

Stellungnahme

als Sachverständiger zur öffentlichen Anhörung am 25. November 2020 im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) (BT-Drs. 19/24181, BR-Drs. 619/20), zum Antrag der Fraktion der FDP (BT-Drs. 19/20560) sowie zum Antrag der Fraktion der BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 19/24379)

von

Prof. Dr. Lucas F. Flöther
Fachanwalt für Insolvenzrecht

I. SanInsFoG als weiterer wichtiger Schritt zur Stärkung des Sanierungsstandortes Deutschland

Den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) sowie den dort vorgesehenen Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen (StaRUG-E) betrachte ich als weiteren wichtigen Schritt zur Stärkung des Sanierungsstandortes Deutschland. Zu dieser Einschätzung tragen einerseits die im Gesetzentwurf enthaltenen Verbesserungen im Eigenverwaltungs- und Insolvenz(plan)verfahren bei. Auf der anderen Seite ist der modular gestaltete Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen hervorzuheben, mit dem insbesondere die EU-Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz¹ umgesetzt werden soll. Damit erhalten Unternehmen in der Krise ein flexibles und wirksames Mittel, das außergerichtliche Sanierungsbemühungen dann unterstützt, wenn sie an einzelnen Akkordstörern zu scheitern drohen.

II. Keine überstürzte Einführung von Regelungen, die massive Auswirkungen auf die gesamte Wirtschaft haben

1. Auch wenn die Regelungen des StaRUG-E der Umsetzung der vorgenannten RL dienen, ist mit Blick auf die Tragweite des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens kritisch anzumerken, dass er gemäß Artikel 25 Absatz 1 SanInsFoG-E bereits am 1. Januar 2021 zur Anwendung kommen soll. Wenn das SanInsFoG aber im „Schnelldurchlauf“ durch das Gesetzgebungsverfahren gebracht werden müsste, könnte eine besonnene sowie dem Inhalt des Gesetzes angemessene Diskussion nicht stattfinden. Eine Diskussion in der Fachöffentlichkeit, die zu einer wohlüberlegten und passgenauen Implementierung

¹ Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl. EU L 172 vom 26. Juni 2019, S. 18; im Folgenden: RL.

des neuen Rechtsrahmens in das deutsche Recht führt, ist jedoch trotz der anhaltenden Corona-Pandemie nicht entbehrlich. Denn der neue Rechtsrahmen kann zu einem Paradigmenwechsel im deutschen Sanierungs- und Insolvenzrecht – weg von einer Gläubigerbefriedigung (Gläubigerinteresse), hin zu einer Entschuldung (Schuldnerinteresse) – führen. Das SanInsFoG, das deshalb erhebliche Auswirkungen auf die Grundfesten des Sanierungs- und Insolvenzrechts zur Folge haben wird, sollte nicht mit großer Hektik verabschiedet werden. Vielmehr müssen der Gesetzentwurf und vor allem die Regelungen zum völlig neuartigen Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen gemeinsam mit der Fachöffentlichkeit gründlich durchdacht werden, damit die neuen Regelungen keine Fehlanreize setzen.

2. So sollte in diesem Zusammenhang Folgendes bedacht werden: Unternehmen, die ohne staatliche Unterstützung versuchen, die Corona-Krise zu bewältigen, dürfen nicht im Verhältnis zu anderen Unternehmen, die staatliche Hilfe in Anspruch genommen haben und sich nun auf Basis des neuen Gesetzes von diesen Verbindlichkeiten kurzfristig – ohne die Konsequenzen einer Insolvenz – wieder befreien können, massiv benachteiligt werden. Hierdurch könnten auch beihilferechtliche Aspekte relevant werden.
3. Zudem wird die Umsetzung des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens enorme Auswirkungen sowohl auf Vertragspartner des betroffenen Unternehmens und damit auf die gesamte Wirtschaft als auch auf die zukünftige Finanzierungspraxis der Kreditwirtschaft haben.

III. Keine Vertragsbeendigung im Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen

1. Die Beendigung von Verträgen sollte im vorinsolvenzlichen Bereich und damit im Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen nicht erfolgen können. Deshalb sind die Regelungen zur Vertragsbeendigung gemäß §§ 51 ff. StaRUG-E ersatzlos zu streichen.
2. Vielmehr soll die Möglichkeit zur Vertragsbeendigung ausschließlich dem Insolvenzverfahren (§§ 103 ff. InsO) vorbehalten bleiben. Hierdurch würde auch der Abstand zwischen dem auf Fortführung und Sanierung des Schuldners ausgerichteten Insolvenzverfahren, insbesondere den sogenannten ESUG-Verfahren gemäß §§ 270 ff. InsO, zum neuen vorinsolvenzlichen Rechtsrahmen gewahrt werden (Abstandsgebot).

Bei der Umsetzung der RL sollte der deutsche Gesetzgeber auch nicht vordergründig auf fremde Rechtssysteme blicken und versuchen, diese zu adaptieren.² Das neue „Entschuldungsrecht“ – und sei es aus Unternehmenssicht noch so attraktiv – hat sich in erster Linie in die deutsche Rechts- und Wirtschaftslandschaft einzubetten. Statt der Teilnahme am Wettbewerb für die beste Entschuldungsmöglichkeit

² S. 171 des RegE (BR-Drs. 619/20).

sollte missbräuchliches Forum Shopping konsequent verhindert werden. Dies wäre einfach zu erreichen, wenn erst nach einem längeren Zeitraum, von beispielsweise zwei Jahren, die Vermutung gelten würde, dass der Mittelpunkt des hauptsächlichen Interesses des Schuldners am Ort seines Sitzes ist und in diesem Zeitraum vorgenommene Verlegungen des Verwaltungssitzes rechtlich wirkungslos blieben.

3. Gemäß § 51 StaRUG-E kann das Restrukturierungsgericht jedweden Vertrag – insbesondere Dauerschuldverhältnisse, wie Miet- und Finanzierungsverträge – auf Antrag des Schuldners beenden, wenn er drohend zahlungsunfähig ist und der andere Teil einem Anpassungs- oder Beendigungsverlangen nicht nachgekommen ist. Die Vertragsbeendigung ist nur dann vom Restrukturierungsgericht zu versagen, wenn das Vertragsbeendigungsersuchen offensichtlich nicht sachgerecht ist, wobei die Darlegungs- und Beweislast für die Unsachgemäßheit beim Vertragspartner des Schuldners liegt³.

Das Gericht hat nach dem Gesetzentwurf den entsprechenden Vortrag des Schuldners zu prüfen, ohne dass ein Restrukturierungsbeauftragter zwingend zu bestellen ist.⁴ Die Verantwortung und insbesondere die wirtschaftliche Beurteilung der Voraussetzungen für die Beendigung eines Vertrages würde damit beim Richter allein liegen. Ein Eingriff in Verträge gemäß §§ 51 ff. StaRUG-E stellt für die Justiz ein Novum dar, auf das sie nicht vorbereitet ist. Die Entscheidung nach § 52 StaRUG-E geht deutlich über die gerichtliche Entscheidung der Frage, ob die Kündigung eines Vertrages rechtmäßig ist, hinaus. Die §§ 51 ff. StaRUG-E rütteln an dogmatischen Grundfesten des Verfassungsrechtes und des Schuldrechtes („pacta sunt servanda“).

Im Insolvenzverfahren trifft der Insolvenzverwalter oder der eigenverwaltende Schuldner gemeinsam mit dem Sachwalter die Entscheidungen zur Vertragsbeendigung gemäß §§ 103 ff., 109 InsO als lenkender Unternehmer. Sachwalter und Insolvenzverwalter sind in unternehmerischer Verantwortung in die Abläufe des Schuldners eingebunden und haben sich bis zur Eröffnungsentscheidung mit dem Unternehmen, seinen Verträgen sowie den Gewinnen und Verlusten intensiv befasst, sodass sie tiefe Einblicke in die wirtschaftliche Situation des Unternehmens erlangen, auf deren Grundlage sie sodann ihre Entscheidungen treffen.

Das Restrukturierungsgericht ist demgegenüber nicht in der Lage, die beantragte Entscheidung auf einer ähnlich fundierten Grundlage wie ein Sachwalter oder Insolvenzverwalter zu treffen. Vielmehr hat der Restrukturierungsrichter gemäß §§ 51 ff. StaRUG-E über die Beendigung von Verträgen zu entscheiden, ohne die Möglichkeit zu haben, einen hinreichend tiefen Einblick in die wirtschaftliche Lage des Schuld-

³ S. 173 des RegE (BR-Drs. 619/20).

⁴ § 80 Abs. 3 StaRUG-E.

ners (und dessen Vertragspartner) zu erlangen. Deshalb erscheint die Entscheidungskompetenz zugunsten des Gerichtes, Verträge im Rahmen des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens zu beenden, fraglich. Zugleich bedarf es aber im Sinne eines angemessenen Gläubiger- und Vertragspartnerschutzes der Entscheidung eines Gerichtes.

4. Des Weiteren ist darauf aufmerksam zu machen, dass die Möglichkeit zur Beendigung von Verträgen gemäß §§ 51 ff. StaRUG-E nicht kalkulierbare Risiken für die Wirtschaft als Folge mit sich bringen würde. Der Rechtsgrundsatz „pacta sunt servanda“ findet aufgrund der geplanten Regelungen keine Anwendung mehr, wird jedenfalls aber massiv untergraben. Die Möglichkeit zur Vertragsbeendigung im Rahmen des vorinsolvenzlich wirkenden Rechtsrahmens würde daher erhebliche Konsequenzen in der Auftragsvergabe sowie bei der Besicherung von Vertragspflichten nach sich ziehen und daher zu Ausweichreaktionen der Vertragspartner führen. Auch würden Darlehensgeber die Möglichkeit zur Vertragsbeendigung bei der Vergabe und der Bepreisung von Krediten berücksichtigen. Insoweit wird das Risiko, dass sich der Schuldner im Rahmen des neuen Rechtsrahmens unter sehr leichten Voraussetzungen von Verträgen lösen kann, in der Vergabepaxis und den dem Vertrag zugrundeliegenden Konditionen abgebildet. Dies würde zu erhöhten Anforderungen an Unternehmen bei der Auftrags- sowie Darlehensvergabe und zu höheren Kosten für Kredite führen.
5. Hervorzuheben ist zudem, dass Vertragsbeendigungen jahrelange Auseinandersetzungen – auch gerichtlicher Art – über die Höhe der berechtigten Forderungen der ehemaligen Vertragspartner (Nichterfüllungsschaden) mit sich bringen. Dies dürfte sich gerade mit Blick auf die aktuelle wirtschaftliche Lage aufgrund der Corona-Pandemie und die zu vermutende Entwicklung im Bereich der Immobilien- und Kreditwirtschaft nicht ändern, sondern eher verstärken. Denn es ist zu erwarten, dass Vermieter und deren Finanzierer eher höchstmögliche Forderungen geltend machen, sofern sie von Vertragsbeendigungen im Rahmen des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens betroffen sind.

Nach § 77 Absatz 1 StaRUG-E stellt das Restrukturierungsgericht fest, inwiefern solche Forderungen vorläufig zu berücksichtigen sind. Rechtsstreite über diese Forderungen, die allein schon wegen der auf sie entfallenden Quote ein erhebliches Risiko darstellen, schweben jedoch wie ein „Damoklesschwert“ bis zu dem Zeitpunkt der endgültigen (gerichtlichen) Feststellung dieser Forderungen aus Vertragsbeendigungen über dem zu restrukturierenden Unternehmen und können damit die Restrukturierung lähmen oder sogar gänzlich zunichtemachen. Es ist daher fraglich, ob andere Gläubiger bei einem solchen Risiko überhaupt bereit sind, dem Restrukturierungsplan des Schuldners zuzustimmen. Auch vor diesem Hintergrund muss abgewogen werden, ob der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen das richtige Instrument darstellt, um Verbindlichkeiten zu gestalten, die im Zeitpunkt der Abstimmung über den Plan der Höhe nach nicht im Ansatz berechenbar sind.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Situation bei einem Insolvenzplan die gleiche ist und sich die Gläubiger bzw. Vertragspartner auch auf Insolvenzpläne einlassen. Ein Insolvenzplan bedeutet die erfolgreiche Abwendung der ultima ratio der Unternehmenskrise und setzt ein eröffnetes Insolvenzverfahren mit allen Konsequenzen voraus.

6. Darüber hinaus wird die Möglichkeit der Vertragsbeendigung im Rahmen des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens dazu führen, dass sich große Unternehmen, die gut beraten werden, von ihren Verträgen mit KMU (Kleinstunternehmen, kleine und mittlere Unternehmen), wie sie beispielsweise häufig in der Zuliefererindustrie anzutreffen sind, lösen können. Die Möglichkeit der Vertragsbeendigung würde damit eine geringere Kompromissbereitschaft von großen Unternehmen gegenüber KMU schaffen, die in einer Lieferkette dem großen Unternehmen zuarbeiten und daher von ihm abhängig sind. Die Vertragsbeendigung gegenüber dem KMU in der Lieferkette hat wiederum erhebliche negative wirtschaftliche Folgen für dieses. Hingegen wird ein KMU, das seinen Vertrag mit einem großen Unternehmen beendet, in der Folge keinen Auftrag mehr von diesem erhalten. Die Möglichkeit der Vertragsbeendigung verschiebt damit die Bereitschaft zum Entgegenkommen zugunsten großer Unternehmen.

IV. Kein Sonderbeauftragter

1. Die Möglichkeit des Restrukturierungsgerichtes, einen „Sonderbeauftragten“ gemäß § 81 Absatz 3 StaRUG-E zu bestellen, ist ersatzlos zu streichen.
2. Der Schuldner und auch ein bestimmtes Gläubigerquorum können dem Restrukturierungsgericht bindend eine konkrete Person als Restrukturierungsbeauftragten vorschlagen und insoweit den gerichtlich zu bestellende Restrukturierungsbeauftragten gemäß § 81 Absatz 2 Satz 2 und 3 StaRUG-E „mitbringen“.⁵ Dies dient – so auch die Bundesregierung selbst – im Besonderen der Planbarkeit und der Attraktivität des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens.⁶ Auch führt die Bundesregierung aus, dass das Vorschlagen eines Restrukturierungsbeauftragten nicht zugleich zur Annahme dessen fehlender Unabhängigkeit führe.⁷ Die Möglichkeit des Einsatzes eines „Sonderbeauftragten“ durch das Restrukturierungsgericht, der sodann zusätzlich agieren und über den „mitgebrachten“ Restrukturierungsbeauftragten wachen soll, würde jedoch diese Annahme konterkarieren und ein Misstrauensvotum gegenüber dem Willen des Schuldners bzw. dem Gläubigerquorum, aber auch gegenüber der Integrität und Professionalität des Restrukturierungsbeauftragten darstellen. Das Restrukturierungsgericht bestellt den vorgeschlagenen Restrukturierungsbeauftragten, weil es ihn für geeignet (insbesondere unabhängig) hält. Damit muss dem

⁵ S. 198 des RegE (BR-Drs. 619/20).

⁶ S. 198 f. des RegE (BR-Drs. 619/20).

⁷ S. 198 des RegE (BR-Drs. 619/20).

bestellten Restrukturierungsbeauftragten aber auch das Vertrauen des Restrukturierungsgerichtes zukommen, alleine, d.h. ohne zusätzliche Aufsichtsperson, agieren zu können. Die Anzeigepflichten des Restrukturierungsbeauftragten, die Aufsicht des Restrukturierungsgerichtes sowie die Entlassungsmöglichkeit nach § 82 Absatz 2 StaRUG-E⁸ bieten im Übrigen ausreichend Schutz zur sachgerechten Wahrung der Interessen. Der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen fußt auf dem Grundverständnis, dass die angestrebte Restrukturierung dem Schuldner dienen soll, er mithin „Herr des Rechtsrahmens“⁹ ist und seine Interessen im Fokus stehen.

3. Eine zusätzliche Aufsichtsperson würde neben einer deutlichen Kostenerhöhung im Sinne einer Doppelung der Kosten, da ein Vergütungsanspruch sowohl für den Restrukturierungs- als auch für den „Sonderbeauftragten“ entsteht, auch im weiteren Verlauf des Rechtsrahmens zu faktischen Blockaden führen, da es unweigerlich zu Abstimmungs- und Koordinationsbedarf aufgrund divergierender Ansichten der beiden Beauftragten kommen wird. Dies steht einer zügigen Restrukturierung des Schuldners, die mit Hilfe des neuen Rechtsrahmens möglich sein soll, entgegen und verkompliziert diese unnötig.
4. Die Bestellung eines „Sonderbeauftragten“ sollte allein in den Ausnahmefällen der Interessenkollision vorgesehen werden.

V. Sachwalterähnliche Stellung und Vergütung des Restrukturierungsbeauftragten

1. Zu §§ 84 bis 90 StaRUG-E, insbesondere § 88 StaRUG-E, schlage ich folgende Änderung vor:
„Der Restrukturierungsbeauftragte erhält in der Regel 80 vom Hundert der für den Sachwalter bestimmten Vergütung. Er kann unmittelbar mit Aufnahme seiner Tätigkeit einen angemessenen Vorschuss beim Restrukturierungsgericht fordern und nach Festsetzung des Restrukturierungsgerichtes erhalten. Bemessungsgrundlage ist das Unternehmensvermögen des Schuldners unter Fortführungsgesichtspunkten zum Zeitpunkt der Bestellung des Restrukturierungsbeauftragten. Im Übrigen gelten die Regelungen der InsVV, die die Vergütung des Sachwalters betreffen, entsprechend.“
2. Die Rechtsstellung des Restrukturierungsbeauftragten sowie sein daraus resultierendes umfassendes Aufgabenprofil¹⁰, das eine Verantwortlichkeit gegenüber sämtlichen Beteiligten des Rechtsrahmens mit

⁸ Hiernach kann der Restrukturierungsbeauftragte gerade aufgrund fehlender Unabhängigkeit entlassen werden.

⁹ Ähnlich S. 202 des RegE (BR-Drs. 619/20).

¹⁰ §§ 80, 83 StaRUG-E.

sich bringt, und nicht zuletzt das daraus folgende erhebliche Haftungsrisiko erfordern eine sachwalterähnliche Vergütung¹¹. Denn der Restrukturierungsbeauftragte hat im Grunde die Rechtsstellung eines Sachwalters inne.¹² Neben moderierenden¹³ werden ihm in erheblichem Umfang auch überwachende¹⁴ und prüfende¹⁵ Tätigkeiten übertragen. Ganz zentral geht es darum, die Interessen der beteiligten Gläubiger sachgerecht wahrzunehmen, für die die Wahrung ihrer Interessen aufgrund struktureller Unterlegenheit regelmäßig erschwert ist.¹⁶ Die Erfahrung aus zahlreichen Unternehmenssanierungen zeigt, dass für den Restrukturierungserfolg eine neutrale, zentrale und unabhängige (natürliche) Person unerlässlich ist. Denn sie stellt Vertrauen und Transparenz für die Stakeholder her, insbesondere bei der Aufnahme erforderlicher Darlehen, der Plausibilisierung von Vergleichsrechnungen sowie der Erarbeitung konsensualer Lösungen und Kompromisse, ohne die ein Sanierungsprozess in aller Regel scheitern wird.

Letztlich zeichnet der Regierungsentwurf auch eine Parallele zum Insolvenzverfahren, die das Verständnis der Rechtsstellung des Restrukturierungsbeauftragten weiter untermauert. Die in §§ 80 Absatz 1 Nummer 2, Nummer 3 und Absatz 2 StaRUG-E erfassten Fälle sind von ihrem Zuschnitt und den Wirkungen der Verfahrenshilfen des Rahmens kaum mehr von den Wirkungen eines in Eigenverwaltung geführten Insolvenzverfahrens zu unterscheiden.¹⁷

3. Der vorgeschlagene Abschlag auf die Vergütung des Sachwalters von 20 % erscheint ausreichend und angemessen, da es sich beim Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen in der Regel um kein Kollektivverfahren handelt.
4. Bemessungsgrundlage ist das Unternehmensvermögen unter Fortführungsgesichtspunkten, das bereits dem Restrukturierungsplan zugrunde liegt. Auch für die im Restrukturierungsplan abzubildende Vergleichsrechnung ist der Fortführungswert maßgeblich.¹⁸ Durch das Korrektiv von Zu- und Abschlägen kann der Unternehmenssituation und der Rechtsstellung als fakultativer oder obligatorischer Restrukturierungsbeauftragter angemessen Rechnung getragen werden, in dem der Umfang der Aufgaben im konkreten Einzelfall berücksichtigt wird. Auch im Übrigen hat der Rechtsrahmen keinen statischen Charakter und erfordert höchste Flexibilität.

¹¹ Vgl. S. 206 des RegE (BR-Drs. 619/20).

¹² Die Begründung auf S. 203 des RegE (BR-Drs. 619/20) steht der Gesetzessystematik entgegen.

¹³ Bspw. § 83 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG-E.

¹⁴ Bspw. Planüberwachung gemäß §§ 80 Abs. 1 Nr. 3, 79 Abs. 2 StaRUG-E (siehe dazu im Vergleich § 284 Abs. 2 InsO); Überwachung der Geschäftsführung gemäß § 83 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) StaRUG-E; Überwachung der Zahlungseingänge gemäß § 83 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) StaRUG-E (siehe § 275 Abs. 2 InsO); Zustimmungsvorbehalt bei Zahlungen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes nach § 83 Abs. 2 Nr. 3 StaRUG-E; S. 196, 200, 202 des RegE (BR-Drs. 619/20).

¹⁵ Sogar Forderungsprüfung nach § 83 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG-E; Prüfung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners gemäß § 83 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) StaRUG-E.

¹⁶ S. 195 des RegE (BR-Drs. 619/20).

¹⁷ „Quasi-Gesamtverfahren“, S. 196, 199, 200 des RegE (BR-Drs. 619/20).

¹⁸ § 8 Absatz 2 StaRUG-E.

5. Die Haftung des Restrukturierungsbeauftragten, die den Maßgaben des § 60 InsO folgt,¹⁹ was zur Folge hat, dass er unbeschränkt als natürliche Person mit seinem Privatvermögen haftet, kann daher nicht durch ein Beraterhonorar abgegolten werden, das sich für einen beschränkten Aufgabenumfang regelmäßig auch an einer Haftungsbegrenzung bemisst. Es muss insofern ein konsistenter Gleichlauf zwischen Haftungsrisiken und Vergütung hergestellt werden.
6. Nur so ergibt sich auch eine systematisch widerspruchsfreie Regelung der Vergütung des Restrukturierungsbeauftragten im Vergleich zur Vergütung des Sanierungsmoderators, die den umfangreicheren Aufgaben und dem damit einhergehenden Mehr an Verantwortung sowie der weitergehenden Haftung des Restrukturierungsbeauftragten Rechnung trägt. Der Sanierungsmoderator kann als Vorstufe des Restrukturierungsbeauftragten lediglich eine Vermittlungsfunktion in einem Zeitraum von bis zu drei Monaten innehaben. Ein Gleichlauf der Vergütung von Sanierungsmoderator und Restrukturierungsbeauftragter bei anderer Rechtsstellung würde auch in Anbetracht der mildereren Abberufungsgründe des Sanierungsmoderators zu einer unsachgerechten Privilegierung gegenüber dem Restrukturierungsbeauftragten führen.
7. Darüber hinaus bestünde sonst ein Widerspruch zu dem existierenden Instrument des Verfahrenskoordinators gemäß §§ 269e ff. InsO. Auch auf diesen neutralen Interessenmoderator par excellence wird das Regelungsprinzip des § 64 InsO und der InsVV in § 269g Absatz 1 Satz 2 und 3 InsO angewendet, sodass er wie ein Insolvenzverwalter anhand der Masse vergütet wird.
8. Auch muss die systembrüchige, in der Praxis untaugliche und aufwändige Budgetierungsregelung weichen, da eine ex ante Abschätzung der Höhe der Vergütung mit der Bestellung durch den unabhängigen Restrukturierungsbeauftragten, der zu Beginn seiner Tätigkeit keinen umfassenden Einblick in die schuldnerische Vermögenssituation sowie die Fähigkeit des Managements und seiner Berater haben kann, nicht realisierbar ist. Bei umfassender Kenntnis der Situation im Unternehmen des Schuldners würden hingegen Zweifel an der Unabhängigkeit des Restrukturierungsbeauftragten bestehen.
9. Der Verweis auf die bekannten Regelungen der InsVV entzerrt die Komplexität des Verfahrens.
10. Sofern an der Vergütung des Restrukturierungsbeauftragten nach Stundensätzen dennoch festgehalten werden sollte, hat dem Restrukturierungsbeauftragten ein angemessener Stundensatz bei gleichzeitiger Haftungsbeschränkung zuzustehen. Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Höhe des Stundensatz-

¹⁹ S. 200 des RegE (BR-Drs. 619/20).

zes sind der konkrete Haftungsumfang sowie die Höhe der Vergütung der anderweitig beauftragten Berater des Unternehmens zu berücksichtigen. Haftung und Höhe des Stundensatzes sind in Kongruenz zu bringen. Eine angemessene Stundenvergütung muss auch für eingesetzte qualifizierte Mitarbeiter gelten.

Im Übrigen ist von einer konkreten Bezifferung bereits deshalb abzusehen, weil die Vergütung ansonsten aufgrund der Anpassungen in Folge des naturgemäßen Wandels von Preis- und Einkommensniveau einer steten Anpassung im Gesetz bedürfte. Insoweit wird eine fortlaufende Gesetzesänderung vermieden.

Des Weiteren ist, sofern an der Vergütung des Restrukturierungsbeauftragten nach Stundensätzen festgehalten werden sollte, vom Gesetzgeber zu regeln, dass dem Restrukturierungsbeauftragten die Kosten einer angemessenen Haftpflichtversicherung als Auslagen zu erstatten sind.

VI. Kein Sondersachwalter

1. Die die Eigenverwaltung betreffende Regelung des § 274a InsO-E, wonach ein Sondersachwalter bestellt werden kann, ist ersatzlos zu streichen.
2. Nach der Studie zur Evaluation des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)²⁰ ist die in Einzelfällen denkbare wechselseitige Abhängigkeit zwischen Beratern, Sachwaltern und sogenannten Profi-Gläubigern „tendenziell geeignet, ein vollständig unabhängiges Handeln des Sachwalters in Frage zu stellen“.²¹ Das mit § 274a InsO-E neu eingeführte Amt des Sondersachwalters soll dem begegnen. In der Funktion des Sondersachwalters kommt indes ein Misstrauen gegenüber den Beteiligten zum Ausdruck, das mit dem Sanierungsgedanken und vor allem der Stärkung der Gläubigerautonomie nicht vereinbar ist. In der Gesamtschau mit den Änderungen nach § 270c Absatz 1 Nummer 3, § 270e Absatz 1 Nummer 1 lit. c) sowie auch § 10a InsO-E greift die Bestellung eines Sondersachwalters in unverhältnismäßiger Weise in die Gläubigerautonomie bzw. die Planungssicherheit des Schuldners ein und ist schlicht nicht erforderlich: Durch die nach § 270c Absatz 1 Nummer 3 InsO-E neu eingefügte unmittelbare Berichtspflicht des vorläufigen Sachwalters gegenüber dem Gericht ist hinreichend sichergestellt, dass etwaige Haftungssachverhalte nicht aus Rücksichtnahme auf die Organe des Schuldners ungeprüft bleiben. Ist ihre Durchsetzung in der Eigenverwaltung erschwert, greift die Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung von Amts wegen gemäß § 270e Absatz 1 Nummer 1 lit. c) InsO-E. Unterbleibt die Durchsetzung von Haftungsansprüchen, stellt dies zudem eine Pflichtverletzung des Sachwalters dar, die nach

²⁰ Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011, BGBl. I S. 2582.

²¹ Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole, Bericht zur Evaluierung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011, Oktober 2018, S. 299; abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Gesamtbericht_Evaluierung_ESUG.pdf;jsessionid=8C8F815C35F2F4119DF112A97513CB02.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2 (Abrufdatum: 19.11.2020).

§§ 274 i.V.m. 60 InsO haftungsbewehrt ist. Im Rahmen eines Vorgespräches nach § 10a InsO-E kann ferner ein Austausch mit dem Gericht über die Person des vorläufigen Sachwalters und insbesondere die Zusammensetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses stattfinden, der Zweifel an dem unabhängigen Handeln des Sachwalters ausräumt. Dies ist bereits in der heutigen Sanierungspraxis die Regel. Es darf schließlich nicht übersehen werden, dass die Vorschrift des § 274a InsO-E droht leerzulaufen, weil die Beteiligten von ihren Rechten nach §§ 56a Absatz 2 InsO bzw. 270d Absatz 2 Satz 2 InsO-E schlicht keinen Gebrauch mehr machen werden.

3. Unabhängig davon, kann das Insolvenzgericht schon heute jederzeit einen Sondersachwalter bestellen und diesem einzelne Prüfungsaufgaben sowie die Geltendmachung von Ansprüchen im Einzelfall zuweisen.

VII. Verantwortlichkeit der Aufsichtsorgane für die Einhaltung des insolvenzrechtlichen Pflichtenkataloges

Nach dem Regierungsentwurf würde mangels Verweis in § 116 AktG auf § 15b InsO die Verantwortung und Haftung der Aufsichtsorgane entfallen. Eine derartige massive Reduzierung der Verantwortlichkeiten kann nicht das Ziel des Regierungsentwurfes gewesen sein. Insoweit dürfte es sich um ein Redaktionsversehen handeln.

VIII. Für KMU und massiv corona-geschädigte Unternehmen ist der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen praxisuntauglich! Ausweg ist der Rückgriff auf bewährte Sanierungsinstrumente!

1. Der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen nach dem StaRUG-E ist lediglich für einige ausgewählte Sanierungsfälle sinnvoll und möglich. Denn er erlaubt zum einen gerade keine Eingriffe in Arbeitnehmerrecht und Pensionsverpflichtungen. Solche Eingriffe dürften jedoch für viele Unternehmen, die durch die Corona-Pandemie in massive Schieflage geraten sind, unerlässlich sein, um sie nachhaltig zu sanieren.

Zum anderen muss der Schuldner, der sich mit Hilfe des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens restrukturieren will, im Zeitraum vom 1. Januar 2021 bis zum 31. Dezember 2021 mindestens noch vier²² und nach dem 31. Dezember 2021 mindestens noch zwölf Monate durchfinanziert sein²³. Auch deshalb wird der neue Rechtsrahmen kein Instrument für die Masse der Unternehmen darstellen. Für KMU ist es die Regel, dass sie erst die Reißleine ziehen, wenn sich die Krise zu einer Überschuldung oder sogar

²² Art. 10 § 4 SanInsFoG-E.

²³ Art. 5 Nr. 11 i.V.m. Art. 10 § 4 SanInsFoG-E

bereits zu einer Zahlungsunfähigkeit vertieft hat. Denn je kleiner das Unternehmen, desto mehr vernachlässigen dessen Geschäftsleiter die Krisenfrüherkennung und frühzeitige Sanierungsbemühungen. Wenn aber KMU aufgrund der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie ein Überschuldungs- und/oder Zahlungsunfähigkeitsproblem haben, verfügen sie von vornherein über gar keine Zugangsmöglichkeit zum neu zu schaffenden Rechtsrahmen.

Darüber hinaus ist das StaRUG-E mit seinem Umfang von 108 Paragraphen auch viel zu komplex konzipiert, um für KMU ein geeignetes Sanierungsinstrument zu sein. Indes war die Intention des Europäischen Gesetzgebers mit seiner Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz²⁴, den EU-Mitgliedstaaten und damit auch Deutschland einen Rechtsrahmen vorzugeben, mit dem sich insbesondere auch KMU restrukturieren können.²⁵ Der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen, wie er sich nun nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung darstellt, hat jedoch nur die großen Unternehmen, die überdurchschnittlich gut sowie umfassend beraten sind und sich diese Beratung auch leisten können, im Fokus und bietet für KMU – auch mit Blick auf die zu bewältigenden Folgen der Corona-Pandemie – keine Hilfe.

2. Da aktuell keine Zeit für Experimente ist – es wäre völlig unklar, wie Gerichte die von tradierten Vorstellungen des Haftungs- und Insolvenzrechts abweichenden Regeln auslegen würden –, sollte daher auf bewährte Sanierungsinstrumente zur Bewältigung der Folgen der Corona-Pandemie zurückgegriffen werden. Hier bietet sich das bereits vorhandene und gut funktionierende Schutzschirmverfahren gemäß § 270b InsO an, das mit geringem Aufwand für die derzeitige Krisensituation befristet angepasst werden könnte. Mit Hilfe des auch bei KMU bewährten Schutzschirmverfahrens konnten bereits eine Vielzahl von Unternehmen, auch solche, die im Wesentlichen nicht eigenverschuldet in die Krise geraten sind, saniert werden. Der Rückgriff auf dieses erprobte Sanierungsinstrument, um corona-bedingt in existenzgefährdende Schieflage geratene KMU zu helfen, bietet die erforderliche Rechtssicherheit, die gerade in der jetzigen Zeit zur Stabilisierung der deutschen Wirtschaft in Folge der Corona-Pandemie erforderlich ist, da es sich um geübtes Recht handelt.

Der Gesetzgeber sollte daher für die Zeit der Corona-Pandemie das Schutzschirmverfahren in diesem Sinne modifizieren und vorübergehend an die besonderen Bedingungen anpassen. So sollten Unternehmen – befristet für die Zeit der Corona-Pandemie – auch bei einer durch die Corona-Pandemie verursachten Zahlungsunfähigkeit berechtigt sein, das Schutzschirmverfahren zu beantragen, ohne dass es der

²⁴ Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl. EU L 172 vom 26. Juni 2019, S. 18; im Folgenden: RL.

²⁵ Bspw.: Art. 2 Abs. 2 lit. c) RL, Art. 3 Abs. 4 RL, Art. 4 Abs. 8 RL, Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 1 RL, Art. 9 Abs. 4 Unterabs. 3 RL; Art. 11 Abs. 1 Unterabs. 2 RL, Art. 12 Abs. 3 RL; ErwG 7, 17, 18, 29, 45, 58, 59, 93 der RL.

Vorlage einer Bescheinigung nach § 270b Absatz 1 Satz 3 InsO bedarf. Ferner sollte die Stellung des Sachwalters flexibilisiert werden. Der Sachwalter könnte seine Rolle – nicht zuletzt zur Reduzierung der Verfahrenskosten – flexibel an die konkreten Bedürfnisse der Eigenverwaltung im Einzelfall anpassen. Auch sollte das Insolvenzgericht die Schutzfrist des § 270b Absatz 1 Satz 2 InsO zur Planvorlage von drei auf bis zu sechs Monate verlängern können, wenn der Schuldner mit Zustimmung des (vorläufigen) Sachwalters die Verlängerung der Frist beantragt. Unter dem Schutzschirm könnten sämtliche Altverbindlichkeiten zunächst „eingefroren“ werden.

Mit der Verlängerung der Schutzschirmfrist könnte dem Unternehmen die notwendige Zeit gegeben werden, die angesichts der derzeitigen schweren Krise für eine erfolgreiche Restrukturierung gebraucht wird. Drei Monate sind nach den Erfahrungen aus der Praxis aufgrund der aktuellen Lage dafür nicht genug, da wegen der derzeitigen volatilen Gegebenheiten Fremd- und Eigenkapitalgeber zögerlicher sind.

Um möglichst viele Arbeitsplätze in einem nicht masseunzulänglichen Schutzschirmverfahren erhalten zu können, sollte in dieser Verfahrensart auch nach der Inanspruchnahme einer Insolvenzgeldvorfinanzierung und auch für Arbeitnehmer während des Laufs von Kündigungsfristen Kurzarbeitergeld gewährt werden können. Durch die besondere rechtliche Situation in einem solchen Verfahren – Kündigung und Freistellung mit der Folge, dass die Bundesagentur für Arbeit Arbeitslosengeld im Rahmen der sogenannten Gleichwohlgewährung zahlt – wird das Budget der Bundesagentur durch die hier vorgeschlagene Maßnahme unter dem Strich nicht zusätzlich belastet. Jedoch würden Unternehmenssanierungen im Schutzschirmverfahren erheblich erleichtert werden.

Auch sollte diskutiert werden, ob während der Corona-Krise die „Pflicht“ eines sogenannten Dual-Track, nämlich der zwingenden Einleitung eines Verkaufsprozesses (M&A-Prozess), bei Eintritt in das Verfahren aufgehoben werden kann. Wenn dem Unternehmensinhaber oder Gesellschafter die Angst genommen würde, dass er sein Unternehmen durch einen Verkauf verlieren könnte, würde das Schutzschirmverfahren als effizienter Sanierungsweg weiter an Attraktivität gewinnen.

Halle (Saale), den 23. November 2020

Prof. Dr. Lucas F. Flöther
Fachanwalt für Insolvenzrecht