGH, dass sich auf der Grundlage der dem Steuerberater zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm sonst bekannten Umstände tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können und dass entsprechende Anhaltspunkte offenkundig sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife der Mandantin nicht bewusst ist. Für die Auslegung des § 102 können deshalb die Grundsätze aus dieser Entscheidung herangezogen werden. 3

In der Folge hatten sich mehrere Instanzgerichte mit der Übertragbarkeit auf Wirtschaftsprüfer auseinandergesetzt und das OLG Düsseldorf dies mit Urteil vom 20.12.2018 – 10 U 70/18[7] schließlich auch angenommen.[8] Mit § 102 hat der Gesetzgeber diese Grundsätze ausgeweitet und dabei eine berufsstandsübergreifende zivilrechtliche Haftungsnorm geschaffen. Die im Gesetzgebungsverfahren ebenfalls in Betracht gezogene Änderung berufsrechtlichen Vorschriften wurde aufgegeben. 4

Die Hinweis- und Warnpflichten sollen nach dem Willen des Gesetzgebers als Instrument zur Früherkennung der Bestandsgefährdung eines Unternehmens i.S.d. Art. 3 Abs. 1 und 2 lit. c der Richtlinie auch gesetzlich klargestellt werden (Begr. RegE SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, 187). Dies erscheint vor dem Hintergrund etwas fragwürdig, dass die Frühwarnsysteme nach § 101 bereits zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt bei ersten Krisenanzeichen eingreifen sollen und gem. § 1 die Geschäftsleiter Entwicklungen, welche den Fortbestand der juristischen Person gefährden können, fortlaufend überwachen müssen. Die Hinweispflicht nach § 102 greift demgegenüber erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes. 5

B. Norminhalt

I. Erfasste Berufsträger

Die Norm enthält eine abschließende Auflistung der hinweispflichtigen Berufsträger. Dazu zählen Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer und Rechtsanwälte. Der Gesetzgeber hat sich bei dieser Auflistung an der Auflistung in § 3 Nr. 1 StBerG orientiert.[9] Erfasst sind alle Berufsträger, die mit der Erstellung eines Jahresabschlusses betraut sein können. Letztendlich ist die Erweiterung auf die Berufsträger, die einen Jahresabschluss erstellen können, im Hinblick auf die vom BGH statuierte Haftung interessengerecht. Denn der BGH hat die Haftung maßgeblich mit der Erstellung des Jahresabschlusses begründet. Durch diese erhält der Berufsträger die erforderlichen Kenntnisse im Hinblick auf das Vorliegen von Insolvenzgründen. Dann ist es aber naheliegend, die Hinweispflicht auf alle Berufsträger zu erstrecken, die einen Jahresabschluss erstellen können. Der Gesetzgeber geht daher zutreffend davon aus, dass kein Grund für eine unter- 6

4 Begr. GesE SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, 187 f.
5 NJW 2017, 1611; ausf. dazu Pape, NZI 2019, 260 ff.; Roth, ZInsO 2017, 2199 ff.
6 Kritisch BeckOK-StaRUG/Mock, § 102 Rn. 4.
7 ZInsO 2020, 104.
8 Ausf. dazu Juretzek, NZI 2019, 740 ff.
9 Begr. GesE SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, 188.

Carl Heymanns Verlag 2022

schiedliche Behandlung von Steuerberatern einerseits und den anderen mit der Erstellung von Jahresabschlüssen betrauten Berufsträgern bestehen.[10]

7 Nicht zu den hinweispflichtigen Berufsträgern zählen Abschlussprüfer, da der Abschlussersteller einen wesentlich besseren Einblick in die wirtschaftliche Lage hat.[11] Allerdings sind bei Prüfungshandlungen regelmäßig Abwägungen zur Risikobeurteilung anzustellen.[12] Die sich hieraus ergebenden Pflichten des Abschlussprüfers sind über § 323 HGB haftungsbewehrt.[13]

8 Ebenso wenig sind Berufsträger erfasst, die lediglich andere Abschlüsse wie eine Steuerbilanz, einen Konzernabschluss oder einen Zwischenbericht erstellen.[14]

II. Hinweispflicht

1. Insolvenzgründe

9 Die Hinweispflicht bezieht sich auf alle Insolvenzgründe der §§ 17–19 InsO und umfasst ausdrücklich die drohende Zahlungsunfähigkeit.[15] Bereits im Gesetzgebungsverfahren wurde kritisiert, dass ein Insolvenzgrund, der bereits zum oder vor dem Abschlussstichtag vorliege, von dem Berufsträger erst mehrere Monate nach deren Eintritt erkannt werden könne.[16] Da Informationspflichten aber nur da entstehen können, wo dem Berufsträger die Informationen für die Beurteilung der Hinweispflicht zur Verfügung stehen und dies regelmäßig erst bei Erstellung der Jahresabschlusses der Fall ist, kommt eine frühere Hinweispflicht insoweit systembedingt kaum in Betracht.

2. Offenkundige Anhaltspunkte

10 Für einen Insolvenzgrund müssen entsprechende Anhaltspunkte offenkundig für den Berufsträger sein. An das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmal sind in Abhängigkeit zum jeweiligen Insolvenzgrund hohe Anforderungen zu stellen.[17] Beurteilungsmaßstab ist stets der Kenntnisstand des mit der Erstellung des Jahresabschlusses betrauten Berufsträgers. Aufgrund deren besonderer Sachkunde ist zunächst ein strenger Maßstab anzulegen.[18] Nach der Rechtsprechung des BGH zur Haftung eines Steuerberaters liegen offenkundige Anhaltspunkte etwa vor, wenn die Jahresabschlüsse der Gesellschaft in aufeinanderfolgenden Jahren wiederholt nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge aufweisen oder wenn für den Steuerberater offenkundig ist, dass die bilanziell überschuldete Gesellschaft über keine stillen Reserven verfügt.[19] Einer Fortführung entgegenstehende Indizien sind daneben das Erwirtschaften erheblicher Verluste, eine zu geringe Eigenkapitalausstattung, Liquiditätsprobleme, eine bilanzielle Überschuldung sowie sonstige Beweisanzeichen für eine insolvenzrechtliche Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung.[20]

11 Die Offenkundigkeit richtet sich dabei nach den Umständen, die dem Berufsträger aufgrund der Erstellung des Jahresabschlusses bekannt sind.[21] Zu berücksichtigen sind daneben auch dem

10 Begr. GesE SanInsFoG, BT-Drucks. 19/24181, 188.
11 Braun-Weber/Dömmecke, StaRUG, § 102 Rn. 6; BeckOK-StaRUG/Mock, § 102 Rn. 8.
12 Vgl. hierzu: IDW Prüfungsstandard: Die Beurteilung der Fortführung der Unternehmenstätigkeit im Rahmen der Abschlussprüfung (IDW PS 270) vom 11.07.2018, Rn 15–23.
13 OLG Saarbrücken, DStR 2013, 2240; MK-HGB/Ebke § 323 HGB Rn. 29.
14 BeckOK-StaRUG/Mock, § 102 Rn. 9.
15 Neu/Senger, GmbHR 2021, 517, 520; Braun-Weber/Dömmecke, StaRUG, § 102 Rn. 7.
16 Weber/Dömmecke, NZI-Beilage 2021, 27, 28; Braun-Weber/Dömmecke, StaRUG, § 102 Rn. 16.
17 BeckOK-StaRUG/Mock, § 102 Rn. 10.
18 Braun-Weber/Dömmecke, StaRUG, § 102 Rn. 8.
19 BGH, NJW 2017, 1611, 1616 Rn. 45.
20 Pape, NZI 2019, 260, 262; zu Beweisanzeichen Hölken, DZWIR 2018, 207 ff.
21 Vgl. BGH, NJW 2017, 1611, 1616 Rn. 45.

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

Berufsträger sonst bekannte Umstände z.B. aus einem Dauermandat. Der Berufsträger ist aber nicht verpflichtet, von sich aus weitere Tatsachen zu ermitteln.[22] Da eigene, in die Zukunft gerichtete Liquiditätsplanungen, Prognosen oder komplexe Rechnungen nicht zum Auftrag bei der Erstellung eines Jahresabschlusses gehören, werden sich in den seltensten Fällen offenkundige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit ergeben, auf die der Berufsträger hinweisen müsste.

3. Unkenntnis des Mandanten

Schließlich besteht eine Hinweispflicht nur, wenn der Berufsträger von der Unkenntnis des Mandanten von der möglichen Insolvenzreife ausgehen muss. Dies wird im Regelfall vorliegen. Ausnahmsweise fehlt es an der Unkenntnis des Mandanten, wenn der Berufsträger einerseits von der Kenntnis des Mandanten von den auf einen Insolvenzgrund hindeutenden Umstände und andererseits von einer tatsächlich und rechtlich zutreffenden Einschätzung dieser Umstände ausgehen darf. Ausreichend dazu kann auf der anderen Seite aber bereits der Hinweis des Mandanten sein, das Problem des Vorliegen eines Insolvenzgrundes sei bekannt.[23] Der Berufsträger darf sich also nicht darauf verlassen, die entsprechenden Umstände seien ohne Weiteres aus der Unterbilanz ersichtlich.[24] 12

4. Hinweis

Inhaltlich muss der Hinweis des Berufsträgers die maßgeblichen auf einen Insolvenzgrund hinweisenden Umstände im Einzelnen bezeichnen und den Mandanten konkret darauf hinweisen, dass diese Umstände Anlass zu einer Prüfung einer möglichen Insolvenzreife geben.[25] Die Hinweispflicht ist aber nicht auf die Pflicht zur Nennung der tatsächlichen Umstände oder allgemeine Hinweise begrenzt.[26] Vielmehr muss der Berufsträger auch auf die daraus resultierenden Folgen die sich daraus ergebenden Pflichten hinweisen. Dazu zählt an erster Stelle der Hinweis auf einen möglichen Insolvenzgrund nach § 17–19 InsO. Weiter hat der Berufsträger aber auch auf eine etwaige Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO, die Anzeigepflicht nach § 42 und den Zahlungsverboten nach § 15b InsO hinzuweisen. Wird der Jahresabschluss im Rahmen von Instrumenten des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens nach § 29 erstellt, hat der Berufsträger auch auf die Pflichten und die Haftung nach § 32 und § 43 hinzuweisen.[27] Der Hinweis sollte schriftlich erteilt und der Empfang des Hinweises dokumentiert werden. 13

In zeitlicher Hinsicht hat der Berufsträger den Mandanten ab Kenntnis der entsprechenden Umstände auf das Vorliegen eines möglichen Insolvenzgrundes hinzuweisen. Dies kann auch bereits zu einem Zeitpunkt vor Fertigstellung des Jahresabschlusses sein, wenn bereits zu diesem Zeitpunkt ausreichende Anzeichen für einen möglichen Insolvenzgrund offenkundig sind. 14

C. Haftung

Eine ausdrückliche Haftungsnorm ist in § 102 nicht enthalten. Bei Pflichtverletzungen wird aber dennoch nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatz geschuldet.[28] In der Insolvenz können Haftungsansprüche gem. § 92 InsO vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.[29] 15

22 Vgl. BGH, NJW 2017, 1611, 1616 Rn. 46.
23 BGH, NJW 2017, 1611, 1617 Rn. 50.
24 Pape, NZI 2019, 260, 263.
25 BGH, NJW 2017, 1611, 1617 Rn. 49.
26 Pape, NZI 2019, 260, 263.
27 Braun-Weber/Dömmecke, StaRUG, § 102 Rn. 11.
28 Gehrlein, BB 2021, 66, 79; Schülke, DStR 2021, 621, 626.
29 Schülke, DStR 2021, 621, 626.

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

I. Schuldverhältnis und Pflichtverletzung

16 Anspruchsgrundlage für die Haftung des Berufsträgers ist §§ 280 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem jeweiligen Mandatsvertrag. Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn der Berufsträger seiner Hinweispflicht nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachgekommen ist.

II. Vertretenmüssen

17 Das Verschulden des Berufsträgers wird gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB gesetzlich vermutet. Der Anspruchsinhaber hat also das Verschulden nicht zu beweisen.[30] Vielmehr muss der Berufsträger darlegen und beweisen, weder fahrlässig, noch vorsätzlich i.S.d. § 276 BGB seine Hinweispflicht verletzt zu haben, insbesondere also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet zu haben.

III. Schaden

18 Ersatzfähig ist der Schaden, der durch die Verschleppung des Insolvenzantrags entstanden ist.[31] Der Schaden ist gem. §§ 249 ff. BGB nach der Differenzhypothese zu bestimmen. Maßgeblich ist ein Vergleich der hypothetischen Vermögenslage der Gesellschaft bei pflichtgemäßem Hinweis des Berufsträgers und der Vermögenslage bei unterlassenem oder verspäteten Hinweis. Hätte der ordnungsgemäße Hinweis zu einer Antragspflicht des Mandanten geführt, ist der Zeitraum zwischen einer rechtzeitigen Antragstellung und der tatsächlichen Antragstellung maßgebend.[32] Insbesondere die Vermehrung von Verbindlichkeiten wegen verspäteter Insolvenzantragstellung stellt einen Schaden dar.[33] Der gesamte Verschleppungsschaden ist ersatzfähig.[34]

19 Voraussetzung für eine Schadenersatzanspruch ist daneben aber, dass die Gesellschaft auch tatsächlich früher Insolvenz angemeldet hätte, wenn sie auf das Vorliegen eines möglichen Insolvenzgrundes hingewiesen worden wäre.[35] Für diese Kausalität der Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden ist der Anspruchsinhaber darlegungs- und beweisbelastet. Insoweit kehrt die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens die Beweislast allerdings um.[36] Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt hat, beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch eingetreten wäre, wenn er sich pflichtgemäß verhalten hätte, der Geschädigte den Rat oder Hinweis also unbeachtet gelassen hätte. Dabei handelt es sich um eine zur Beweislastumkehr führende widerlegliche Vermutung.[37] Der Berufsträger kann die Vermutung also nur mit dem vollen Beweis des Gegenteils erschüttern.[38]

IV. Mitwirkendes Verschulden

20 Die Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 InsO bleibt unabhängig von einer etwaigen Verletzung der Hinweispflicht eines Berufsträgers nach § 102 bestehen. Allerdings kann ein Schadensersatzanspruch infolge eines der Schuldnerin analog § 31 BGB zuzurechnenden Mitverschuldens ihres Geschäftsführers nach § 254 Abs. 1 BGB erheblich gemindert oder sogar ganz ausgeschlossen sein.[39] Die antragspflichtigen Organe haften zudem ebenfalls für den Verschleppungsschaden nach §§ 823 Abs. 2 BGB, 15a InsO. Die sämtliche anspruchsbegründenden Tat-

30 Pape, NZI 2019, 260, 264.
31 Pape, NZI 2019, 260, 264.
32 Pape, NZI 2019, 260, 264.
33 BGH, NJW 2013, 2345, 2347 Rn. 27.
34 BGH, NJW 2013, 2345, 2347 Rn. 28.
35 BGH, NJW 2017, 1611, 1617 Rn. 52.
36 Pape, NZI 2019, 260, 264.
37 BGH, NJW 2012, 2427, 2429 Rn. 28 f. m.w.N.
38 MK-BGB/Emmerich, § 311 Rn. 208.
39 BGH, NJW 2013, 2345, 2347 Rn. 29.

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe

sachen vor, kann eine gesamtschuldnerische Haftung von Berufsträger und antragspflichtigem Organ bestehen.[40]

Anhang zu § 102: Beraterhaftung

Übersicht

		Rdn.
A.	**Allgemeine vertragliche Haftung**	5
I.	§§ 675, 611, 280 Abs. 1 BGB	7
	1. Beratungsvertrag	7
	2. Pflichten	8
	a) Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement	9
	b) Beraterpflichten innerhalb des Restrukturierungsverfahrens	11
	c) Beraterpflichten bei der Sanierung außerhalb des Restrukturierungsverfahrens	15
	3. Pflichtverletzung	19
	4. Kausalität, Mitverschulden, Haftungsbeschränkung	29
	5. Schaden	39
	6. Darlegungs- und Beweislast	42
II.	§§ 322 Abs. 2 Satz 3, 323 Abs. 1 Satz 3 HGB	47
B.	**Masseschmälerungshaftung, § 15b InsO**	52
I.	Anspruchsvoraussetzungen	56
II.	Schaden	60
III.	Prozessuale Hinweise	61
C.	**Deliktische Haftung, §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2, 840 Abs. 1 BGB i.V.m. § 15a Abs. 1 InsO, § 42 StaRUG**	62

Die Haftung für Fehler in der Krisenberatung hat in den letzten Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen. Sie stellt neben dem Risiko, erhaltene Honorare nach erfolgreicher Insolvenzanfechtung wieder an die Masse erstatten zu müssen, ein weiteres Problemfeld für die Berufsgruppen dar, die Unternehmen in der Restrukturierungsphase beratend zur Seite stehen. Durch den präventiven Restrukturierungsrahmen, den das StaRUG eröffnet, wird einerseits das Spielfeld für Sanierungsberater erweitert, andererseits sind mit der Begleitung eines Restrukturierungsverfahrens neue Haftungsrisiken verbunden. Mit dem erweiterten Pflichtenkatalog von Schuldnern und ihrer Geschäftsleiter steigt der Beratungsbedarf und es ist zu erwarten, dass die Hinzuziehung von Beratern unter dem StaRUG künftig zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen wird. Neben der erforderlichen Implementierung von Frühwarnsystemen i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 werden vor allem durch die zu ergreifenden Gegenmaßnahmen bei erkannten Krisenfrühanzeichen Anreize gesetzt, sich möglichst frühzeitig mit Restrukturierungsmaßnahmen zu befassen und geeignete Berater einzubinden. **1**

Thematisch sind daher in der Beratung sanierungsbedürftiger Unternehmen drei Komplexe zu unterscheiden, die zu einer Haftung der Berater führen können. **2**

Bereits etabliert und nunmehr durch § 102 kodifiziert ist die mitlaufende Beratung vor allem des steuerlichen Beraters, den bei Anhaltspunkten, die offenkundig für das Vorliegen eines Insolvenzgrundes sind, eine Hinweispflicht gegenüber dem Unternehmen, den Geschäftsleitern und den Mitgliedern der Überwachungsorgane trifft. Auch die Pflichten des Sanierungsberaters bei der außergerichtlichen Restrukturierung sind durch Entscheidungen des BGH und verschiedener OLGs inzwischen konturiert. Durch das StaRUG neu hinzugetreten sind die Pflichten der Schuldner und Geschäftsleiter innerhalb des Restrukturierungsrahmens und damit komplementär auch ihrer Berater. **3**

Die Beratung kann daher nach den verschiedenen Phasen grob untergliedert werden in die Beratung im Zusammenhang mit der Krisenfrüherkennung und dem -management, Beratung im Restrukturierungsverfahren bei drohender Zahlungsunfähigkeit und schließlich der Beratung bei Eintritt der materiellen Insolvenz. Zu unterscheiden ist dabei einerseits zwischen den konkreten Pflichten aus dem Beratungsvertrag und zum anderen den Hinweispflichten, insbesondere auf das Vorliegen eines **4**

40 Pape, NZI 2019, 260, 264.

Carl Heymanns Verlag 2022

Leseprobe