

Praktische Verfahrenshilfen für das SanInsFoG

Mannheim. Zur Reform des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts (SanInsFoG und StaRUG) veranstaltete das Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e. V. (ZIS) am 18./19.02.2021 eine Zoom-Konferenz mit 490 Anmeldungen. In acht Referate unterteilt ging es um die Reformgrundlagen und um die (stark) reformierte Eigenverwaltung, gefolgt von den gerichtlichen Zuständigkeiten und der »Stabilisierung«. Fokus des zweiten Tages waren der Restrukturierungsplan, die Bankensicht auf diese Reform, die Sanierungsprivilegien im Insolvenzanfechtungsrecht und das neue Zahlungsverbot in § 15 b InsO. Alle Vorträge waren von einem sehr regen Chat begleitet – somit gab es mehr Wortmeldungen und Diskussionen, als es ein Präsenztermin je zugelassen hätte.

Text: Peter Reuter

In mehrfacher Hinsicht können sich auch professionelle Veranstalter beim Zentrum für Insolvenz und Sanierung (ZIS) abschauen, wie ein digitales Format nahezu reibungslos ablaufen kann. Vor dem pünktlichen Beginn auf die Sekunde, der den Teilnehmern mit einem Countdown auf dem Bildschirm angezeigt wurde, standen alle Präsentationen der acht Referenten für den Download zur Verfügung. Man habe als technische Unterstützung für die Zoom-Konferenz einen Konzertveranstalter beauftragt, der seit der Lockdownphase für Konzerte auf die Begleitung digitaler Fachtagungen und Veranstaltungen umgeschwenkt ist, berichtete ZIS-Vorsitzender Prof. Dr. Georg Bitter aus seinem Arbeitszimmer in Neustadt an der Weinstraße. Die Leitungen zu den Referenten seien vorher auf Bandbreite überprüft worden, sie seien mit Headsets versorgt worden, damit das gesprochene Wort gleichbleibend gut zu verstehen ist. Als es bei zwei Referenten während der Übertragung in Ton und Bild ruckelte, fanden die engagierten Techniker sehr schnell eine Lösung bzw. Moderator Bitter wusste die Minuten gekonnt zu überbrücken. Sowohl zu Beginn als auch zur Verabschiedung lobte Bitter neben dem Lehrstuhlteam vor allem seine Sekretärin Marisa Doppler, die mit ihrer halben Stelle am Lehrstuhl bei der Vorbereitung »Übermenschliches« geleistet habe, ohne sie hätte die Veranstaltung in dieser Form nicht stattfinden können. Nach der Bitte, den Chat nur für Fachliches zu nutzen, und der Begrüßung auch der 50 Ehrengäste aus Wissenschaft und Praxis unter den 490 angemeldeten Teilnehmern leitete Bitter über zum »Vater des COVInsAG, des SanInsFoG und StaRUG«, **MinRat Alexander Bornemann** (Leiter des Referats RA 6 im BMJV), der in die Grundlagen des neuen Sanierungs- und Insolvenzrechts einführen sollte. Bei 43 Seiten SanInsFoG im Bundesgesetzblatt und bei 45 Minuten Redezeit konnte es allerdings nur eine stichwortartige Auswahl geben.

Mit den Reformanlässen und (geltend gemachtem) Reformbedarf startete Bornemann (Vorgaben der Richtlinie mit fünf Jahren rechtspolitischer Diskussion, System der Antragspflich-

ten mit schwer voneinander abgrenzbarer Überschuldung und drohender Zahlungsunfähigkeit, ESUG-Evaluation mit Bedeutung als Generalevaluation des Insolvenzrechts) und zeigte in der »Zeitreise« auf, dass alle einzelnen Vorhaben miteinander verschränkt sind und daher wegen der Wechselwirkungen aufeinander Bezug nehmen müssten. Als ob das an Programm noch nicht genug gewesen ist, verlangte die Pandemie im März 2020 eine Krisenreaktion mit dem COVInsAG, das die staatlichen Finanzhilfen flankieren sollte. Bevor Bornemann den Fokus auf die Regelungen des präventiven Rahmens legte, skizzierte er die einzelnen Bestandteile des Artikelgesetzes SanInsFoG.

Ein integraler Bestandteil des StaRUG ist verloren gegangen

Zu den Geschäftsleiterpflichten und der Früherkennung (§ 1 StaRUG; Art. 3, 19 RL) merkte Bornemann an, dass mit Wegfall der §§ 2,3 StaRUG-RegE, die die Geschäftsleiterpflichten bereits an die drohende Zahlungsunfähigkeit knüpfen wollten, ein »integraler Bestandteil« des Gesetzes verloren gegangen sei und der Verzicht eine Lücke gerissen habe, die nur z.T. habe geschlossen werden können. Die Sanierungsmoderation (§§ 94–100 StaRUG; Vorbild: französische conciliation) als Konsensualverfahren diene dazu, vor allem kleinen Unternehmen die Krisenbewältigung zu erleichtern. Die Frühwarnung (§§ 101 f. StaRUG; Art. 3 RL) verankere die BGH-Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung, hierzu werde das BMJV noch Informationen auf bmjv.de nachliefern. Dass der präventive Rahmen (§§ 2–93 StaRUG; Art. 1, 2, 4–19 RL) als modulares System angelegt ist und nicht als integriertes Verfahren, sei auch inspiriert durch die Umsetzungen in England und in den Niederlanden, ein Blick über die Grenzen könne sich immer lohnen auch im Hinblick auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit. Bei mehreren Grundfragen zur RL-Umsetzung hob Bornemann das häufig angeführte sog. Ab-



Gastgeber und Moderator
Prof. Dr. Georg Bitter



MinRat Alexander Bornemann

standsgebot hervor, das für ihn unklar und wenig nachvollziehbar erscheine, wengleich er wisse, was damit gemeint sein soll. Bekanntermaßen ohne Abstand ist der drohenden Zahlungsunfähigkeit schließlich im Gesetz die Doppelfunktion als Zutritt zum StaRUG und zur InsO zugekommen. Die beibehaltene Überschuldung als Pflichtantragsgrund sei konturiert und in gewisser Weise entschärft worden, die Insolvenzantragspflicht und die Zahlungsverbote seien im neuen § 15 b InsO wiedervereinigt worden. Den sperrig erscheinenden Begriff »Stabilisierung« habe man gewählt, weil er positiver konnotiert sei als das nahezu gleichbedeutende Moratorium. Abschließend sprach Bornemann noch verbliebene »Hausaufgaben« des BMJV an, u. a. die Checklisten für Restrukturierungspläne (§ 16 StaRUG), Hilfen für Liquiditätsplanung (BT-Drs. 19/25353, S. 6) als eine Art Formular und die Informationsseite über Frühwarnsysteme (§ 101 StaRUG). Zudem finde eine Beobachtung der sich zurzeit »eher zaghaft« entwickelnden Praxis statt, denn es soll eine Evaluation des Anwendungszeitraums bis 31.07.2024 (BT-Drs. 24181, S. 102f.) erfolgen, damit die Ergebnisse auch in die EU-Evaluation einfließen können. Eine der Nachfragen bezog sich auf den in Art. 4 RL ermöglichten Viability Test, den man in der Art aber nicht im StaRUG umgesetzt habe, so Bornemann, allerdings könne die Durchfinanzierung der Restrukturierungsplanung als eine vergleichbare Konzeption aufgefasst werden. Zum Thema der gestaltbaren Rechtsverhältnisse unterstrich er, dass man mit der Vertragsbeendigungsoption im RegE schon mutig, manchen zu mutig gewesen sei, auch hob er die umgesetzten gestaltbaren kollektiven Finanzierungsarrangements hervor. Zur Frage eines möglichen Verzichts auf Restrukturierungstourismus in die Niederlande schickte Bornemann voraus, nur eine persönliche Einschätzung geben zu können. Die Streichung der zwei großen Blöcke, die Vertragsbeendigungsoption und das Haftungsregime für Geschäftsleiter, betrachte er – diplomatisch ausgedrückt – als »nicht förderlich«; Letzteres bedeute, dass der StaRUG-Rahmen immer einer Gesellschafterzustimmung bedarf.

Als Nächstes referierte **RA Prof. Dr. Lucas Flöther** (Flöther & Wissing) zur Eigenverwaltung nach dem SanInsFoG und bemerkte, dass man sich im Gesetzgebungsverfahren zu sehr auf das StaRUG konzentriert und Änderungen bei der Eigenverwaltung nicht entsprechend wahrgenommen habe, die mitunter »starken Tobak« enthielten. Man habe auf der Basis der ESUG-Evaluation

an ein Finetuning gedacht, während sich im Gesetz »tiefgreifende« Änderungen versteckten. Dass Regelungen »verrutscht« sind – das 270b-Verfahren (Schutzschirm) ist nun das 270d-Verfahren – sei eine der kleinsten Änderungen. Das von einigen Gerichten praktizierte Vorgespräch, insbesondere zu den Voraussetzungen der Eigenverwaltung und der Person des Sachwalters, in § 10 a InsO bei den Bedingungen des § 22 a InsO sei sehr zu begrüßen. Der Zugang zur Eigenverwaltung habe nun echte Anordnungsvoraussetzungen (§ 270 a InsO) mit einer vollständigen und schlüssigen Eigenverwaltungsplanung als Leitplanken für einen gut vorbereiteten Antrag zur Missbrauchsvermeidung erhalten, wobei sich an dieser Regelung zeige, so Flöther, dass Gesetze immer komplexer werden und nicht mehr selbsterklärend sind. Dass die beim Antrag vorzulegende Finanzplanung sechs Monate und nicht die in der Krise bekannte 13-Wochen-Planung umfasst, werde viele Schuldner »durchs Raster« fallen lassen. Eine Finanzierung der Fortführung dürfe laut Gesetzesmaterialien nicht durch Veräußerung von Anlagevermögen erfolgen, allerdings erscheine Sale-and-Lease-Back dennoch möglich. Das Sanierungskonzept (Krisenanalyse, Ziele und Maßnahmen) dürfe wiederum keine »schlichte« Ideenvorschau beinhalten, sondern sollte einem Pre-pack gleichen; einige Gläubiger würden sogar ein IDW-S-6-Gutachten erwarten. Die Darstellung des Verhandlungsstands mit den Gläubigern bezeichnete Flöther als sehr »hochgeschraubte« Voraussetzung, diese Gespräche würden häufig als Nichtgespräche geführt und sollten nicht für alle einsehbar in der Gerichtsakte dokumentiert sein, was die Verhandlungsbereitschaft gefährden könne. Zudem bestehe die Gefahr der sofortigen Fälligkeit, um ein 270d-Verfahren zu verwehren. Eine konkrete Verfahrenskostenvergleichsrechnung betrachtet er auch vor dem Hintergrund der Zu- und Abschläge gem. InsVV als schwierig, ein schlichtes Gegenrechnen der Kosten erfasse nicht immer den Mehrwert der Eigenverwaltung. Die Prüfung der Angaben (stimmig und ausreichend?) in den umfangreichen Unterlagen des Schuldners könne wiederum einen verfahrensverzögernden Sachverständigen notwendig machen.

Flöther wies auch auf die einstweilige Anordnung der Eigenverwaltung und die Nachbesserungsmöglichkeit bei »behebaren Mängeln« binnen 20 Tagen hin, wobei damit Planungssicherheiten für den Schuldner verbunden sein könnten. Die Erklärungs Pflichten nach § 270 a Abs. 2 InsO seien die auch vom



RA Prof. Dr. Lucas Flöther



Prof. Dr. Christoph Thole

Gravenbrucher Kreis geforderten Negativkriterien, um ein Kippen der Eigenverwaltung zu verhindern, doch er zweifelt daran, dass eine Sperre der Eigenverwaltung im Vergleich zum Restrukturierungsplan mit weniger Eingriffsrechten angemessen ist. Die generell zu begrüßenden neuen Zugangsregelungen verlangten gut geplante Eigenverwaltungen mit Liquidität, aber die hohen Hürden könnten auch ein Sanierungshemmnis darstellen und kleinere Unternehmen von der Eigenverwaltung ausschließen. Die Neuregelungen hält Flöther für zu komplex und auslegungsbedürftig. Auf »offensichtlich nicht aussichtslos« habe man zwar verzichtet, aber neue unbestimmte Rechtsbegriffe geschaffen. Diese Verschärfung könne auch ein Einfallstor für eigenverwaltungsaverse Gerichte bedeuten, er würde sogar so weit gehen zu sagen, der Gesetzgeber wechsele von einem Extrem ins andere. Im Anschluss vertiefte Flöther die neuen Rechte und Pflichten der Beteiligten, begrüßte den in den Pflichten flexiblen Sachwalter und den Verzicht auf den Sondersachwalter, der ein »sanierungslähmender Oberaufpasser« geworden wäre. Zu den pandemiebedingten Zugangserleichterungen gem. COVInsAG, die u. a. vorsehen, dass die Eigenverwaltung nach bis 31.12.2020 geltendem Recht weiterhin zur Anwendung kommt, berichtete er, dass er sich derzeit als vorläufiger Sachwalter bei einem konkreten Fall in einer unsicheren Situation befinde, welche Vorschriften nun zur Geltung kommen.

Als dritter Referent trug **RiAG Dr. habil. Gunter Deppenkemper** zu »Zuständigkeiten und Aufgaben der Insolvenz- und Restrukturierungsgerichte« vor. Als Insolvenzrichter am AG Mannheim kommt nicht er in den Genuss von StaRUG-Verfahren, sondern die Karlsruher Kollegen. Eingangs kündigte er an, in seinem 45-minütigen Vortrag auch einen »kleinen, hoffnungsvollen« Ausblick auf die gerichtliche Digitalisierung zu geben. Die gerichtlichen Aufgaben beginnen mit der Anzeige gem. § 31 Abs. 3 StaRUG, dann wird die Restrukturierungssache rechtsabhängig. Unklar sei, ob das Gericht die allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen zu prüfen hat oder sich diese Prüfung auf die Zuständigkeit beschränkt. Die vier Instrumente (gerichtliche Planabstimmung, Vorprüfung, Stabilisierung und Planbestätigung) können jeweils auf Antrag und unabhängig voneinander in Anspruch genommen werden. Der Referent unterschied zwi-

schen maximaler und minimaler gerichtlicher Einbeziehung (Anhörungstermin gem. § 61 Satz 2 StaRUG und Bestätigung gem. §§ 60, 65 Abs. 1, 67 StaRUG). Zur Vorprüfung (§ 46 StaRUG) merkte Deppenkemper an, dass die Gerichte mit zahlreichen Fragen belastet werden könnten und quasi wie eine Rechtsberatung fungierten, die Richter wiederum trotz der abverlangten Kenntnisse an ihre Grenzen stoßen könnten. Die maximale Einbeziehung könne wegen der Gerichtsautorität zur Akzeptanzsteigerung führen. Dagegen könne eine minimale gerichtliche Einbeziehung einen stillen »super fast track« ermöglichen, dabei müsse man aber den Minderheitenschutz, das Risiko der sofortigen Beschwerde und das Schlechterstellungsverbot im Auge behalten. Zur Stabilisierung (§ 51 StaRUG) und zur vollständigen und schlüssigen Restrukturierungsplanung wies der Referent auf den »bemerkenswert definierten« Abs. 1 Satz 2 hin, der erheblichen Interpretationsspielraum eröffne: »Schlüssig ist die Planung, wenn nicht offensichtlich ist, dass sich das Restrukturierungsziel nicht auf Grundlage der in Aussicht genommenen Maßnahmen erreichen lässt.« Die Vergütungsfestsetzung bzw. einen zu setzenden Höchstbetrag mit Bestellung des Restrukturierungsbeauftragten (§ 81 Abs. 4 StaRUG) bezeichnete Deppenkemper als schwere Aufgabe, die viel Finger-spitzengefühl verlange. Dass das Gericht den Restrukturierungsbeauftragten zur Unterstützung als Sachverständigen einsetzen kann (§ 73 Abs. 3 StaRUG), klinge »reizvoll«.

Bei der »Stabilisierung« gem. StaRUG liegt nicht alles auf Eis

Zur Digitalisierung behandelte Deppenkemper die technischen und rechtlichen Rahmenbedingungen sowie sichere Übermittlungswege (§ 130a Abs. 4 ZPO) via EGVP, beA und beBPO. Seit 2018 ist der elektronische Rechtsverkehr (ERV) an allen Gerichten eröffnet, die Verpflichtung gilt für alle professionellen Einreicher ab 2022. Ab 2026 besteht die Pflicht zur Führung einer elektronischen Akte in allen Gerichtsbarkeiten. Mit Blick auf die Aspekte der nicht öffentlichen Sitzung mit Zugangsbeschränkung, der Wahrung der Beteiligtenrechte, der Rechts-



RA Peter Gresikowski

sicherheit (Prüfung/Festsetzung der Stimmrechte; Abstimmung) und der Datensicherheit nannte der Referent als praktisches Beispiel die teilvirtuelle Gläubigerversammlung am AG Köln vom 18.11.2020 (INDat Report 10_2020, S. 43).

Im Anschluss befasste sich **Prof. Dr. Christoph Thole** (Universität zu Köln) mit dem Thema »Stabilisierung und vertragsrechtliche Wirkungen des StaRUG«, das eine Reihe von Fragen aufwerfe, die wiederum differenzierter Beantwortungen bedürften. Auf Antrag des Schuldners auf die Verfahrenshilfe Stabilisierung kann das Gericht Vollstreckungs- und Verwertungssperren anordnen, wobei es sich nicht um ein Moratorium in eigentlichem Sinne handle, denn es liege eben nicht alles auf Eis. Eine größere praktische Bedeutung als die Vollstreckungssperre dürfte die Verwertungssperre haben, denn stehe eine Vollstreckung bereits an und sei die Zahlungsunfähigkeit zum Greifen nahe, mache ein StaRUG-Verfahren wohl wenig Sinn, vielmehr sei das Insolvenzverfahren anzupeilen. Bei der Vollstreckungssperre (§ 49 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG), der temporären Sperrung (i. d. R. bis zu drei Monaten) von Vollstreckungsmaßnahmen, bleibe die Fälligkeit unberührt (auch fallen Verzugszinsen an und die Vertragsrechte der Gläubiger sind weitgehend unberührt), somit sei auch der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit denkbar, wenn keine Einigung erfolgt und der Stand Still oder die Stundung ausläuft. Daher seien die Auswirkungen der Stabilisierungsanordnung auf Zahlungsunfähigkeit vor allem dann fraglich, wenn es sich um einen Gläubiger bzw. um einen sog. Störer mit entsprechend hohem Forderungsvolumen handelt, das weiterhin als fällig eingestuft ist. Man könne diesen Störer also nicht an den Stand Still binden, sondern ihn nur befristet von der Vollstreckung abhalten. Tritt nun mit Fälligkeitstellung einer Forderung Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung ein, könne nach § 33 Abs. 2 Nr. 1 Halbsatz 3 StaRUG von der Aufhebung der Restrukturierungssache abgese-

hen werden – ein Notanker laut Referent –, wenn der Auslöser eine Forderung ist, die, zuvor als Vorhaben angezeigt, später im Restrukturierungsplan gestaltet werden soll. Damit verband Thole den Praxistipp, frühzeitig die Restrukturierungssache anzuzeigen, bevor der (später planbetroffene) Störer seine Forderung fällig stellen kann. Allerdings befürchtet er in diesen Fällen eine Art Wettlauf zwischen Anzeige des Schuldners und Fälligkeitstellung des Gläubigers.

Bei den Voraussetzungen eines Stabilisierungsantrags wies Thole auf die Parallelen zum Eigenverwaltungsvorhaben (§ 270 a Abs. 2 InsO) hin, sprach z. B. bei der Prüfung der Vollständigkeit und Schlüssigkeit (§ 51 Abs. 1 StaRUG) von einer etwas seltsamen Definition, die eine hohe Hürde schaffe, eine Stabilisierung zu verneinen, und bezeichnete das Sale-and-Lease-Back-Geschäft als wohl nicht hinderlich für die Anordnungsvoraussetzungen. Bei den Rechtsfolgen vertiefte Thole die Leistungsverweigerungsrechte, Vertragsabänderungs- und -beendigungsrechte des zugrunde liegenden Vertrags – auf diese habe die Stabilisierungsanordnung gem. § 55 StaRUG (unterschieden nach bereits eingetretenem Rückstand des Schuldners und vorleistungspflichtigem Gläubiger) wenig Auswirkungen. Das dahinterstehende Prinzip laute, dass sich für den Gläubiger über die Stabilisierung hinaus das Risiko nicht weiter erhöhen sollte. Einen Fokus legte Thole auf den Passus, wonach der Gläubiger nicht allein wegen des bestehenden Rückstands Leistungsstörungsrechte sowie Vertragsbeendigungs- und -abänderungsrechte geltend machen kann, was aber bedeute, dass sich der Gläubiger auf andere oder zusätzliche Gründe berufen dürfe, so z. B. laut Begründung des RegE auf einen nach dem maßgeblichen Anordnungszeitpunkt eintretenden Verzug. Auch richtete Thole den Blick auf Darlehen und andere Finanzierungen, unterschieden nach Fällen vor und nach Valutierung. Eine der vielen damit im Zusammenhang stehenden

Fragen sei die des Bruchs von Covenants. Für Thole bleibt es aus Schuldnersicht fraglich, so sein Fazit, ob er mit der Stabilisierung viel gewonnen hat. Die Abhängigkeit von Gläubigern und deren Finanzierungsbeiträgen könne auf diese Weise nicht gelöst werden. Aus Gläubigersicht sei vor allem bei der Vertragsgestaltung auf die Auswirkungen einer späteren Stabilisierung zu achten, das gelte aber erst recht auch für den Schuldner (siehe dazu ausführlich Thole in ZRI 2021, 231).

Den zweiten Kongresstag, bei dem RA Peter Depré, stellvertretender ZIS-Vorsitzender, die Co-Moderation übernahm, eröffnete **RAin Dr. Alexandra Schluck-Amend** (CMS) mit dem Thema »Der Restrukturierungsplan – Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen«. Eingangs schilderte sie ein Praxisbeispiel: Der Mandant verhandelt seit Herbst 2019 mit den Banken über die Verlängerung eines am 31.12.2021 auslaufenden Konsortialkredits. Die Banken pochen auf ein IDW-S-6-Gutachten, das die positive Fortbestehensprognose bestätigen soll. Mit der Corona-Krise hat sich die Gutachtenstellung deutlich verzögert, so kann der Auftragseingang nicht mehr verlässlich geplant werden. Die operative Sanierung mit einem umfangreichen Personalabbau ist bereits im Jahr 2020 umgesetzt worden. Für das Unternehmen gebe es nun die StaRUG-Option zur finanziellen Restrukturierung. Mit Blick auf den Restrukturierungsplan beschrieb die Referentin die Maßnahmen nach gestaltbaren Forderungen und Rechtsverhältnissen bzw. nicht gestaltbaren Forderungen und Rechtsverhältnissen (u. a. alle Forderungen von Arbeitnehmern inklusive der Last von Altersversorgungen) und die Absonderungsanwartschaften sowie den Umgang mit neuen Finanzierungen. In den Details konzentrierte sich Schluck-Amend auf die Aspekte, die sich vom Insolvenzplan unterscheiden. Bei den Stimmrechten (§ 24 StaRUG) der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte, die sich grundsätzlich nach dem Anteil am gezeichneten Kapital oder Vermögen des Schuldners richten, wies sie darauf hin, dass Stimmrechtsbeschränkungen, Sonder- und Mehrstimmrechte dabei keine Rolle spielten. Diese Regelung stufte sie als gesellschaftsrechtlich kritisch ein, da ein Gesellschaftervertrag häufig bestimmte Stimmrechtsbeschränkungen verankert und dafür andere Vorteile bietet, z. B. Vorzugsaktien. So könne man Aktionäre mit Vorzugsaktien bei der Abstimmung eines Restrukturierungsplans aushebeln. Des Weiteren ging Schluck-Amend auf die Zustimmungsfiktion, den Grundsatz der absoluten Priorität und dessen Durchbrechung und die gerichtliche Planbestätigung ein, die sinnvollerweise mit der gerichtlichen Anhörung zu verbinden sei.

Nach der kompakten Darstellung zog die Restrukturierungsberaterin ein vorläufiges Fazit. Ihre anfängliche Euphorie, zumal sie der erste Entwurf überzeugte, sei etwas gebremst, da

der von »verschiedenen Gruppen zerpflückt« worden sei. Im Ergebnis bestünden nun gravierende Hürden, der Anwendungsbereich sei anders als erhofft nicht so groß. Zu begrüßen sei die Teilkollektivität, der stille Ablauf mit nicht veröffentlichten Beschlüssen, die Einbeziehung von Drittsicherheiten und die Flexibilität mit dem Baukastensystem. Der Restrukturierungsbeauftragte würde wohl eher die Regel als die Ausnahme bedeuten, was sich auf die Verfahrenskosten auswirke. Als ersten Stolperstein sieht Schluck-Amend die Unsicherheit, ob es für die Einleitung eines Gesellschafterbeschlusses bedarf. Dafür spreche, dass es sich um ein außergewöhnliches Geschäft handelt, das den Gesellschaftern zuzurechnen ist. Dagegen seien die Geschäftsleiter verpflichtet, zum Wohl der Gesellschaft zu handeln, dabei aber auch bei Krisenfortschritt die Gläubigerinteressen zu berücksichtigen. Deshalb könne man derzeit Mandanten nicht raten, ein StaRUG-Verfahren ohne Gesellschafterbeschluss einzuleiten. Für problematisch hält sie auch die Regelung, dass die Gesellschafter bei Zustimmungsersetzung keine alten Anteile behalten dürfen. Das mache eine Kapitalherabsetzung auf null notwendig mit einer anschließenden Kapitalerhöhung und einem Mittelzufluss der Gesellschafter, was die Begeisterung der Gesellschafter für das StaRUG in Grenzen halten werde. Auch sieht Schluck-Amend als Hindernis, dass das Werkzeug keine operative Sanierung vorsieht, was mit Blick auf das Retailgeschäft und die lang laufenden Mietverträge eine Alternative zum Insolvenzverfahren bedeutet hätte – auch bei drückenden Pensionsverpflichtungen könne das StaRUG nun nicht helfen. Allerdings würde das StaRUG in einigen wenigen Fällen wirken, vielleicht auch im geschilderten Eingangsfall, da die Banken einen Anfechtungsschutz erhalten und die Sache leise abläuft. Die anschließende Diskussion behandelte die Vergleichsrechnung und das Unterfangen, das nächstbeste Alternativszenario auszuwählen, die Grenzen bei der »sachgerechten« Auswahl der Planbetroffenen (Banken einbeziehen, Kreditversicherer nicht?) und den Umgang mit streitigen Forderungen, ob für diese eine eigene Gruppe zu bilden ist.

Der darauffolgende Referent, **RA Peter Gresikowski** von der DZ Bank AG, der betonte, nur seine Privatmeinung zu äußern, stellte die Bankensicht zu Chancen und Risiken des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens dar. In einem Schaubild zeigte er nach zehn Kriterien unterteilt die StaRUG-Restrukturierung im Vergleich zu der nach IDW S 6, der nach Eigenverwaltung/Schutzschirm und der nach InsO-Plan bzw. InsO-Regelverfahren auf. Vergleichskriterien waren u. a. Verfahrensziel, Öffentlichkeit, Beteiligte votum und Eingriffe in Verträge sowie Arbeitnehmerrechte. Der nicht öffentlichen und zumeist von Bankengläubigern initiierten IDW-S-6-Sanierung (nachhaltige Ertrags- und Renditefähigkeit als Ziel; konsensuale Lösungen



RAin Dr. Alexandra Schluck-Amend



RiAG Dr. habil. Gunter Deppenkemper

gelten als nachhaltig) stellte er kritisch das StaRUG-Verfahren »mit Strickfehlern« gegenüber, das nur der Schuldner außerhalb des Bankeneinflusses initiieren könne und das eine »Sanierung light« verkörpere, die es so nicht gebe, da Sanierung immer im Kontext einer leistungswirtschaftlichen Sanierung zu sehen sei. Die Lücke, die das StaRUG laut Gesetzgeber schließe, gebe es nicht, so Gresikowski, denn Akkordstörer seien bislang u. a. über »Quotenrauskauf« beherrschbar gewesen und die Risikofrüherkennung sei bisher auch in praxi geregelt, z. B. in § 321 HGB/berufsständische Grundsätze. Im Übrigen befürchte er durch das StaRUG eine zusätzliche »Beraterlast« mit mitunter »kreativen Geschäftsmodellen« zulasten der Banken. Den Verfahrenszugang sieht er als Banker mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit als zu spät angesetzt, einen erhöhten Anreiz bzw. eine »Honigspur« für Sanierungsfinanzierer/Banken könne er nicht erkennen, den bloßen Hinweis in § 12 StaRUG betrachte er als »recht dünn«. Daher erkenne er in vielen Konstellationen keinen automatischen Vorteil des StaRUG gegenüber der IDW-S-6-Sanierung und der gem. InsO; in speziellen Akkordstörerkonstellationen wie Schuldscheindarlehen (hier gebe es aber auch das SchVG als Alternative), Anleihen und Schadenersatzforderungen könne ein Restrukturierungsplan ggf. Hilfe leisten. Die auf Restrukturierungsrichter zukommenden Aufgaben mit betriebswirtschaftlich komplexen und in kurzer Zeit zu treffenden Entscheidungen bezeichnete er bei der »strukturell schwächsten und meistgestressten Stelle im System« als »Zumutung«. Dass Kreditvertrags- und Absonderungsrechte der Banken unter Druck geraten, sei glücklicherweise noch mit der Streichung der §§ 51 ff. StaRUG-RegE verhindert worden. Aus Bankensicht sei dem Gesetzgeber kein großer Wurf gelungen, wengleich er das StaRUG als enzyklopädisches Regelwerk bezeichnen wolle, das aber wiederum nur in ausgesuchten Fallkonstellationen und wohl weniger für KMUs als neue Alternative in Betracht kommen werde.

In der Diskussion äußerte ein Teilnehmer Bedenken im Hinblick auf das Risikomanagement der Banken (MaRisk), ob sie Sanierungskredite ohne ein IDW-S-6-Gutachten überhaupt vergeben könnten. Auch MinRat Alexander Bornemann meldete sich in Anbetracht der StaRUG-Kritik zu Wort, die für ihn z. T. widersprüchlich erscheine. Die angeführte Kontrastierung von IDW-S-6-Gutachten und präventivem Rahmen unterstelle, dass die operative Sanierung im StaRUG nicht mitgedacht sei, diese An-

nahme treffe nicht zu. Das Gesetz verfolge den Grundgedanken, Restrukturierungsziele der Beteiligten gemeinsam anzugehen, und zu denen gehörten auch im IDW-S-6-Gutachten angestrebte und umgesetzte operative Ziele; dabei gelte es, Hindernisse wie Akkordstörer mit Hilfestellungen zu überwinden. Es gebe also keinen Gegensatz, das Verhältnis sei als Ergänzung und Unterstützung zu begreifen, die »Rhetorik der Gegensätzlichkeit« könne er daher nicht nachvollziehen. Wie vertrage es sich zudem, fuhr Bornemann fort, die Bedeutung operativer Maßnahmen zu betonen und gleichzeitig erleichtert zu sein, dass es im StaRUG die geplante Vertragsbeendigungsoption nicht gibt. Die Kritik sei vor dem Hintergrund der generellen Skepsis gegenüber einem gerichtlichen Verfahren zu verstehen, erwiderte Gresikowski, bei dem die Bank nicht mehr Herrscher des Verfahrens ist. Man wolle lieber weit vor der Liquiditätskrise frei und gerichtsfern agieren können, nach dem Motto »freie Fahrt«.

Unklarheit im Kontext von §§ 90 Abs. 2, 97 Abs. 3 StaRUG

Als vorletzter Referent behandelte **RiBGH Dr. Heinrich Schoppmeyer**, stellvertretender Vorsitzender des IX. Zivilsenats, »Sanierungsprivilegien im Insolvenzanfechtungsrecht nach dem StaRUG«, wobei er vorausschickte, sich vor allem auf interessante Fragen konzentrieren und mögliche Antworten darauf nur anreißen zu wollen. Ausgehend von der Basis – Art. 17 (Schutz für neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen) und Art. 18 (Schutz für sonstige Transaktionen im Zusammenhang mit der Restrukturierung) der Richtlinie – behandelte er die Eckpunkte des geltenden Anfechtungsrechts, dabei rief er in Erinnerung, dass nach der Rechtsprechung die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung bereits erfüllt sein können, wenn der Schuldner drohend zahlungsunfähig ist. Zu § 89 Abs. 1, 2 StaRUG stellten sich u. a. die Fragen, ob auch andere Anfechtungstatbestände außer § 133 InsO und welche Art Rechtshandlungen erfasst sind, bei §§ 90 Abs. 1, 97 Abs. 3 StaRUG bestünden Fragen zum Zeitraum und zu den Voraussetzungen des Anfechtungsschutzes. Im Kontext von §§ 90 Abs. 2, 97 Abs. 3 StaRUG ergebe sich die Unklarheit, die sich seiner Meinung nach zu einem großen



RiBGH Dr. Heinrich Schoppmeyer



Co-Moderator RA Peter Depré

Streitpunkt entwickeln werde, wann sichergestellt ist, dass sich nicht planbetreffene Gläubiger vorrangig aus der Gegenleistung befriedigen können. Das Gesetz müsse das Anfechtungsrecht zwischen zwei Polen austarieren: dass sinnvolle Sanierungen nicht durch Anfechtungsrisiken gehemmt werden und sinnlose Sanierungen in ihren gläubigerbenachteiligenden Wirkungen wirksam korrigiert und rückgängig gemacht werden. Das Problem bestehe darin, wie man ex ante für einen Gläubiger hinreichend rechtsicher klären kann, ob ein Anfechtungsrisiko besteht oder nicht. Im späteren Prozess könnten sich Rückschaufehler ergeben, sog. hindsight bias. Hier bräuchte es Sonderregeln, die dieses Problem mehr adressierten und mehr Rechtssicherheit schafften. Was die Regelungstechnik des StaRUG angeht, sagte Schoppmeyer, enthalte das Gesetz eine komplizierte Gemengelage aus Ausnahmen, Gegenausnahmen und unklaren Begriffen sowie eine Gesetzesbegründung, die nur teilweise mit der Norm in Übereinstimmung zu bringen ist. Daher ergäben sich etliche offene Fragen, die er in seinem Vortrag über die Sonderregeln der §§ 89–91 StaRUG zu skizzieren versucht habe.

Den Abschluss der digitalen ZIS-Tagung bildete Gastgeber **Prof. Dr. Georg Bitter** mit seinem Vortrag »Neuorientierung der Geschäftsführerhaftung in der Insolvenz«, der am selben Tag auf 16 Seiten in der ZIP (2021, 321) erschien und der auf YouTube unter »Lehrstuhl Prof. Georg Bitter« als Vortrag vom 28.01.2021 bei der Pluta-Akademie nachzuhören ist. Bitter unterteilte seine Ausführungen in Insolvenzgründe und Insolvenzantragspflicht, den Schwerpunkt »Verbotene Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15 b InsO)« und Haftung im präventiven Restrukturierungsrahmen (§§ 42, 43 StaRUG). Im Zuge der Verschmelzung des § 64 GmbHG mit dem neuen § 15 b InsO sollen die Richter des II. Zivilsenats das Interesse bekundet haben, weiterhin die Geschäftsführerhaftung höchststrichterlich »betreuen« zu wollen, berichtete Bitter, wenngleich zukünftig der IX. Zivilsenat dafür zuständig wäre. Der neu geregelten Überschuldung mit dem zwölfmonatigen Prognosezeitraum attestierte Bitter eine gesetzliche Aufforderung zur »Blindheit« gegenüber absehbaren Entwicklungen, die weiter als zwölf Monate in der Zukunft liegen und bereits jetzt erkennbar seien. Der Gesetzgeber verkenne das teleologische Fundament des modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriffs. In der anschließenden Diskussion bemerkte Alexander Borne-

mann, dass die Fixierung auf zwölf Monate dem Gesetzeszweck diene, eine klare Abgrenzung zur drohenden Zahlungsunfähigkeit vorzunehmen. Auf das von Bitter angesprochene Beispiel der in 15 Monaten sicher eintretenden Überschuldung entgegnete er, dass man mit den gestrichenen §§ 2, 3 StaRUG-RegE darauf angemessener hätte reagieren können.

Die Präzisierung der Sorgfaltsausnahme aus § 15 b Abs. 2 Satz 1 InsO (früher § 64 Satz 2 GmbHG) beinhalte eine doppelte und richtige Korrektur der Rechtsprechung des II. Zivilsenat, betonte der Referent. Der pflichtwidrig die Insolvenz verschleppende Geschäftsleiter profitiere nicht mehr vom Privileg der Sorgfaltsausnahme (auch nicht bei § 266 a StGB und §§ 34, 69 AO), der pflichtgemäß i. S. v. § 15 a Abs. 1 InsO handelnde Geschäftsführer werde demgegenüber privilegiert, denn im 3-/6-Wochen-Zeitraum des § 15 a Abs. 1 InsO und im Eröffnungsverfahren seien grundsätzlich alle Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erlaubt. Das Massesicherungsgebot stehe sozusagen vor bzw. über den straf- und haftungsbewehrten Abführungsverboten. Der pflichtgemäß handelnde Geschäftsleiter werde nun in dieser Phase bei der unverschuldeten Pflichtenkollision entlastet. Auf der Rechtsfolgenseite gem. § 15 b Abs. 4 InsO gehe es um den Gesamtgläubigerschaden während der Insolvenzreife. Den Geschäftsleiter sollte es bereits entlasten, wenn er darlegen und beweisen kann, dass die Zahlung Teil eines während der Verschleppung durchgeführten, jedoch mit Gewinn abgeschlossenen Geschäftsvorgangs ist. Der Gesetzgeber habe hier einen Mittelweg des bestehenden Streits (Einzelbetrachtung vs. Gesamtbetrachtung), in dem Bitter und andere nicht die h. M. vertreten, vorgenommen und beide Ansätze miteinander verbunden. Entscheidend für die Prozesspraxis werde es zukünftig sein, so Bitter, welche Anforderungen die Gerichte an die Darlegungs- und Substanziierungslast des Geschäftsführers stellen. Im Anschluss daran beschrieb er die Konsequenzen für die Rechtsprechung zum Aktivtausch, dessen Grundsätze auszuweiten seien. Die anschließende Diskussion, die schon sehr rege im Chat stattgefunden hatte, musste Moderator Depré kurz halten, damit der strenge Zeitplan des Kongresses, bei dem bis zum Schluss über 400 Teilnehmer eingeloggt blieben, eingehalten werden konnte und Bitter zur Verabschiedung nochmals die Gelegenheit erhielt, dem Team hinter den Kulissen danken zu können. <<