

Gesetzesänderung ab Anfang 2021

## Die neuen Pflichten des Aufsichtsrats

Ab Anfang 2021 gelten für Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften und GmbHs neuartige Pflichten im Hinblick auf die Überwachung der Liquiditätssituation des Unternehmens. In diesem digitalen Whitepaper stellt das Institute For Executive Affairs (INSTFEA) die Änderungen und Konsequenzen für Aufsichtsräte vor.

### 1.) Überblick:

Das „Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz“ (StaRUG) soll voraussichtlich am 1. Januar 2021 in Kraft treten. Die Bundesregierung hat den Gesetzesentwurf im Oktober 2020 bereits beschlossen. Neben neuen Lösungen für Restrukturierungen bringt das StaRUG auch ein erweitertes Pflichtenprogramm für Geschäftsführer und Vorstände sowie Aufsichtsräte und damit neue Haftungsrisiken mit sich.

Im Kern geht es für Aufsichtsräte um die Pflicht zur Überwachung, dass das Management bestandsgefährdende Risiken laufend prüft und geeignete Gegenmaßnahmen einleitet und bei drohender Zahlungsunfähigkeit die Interessen der Gesamtheit *der Gläubiger* wahrt – während die Interessen der Eigentümer in den Hintergrund treten müssen. Bei einem Verstoß gegen diese Überwachungspflichten haften die Mitglieder des Aufsichtsrats persönlich.

### 2.) Neuregelungen im Detail:

Folgende Neuerungen des StaRUG sind aus Sicht des Aufsichtsrats von besonderer Bedeutung:

#### **>> Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement**

**§ 1 StaRUG:** „Die Mitglieder des zur Geschäftsführung berufenen Organs einer juristischen Person (Geschäftsleiterinnen) wachen fortlaufend über Entwicklungen, welche den Fortbestand der juristischen Person gefährden können. Erkennen sie solche Entwicklungen, ergreifen sie geeignete Gegenmaßnahmen und erstatten den zur Überwachung der Geschäftsleitung berufenen Organen (Überwachungsorganen) unverzüglich Bericht. Berühren die zu ergreifenden Maßnahmen die Zuständigkeiten anderer Organe, wirken die Geschäftsleiterinnen unverzüglich auf deren Befassung hin.“

## >> Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit

**§ 2 Abs. 1 StaRUG:** „Ist die juristische Person oder die Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit drohend zahlungsunfähig (§ 18 der Insolvenzordnung), wahren die Geschäftsleiterinnen die Interessen der Gesamtheit der Gläubigerinnen. Die Mitglieder der Überwachungsorgane wachen über die Einhaltung dieser Pflichten. Beschlüsse und Weisungen der Überwachungsorgane und anderer Organe sind unbeachtlich, soweit sie der nach Satz 1 und 2 gebotenen Wahrung der Gläubigerinteressen entgegenstehen.“

**§ 2 Abs. 3 StaRUG:** „Eine Geschäftsleiterin, welche ihre Pflichten nach Absatz 1 Satz 1 verletzt, haftet der juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit für den entstandenen Schaden, es sei denn, sie hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Satz 1 gilt auch für Mitglieder der Überwachungsorgane, welche ihre Pflichten nach Absatz 1 Satz 2 verletzen.“

### 3.) Einschätzungen und Empfehlungen zur Krisenfrüherkennung:

Aufsichtsräte müssen ab Anfang 2021 überwachen, dass Geschäftsführer bzw. Vorstände solche Entwicklungen fortlaufend prüfen, die zur Bestandsgefährdung des Unternehmens führen können, Gegenmaßnahmen ergreifen und dem Aufsichtsrat berichten. Was dies im Einzelfall bedeutet und wie weit diese Pflicht geht, hängt nach Vorstellung des Gesetzgebers von der „Größe, Branche, Struktur und auch der Rechtsform des jeweiligen Unternehmens“ ab. In jedem Fall gilt: das Management hat permanent im Blick zu behalten, ob Entwicklungen, „die für die Tätigkeit des Unternehmensträgers relevant sind“, (...) das Potenzial haben, bei ungehindertem Fortgang den Fortbestand des Unternehmens zu gefährden.“

Die Pflicht zur laufenden Prüfung bestandsgefährdender Entwicklungen kann nur erfüllt werden, wenn ein *wirksames System zur Erkennung von Risiken* besteht. Bisher hat nur für Aktiengesellschaften gemäß § 91 Abs. 2 AktG eine gesetzliche Pflicht bestanden, ein solches „Überwachungssystem“ einzurichten; jede börsennotierte AG muss dieses zudem durch einen Abschlussprüfer prüfen lassen (§ 317 Abs. 4 HGB). Ab Anfang 2021 ist die Einrichtung eines Überwachungssystems wegen der Neuregelung *auch für jede GmbH* verpflichtend.

Um Risiken zu erkennen, die den Fortbestand des Unternehmens gefährden, sind insbesondere die folgenden Aspekte zu erfassen: operative und strategische Risiken, finanzwirtschaftliche Risiken (u.a. Liquidität, Verfügbarkeit von Kreditlinien, Möglichkeit einer Kapitalerhöhung). Inhaltliche Orientierung hierzu bieten die IDW Prüfungsstandards PS 981, PS 982 und PS 983.

Da der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit die praktisch wichtigste Rolle spielt und der laufenden Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit künftig eine deutlich größere Bedeutung als bisher zukommt und beides eine Frage der Liquidität des Unternehmens ist, sollten Aufsichtsräte daher vor allem einen laufend aktualisierten Liquiditätsplan einfordern. Denn wie viel Liquidität im Unternehmen vorhanden ist, lässt sich nur anhand der Kapitalflussrechnung und nicht anhand der Bilanz oder Gewinn- und Verlustrechnung erkennen. Zudem ist für die Ermittlung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit die Planung für die folgenden 24 Monate relevant, so dass im Liquiditätsplan eine integrierte Betrachtung der Kapitalflussrechnung und Planzahlen künftig eine gesteigerte Bedeutung haben wird.

Gerade in kleinen und mittelständischen Unternehmen sind Kapitalflussrechnung und Planzahlen erfahrungsgemäß nicht oder nur rudimentär vorhanden. Angesichts der Neuregelung und der steigenden Haftungsrisiken sollte der Aufsichtsrat darauf hinwirken, dass diese Controlling-Instrumente erstellt und in einen laufend aktualisierten Liquiditätsplan überführt werden. Dieser sollte im Rahmen aller Aufsichtsratssitzungen turnusmäßig durch das Management berichtet und dies dokumentiert werden, um der Pflicht zur Früherkennung von Risiken zu genügen.

#### **4.) Einschätzungen und Empfehlungen zum Krisenmanagement:**

Ab Anfang 2021 müssen Aufsichtsräte ferner überwachen, dass Geschäftsführer bzw. Vorstände „geeignete Gegenmaßnahmen“ ergreifen, wenn es bestandsgefährdende Entwicklungen gibt. Wie sich aus der Begründung zum Referentenentwurf ergibt, hat das Management bei der Auswahl der Gegenmaßnahmen und deren Durchführung einen Beurteilungsspielraum, „der ihnen nach Maßgabe der spezialgesetzlichen Regelungen für Maßnahmen der Geschäftsführung zuzubilligen ist.“ Die in § 93 Abs. 1 AktG geregelte und auf die GmbH analog übertragbare Business Judgment Rule greift also auch hier, so dass Geschäftsführer und Vorstände weitgehend frei entscheiden können, was konkret zur Krisenbewältigung geeignet ist. Da sie nach der Neuregelung dem Aufsichtsrat künftig zwingend unverzüglich

Bericht zu erstatten haben, sollte auch der Aufsichtsrat beurteilen können, ob sich die vorgesehenen Maßnahmen zur Restrukturierung eignen.

Dies wiederum erfordert, dass zumindest einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats mit Lösungen zur finanziellen und operativen Restrukturierung vertraut sind bzw. sich in dieser Hinsicht nachweislich fortgebildet haben. Dies sind ausgewählte Gegenmaßnahmen:

- **Working Capital Optimierung:** Factoring, Reverse-Factoring, Forfaitierung, Finetrading, Dynamic Discounting zur Reduktion der Kapitalbindung bzw. Steigerung der Liquidität.
- **Eigenkapital-Stärkung:** (Bar-)Kapitalerhöhung, Debt Equity Swap (Tausch von Schulden in Geschäftsanteile durch Sachkapitalerhöhung) Pflichtwandelanleihe, Nachrangkapital.
- **Fremdkapital-Restrukturierung:** Stillhalteabkommen mit anschließendem Brückenkredit und Sanierungskredit, Stundung von Darlehensforderungen und/oder Zinsen bzw. Vereinbarung neuer Fälligkeiten, Forderungsverzicht mit/ohne Besserungsschein, Rangrücktritt, Patronatserklärung, Debt Buy Back, Debt Asset Swap.

Darüber hinaus sollten Aufsichtsräte die in Krisensituationen problematischen Aspekte bestimmter Finanzierungsinstrumente (z.B. Einzelkündigungsrecht bei Schuldscheindarlehen) und auch strategische Handlungsoptionen (z.B. Insolvenz in Eigenverwaltung, Schutzschirmverfahren, präventiver Restrukturierungsrahmen) kennen, um passende Lösungen thematisieren zu können.

#### **5.) Einschätzungen und Empfehlungen zur Berichterstattung:**

Da Geschäftsführer bzw. Vorstände ab Anfang 2021 an den Aufsichtsrat unverzüglich Bericht zu erstatten haben und Verstöße gegen diese Berichterstattungspflicht haftungsrelevant sind, sollte künftig präzise dokumentiert werden,

- a) wann genau und inwiefern bestandsgefährdende Entwicklungen durch das Management erkannt wurden,
- b) welche geeigneten Gegenmaßnahmen das Management vorgeschlagen hat,
- c) wann und in welcher Form das Management den Aufsichtsrat über bestandsgefährdende Entwicklungen und die geplanten Gegenmaßnahmen informiert hat,

- d) wann und inwiefern das Management ggf. weitere zuständige Gesellschaftsorgane (z.B. Haupt- oder Gesellschafterversammlung) involviert bzw. die nicht erforderliche Einbindung festgestellt hat,
- e) welche Beschlüsse seitens des Aufsichtsrats und des Managements hinsichtlich der Umsetzung der Gegenmaßnahmen gefasst wurden und
- f) inwiefern der Aufsichtsrat die Umsetzung der Gegenmaßnahmen bzw. den Fortschritt der Restrukturierung überwacht hat.

#### **6.) Einschätzungen und Empfehlungen zu Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit:**

Die drohende Zahlungsunfähigkeit wird ab Anfang 2021 eine deutlich größere Praxisbedeutung als bisher bekommen. Denn die Neuregelung führt dazu, dass es einen „stetigen Übergang auf der Grundlage eines sich dem Krisengrad anpassenden Pflichten- und Haftungsregimes geben wird“. Das bedeutet: der Aufsichtsrat muss überwachen, dass das Management permanent das Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit prüft, je nach Situation geeignete Gegenmaßnahmen ergreift – und dem Aufsichtsrat darüber berichtet.

Während eine drohende Zahlungsunfähigkeit bisher lediglich zur Stellung eines Insolvenzantrags berechtigt, aber nicht verpflichtet hat und praktisch nur für die freiwillige Einleitung eines Schutzschirmverfahrens mit Zustimmung der Gesellschafter relevant war, gewinnt dieser Insolvenzgrund für das Management und Aufsichtsräte künftig unmittelbare Haftungsrelevanz.

Ein Unternehmen droht zahlungsunfähig zu werden, wenn es „voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.“ Der relevante Prognosezeitraum erstreckt sich – anders als bisher – nicht bis zum Ablauf des übernächsten Geschäftsjahres, sondern jeweils auf die nächsten 24 Monate. Drohende Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn die Prognose auf Basis eines Finanzplans ergibt, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit in diesem Zeitraum wahrscheinlicher (mehr als 50 Prozent) als deren Vermeidung ist.

Es liegt in der Natur der Sache, dass sich über einen derart langen Zeitraum der Zustand der drohenden Zahlungsunfähigkeit je nach Krisenverlauf in unterschiedlicher Intensität darstellt und dynamisch ist. Zudem sind Prognosen stets mit Unsicherheiten behaftet. Wie die

Bundesregierung im Referentenentwurf ausführt, verdichtet sich deshalb mit zunehmender Vertiefung der Krise im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit auch der Pflichtenkreis des Managements. Während es zur Wahrung der Gläubigerinteressen ausreichen kann, bei einem erst in zwei Jahren zu erwartenden Zahlungsausfall defizitäre Geschäftstätigkeiten einzustellen oder defizitäre Unternehmenssteile zu veräußern, können bei unmittelbar bevorstehender Zahlungsunfähigkeit strikte Maßnahmen der Massesicherung erforderlich werden.

Deshalb ist es wichtig, dass der Aufsichtsrat auf die Erstellung eines rollierenden Liquiditätsplans auf Basis einer laufend aktualisierten Kapitalflussrechnung mit integrierter Finanzplanung für den Zeitraum der jeweils nächsten 24 Monate sowie eine turnusmäßige Berichterstattung im Rahmen aller Aufsichtsratssitzungen hinwirkt. Da für die Ermittlung der drohenden Zahlungsunfähigkeit zu klären ist, ob und wann Verbindlichkeiten zumindest künftig fällig werden und die Frage der Fälligkeit in jedem Einzelfall zivilrechtlich klären ist, sollten auch Juristen in die laufend aktualisierte Liquiditätsplanung eingebunden werden, um für die Finanzabteilung zu beurteilen, ob und welche Verbindlichkeiten berücksichtigt werden müssen oder außen vor gelassen werden können. Aufsichtsräte sollten dieses organisatorische Erfordernis bei der Geschäftsführung bzw. dem Vorstand nachweislich adressieren, so dass im Zweifel belegt werden kann, dass die Frage der Zahlungsfähigkeit im Liquiditätsplan auch rechtlich validiert worden ist.

Bei der **Neuregelung zur Wahrung der Interessen aller Gläubiger** handelt es sich nach dem Willen der Bundesregierung „weder um eine rigorose Insolvenzantragspflicht noch um ein striktes Zahlungsverbot.“ Für die Bewältigung unterschiedlicher Krisensituationen kämen „naturgemäß unterschiedliche Gegenmaßnahmen zur Bewältigung der sich in der drohenden Zahlungsunfähigkeit manifestierenden Krise in Betracht“. Der Regierungsentwurf nennt exemplarisch,

- in einem **frühen Krisenstadium** „verlustträchtige Geschäftstätigkeiten einzustellen oder verlustbringende Unternehmenssteile zu veräußern“ sowie
- im Fall der bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit „strikte Maßnahmen der Massesicherung“.

Im Frühstadium der Krise bestehe für das Management ein breites Ermessen, so dass sich die Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen „kaum jemals zu konkreten Handlungs- oder Unterlassungspflichten“ verdichte. Demgegenüber werde sich das Ermessen „beim Übergang zur Zahlungsunfähigkeit verengen“.

Für den Aufsichtsrat bedeutet dies, dass bei Indikatoren für eine drohende Zahlungsunfähigkeit gemäß Liquiditätsplan in einer frühen Krisenphase noch eine breite Auswahl an Lösungen besteht, die

- **die operative Restrukturierung** (z.B. Effizienzsteigerungen, Anpassung von Abläufen, Optimierung des Mahnwesens, Anpassung von Zahlungszielen, Margen-Ausweitung bei Kunden, Einsparungen bei Lieferanten) und ggf. parallel
- **die finanzielle bzw. strategische Restrukturierung** (z.B. Verkauf oder Schließung/Einstellung defizitärer Geschäftsaktivitäten, frühzeitige Refinanzierung, Kapitalerhöhung)

umfassen können und sich nach der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Geschäftsleiters richten. Da es Gläubigern in der Krise um eine Stabilisierung des Unternehmens zwecks Rückführung des überlassenen Kapitals nebst Zinsen geht (im Unterschied zu Gesellschaftern bzw. Aktionären, die eine Unternehmenswertsteigerung und Rendite auf ihr eingesetztes Kapital durch Eingehen von Risiken erwarten), sind grundsätzlich auch im frühen Stadium der Krise risikoreiche Geschäfte restriktiv zu handhaben. Auch der Aufsichtsrat sollte in dokumentierter Form überwachen,

- inwiefern die vom Management umzusetzenden Maßnahmen bei drohender Zahlungsunfähigkeit im Sinne der Gläubiger insgesamt sind (z.B. Eindämmung von Verlusten) und
- wie die Anteilseigner (z.B. durch Kapitalerhöhungen, Gesellschafterdarlehen oder Verzicht auf bzw. Begrenzung von Ausschüttungen) an der Krisenbewältigung beteiligt werden, um die Wahrung der Gläubiger-Interessen zu untermauern.

Der Unterschied zu der bisherigen Rechtslage liegt darin, dass ab Anfang 2021 die „Wahrung der Gesamtheit der Gläubiger“ in konkretisierter Weise zu dokumentieren ist, um als Aufsichtsrat aufgrund der umgekehrten Beweislast im Fall einer späteren Insolvenz darlegen und beweisen zu können, ob und inwieweit das Management bereits in einer frühen

Krisenphase bei erkannter drohender Zahlungsunfähigkeit angehalten wurde, die Gläubiger-Interessen zu wahren und Anteilseigner-Interessen hinten zu stellen.

Vertieft sich die Krise im weiteren Verlauf von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit zu einer bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit, greifen – wie bisher – die Pflichten der Geschäftsleitung (u.a. Einberufung der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung bei Verlust des hälftigen Stamm- bzw. Grundkapitals, Zahlungsverbot, Insolvenzantrag). In diesem Fall geht die Pflicht zur Wahrung der Gläubiger-Interessen nahtlos in die **Pflicht zur Massesicherung** über. Auch in dieser Phase ist dringend zu empfehlen, die Maßnahmen des Managements zur Krisenbewältigung und die Überwachung durch den Aufsichtsrat diesbezüglich zu dokumentieren, wobei dies im Vergleich mit geltendem Recht keinen Unterschied darstellt.

#### Über den Autor:

Dr. Rüdiger Theiselmann leitet das INSTFEA und ist als Rechtsanwalt auf die Beratung von Organmitgliedern spezialisiert. Er verfügt über Erfahrung als Aufsichtsrat und berät Aufsichtsräte bei der Vorbereitung und Durchführung von Sitzungen. Als Mitgründer der „Board Academy“ ist er darüber hinaus seit zehn Jahren in der Aus- und Fortbildung von Aufsichtsräten tätig und verantwortet dort das Finance Modul. In seine Tätigkeiten bringt er Erfahrungen aus Fach- und Führungspositionen im operativen Bank- und Kapitalmarktgeschäft, aus der Restrukturierungsberatung sowie als Geschäftsführer einer internationalen Legal Tech Unternehmensgruppe ein. Parallel ist er Lehrbeauftragter an der EBS Business School sowie an der Frankfurt School of Finance & Management.



**Telefon:** (069) 25474202-0

**E-Mail:** info (at) instfea (dot) org