

**Stellungnahme des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands (VID)
zum Referentenentwurf eines
Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts
(SanInsFoG)**

A. Vorbemerkung

Mit der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1023 über Restrukturierung und Insolvenz vom 20.6.2019 verbindet die Praxis viele Erwartungen. Eine gesetzliche Ausformung präventiver Schritte zur Abwendung von Insolvenzverfahren, die nun auch das Kernstück des vorgelegten Referentenentwurfs bildet, steht im Mittelpunkt der Richtlinie, die nicht erst seit ihrem Inkrafttreten in der Fachöffentlichkeit diskutiert wurde. Der VID hat sich an diesen Diskussionen schon im frühen Stadium der europäischen Gesetzgebung intensiv und konstruktiv beteiligt.

Der Referentenentwurf greift über den Umsetzungsrahmen der Richtlinie hinaus und passt die Instrumente präventiver Restrukturierung in das System der Insolvenzverfahren ein. Die hierzu vorgeschlagenen gesetzlichen Änderungen nehmen auch empirische Untersuchungen aus der Evaluation des ESUG auf. Sie entwerfen ein System gestufter Verfahrensumgebungen, die eine situative Anpassung an dynamische Krisenverläufe erlauben. Damit unterstützen sie eine sinnvolle Abkehr von typisierten und unflexiblen Reaktionsmustern des Verfahrensrechts.

Ein leistungsfähiges StarUG kann ein wichtiger Impuls für erfolgreiche Restrukturierungen werden. Dabei sollte auch, in Abkehr von namensprägenden formalen Vorgaben, eine Titulierung als Restrukturierungsordnung (RestruktO) erwogen werden. Damit würden Bezeichnung und Abkürzung den Kernaspekt des Gesetzes und die Parallelität zur Insolvenzordnung (InsO) herausstellen.

Die Komplexität der dort vorgesehenen Regelungen und der Verfahren bestätigt die vielfach geäußerte Befürchtung, dass die Nutzung des Restrukturierungsrahmens – entgegen der (unrealistischen) Intention der Richtlinie – nur mit fachkundiger Beratung möglich sein wird, die für kleinere und mittlere Unternehmen kaum finanzierbar und organisierbar sein dürfte.

Vor diesem Hintergrund sollten einige Elemente, aber auch Auslassungen des Entwurfs noch einmal grundlegend überdacht werden. Bei zahlreichen Regelungen ergeben sich Detailfragen, die im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens geklärt werden müssen, um nicht gleich zu Beginn die Funktionsfähigkeit der Neuregelung durch gerichtliche Auseinandersetzungen zu gefährden.

Die für die Stellungnahme zum Entwurf eingeräumte Frist steht leider in einem eklatanten Missverhältnis zu dessen Umfang und Komplexität. Daher kann die nachstehende Stellungnahme nicht alle Detailfragen aufgreifen. Sie beschränkt sich auf praktisch bedeutsame Gesichtspunkte und erörtert die jeweils maßgeblichen Vorschriften.

Ausdrücklich vorbehalten bleiben muss daher auch die Formulierung weiterer Anregungen in der bevorstehenden Diskussion des vorgelegten Entwurfs, dies gilt insbesondere für eine eigenständige und ausführliche Bewertung der geplanten Änderungen der InsVV.

B. Zentrale Fragestellungen

Hervorzuheben sind folgende Themenbereiche, die teilweise grundsätzliche Fragen aufwerfen:

- Die Ausnahme von bestimmten Rechtsverhältnissen von einer Gestaltung durch Restrukturierungspläne darf nicht ein Fiskusprivileg in neuem Gewand schaffen und damit die schon in der Insolvenzordnung angelegten, aber sanierungsfeindliche Privilegien des Fiskus verfestigen.
- Der Eintritt von Zahlungsunfähigkeit vor oder während eines Restrukturierungsverfahrens sollte im Regelfall ohne weitere Umstände zur Beendigung des Restrukturierungsverfahrens führen und den Weg in ein Insolvenzverfahren freigeben.
- Die Einführung einer Vertragsbeendigung nach dem Vorbild der § 103 ff. InsO ist systemwidrig, weil sie ein insolvenz(verfahrens)rechtliches Instrument in die vorinsolvenzliche Sanierung vorverlagert und sollte deshalb unterbleiben.
- Stabilisierungsanordnungen sollten mit evtl. Folge- oder Neuordnungen einen Höchstzeitraum von insgesamt 3 Monaten nach Erlass der Erstanordnung nicht überschreiten.
- Unbestimmte Rechtsbegriffe sollten, soweit sie als Kriterium verfahrensleitender oder verfahrensbeendender gerichtlicher Entscheidungen in Restrukturierungsverfahren eingesetzt werden, durch Beispiele näher konkretisiert werden.
- Unabhängigkeit, Qualifikation und Eignung der neu geschaffenen Funktionen des Restrukturierungsbeauftragten und des Sanierungsmoderators sollten in einer gesetzlichen Definition

näher konkretisiert werden, die auch Insolvenzverwalter und Sachwalter erfasst und einheitliche Maßstäbe mit klaren Kriterien definiert. Für ein Berufsrecht dieser Berufsgruppe sollte über eine Verordnungsermächtigung des BMJV für Berufsausübungsregeln die Basis geschaffen werden.

- Der generelle Verzicht auf die Bestellung einer Restrukturierungsbeauftragten bei ausschließlicher Beteiligung von Unternehmen des Finanzsektors an der Restrukturierung ist nicht richtlinienkonform und überspannt die Aufgaben und das Haftungsrisiko des Gerichts.
- Die Interessen nicht beteiligter Gläubiger, die den Folgen sowohl des Gelingens als auch eines Scheiterns der Restrukturierungsbemühungen ausgesetzt sind, werden im StaRUG nicht hinreichend beachtet und gewahrt. Dies betrifft insbesondere die in hohem Maß missbrauchsanfällige Ausgestaltung des Sanierungsvergleichs.
- Die Erweiterung der Aufgaben des Sachwalters ist systemwidrig und berücksichtigt zudem nicht die notwendigen Fragen zur Verantwortlichkeit der Beteiligten. Der sich selbstverwaltende Schuldner muss im Interesse der Gläubiger uneingeschränkt dazu in der Lage sein, alle relevanten Aspekte der Eigenverwaltung selbst zu organisieren.
- Eine notwendige Digitalisierung von Verfahren sollte in erster Linie nicht auf Vorbehalte der Länder, sondern auf die Bedürfnisse der Verfahrensbeteiligten reagieren und die Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung und Kostenreduzierung ausschöpfen. Daher müssen digitale Informationsplattformen unabhängig von der Verfahrensgröße im Interesse der Gläubiger vorgehalten und die Anmeldung von Insolvenzforderungen grundsätzlich digital möglich sein.

C. Im Einzelnen

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

§ 1 - Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement bei haftungsbeschränkten Unternehmensträgern

(1) 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.

(2) Haftet für die Verbindlichkeiten einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit keine natürliche Person als unmittelbare oder mittelbare Gesellschafterin, gilt Absatz 1 entsprechend für die Geschäftsleiterinnen der zur Geschäftsführung berufenen unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschafterinnen.

(3) Weitergehende Pflichten, die sich aus anderen Gesetzen ergeben, bleiben unberührt.

Es bleibt unklar, warum hier „der kleinste gemeinsame Nenner“ der bereits bestehenden rechtlichen Pflichten von Geschäftsleitern im Krisenfall nochmals aufgeführt und gleichzeitig der Vorrang spezialgesetzlicher Regelungen betont werden soll. Eine evtl. notwendige gesetzliche Klarstellung sollte dort erfolgen, wo die Pflichten von Geschäftsleitern geregelt sind. Die gesetzliche „Spiegelung“ an dieser Stelle provoziert Rechtsunsicherheit, insbesondere bei spezialgesetzlichen Ergänzungen zu einem späteren Zeitpunkt.

§ 2 - Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit

(1) 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) Vorbehaltlich der Pflichten nach Absatz 1 berücksichtigen die Geschäftsleiterinnen auch die Interessen der Anteilshaberinnen und der sonstigen Beteiligten, deren Interessen durch ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der juristischen Person oder der Gesellschaft berührt würden.

(3) 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.

(4) Ein Verzicht der juristischen Person oder der Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit auf Ersatzansprüche, die aus der Verletzung von Pflichten nach Absatz 1 resultieren, oder ein Vergleich über diese Ansprüche ist unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubigerinnen erforderlich ist. Dies gilt nicht, wenn die Ersatzpflichtige sich zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen mit ihren Gläubigerinnen vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird.

§ 2 unternimmt den Versuch, die Pflichtenkollisionen von Geschäftsleitern in der Krise des Unternehmens gesetzlich durch eine stufenlose Erweiterung zu lösen, die mit fortschreitender Krise die gesellschaftsrechtlichen Pflichten zugunsten einer wachsenden Rücksichtnahme auf Gläubigerinteressen überschreibt.

Dabei bleibt diffus, wie im Einzelfall Pflichtenkollisionen haftungsvermeidend aufgelöst werden können. Im Wechselspiel zwischen Abs.1 und Abs. 2 wird der Pflicht zur Beachtung von Gläubigerinteressen ein unmittelbarer Vorrang („vorbehaltlich“) eingeräumt, dessen Wirkungen auf kollidierende gesellschaftsrechtliche Pflichten ungeklärt bleiben, obwohl die Pflichtenverlagerung auf die Gläubigerinteressen bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit eine deutliche Verschiebung zur aktuellen Rechtslage darstellt.

Abs. 2 legt eine Haftung der Geschäftsleiter nahe auch gegenüber *sonstigen Beteiligten, deren Interessen durch ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der juristischen Person oder der Gesellschaft berührt würden*. Gegen die Begründung eines Haftungstatbestands spricht zwar, dass Abs. 3 eine Haftung nur gegenüber der Gesellschaft vorsieht. Allerdings wäre die zitierte Passage aus Abs. 2 ohne Haftungsfolge überflüssig. Mit potenzieller Haftungsfolge ist der Kreis der Anspruchsinhaber indes uferlos weit. Sollen z.B. auch die Arbeitsagentur (Insolvenzgeld), die Insolvenzgerichte und Geschäftspartner darunterfallen, die zwar (teilweise) abhängig sind, aber keine Gläubigerstellung haben? Die Antwort ergibt sich möglicherweise aus § 43, der die Geltendmachung der Haftung nach Abs. 3 für Pflichtverletzungen während der Anhängigkeit der Restrukturierungssache auch Gläubigern zugesteht. Dann bleibt Abs. 2 hinsichtlich weiterer Beteiligter aber nur ein Appell und ist als solcher verzichtbar.

Unklar bleibt, welcher Schaden der juristischen Person oder Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit nach Abs. 3 entstehen soll, wenn ihr Geschäftsleiter seine persönliche gesetzliche Pflicht zur Wahrung der Interessen der Gläubigersamtheit nach Abs. 1 Satz 1 verletzt.

Die drohende Zahlungsfähigkeit soll nach dem Entwurf zukünftig den Weg in ein Restrukturierungsverfahren oder ein Insolvenzverfahren eröffnen.

Während das Insolvenzverfahren schon nach seinem gesetzlichen Ziel die gemeinschaftliche Befriedigung aller Gläubiger in den Blick nimmt, kann das Restrukturierungsverfahren auf wenige Gläubiger beschränkt werden. Die Möglichkeit der Beschränkung auf wenige Gläubiger mutet diesen einbezogenen Gläubigern ein Opfer zu, von dem die nicht einbezogenen Gläubiger verschont bleiben (sollen). Eine solche herausgehobene Beanspruchung wird aber oft nicht im Interesse der Betroffenen liegen und missachtet damit per se die Pflicht aus Abs.1.

Die Vorschriften des § 10, die auf eine breite Einbeziehung von Gläubigern abzielen, können nicht dem Einwand begegnen, dass schon die pauschale Ausnahme von Forderungen gemäß § 6 eine Ungleichbehandlung von Gläubigern festschreibt.

Da § 6 keine Pflicht zur umfassenden Einbeziehung aller sonstigen Gläubiger konstituiert, bleibt es dem Schuldner, bzw. seinem Geschäftsleiter überlassen, wie er seiner Pflicht aus Abs. 1 nachkommt und welche Gläubiger er dabei in welchem Maß heranzieht. Er hat dabei das Gläubigerinteresse selbst zu beurteilen.

§ 4 - Gestaltbare Rechtsverhältnisse

(1) Auf Grundlage eines Restrukturierungsplans können gestaltet werden:

- 1. Forderungen, die gegen eine restrukturierungsfähige Person (Schuldnerin) begründet sind (Restrukturierungsforderungen), und*
- 2. die an Gegenständen des schuldnerischen Vermögens bestehenden Rechte, die im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zur Absonderung berechtigen würden, es sei denn, es handelt sich bei ihnen um Finanzsicherheiten im Sinne des § 1 Absatz 17 des Kreditwesengesetzes oder um Sicherheiten, die der Betreiberin eines Systems nach § 1 Absatz 16 des Kreditwesengesetzes zur Absicherung ihrer Ansprüche aus dem System oder der Zentralbank eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union oder der Europäischen Zentralbank gestellt wurden (Absonderungsanwartschaften).*

(2) Gestaltbar sind auch vertragliche Nebenbestimmungen, denen die Restrukturierungsforderungen oder Absonderungsanwartschaften unterliegen. Beruhen Restrukturierungsforderungen oder Absonderungsanwartschaften auf unterschiedlichen Rechtsverhältnissen und haben die Inhaberinnen der

Forderungen oder Anwartschaften untereinander und mit der Schuldnerin Vereinbarungen über die Durchsetzung der gegenüber dieser bestehenden Forderungen oder Anwartschaften und das relative Rangverhältnis der aus der Durchsetzung resultierenden Erlöse getroffen, so sind auch die Bedingungen dieser Vereinbarung durch den Plan gestaltbar.

(3) Ist die Schuldnerin eine juristische Person oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, können auch die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der an der Schuldnerin beteiligten Personen durch den Restrukturierungsplan gestaltet, sonstige gesellschaftsrechtlich zulässige Regelungen getroffen sowie Anteils- und Mitgliedschaftsrechte übertragen werden.

(4) Der Restrukturierungsplan kann auch die Rechte der Inhaberinnen von Restrukturierungsforderungen gestalten, die diesen aus einer von einem Tochterunternehmen im Sinne von § 290 des Handelsgesetzbuchs als Bürgin, Mitschuldnerin oder aufgrund einer anderweitig übernommenen Haftung oder an Gegenständen des Vermögens dieses Unternehmens (gruppeninterne Drittsicherheit) zustehen; der Eingriff ist durch eine angemessene Entschädigung zu kompensieren.

(5) Maßgeblich sind die Rechtsverhältnisse zum Zeitpunkt der Unterbreitung des Planangebots, im Falle einer Abstimmung im gerichtlichen Verfahren (§§ 45, 46) die Antragstellung. Erwirkt die Schuldnerin eine Stabilisierungsanordnung, tritt an die Stelle des Planangebots oder des Antrags der Zeitpunkt der Erstanordnung.

Abs. 2 lässt die Gestaltung vertraglicher Nebenbestimmungen zu, denen die Restrukturierungsforderungen oder Absonderungsanwartschaften unterliegen.

Mit dem kaum konturierten und daher streitanfälligen Begriff der Nebenbestimmungen werden auch gesetzlich vorgeschriebene Nebenabreden erfasst. Deren Gestaltung durch einen Restrukturierungsplan kann nicht in Betracht kommen, weil die gesetzlichen Regelungen nicht dispositiv sind. Sie sollten deshalb explizit von einer Gestaltung durch einen Restrukturierungsplan ausgeschlossen werden.

Darüber hinaus gibt es auch Nebenbestimmungen, ohne die ein Vertrag mutmaßlich nicht geschlossen worden wäre und deren Modifikation deshalb die Frage nach dem Wegfall der Geschäftsgrundlage aufwirft. Eine Verlängerung der Fälligkeiten oder ein Ausschluss vereinbarter Kündigungsrechte, welche die Begründung des RefE als Beispielsfälle nennt, kann das Vertragsrisiko des anderen Teils erheblich steigern. Diese Veränderung kann unmittelbare rechtliche Folgen – etwa im Bereich des Bankaufsichtsrechts – auslösen, wenn ihr gesetzliche Regelungen entgegenstehen, die für bestimmte Verträge oder Vertragsparteien das Vertragsrisiko beschränken sollen.

In den geschilderten Fällen muss deshalb gesetzlich klargestellt werden, dass eine Gestaltung der Nebenabrede entweder ausgeschlossen ist oder ein Kündigungsrecht des Vertragspartners eröffnet, wenn durch die Gestaltung ein für ihn untragbares Vertragsrisiko entstünde.

Eine solche Ergänzung ist nicht nur rechtlich geboten. Sie illustriert auch das Problem einer weit gefassten Gestaltungsmöglichkeit. Ohne ein Kündigungsrecht für betroffene Gläubiger, aber mit der Möglichkeit einer gerichtlichen Vertragsbeendigung nach den §§ 49 ff. des RefE würde die Privatautonomie der betroffenen Gläubiger unverhältnismäßig eingeschränkt. Diese Einschränkung ist auch nicht durch die drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu rechtfertigen. Diese rechtfertigt zwar Schutzmaßnahmen vor dem Entwertungsrisiko der – aller – Gläubigerrechte, nicht aber individuelle Sonderopfer, z.B. durch rechtliche Bindung an Vertragsverhältnisse mit erhöhtem Risiko.

Die in Abs. 4 vorgesehene Zulassung eines Eingriffs in Drittsicherheiten, die von Tochtergesellschaften i.S.v. § 290 HGB gestellt wurden, ist aus praktischer Sicht nachvollziehbar, aber in verschiedener Hinsicht hinterfragenswert:

- Durch diese Möglichkeit wird der Grundsatz der isolierten Betrachtung und Behandlung jedes Rechtsträgers („eine Gesellschaft, ein Verfahren“) durchbrochen.
- Die hier vorgesehene Möglichkeit ist im Insolvenzverfahren bislang nicht vorgesehen, soll jetzt aber parallel eingeführt werden (§§ 217 Abs. 2, 223a, 238b, 245 Abs. 2a). Die Eingriffsrechtfertigung dürfte in der Insolvenzsituation indes höher sein als im präventiven Bereich.
- Für Tochtergesellschaften mit COMI im Ausland läuft die Regelung wegen Art. 8 EuInsVO selbst dann leer, wenn die Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit der EuInsVO geschaffen sind, insbesondere durch öffentliche Bekanntmachung gemäß § 88.
- Wenn ein entsprechender Eingriff eingeführt werden soll, ist nicht ganz verständlich, warum er auf das vertikale Verhältnis Mutter-Tochter und nur auf das Verfahren der Mutter beschränkt sein soll. In einer üblichen Konzernstruktur fungiert die Mutter als reine Holding und die Töchter sind operativ tätig. Besteht der Restrukturierungsbedarf nur auf Ebene einer operativen Gesellschaft, könnten von der Mutter und von Schwestergesellschaften gestellte Sicherheiten nicht einbezogen werden, ohne (auch) die Mutter ins Verfahren zu schicken.
- Die Eingriffsmöglichkeit könnte bisher übliche Finanzierungen nachteilig beeinflussen. In der vor genannten Struktur, in der die Mutter reine Holding ist und das (Sach-)Vermögen bei den operativen Töchtern liegt, dürften Werthaltigkeit und Durchsetzbarkeit von Sicherheiten der Töchter für Finanzierer durchaus eine Rolle spielen.

- Die Beschränkung auf die Einbeziehung von Tochtergesellschaften, die mithaftenden oder Drittsicherheiten gestellt haben, verstärkt den Umstand, dass das Gesetz – entgegen der Intention der RL – für KMU wenig attraktiv ist. Denn bei denen werden üblicherweise die Drittsicherheiten nicht von Tochtergesellschaften gestellt, sondern von Gesellschaftern, die natürliche Personen sind. Deren Einbeziehung sieht der RefE nicht vor.

Der in **Abs. 5** definierte maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung des Gestaltungsspielraums kann einen Effekt erzielen, der einen Restrukturierungserfolg gänzlich in Frage stellt.

Erwirkt die Schuldnerin eine Stabilisierungsanordnung erst nach einem außergerichtlichen Planangebot, wie es § 26 RefE nahelegt, der ein gerichtliches Planabstimmungsverfahren ab initio nicht zwingend erforderlich macht, dann soll erst der Zeitpunkt des diesbezüglichen Antrags die Zahl und den Zustand der Rechtsverhältnisse definieren, die durch den Restrukturierungsplan gestaltet werden können.

Damit können zwischen dem Planangebot und dem Antrag auf eine Stabilisierungsanordnung Veränderungen eintreten, die den Gestaltungsspielraum der Schuldnerin einschränken. Dies kann nicht nur den ursprünglich vorgelegten Plan in Frage stellen, sondern lädt auch Gläubiger dazu ein, unmittelbar nach einem außergerichtlichen Planangebot von vertraglichen oder gesetzlichen Gestaltungsrechten Gebrauch zu machen, bevor diese durch eine Stabilisierungsanordnung eingeschränkt werden können. Sollte der RefE durch § 4 Abs. 5 eine regelmäßige zeitliche Parallelität von Planangebot und Beantragung einer Stabilisierungsanordnung anstreben, so stellt sich die Frage, warum dies an einer so versteckten Stelle erfolgt. Dies umso mehr, als eine Parallelität gem. § 77 Abs. 1 Ziff. 2 des RefE auch die Bestellung einer Restrukturierungsbeauftragten und damit eine weitere Veränderung der Verfahrensbedingungen auslösen kann.

§ 5 - Bedingte und nicht fällige Restrukturierungsforderungen; Forderungen aus gegenseitigen Verträgen

(1) Restrukturierungsforderungen sind auch dann gestaltbar, wenn sie bedingt oder noch nicht fällig sind.

(2) Restrukturierungsforderungen aus gegenseitigen Verträgen sind nur insoweit gestaltbar, als die dem anderen Teil obliegende Leistung bereits erbracht ist.

Der Grundsatz des § 5 Abs. 2 ist zu begrüßen, wird allerdings durch die Möglichkeit der Vertragsbeendigung gemäß den §§ 29 Abs. 1 Nr. 4, 49 f. verwässert, um nicht zu sagen: weitgehend ausgehebelt, weil das Gericht – zusammen mit der Planbestätigung – doch in künftige Forderungen aus gegenseitigen Vertragsverhältnissen eingreifen kann. Im Widerspruch zu § 5 Abs. 2 sieht demnach § 52 Abs. 2 vor, dass Nichterfüllungsforderungen (= künftige Forderungen) im gestaltenden Teil des Plans gestaltet werden können und einer eigenen Gruppe zuzuordnen sind. Falls die Möglichkeit der Vertragsbeendigung beibehalten werden soll, bedarf § 5 Abs. 2 eines entsprechenden Vorbehalts (z.B. „... soweit nicht in diesem Gesetz anders geregelt ...“).

§ 6 - Ausgenommene Rechtsverhältnisse

Einer Gestaltung durch einen Restrukturierungsplan sind unzugänglich:

- 1. Forderungen von Arbeitnehmerinnen aus oder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, einschließlich der Rechte aus Zusagen auf betriebliche Altersversorgung,*
- 2. Forderungen aus vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen und*
- 3. Geldstrafen und die diesen nach § 39 Absatz 1 Nummer 3 der Insolvenzordnung gleichgestellten Forderungen.*

Handelt es sich bei der Schuldnerin um eine natürliche Person, gilt dies auch für Forderungen und Absonderungsansprüche, die mit der unternehmerischen Tätigkeit der Schuldnerin in keinem Zusammenhang stehen.

„Forderungen von Arbeitnehmerinnen im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis“ werden in der Begründung des RefE nicht näher erläutert. Die ausdrücklich genannten Rechte aus Zusagen auf betriebliche Altersversorgung sind nur ein Teilbereich der Ausnahme. Dies wirft die Frage auf, ob auch die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung und die Lohnsteuer unter § 6 Nr. 1 zu subsumieren sind. Eine Klarstellung – zumindest in der Gesetzesbegründung- wäre notwendig, um Rechtsunsicherheiten und gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden.

Satz 2 der Vorschrift ist zu entnehmen, dass die StaRUG-Instrumente auch natürlichen Personen zugänglich sind. Die von einer Gestaltung ausgenommenen Forderungen stimmen nur zum Teil mit den gemäß § 302 InsO von einer Restschuldbefreiung ausgenommenen überein. Ein Grund für den fehlenden Gleichlauf ist nicht ersichtlich. Wünschenswert wäre eine Gleichschaltung (durch Reduzierung von § 302 InsO).

§ 8 - Darstellender Teil

(1) Der darstellende Teil beschreibt die Grundlagen und die Auswirkungen des Restrukturierungsplans. Er enthält alle Angaben, die für die Entscheidung der von dem Plan Betroffenen über die Zustimmung zum Plan und für dessen gerichtliche Bestätigung erheblich sind. Soweit Restrukturierungsmaßnahmen vorgesehen sind, die nicht über den gestaltenden Teil des Plans umgesetzt werden können oder sollen, sind sie gesondert hervorzuheben.

(2) Der darstellende Teil enthält insbesondere eine Vergleichsrechnung, in der die Auswirkungen des Plans auf die Befriedigungsaussichten der Planbetroffenen dargestellt werden. Sieht der Plan eine Fortführung des Unternehmens vor, ist für die Ermittlung der Befriedigungsaussichten ohne Plan zu unterstellen, dass das Unternehmen fortgeführt wird. Dies gilt nicht, wenn ein Verkauf des Unternehmens oder eine anderweitige Fortführung aussichtslos ist.

(3) Sieht der Restrukturierungsplan Eingriffe in die Rechte von Gläubigerinnen aus gruppeninternen Drittsicherheiten (§ 4 Absatz 4) vor, sind in die Darstellung auch die Verhältnisse des die Sicherheit gewährenden Tochterunternehmens und die Auswirkungen des Plans auf dieses Unternehmen einzubeziehen.

Die in Abs. 3 vorgesehene Offenlegung der Verhältnisse einer drittsichernden Tochtergesellschaft ist an sich im Fall des § 4 Abs. 4 plausibel. Allerdings werden deren Verhältnisse hierdurch nicht nur den Sicherungsnehmern, sondern allen Planbeteiligten offengelegt, was im Widerspruch zum Interesse von Minderheitsgesellschaftern oder Eigengläubigern der Tochtergesellschaft stehen kann.

§ 10 - Auswahl der Planbetroffenen

Die Auswahl der Planbetroffenen hat nach sachgerechten Kriterien zu erfolgen, die im darstellenden Teil des Plans anzugeben und zu erläutern sind. Die Auswahl ist sachgerecht, wenn

- 1. die nicht einbezogenen Forderungen auch in einem Insolvenzverfahren voraussichtlich vollständig erfüllt würden,*
- 2. die in der Auswahl angelegte Differenzierung nach der Art der zu bewältigenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten und den Umständen angemessen erscheint, insbesondere wenn ausschließlich Finanzverbindlichkeiten und die zu deren Sicherung bestellten Sicherheiten gestaltet werden oder*
- 3. mit Ausnahme der in § 6 genannten Forderungen sämtliche Forderungen einbezogen werden.*

Kriterium Nr. 1 erfordert, dass in das Planverfahren alle einbezogen werden, die im Insolvenzfall einen Ausfall erleiden würden. Dem dürfte der Gedanke zugrunde liegen, dass vollständige Freiheit bei der Auswahl zu missbrauchsanfällig ist. Allerdings wirft Nr. 1 zumindest folgende Probleme auf:

- Was ist mit Forderungen, die nicht *in* einem, sondern vor einem Insolvenzverfahren (noch) voll befriedigt würden?
- Welches Insolvenzscenario zu welchem Zeitpunkt ist zu unterstellen und wer beurteilt dies? Bei unmittelbar folgender Insolvenz wären alle (ungesicherten) Gläubiger gleichermaßen betroffen und wenn eine Insolvenz fernliegt oder für alle ungesicherten Gläubiger eine Vollbefriedigung verspräche, bedürfte der Schuldner keines Restrukturierungsplans. Der zeitliche Ansatzpunkt einer drohenden Zahlungsunfähigkeit lässt nach der gesetzlichen Konkretisierung des RefE in 18 InsO die Auslegung zu, dass auch eine erst in 24 Monaten eintretende Zahlungsunfähigkeit als Vergleichsrahmen geeignet wäre.
- Unterstellt man – was realistisch sein dürfte – dass in einer Folgeinsolvenz kein ungesicherter Gläubiger voll oder auch nur besser als ein anderer befriedigt würde, schließt Ziffer 1 eine Beschränkung des Kreises der Planbeteiligten aus.
- Gleichzeitig schafft Ziffer 2 eine Ausnahme, nach der auch eine Beschränkung insbesondere auf Finanzverbindlichkeiten sachgerecht sein kann, wenn dies nach der Art der zu bewältigenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten und den Umständen angemessen erscheint. Der so gefasste Begriff der Angemessenheit sollte rechtlich konkretisiert werden. Die Begründung des RefE hebt dazu lediglich hervor, dass die Angemessenheit sich in erster Linie nach den Maßnahmen richte, die nach den konkreten Umständen erforderlich erscheinen, um die Restrukturierungslösung überhaupt realisieren zu können. Damit ist eine zahlenmäßige Beschränkung der einbezogenen Gläubiger angesprochen. Nach § 10 sollen also im Grundsatz alle potenziellen Insolvenzgläubiger aber aus dieser Gruppe nur diejenigen ausgewählt werden, deren Auswahl unbedingt notwendig erscheint, um die Restrukturierungslösung überhaupt realisieren zu können.
- Mit Blick auf § 33 Abs. 2 Ziff. 2 muss das Restrukturierungsgericht die Auswahlentscheidung der Schuldnerin bereits im Rahmen der Anzeige gem. § 31 prüfen, weil die Schuldnerin in Abs. 2 Satz 2 und 3 zu weiteren Angaben verpflichtet wird, die ihre Auswahlentscheidung betreffen. Hält das Gericht die Auswahl nicht für sachgerecht, hat dies aber nicht ohne weiteres rechtliche Konsequenzen. Ein Verstoß gegen das Gebot sachgerechter Auswahl ist weder ein Aufhebungsgrund gem. § 33, noch eine Pflichtverletzung gem. § 33 Abs. 1 Ziff. 4 i. V. m. § 32, solange eine sachfremde Auswahl nicht die Schwelle des § 32 Abs. 1 Satz 1 überschreitet. Mangels Rechtsmittelfähigkeit der

Auswahl sind die Gläubiger darauf angewiesen, dass das Gericht nach § 39 Abs.1 alle maßgeblichen Umstände zur Beurteilung einer sachgerechten Auswahl ermittelt.

- Bei diesen Rahmenbedingungen kommt eine gerichtlich initiierte Korrektur einer nicht sachgerechten Auswahl nur über eine Anordnung der Mängelbehebung gem. § 55 Abs. 1 Satz 2 in Betracht. Erkenntnisquelle des Gerichts sind hierbei die Pflichtangaben gem. Ziffer 5 des Anhangs zum (Angabe nicht einbezogener Gläubiger nebst Begründung). Als Planungsmangel wird eine nicht sachgerechte Auswahl regelmäßig gem. § 55 Abs.1 nicht behebbar sein, weil sie die Schlüssigkeit der Planung berührt und eine Stabilisierungsanordnung gegenüber nicht sachgerecht ausgewählten Gläubigern regelmäßig auch nicht erforderlich sein wird, um das Restrukturierungsziel zu erreichen. Um eine Stabilisierungsanordnung gegenüber nicht sachgerecht ausgewählten Gläubigern in jedem Fall auszuschließen, sollte die sachgerechte Auswahl als Versagungsgrund in § 55 Abs. 1 Satz 1 aufgenommen werden.

§ 11 - Einteilung der Planbetroffenen in Gruppen

(1) Bei der Festlegung der Rechte der Planbetroffenen im Restrukturierungsplan sind Gruppen zu bilden, soweit Planbetroffene mit unterschiedlicher Rechtsstellung betroffen sind. Es ist zu unterscheiden zwischen

- 1. den Inhaberinnen von Absonderungsansprüchen,*
- 2. den Inhaberinnen von Forderungen, die im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als nicht nachrangige Insolvenzforderungen geltend zu machen wären, nebst darauf entfallender Zinsen und Säumniszuschläge (einfache Restrukturierungsgläubigerinnen),*
- 3. den Inhaberinnen von Forderungen, die im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach § 39 Absatz 1 Nummer 4, Nummer 5 oder Absatz 2 der Insolvenzordnung als nachrangige Insolvenzforderungen anzumelden wären (nachrangige Restrukturierungsgläubigerinnen), wobei für jede Rangklasse eine Gruppe zu bilden ist und*
- 4. den Inhaberinnen von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten.*

Sieht der gestaltende Teil des Restrukturierungsplans Eingriffe in die Rechte von Gläubigerinnen aus gruppeninternen Drittsicherheiten vor, bilden die davon betroffenen Gläubigerinnen eine eigenständige Gruppe.

(2) Die Gruppen können nach Maßgabe wirtschaftlicher Interessen in weitere Gruppen unterteilt werden. Sie müssen sachgerecht voneinander abgegrenzt werden. Die Kriterien für die Abgrenzung sind im Plan anzugeben. Kleingläubigerinnen sind im Rahmen der nach Absatz 1 zu bildenden Gruppen zu eigenständigen Gruppen zusammenzufassen.

Die Vorschrift zur Gruppenbildung leidet – wie § 222 InsO – an dem grundlegenden Mangel, dass (personenbezogen) von *Gläubiger*-Gruppen die Rede ist, während es richtigerweise (rechtebezogen) um *Forderungs*-Gruppen geht (vgl. nur *Eidenmüller*, in: MüKo-InsO, 4. Aufl., § 222 Rz. 28 ff.). Dies ergibt sich schon daraus, dass – wie im Insolvenzplanverfahren – ein Gläubiger mit seinen Ansprüchen mehreren Gruppen zugeordnet sein kann. Die §§ 26 und 27 greifen dies zutreffend auf. Eine einheitliche Verwendung der richtigen Formulierung wäre wünschenswert.

Nach Abs. 1 Satz 3 muss ausnahmslos eine eigene Gruppe für Gläubiger gebildet werden, die vom Eingriff in Drittsicherheiten betroffen sind. Da solche Gläubiger in aller Regel auch Absonderungsanswartschaften bei der Schuldnerin selbst sowie Ausfallrisiken haben werden, sind sie drei Gruppen zuzuordnen (Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 und Satz 3). Ob es angemessen ist, Gläubiger unabhängig von Anzahl, Umfang und Wert der Drittsicherheiten gleich zu behandeln, ist zweifelhaft. Jedenfalls eröffnet es Abstimmungsmacht und entsprechendes Missbrauchspotential, indem Tochtergesellschaften wohlgesonnenen Gläubigern vor dem Verfahren noch Drittsicherheiten einräumen.

Die ausnahmslose Separierung von Kleingläubigern in eigenen Gruppen gemäß Abs. 2 Satz 4 dürfte nicht durchwegs sachgerecht sein und wirft das Problem der Definition von „Kleingläubiger“ auf. Eine Definition könnte an einen absoluten Betrag anknüpfen (z.B. weniger als 5.000,00 €) oder an eine Relation im Verhältnis zu den Restrukturierungsforderungen insgesamt (z.B. 1 % oder weniger der gesamten Restrukturierungsforderungen).

Die Regelung des § 52 Abs. 2 Satz 3 (eigene Gruppe für Nichterfüllungsforderungen) sollte in § 11 mit aufgenommen werden, damit alle potenziellen Pflichtgruppen in einer Bestimmung zu finden sind.

Die in § 11 vorgenommene Einteilung von Planbetroffenen folgt erkennbar dem Muster des Insolvenzrechts. Bei gem. § 10 sachgerechter Auswahl der Gläubigerforderungen, die nicht unter § 6 fallen, werden oftmals alle Gruppen des § 11 Abs. 1 zu besetzen sein. Mit der in § 11 Abs. 2 Satz 3 geforderten Untergruppenbildung für Kleingläubiger in jeder Gruppe entsteht eine komplexe Einteilung von Planbetroffenen, die neben Abgrenzungsproblemen auch die grundsätzliche Frage der Praktikabilität aufwirft, insbesondere bei Restrukturierungen im KMU-Bereich.

§ 16 - Erklärung zur Bestandsfähigkeit; Vermögensübersicht; Ergebnis- und Finanzplan

(1) Dem Plan ist eine begründete Erklärung zu den Aussichten darauf beizufügen, dass die drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin durch den Plan beseitigt wird und dass die Bestandsfähigkeit der Schuldnerin sicher- oder wiederhergestellt wird.

(2) Dem Restrukturierungsplan ist eine Vermögensübersicht beizufügen, in der die Vermögensgegenstände und die Verbindlichkeiten, die sich bei Wirksamwerden des Plans gegenüberstünden, mit ihren Werten aufgeführt sind. Zudem ist aufzuführen, welche Aufwendungen und Erträge für den Zeitraum, während dessen die Gläubigerinnen befriedigt werden sollen, zu erwarten sind und durch welche Abfolge von Einnahmen und Ausgaben die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens während dieses Zeitraums gewährleistet werden soll. Dabei sind neben den Restrukturierungsforderungen auch die vom Plan unberührt bleibenden Forderungen sowie die künftig nach dem Plan zu begründenden Forderungen zu berücksichtigen.

Die Formulierung von Abs. 1, wonach dem Plan eine *begründete Erklärung zu den Aussichten ...* beizufügen ist, ist sprachlich etwas unglücklich, weil danach auch eine Erklärung genügen würde, in der schlechte Aussichten begründet erklärt werden. Änderungsvorschlag daher: *Dem Plan ist eine begründete Erklärung beizufügen, dass und warum die drohende Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin durch den Plan beseitigt wird und die Bestandsfähigkeit der Schuldnerin sicher- oder wiederhergestellt wird.*

Zum Inhalt der Bestandsfähigkeitsbescheinigung führt Art. 8 Abs.1 h) der RL aus:

„...eine Begründung, in der erläutert wird, warum eine begründete Aussicht besteht, dass der Restrukturierungsplan die Insolvenz des Schuldners verhindern und die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gewährleisten wird, einschließlich der notwendigen Voraussetzungen für den Erfolg des Plans. Die Mitgliedstaaten können vorschreiben, dass diese Begründung entweder von einem externen Experten oder von dem Restrukturierungsbeauftragten- falls ein solcher benannt wird – vorgelegt oder bestätigt werden muss.“

Danach gehört neben den in § 16 Abs. 1 genannten Inhalten auch eine Erläuterung der notwendigen Voraussetzungen für den Planerfolg zu dieser Bescheinigung. Die Begründung des RefE erklärt nicht, warum die Erklärung zur Bestandsfähigkeit gem. § 16 diese Erläuterung nicht umfassen soll. Ihre Aufnahme würde sich zur Vermeidung von Auslegungsproblemen zum ansonsten nicht näher beschriebenen Inhalt der Erklärung empfehlen. Der oben zitierte Art. 8 Abs. 1h) Satz 2 der RL wird – anders als in der Begründung des RefE angeführt – durch § 80 Abs. 3 nicht umgesetzt. Dort finden sich Regelungen zur Überprüfung der Voraussetzung einer Stabilisierungsanordnung durch einen Restrukturierungsbeauftragten. Die mit einem Antrag auf eine Stabilisierungsanordnung nach § 54 Abs. 2 Ziff. 2 vorzulegende Finanzplanung muss zwar eine fundierte Darstellung der Finanzierungsquellen enthalten, durch

welche die Zahlungsfähigkeit im Zeitraum der nächsten 6 Monate sichergestellt werden soll. Eine Bestandsfähigkeitsprüfung durch den Restrukturierungsbeauftragten über diesen Zeitraum hinaus ist aber nicht vorgesehen. Die Richtlinie spricht jedoch für den Fall einer (fakultativen) Umsetzung des Art. 8 Abs. 1h) Satz 2 nicht von einer Einschränkung der Überprüfung.

§ 17 - Weitere Anlagen

(1) Handelt es sich bei der Schuldnerin um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, so ist dem Plan eine Erklärung der Personen beizufügen, die nach dem Plan persönlich haftende Gesellschafterinnen des Unternehmens sein sollen, dass sie zur Fortführung des Unternehmens auf der Grundlage des Plans bereit sind.

(2) Sollen Gläubigerinnen Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte oder Beteiligungen an einer juristischen Person, einem nicht rechtsfähigen Verein oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit übernehmen, so ist dem Plan die Zustimmungserklärung einer jeden dieser Gläubigerinnen beizufügen.

(3) Hat eine Dritte für den Fall der Bestätigung des Plans Verpflichtungen gegenüber den Gläubigerinnen übernommen, so ist dem Plan die Erklärung der Dritten beizufügen.

(4) Sieht der Restrukturierungsplan Eingriffe in die Rechte von Gläubigerinnen aus gruppeninternen Drittsicherheiten vor, so ist dem Plan die Zustimmung des Tochterunternehmens beizufügen, das die Sicherheit gestellt hat.

Ergänzungsvorschlag zu Abs. 2 (da nicht von Abs. 3 umfasst): *Sollen Gläubigerinnen oder Dritte Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte oder Beteiligungen an einer juristischen Person, einem nicht rechtsfähigen Verein oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit übernehmen, so ist dem Plan die Zustimmungserklärung einer jeden dieser Gläubigerinnen oder Dritten beizufügen.*

§ 19 - Planangebot

(1) Das an die Planbetroffenen gerichtete Angebot der Schuldnerin, den Restrukturierungsplan anzunehmen (Planangebot) hat den deutlichen Hinweis darauf zu enthalten, dass der Plan im Falle seiner mehrheitlichen Annahme und gerichtlichen Bestätigung auch gegenüber Planbetroffenen wirksam werden kann, die das Angebot nicht annehmen. Dem Planangebot ist der vollständige Restrukturierungsplan nebst Anlagen beizufügen.

(2) Aus dem Planangebot muss hervorgehen, mit welchen Forderungen oder Rechten die jeweilige Planbetroffene in den Plan einbezogen ist, welchen Gruppen die Planbetroffene zugeordnet ist und welche Stimmrechte die ihr zustehenden Forderungen und Rechte gewähren.

(3) Hat die Schuldnerin vor Abgabe des Planangebots nicht allen Planbetroffenen Gelegenheit zur gemeinschaftlichen Erörterung des Plans oder des Restrukturierungskonzepts gegeben, das durch den Plan umgesetzt wird, hat das Planangebot den Hinweis darauf zu enthalten, dass auf Verlangen einer oder mehrerer Planbetroffener eine Versammlung der Planbetroffenen zwecks Erörterung des Plans abgehalten wird.

(4) Sofern im Verhältnis zu einzelnen Planbetroffenen nichts anderes vereinbart ist, unterliegt das Planangebot der Schriftform. Bestimmt die Schuldnerin im Planangebot keine andere Form, unterliegt auch die Planannahme der Schriftform.

Die in **Abs. 1** hervorgehobene Notwendigkeit eines gesonderten, formbedürftigen Planangebots, das nur Planinhalte wiederholt, obwohl der Plan ohnehin beizufügen ist, ist zweifelhaft. An sich erhöht es nur das Papieraufkommen, die „Benutzerfreundlichkeit“ des Verfahrens (weil der Planersteller zum Plan noch gruppenindividualisierte Angebote erstellen und der Beteiligte Angebot und Plan lesen muss) sowie die Fehleranfälligkeit und Rechtsunsicherheiten bei Fehlern wie z.B. Abweichungen zwischen Planangebot und Planinhalt oder falsche „Zuordnung“ (z.B. durch Copy/Paste-Fehler) des Adressaten im Plangebot. Die Fehleranfälligkeit wirft auch die Frage auf, ob der Restrukturierungsbeauftragte und/oder das Gericht kontrollpflichtig sind und ggf. haften.

Dass der Entwurf für die Einleitung einer Restrukturierung ohne Beteiligung des Gerichts oder bei absehbarer notwendiger Gerichtsbeteiligung eine initiale Äußerung des Schuldners (Planangebot, § 19; Anzeige des Restrukturierungsvorhabens, § 31) vorsieht, ist zu begrüßen. Eine initiale Äußerung des Schuldners über die Inanspruchnahme der bereitgestellten Restrukturierungsinstrumente soll vor allem geschäftlich weniger erfahrene Gläubiger schützen und den Schuldner dazu anhalten, sich mit seinem Vorhaben gegenüber dem Planbetroffenen eindeutig zu positionieren. Unverbindliche Korrespondenz des Schuldners über Sanierungsabsichten etc. könnten Gläubiger über das eigentliche Vorhaben des Schuldners im Unklaren lassen. Dies ist zu vermeiden.

Bestandteil des Planangebots ist der „vollständige Restrukturierungsplan nebst Anlagen“. Der Restrukturierungsplan hat den Anforderungen in § 7 ff. und in dem Anhang zu § 7 zu entsprechen. Diese Anforderungen beinhalten zwar auch die Angabe von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten und eine Beschreibung der wirtschaftlichen Situation sowie der Ursachen und des Umfangs der Schwierigkeiten des Schuldners (Anhang Nr. 2). Sie enthalten aber keine Anforderungen an den Schuldner darzulegen, in welchem konkreten Stadium der Krise er sich befindet. Eine Plananzeige nach § 19 kann

damit explizit offenlassen, ob der Schuldner weder überschuldet, noch zahlungsunfähig ist, noch ob Zahlungsunfähigkeit (überhaupt) droht. Die Planbetroffenen sind vielmehr darauf angewiesen, diese Rückschlüsse aus dem mit dem Planangebot vorzulegenden vollständigen Restrukturierungsplan selber zu ziehen.

Geschickt agierende Schuldner wären daher durchaus in der Lage, zum einen trotz Insolvenzreife i.S.v. §§ 17, 19 InsO den Versuch einer Restrukturierung nach dem StaRUG zu unternehmen, anstatt das für solche wirtschaftlichen Krisen vorgesehene Insolvenzverfahren einzuleiten. Zum anderen könnten sie ohne wirtschaftliche Krise im Sinne einer „wahrscheinlichen Insolvenz“ (Art. 4 (1) EU-RL 2019/1023 vom 20.6.2019), die nach EU-Recht Voraussetzung einer Inanspruchnahme des präventiven Restrukturierungsrahmens sein soll, „ohne Not“ Gläubigerbeiträge versuchen einzufordern. Insoweit wären Gläubigerbeiträge durchaus „erschlichen“, weil es an einer materiellen Grundlage hierfür fehlt; eine rechtssichere „Restrukturierung“ läge nicht vor.

Dieser Befund ist unbefriedigend und erstaunt umso mehr, als der „Rechtsrahmen zur Ermöglichung insolvenzabwendender Sanierungen“ (RefE B. Lösung 1. Abs.) zur Umsetzung der EU-R L 2019/1023 vom 20.6.2019 ausdrücklich die Lücke schließen soll „zwischen dem Bereich der freien, dafür aber auf den Konsens aller Beteiligten angewiesenen Sanierung einerseits und der insolvenzverfahrensförmigen Sanierung mit ihren Kosten und Nachteilen“ (RefE, aaO) andererseits. „Die Instrumentarien des Rahmens sollen im Stadium der drohenden und noch nicht eingetretenen Zahlungsunfähigkeit zur Verfügung stehen.“ (RefE, aaO.).

Um dies zu ermöglichen, werden Überschuldung und drohenden Zahlungsunfähigkeit stärker voneinander abgegrenzt (Art. 5 Nrn. 10., 11 SanInsFoG). Diese Änderungen präzisieren die Prognosezeiträume (§ 18 Abs. 2: idR 24 Monate, § 19 Abs. 2 Satz 1: in den nächsten 12 Monaten) und schaffen damit Raum für die Anwendung der mit dem StaRUG bereitzustellenden Instrumente. Die zeitliche Präzisierung der Prognosezeiträume, die bei § 19 Abs. 2 auf einen Vorschlag von Brinkmann (NZI 2019,9 121,924) zurückgeht, bewirkt eine kohärente Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Verfahren nach der InsO und dem StaRUG, ohne substantiell in das Konzept des modifizierten 2-stufigen Überschuldungsbegriffs einzugreifen oder ihn gar aufzugeben. Sie eröffnen zum anderen bei drohender Zahlungsunfähigkeit durch Eintritt von Zahlungsunfähigkeit in den Monaten 13 - 24 nach § 18 Abs. 2. n. F. eine Inanspruchnahme der Restrukturierung nach dem StaRUG.

Umso erstaunlicher ist es daher, dass sich der Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit weder beim Planangebot (§ 19), noch der Anzeige des Restrukturierungsvorhabens (§ 31 findet.

In diesem Kontext ist ergänzend festzustellen, dass Grundlage der vorgesehenen gerichtlichen Entscheidungen wie der Planbestätigung, der Vertragsbeendigung und der Stabilisierung, abgesehen von Fällen der Ernennung einer Restrukturierungsbeauftragten, ausschließlich eigene Erklärung des Schuldners sind, ohne dass diese in einer geeigneten Form durch einen fachkundigen Dritten inhaltlich zu verifizieren wären. Dies ist mit Blick auf den Schuldner, der seine Restrukturierungssache mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführers zu betreiben hat (§ 32), nicht angemessen. Immerhin sieht auch Art. 4 (3) EU-RL 2019/1023 vor, dass die Mitgliedsstaaten Bestandsfähigkeitsprüfungen nach nationalem Recht einführen können, die dem Ausschuss von Schuldnern ohne Aussicht auf Bestandsfähigkeit dienen und ohne nachteilige Auswirkungen auf die Vermögenswerte des Schuldners durchgeführt werden können.

Dem Schuldner ist daher mit dem Planangebot oder der Anzeige des Restrukturierungsvorhabens ausdrücklich eine konkrete Darlegung abzuverlangen, dass

- Zahlungsunfähigkeit droht,
- Zahlungsunfähigkeit selbst (noch) nicht eingetreten ist und
- (bei haftungsbeschränkten Schuldnern) Überschuldung nicht vorliegt.

Art. 5 Nr. 32, der eine Änderung des § 270a vorsieht, unterstützt dies. Die vorgeschlagene Neufassung verlangt dem Schuldner eine Eigenverwaltungsplanung ab, die einen Finanzplan über 6 Monate, ein Konzept für die Bewältigung der Insolvenz, eine Darstellung des Standes von Verhandlungen mit den Gläubigern und von Vorkehrungen zur Sicherstellung der Erfüllung insolvenzrechtliche Verpflichtungen und eine begründete Darstellung etwaiger Mehr- oder Minderkosten der Eigenverwaltung im Vergleich zum Regelverfahren enthält. Diese vorgeschlagene Änderung ist durch die Ergebnisse der Evaluation des ESUG veranlasst, die zum Antrag nach § 270a InsO Folgendes festgestellt hat:

„Noch klarer zu empfehlen wäre es, unabdingbare Mindestvoraussetzungen für eine gute Eigenverwaltung festzulegen, die positive vorliegen und nachgewiesen werden müssen, um den Zugang zur Eigenverwaltung zu erhalten; ... Das bedeutet, dass nur bei Vorliegen bestimmter Mindestvoraussetzungen, dann aber nur verlässlich, Zugang zur (vorläufigen) Eigenverwaltung gewährt wird, indes bei Nichteinhaltung der Mindestvoraussetzungen und bei unklarer Sachlage, also im „Graubereich“, keine Eigenverwaltung angeordnet wird.“ (Evaluierung Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011, S. 298).

Wir schlagen vor, bei dem Planangebot (§ 19) und der Anzeige des Restrukturierungsvorhabens (§ 31) eine Regelung einzufügen, nach welcher der Schuldner seine drohende Zahlungsunfähigkeit und das Fehlen von Insolvenzgründen i.S.v. §§ 17, 19 InsO darzulegen hat

a)

hinsichtlich der drohenden Zahlungsunfähigkeit durch Änderung von § 8:

„Der darstellende Teil ... enthält eine Darlegung des Schuldners, dass seine Zahlungsunfähigkeit droht, und alle Angaben, ...“

b)

hinsichtlich der fehlenden Insolvenzreife i.S.v. §§ 17, 19 InsO durch eine Ergänzung von § 19 in dessen Abs. 1 Satz 2:

„Dem Planangebot sind der vollständige Restrukturierungsplan nebst Anlagen und eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Restrukturierungssachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, aus der sich ergibt, dass die Schuldnerin weder zahlungsunfähig, noch überschuldet ist.“

Eine derartige Regelung würde den Gläubigern ein verlässliches Bild über die Tiefe der Krise des Schuldners vermitteln, die Voraussetzung für das Restrukturierungsvorhaben ist. Dem Gericht – ohne dass es zu diesem Zeitpunkt bereits in eine Prüfung eintreten muss – wäre bereits mit Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache eine verlässlichere Entscheidungsgrundlage für den Fall der Inanspruchnahme eines der Instrumente des § 29 Abs. 2 verfügbar. Im „Graubereich“ anzusiedelnde Fälle, in denen die Instrumente unberechtigterweise in Anspruch genommen werden sollen, könnten durch Gläubiger und Gericht frühzeitig aussortiert werden.

Abs. 4 erlaubt in Absprache mit einzelnen Planbetroffenen auch eine Übermittlung des Planangebots in Textform unter Verzicht auf die Schriftform des § 126 BGB. Es bleibt jedoch in beiden Fällen unklar, wie nach einer Übermittlung der Fristablauf nach § 21 rechtssicher dokumentiert werden kann.

§ 21 Satz 2 macht deutlich, dass ein Planangebot zumindest in Gestalt eines Restrukturierungskonzepts allen Planbetroffenen mindestens 14 Tage vor Fristablauf zugänglich gemacht worden sein muss. Ist dies nicht für alle Planbetroffenen nachweisbar, kann demnach auch der Ablauf der Annahmefrist nicht festgestellt werden.

Eine Nichtäußerung einzelner Planbetroffener innerhalb der gesetzten Frist wäre nicht als Zustimmung zu werten und nach der Auslegungsregel des § 20 eine außergerichtliche Planabstimmung damit gescheitert. Dieser Befund, der den Weg für ein gerichtliches Planabstimmungsverfahren freimachen könnte, würde den Nachweis einer rechtzeitigen Zugänglichmachung erfordern. § 26 sieht erkennbar keine Parallelität von außergerichtlichen und gerichtlichen Planabstimmungsverfahren vor. Es würde sich deshalb empfehlen, hier eine Vermutungsregel analog § 305a InsO einzuführen.

§ 21 - Annahmefrist

Für die Annahme des Plans setzt die Schuldnerin eine Frist. Die Frist beträgt mindestens 14 Tage. Dies gilt nicht, wenn dem Plan ein Restrukturierungskonzept zugrunde liegt, das allen Planbetroffenen seit mindestens 14 Tagen in Textform zugänglich gemacht ist.

Ein Zugänglichmachen in Textform gem. S. 2 dürfte auch durch Datenraum möglich sein, was im Streitfall die Frage des Nachweises aufwirft.

Die weitere potenzielle Streitfrage ist, welche Anforderungen das *Restrukturierungskonzept* erfüllen muss, um die Frist auszulösen, und welche Differenzierungen/Änderungen zulässig sind, ohne eine erneute 14-Tage-Frist auslösen zu müssen.

§ 22 - Abstimmung im Rahmen einer Planbetroffenerversammlung

(1) Die Schuldnerin kann den Plan im Rahmen einer Versammlung der Planbetroffenen zur Abstimmung stellen. Die Einberufung erfolgt schriftlich. Die Einberufungsfrist beträgt 14 Tage. Räumt die Schuldnerin die Möglichkeit einer elektronischen Teilnahme ein, beträgt die Frist sieben Tage. Der Einberufung ist der vollständige Restrukturierungsplan nebst Anlagen beizufügen.

(2) Das Planangebot kann vorsehen, dass Planbetroffene auch ohne Anwesenheit an dem Versammlungsort teilnehmen und sämtliche oder einzelne ihrer Rechte ganz oder teilweise im Wege elektronischer Kommunikation ausüben können (elektronische Teilnahme).

(3) Den Vorsitz der Versammlung führt die Schuldnerin. Sie hat jeder Planbetroffenen auf Verlangen Auskunft über den Restrukturierungsplan und die für die sachgemäße Beurteilung des Plans relevanten Verhältnisse der Schuldnerin zu erteilen. Planbetroffene haben das Recht, Vorschläge zur Abänderung des Plans zu unterbreiten. Die Vorschläge sind der Schuldnerin mindestens einen Tag vor dem Beginn der Versammlung in Textform zuzuleiten.

(4) In der Versammlung kann auch dann über den Plan abgestimmt werden, wenn dieser auf Grund der Erörterungen in der Versammlung inhaltlich in einzelnen Punkten abgeändert wird.

(5) Jede Gruppe der Planbetroffenen stimmt gesondert ab. Im Übrigen legt die Schuldnerin die Modalitäten der Abstimmung fest. Üben Planbetroffene ihr Stimmrecht elektronisch aus, ist diesen der Zugang der elektronisch abgegebenen Stimme elektronisch zu bestätigen. Die Stimmabgabe ist auch ohne Teilnahme an der Versammlung bis zum Ende der Abstimmung möglich.

Bei der Einberufungsfrist in Abs. 1 sollte der Fristbeginn (Zugang) klargestellt werden.

Wenn es bei der Einbeziehung von Drittsicherheiten gemäß § 4 Abs. 4 bleibt, muss in § 22 Abs. 3 ergänzt werden: *Sie hat jeder Planbetroffenen auf Verlangen Auskunft über den Restrukturierungsplan und die für die sachgemäße Beurteilung des Plans relevanten Verhältnisse der Schuldnerin sowie im Fall des § 4 Absatz 4 jeder betroffenen Tochtergesellschaft zu erteilen.* Dann gilt allerdings wieder die obige Anmerkung zu § 8.

Die Einführung der – grundsätzlich schriftlichen – Planannahme in § 19 Abs. 4 wirft die Frage auf, wie diese zur Planzustimmung gemäß § 22 Abs. 5 steht. Handelt es sich um dieselbe oder gesonderte Erklärung(shandlung)en?

Eine ordnungsgemäße Annahme ist gem. § 67 Abs. 3 die Voraussetzung einer Planbestätigung im außergerichtlichen Planabstimmungsverfahren. Die Begründung zu § 25 weist deshalb darauf hin, dass eine gerichtliche Planabstimmung sinnvoll sein kann, um Zweifel am ordnungsgemäßen Ablauf des Abstimmungsverfahrens zu vermeiden, die nach § 67 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 zur Versagung der Planbestätigung führen können.

Um mit Blick auf die angestrebte Planbestätigung zu einer rechtssicheren Beurteilung streitiger Stimmrechte zu kommen, kann die Schuldnerin nach § 47 auch im außergerichtlichen Planabstimmungsverfahren eine gerichtliche Vorprüfung beantragen. Im Rahmen dieser Vorprüfung muss das Gericht von Amts wegen ermitteln und innerhalb der in § 48 Abs. 2 genannten Zweiwochenfrist einen Hinweis geben. Dieser Hinweis entfaltet nach der Begründung zu § 46 Abs. 2 keine rechtliche Bindungswirkung. Dies wäre mit Blick auf die Kürze der Frist und die möglicherweise bedeutende Wirkung einer gerichtlichen Entscheidung für die Annahme des Plans auch nicht gerechtfertigt.

Bleibt im Rahmen einer außergerichtlichen Planabstimmung ein Stimmrecht nach Grund oder Höhe Streitbefangen, soll das zur Planbestätigung angerufene Gericht gem. § 67 Abs. 3 Satz 2 seiner Entscheidung „*das nach Maßgabe des § 46 Abs. 1 Nummer 2 zu bestimmende Stimmrecht*“ zugrunde legen.

§ 46 Abs. 1 Nr. 2 führt lediglich aus, dass das angerufene Gericht im Rahmen einer Vorprüfung auch die Frage prüfen kann „*...welches Stimmrecht eine Restrukturierungsforderung, eine Absonderungsanwartschaft oder ein Anteils- oder Mitgliedschaftsrecht gewährt.*“

Der Verweis auf § 46 Abs. 1 Nr. 2 schafft hier keine Klarheit für die weitere Prüfung und ihre Grundlagen.

§ 27 - Erforderliche Mehrheiten

(1) Zur Annahme des Restrukturierungsplans ist erforderlich, dass in jeder Gruppe auf die dem Plan zustimmenden Gruppenmitglieder mindestens drei Viertel der Stimmrechte in dieser Gruppe entfallen.

(2) Planbetroffene, denen eine Forderung oder ein Recht gemeinschaftlich zusteht, werden bei der Abstimmung als eine Planbetroffene behandelt. Entsprechendes gilt, wenn an einem Recht ein Pfandrecht oder ein Nießbrauch besteht.

Nach dem Wortlaut von § 27 Abs. 1 sind die Mehrheiten nicht bezogen auf die abstimmenden, sondern auf die insgesamt betroffenen Restrukturierungsforderungen der jeweiligen Gruppe zu bestimmen. Das ist zum einen sachgerecht und erleichtert zum anderen die Ermittlung des Abstimmungsergebnisses, weil die Bezugszahl nicht erst in der Abstimmung ermittelt werden muss. Um Auslegungsdiskussionen vorzubeugen, sollte die Bezugsgröße für die Mehrheiten in der Begründung klargestellt werden.

§ 28 - Gruppenübergreifende Mehrheitsentscheidung

(1) Wird in einer Gruppe die nach § 27 erforderliche Mehrheit nicht erreicht, gilt die Zustimmung dieser Gruppe als erteilt, wenn

- 1. die Mitglieder dieser Gruppe durch den Restrukturierungsplan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne einen Plan stünden,*
- 2. die Mitglieder dieser Gruppe angemessen an dem wirtschaftlichen Wert beteiligt werden, der auf der Grundlage des Plans den Planbetroffenen zufließen soll (Planwert), und*
- 3. die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan mit den erforderlichen Mehrheiten zugestimmt hat; wurden lediglich zwei Gruppen gebildet, genügt die Zustimmung der anderen Gruppe; die zustimmenden Gruppen dürfen nicht ausschließlich durch Anteilsinhaberinnen oder nachrangige Restrukturierungsgläubigerinnen gebildet sein.*

(2) Eine Gruppe ist angemessen am Planwert beteiligt, wenn

- 1. keine andere Gläubigerin wirtschaftliche Werte erhält, die den vollen Betrag ihres Anspruchs übersteigen,*
- 2. weder eine planbetroffene Gläubigerin, die ohne einen Plan mit Nachrang gegenüber den Gläubigerinnen der Gruppe zu befriedigen wäre, noch die Schuldnerin oder eine an der Schuldnerin beteiligte*

Person einen nicht durch Leistung in das Vermögen der Schuldnerin vollständig ausgeglichenen wirtschaftlichen Wert erhält und

3. keine planbetroffene Gläubigerin, die ohne einen Plan gleichrangig mit den Gläubigerinnen der Gruppe zu befriedigen wäre, bessergestellt wird als diese Gläubigerinnen.

(3) Der angemessenen Beteiligung einer Gruppe von Gläubigerinnen steht es in Abweichung von Absatz 2 Nummer 2 nicht entgegen, wenn die Schuldnerin oder eine Inhaberin von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten wirtschaftliche Werte behält,

1. sofern deren Mitwirkung für die Fortführung des Unternehmens erforderlich ist, um den Planmehrwert zu verwirklichen, und sie sich zur Fortführung des Unternehmens verpflichtet hat oder

2. die Eingriffe in die Rechte der Gläubigerinnen geringfügig sind, insbesondere weil die Rechte nicht gekürzt werden und deren Fälligkeiten um nicht mehr als 12 Monate verschoben werden.

(4) Wird die nach § 27 erforderliche Mehrheit in einer Gruppe nicht erreicht, die nach § 11 Absatz 1 Satz 3 zu bilden ist, so gelten die Absätze 1 und 2 für diese Gruppe nur, wenn die vorgesehene Entschädigung die Inhaberinnen der Rechte aus der gruppeninternen Drittsicherheit für den zu erleidenden Rechtsverlust angemessen entschädigt.

(5) Für eine Gruppe der Anteilsinhaberinnen liegt eine angemessene Beteiligung am wirtschaftlichen Wert vor, wenn nach dem Plan

1. keine planbetroffene Gläubigerin wirtschaftliche Werte erhält, die den vollen Betrag ihres Anspruchs übersteigen, und

2. vorbehaltlich des Absatz 2 Satz 2 keine Anteilsinhaberin, die ohne Plan den Anteilsinhaberinnen der Gruppe gleichgestellt wäre, einen wirtschaftlichen Wert erhält.

Die Regelung fällt – gegenüber den §§ 26, 27 – wieder zurück in den Fehler des § 11, indem eine personen-, statt rechtebezogene Formulierung gewählt wird für die Voraussetzungen des Cram Downs. Es geht nicht um den Gruppen zugeordnete Gläubiger, deren Planergebnis bei Teilnahme an mehreren Gruppen anders zu beurteilen sein kann als gruppenindividuell, sondern um die Rechte, die der jeweiligen Gruppe zugeordnet sind.

Abs. 2 Nr. 2 dürfte Folgendes meinen und sollte entsprechend ergänzt werden: ... *noch die Schuldnerin oder eine an der Schuldnerin beteiligte Person einen nicht durch neue Leistung in das Vermögen der Schuldnerin vollständig ausgeglichenen wirtschaftlichen Wert erhält ...*

Abs. 3 Nr. 2 ist eine innovative, positiv zu beurteilende Einschränkung der absolute priority rule.

Abs. 4 sollte aus sprachlichen Gründen wie folgt geändert werden: *Wird die nach § 27 erforderliche Mehrheit in einer Gruppe nicht erreicht, die nach § 11 Absatz 1 Satz 3 zu bilden ist, so gelten die Absätze*

1 und 2 für diese Gruppe nur, wenn die vorgesehene Entschädigung die Inhaberinnen der Rechte aus der gruppeninternen Drittsicherheit für den zu erleidenden Rechtsverlust angemessen ist entschädigt.

§ 29 - Instrumente

(1) Die Verfahrenshilfen des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens (Instrumente) können zur nachhaltigen Bewältigung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 18 Absatz 2 der Insolvenzordnung in Anspruch genommen werden.

(2) Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens sind:

- 1. die Durchführung eines gerichtlichen Planabstimmungsverfahrens (gerichtliche Planabstimmung),*
- 2. die gerichtliche Bestätigung eines Restrukturierungsplans (Planbestätigung),*
- 3. die gerichtliche Vorprüfung von Fragen, die für die Bestätigung des Restrukturierungsplans erheblich sind (Vorprüfung),*
- 4. die gerichtliche Beendigung von gegenseitigen, noch nicht beiderseitig vollständig erfüllten Verträgen (Vertragsbeendigung) und*
- 5. die gerichtliche Anordnung von Regelungen zur Einschränkung von Maßnahmen der individuellen Rechtsdurchsetzung (Stabilisierung).*

(3) Soweit sich aus den Bestimmungen dieses Gesetzes nichts Abweichendes ergibt, kann die Schuldnerin die Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens unabhängig voneinander in Anspruch nehmen.

Abs. 2 Ziff. 4 führt in Kopie des niederländischen Modells die abzulehnende Möglichkeit auf, in Vertragsverhältnisse einzugreifen.

Der VID, der GK und andere hatten gefordert, dass Regelungen entsprechend den §§ 103 und 109 InsO dem Insolvenzverfahren vorbehalten bleiben. Siehe dazu Anmerkung zu den §§ 49-51.

§ 31 - Anzeige des Restrukturierungsvorhabens

(1) Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens ist die Anzeige des Restrukturierungsvorhabens bei dem zuständigen Restrukturierungsgericht.

(2) Der Anzeige ist beizufügen:

1. der Entwurf eines Restrukturierungsplans oder, sofern ein solcher nach dem Stand des angezeigten Vorhabens noch nicht ausgearbeitet und ausgehandelt werden konnte, ein Konzept für die Restrukturierung, welches auf Grundlage einer Darstellung von Art, Ausmaß und Ursachen der Krise das Ziel der Restrukturierung sowie die Maßnahmen beschreibt, welche zur Erreichung des Ziels in Aussicht genommen werden,

2. eine Darstellung des Stands von Verhandlungen mit Gläubigerinnen, an der Schuldnerin beteiligten Personen und Dritten zu den in Aussicht genommenen Maßnahmen und

3. eine Darstellung der Vorkehrungen, welche die Schuldnerin getroffen hat, um ihre Fähigkeit sicherzustellen, ihre Pflichten nach diesem Gesetz zu erfüllen.

Die Schuldnerin hat bei der Anzeige zudem anzugeben, ob die Rechte von Verbraucherinnen oder von mittleren, kleinen oder Kleinstunternehmen berührt werden sollen, insbesondere, weil deren Forderungen oder Absonderungsanswartschaften durch einen Restrukturierungsplan gestaltet oder die Durchsetzung dieser Forderungen durch eine Stabilisierungsanordnung vorübergehend gesperrt werden sollen. Anzugeben ist auch, ob bei der Durchsetzung des Konzepts damit zu rechnen ist, dass dieses nur gegen den Widerstand einer nach Maßgabe des § 11 zu bildenden Gruppe durchgesetzt werden kann.

(3) Mit der Anzeige wird die Restrukturierungssache rechtshängig.

(4) Die Anzeige verliert ihre Wirkung,

1. wenn die Schuldnerin sie zurücknimmt,

2. die Entscheidung über die Planbestätigung rechtskräftig wird,

3. das Gericht die Restrukturierungssache nach § 33 aufhebt oder

4. seit der Anzeige sechs Monate oder, sofern die Schuldnerin die Anzeige zuvor erneuert hat, neun Monate vergangen sind.

Die Formulierung in **Abs. 3** sollte geändert werden in: *Mit der Anzeige ~~wird die~~ liegt eine rechtshängige Restrukturierungssache vor rechtshängig.* Grund hierfür ist, dass anderenfalls unklar ist, ab wann ein Restrukturierungsvorhaben zur „Restrukturierungssache“ wird, bei deren Betreiben die Schuldnerin die in § 32 geregelten Pflichten zu beachten hat. Alternativ kommt die nachfolgend vorgeschlagene Änderung von § 32 Abs. 1 in Betracht.

Auf die Anmerkungen und Änderungsvorschläge zu § 19 wird Bezug genommen; sie gelten gleichermaßen für eine adäquate Ergänzung des Inhalts der Anzeige des Restrukturierungsvorhabens.

§ 32 - Pflichten der Schuldnerin

(1) Die Schuldnerin betreibt die Restrukturierungssache mit der Sorgfalt einer ordentlichen und gewissenhaften Sanierungsgeschäftsführerin und wahrt dabei die Interessen der Gesamtheit der Gläubigerinnen. Insbesondere unterlässt sie Maßnahmen, welche sich mit dem Ziel des angezeigten Restrukturierungskonzepts (Restrukturierungsziel) nicht vereinbaren lassen oder welche die Erfolgsaussichten der in Aussicht genommenen Restrukturierung gefährden. Mit dem Restrukturierungsziel ist es in der Regel nicht vereinbar, Forderungen zu begleichen oder zu besichern, die durch den Restrukturierungsplan gestaltet werden sollen.

(2) Die Schuldnerin teilt dem Gericht jede wesentliche Änderung mit, welche den Gegenstand des angezeigten Restrukturierungsvorhabens und die Darstellung des Verhandlungsstands betrifft. Hat die Schuldnerin eine Stabilisierungsanordnung nach § 54 erwirkt, teilt sie auch unverzüglich wesentliche Änderungen mit, welche die Restrukturierungsplanung betreffen. Ist eine Restrukturierungsbeauftragte bestellt, bestehen die Pflichten nach Satz 1 und 2 auch gegenüber der Restrukturierungsbeauftragten.

(3) Während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache ist die Schuldnerin verpflichtet, dem Restrukturierungsgericht den Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Absatz 2 der Insolvenzordnung anzuzeigen. Handelt es sich bei der Schuldnerin um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, für deren Verbindlichkeiten keine natürliche Person als unmittelbare oder mittelbare Gesellschafterin haftet, steht der Zahlungsunfähigkeit eine Überschuldung im Sinne des § 19 Absatz 2 der Insolvenzordnung gleich. Bestehen hinreichende Aussichten auf die Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans, sind Forderungen, die durch den Plan gestaltet werden sollen, der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung in der Höhe und mit der Fälligkeit zugrunde zu legen, die sie durch den Plan erhalten sollen. Hat die Schuldnerin noch keinen Restrukturierungsplan vorgelegt, gilt Satz 3 entsprechend, wenn die Schuldnerin ein hinreichend konkretes Restrukturierungskonzept vorgelegt hat, das hinreichende Aussichten auf Umsetzung hat und dessen Auswirkungen auf die bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung zu berücksichtigenden Forderungen hinreichend konkret bestimmt sind.

(4) Die Schuldnerin 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.

Änderungsvorschlag **Abs. 1:** „Die Schuldnerin betreibt die rechtshängige Restrukturierungssache (...)“.

§ 32 **Abs. 3** Satz 3 ff. schafft einen sehr weiten Ermessensspielraum für das Gericht, der vermutlich nicht gut handhabbar ist. Ein Regel- Ausnahmeverhältnis würde die Rechtsanwendung erleichtern. Es ist anzunehmen, dass hier der Restrukturierungsbeauftragte gefragt wird.

§ 32 Abs. 3 überlässt es in einem wirtschaftlich kritischen Zeitraum der Beurteilung des Schuldners, ob er während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache zahlungsunfähig und überschuldet wird. Er hat zwar den Eintritt der Insolvenzreife dem Restrukturierungsgericht anzuzeigen; ihm wird jedoch insoweit ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, als er bei eigener Prüfung von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung fiktiv die Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans zugrunde legen kann, wenn hinreichende ~~der~~-Aussichten auf die Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans bestehen. Dies ist in mehrfacher Hinsicht nicht akzeptabel:

- Jeder Schuldner, der die Restrukturierungssache rechtshängig gemacht hat, wird mindestens subjektiv von deren Erfolgsaussicht überzeugt sein oder dies zumindest behaupten.
- Die Anzeige dient dem Gläubigerschutz. Jeder Restrukturierungsplan muss die Bestandsfähigkeit des Schuldners wiederherstellen, erforderlichenfalls also auch die Insolvenzreife i.S.d. §§ 17, 19 InsO beseitigen, soweit sie während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache eingetreten ist. Dem Gläubigerschutz wird aber nur Genüge getan, wenn der Prüfung der Insolvenzreife der status quo zugrunde gelegt und der erfolgreiche Abschluss der Restrukturierung nicht antizipiert werden.
- Die Anzeigepflicht besteht während Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache, also auch wenn der Schuldner bereits Instrumente des Stabilisierung- und Restrukturierungsrahmens (§ 29 Abs. 2), namentlich das der Stabilisierung, in Anspruch genommen hat. Es wäre inkohärent, in dieser Situation die Frage der Insolvenzreife unter Einbeziehung fiktiver Ergebnisse eines Restrukturierungsplans zu beurteilen.
- Selbst Art. 7 (3) EU-RL 2019/1023 eröffnet bei der Anordnung von Moratorien Ausnahmen, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fällig werdenden (!) Schulden zu gleichen. Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn die Anzeige der Insolvenzreife deshalb nicht erfolgen müsste, weil alleine der Schuldner hinreichende Aussicht auf die Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans hat.
- Wird der Schuldner während Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache antragspflichtig, ruht zwar die Antragspflicht (§ 42 Abs. 1 Satz 1); der Schuldner ist jedoch verpflichtet, dem Restrukturierungsgericht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern anzuzeigen (§ 42 Abs. 1 Satz 2). Die Begründung zu dem Entwurf (S. 161 f.) führt jetzt zwar aus:

„Nach Absatz 3 sind, sofern eine hinreichende Aussicht auf Annahme und Bestätigung eines zur Planannahme vorgelegten Restrukturierungsplans besteht, der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Forderungen, die einer Gestaltung durch den Plan unterliegen sollen, in der Höhe und mit der Fälligkeit zu berücksichtigen, die sie durch den Plan erhalten sollen. Bei entsprechenden Umsetzungsaussichten gilt dies auch für Forderungen, die in einem hinreichend konkreten Restrukturierungskonzept einer Gestaltung unterworfen werden sollen.“

Tatsächlich enthält § 42 allgemein keine Regelung, die § 32 Abs. 3 Satz 3 entspricht. Es ist daher nicht gerechtfertigt, einem nicht antragspflichtigen, aber insolvenzreifen Schuldner bei der Feststellung seiner Insolvenzreife eine Erleichterung in Form eines Beurteilungsspielraums zu der Frage einzuräumen, ob der Restrukturierungsplan Aussicht auf Annahme und Bestätigung hat.

§ 33 - Aufhebung der Restrukturierungssache

(1) Das Restrukturierungsgericht hebt die Restrukturierungssache von Amts wegen auf, wenn

- 1. über das Vermögen der Schuldnerin ein Insolvenzverfahren eröffnet ist,*
- 2. das Restrukturierungsgericht für die Restrukturierungssache unzuständig ist und die Schuldnerin innerhalb einer vom Restrukturierungsgericht gesetzten Frist keinen Verweisantrag gestellt oder die Anzeige zurückgenommen hat,*
- 3. die Schuldnerin es versäumt, dem Gericht nach Ablauf einer zu diesem Zweck eingeräumten angemessenen Frist den Entwurf eines Restrukturierungsplans oder eines ausgereiften und schlüssigen Restrukturierungskonzeptes zu übermitteln, oder*
- 4. die Schuldnerin in schwerwiegender Weise gegen*
 - a) die ihr nach § 32 obliegenden Pflichten verstößt, oder*
 - b) ihre Pflichten zur Mitwirkung und Auskunftserteilung gegenüber dem Gericht oder einer Restrukturierungsbeauftragten verstößt.*

(2) Das Gericht hebt die Restrukturierungssache ferner auf, wenn

- 1. die Schuldnerin ihre Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nach § 32 Absatz 3 angezeigt hat oder andere Umstände bekannt sind, aus denen sich ergibt, dass die Schuldnerin insolvenzreif ist. Tritt die Insolvenzreife ein, nachdem die Schuldnerin bereits Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens in Anspruch genommen hat, kann das Gericht von einer Aufhebung der Restrukturierungssache absehen, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit Blick auf den erreichten Stand in der Restrukturierungssache offensichtlich nicht im Interesse der Gesamtheit der Gläubigerinnen liegen würde,*
- 2. sich aufgrund einer Anzeige nach § 32 Absatz 4 oder aus sonstigen Umständen ergibt, dass das angezeigte Restrukturierungsvorhaben keine Aussicht auf Umsetzung hat, oder*

3. in einer früheren Restrukturierungssache

*a) die Schuldnerin eine Stabilisierungsanordnung oder eine Planbestätigung erwirkt hat oder
b) eine Aufhebung nach Absatz 1 Nummer 3 oder Nummer 4 erfolgt ist.*

Nummer 3 ist nicht anwendbar, wenn der Anlass für die frühere Restrukturierungssache in-folge einer nachhaltigen Sanierung bewältigt wurde. Sind im Falle der Nummer 3 Buchstabe a seit dem Ende des Anordnungszeitraums oder der Entscheidung über den Antrag auf Plan-bestätigung in der früheren Restrukturierungssache weniger als drei Jahre vergangen, ist im Zweifel anzunehmen, dass eine nachhaltige Sanierung nicht erfolgt ist. Der Inanspruchnahme von Instrumenten des Restrukturierungsrahmens steht insoweit ein in Eigenverwaltung geführtes Insolvenzverfahren gleich.

(3) Eine Aufhebung der Restrukturierungssache unterbleibt, solange das Gericht von einer Aufhebung einer Stabilisierungsanordnung gemäß § 63 Absatz 3 abgesehen hat.

(4) Gegen die Aufhebung der Restrukturierungssache nach den Absätzen 1 bis 3 steht der Schuldnerin die sofortige Beschwerde zu.

Die Hürde in Abs. 1 Nr. 4 sollte herabgesetzt werden auf: ...*die Schuldnerin nicht nur unwesentlich in schwerwiegender Weise ...* (siehe dazu auch Anmerkung zu § 79).

In Absatz 2 Nr. 1 Satz 2 sollte das Regel- Ausnahmeverhältnis, welches in der Begründung zum Entwurf sehr deutlich zum Ausdruck kommt, durch die Einfügung des Wortes „ausnahmsweise“ klargestellt werden.

Abs. 2 Nr. 3 ist die sachlich nicht begründbare und daher abzulehnende „Bestrafung“ für einen fingierten Missbrauch: Macht der Schuldner binnen drei Jahren seit der Inanspruchnahme von Instrumenten gemäß § 29 eine Restrukturierungssache anhängig, wird Missbrauch unterstellt. Auch wenn sich der Schuldner noch nicht nachhaltig saniert hatte, kann indes, was angesichts der aktuellen Pandemie offensichtlich sein sollte, der erneute Restrukturierungsbedarf schuldlos eingetreten sein und die Wahl des Restrukturierungsrahmens kann die für die Beteiligten objektiv beste Lösung sein. Eine Verweigerung des Verfahrens für „Wiederholer“ sollte daher nicht schematisch erfolgen, sondern nach individueller Prüfung und orientiert an der Erfolgsaussicht und dem Interesse der Beteiligten.

Soll es bei einer Sperrfrist für „Wiederholer“ bleiben, wäre es zumindest sinnvoll, den der Anzeige nach § 31 beizufügenden Informationen eine Erklärung hinzuzufügen, dass kein Fall des § 33 Abs. 2 Nr. 3 vorliegt (entsprechend der Erklärung gemäß § 287 Abs. 1 Satz 3 InsO).

§ 42 - Anzeige von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

(1) Während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache ruht die Antragspflicht nach § 15a Absatz 1 bis 3 der Insolvenzordnung und § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Antragspflichtigen sind jedoch verpflichtet, dem Restrukturierungsgericht den Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Absatz 2 der Insolvenzordnung oder Überschuldung im Sinne des § 19 Absatz 2 der Insolvenzordnung ohne schuldhaftes Zögern anzuzeigen.

(2) Die Stellung eines den Anforderungen des § 15a der Insolvenzordnung genügenden Insolvenzantrags gilt als rechtzeitige Erfüllung der Anzeigepflicht nach Absatz 1 Satz 2.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 2 den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung nicht oder nicht rechtzeitig anzeigt. Handelt die Täterin fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Die Sätze 1 und 2 sind nicht anzuwenden auf Vereine und Stiftungen, für die die Pflicht nach Absatz 1 Satz 1 gilt.

(4) Wenn die Anzeige der Restrukturierungssache nach § 31 Absatz 4 ihre Wirkung verliert, leben die Antragspflichtigen nach § 15a Absatz 1 und 2 der Insolvenzordnung und nach § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs wieder auf.

Wird der Schuldner während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache antragspflichtig, ruht zwar die Antragspflicht (§ 42 Abs. 1 Satz 1); der Schuldner ist jedoch verpflichtet, dem Restrukturierungsgericht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern anzuzeigen (§ 42 Abs. 1 Satz 2).

Die Begründung (S. 158 f.) führt zwar aus:

„Nach Absatz 3 sind, sofern eine hinreichende Aussicht auf Annahme und Bestätigung eines zur Planannahme vorgelegten Restrukturierungsplans besteht, der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Forderungen, die einer Gestaltung durch den Plan unterliegen sollen, in der Höhe und mit der Fälligkeit zu berücksichtigen, die sie durch den Plan erhalten sollen. Bei entsprechenden Umsetzungsaussichten gilt dies auch für Forderungen, die in einem hinreichend konkreten Restrukturierungskonzept einer Gestaltung unterworfen werden sollen.“

Tatsächlich enthält § 42 allgemein keine Regelung, die § 32 Abs. 3 Satz 3 entspricht. Es ist daher durch eine Ergänzung in § 42 Abs. 1 klarzustellen, ob insoweit auch § 32 Abs. 3 Satz 3 Anwendung findet.

Zum Zweck der Anzeigepflicht führt die Begründung aus:

„Das Gericht wird damit in die Lage versetzt, im Falle einer Insolvenzreife zu entscheiden, ob die Fortführung der Restrukturierungssache noch im Interesse der Gesamtgläubigerschaft liegt, deren Interessen und Rechte mit dem Eintritt der Insolvenzreife unmittelbar gefährdet sind.“

Die hier geforderte gerichtliche Beurteilung soll nach dem weiter oben zitierten Auszug aus der Begründung bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die planunterworfenen Forderungen in der Höhe und der Fälligkeit berücksichtigen, die sie durch den Plan erhalten sollen. Dabei kann es allerdings vorkommen, dass zum Zeitpunkt dieser Entscheidung dem Gericht noch gar kein Plan vorliegt.

Dies ergibt sich aus § 31 Abs. 2 Nr. 1, der für die Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache lediglich die Vorlage eines Konzepts für die Restrukturierung verlangt, „welches auf Grundlage einer Darstellung von Art, Ausmaß und Ursachen der Krise das Ziel der Restrukturierung sowie die Maßnahmen beschreibt, welche zur Erreichung des Ziels in Aussicht genommen werden.“

§ 32 Abs. 3 Satz 4 lässt für diesen besonderen Fall ein qualifiziertes Konzept ausreichen, das die zu berücksichtigenden Forderungen zumindest „hinreichend konkret“ bestimmt.

Hier sollte ebenfalls eine Klarstellung zur Anwendbarkeit erfolgen.

Dabei wäre jedoch zu beachten, dass selbst ein so qualifiziertes Konzept eine gerichtliche Entscheidung über die Fortführung der Restrukturierungssache nicht zulässt. Die hinreichend konkrete Bestimmung der zu berücksichtigenden Forderungen erlaubt nämlich noch nicht die Beurteilung der nach § 9 Abs.2 im Plan geforderten Angaben über die konkrete Gestaltung dieser Forderungen. Eine Entscheidung, „ob die Fortführung der Restrukturierungssache noch im Interesse der Gesamtgläubigerschaft liegt, deren Interessen und Rechte mit dem Eintritt der Insolvenzreife unmittelbar gefährdet sind“ ist auf dieser Grundlage nicht möglich. Dies würde voraussetzen, dass auch die Frage der Schlüssigkeit beurteilt werden kann, die in § 33 Abs.1 Nr. 3 zurecht zum Kriterium einer amtswegigen Aufhebung der Restrukturierungssache gemacht wird.

Gem. § 42 Abs. 4 sollen nur die Antragspflichten nach § 15a Absatz 1 und 2 InsO, nicht aber die Antragspflicht nach § 15a Abs. 3 InsO wiederaufleben, obwohl diese nach § 42 Abs.1 Satz 1 ebenfalls zunächst zum Ruhen gebracht wird. Diese Beschränkung ist unverständlich und sollte korrigiert werden.

§ 44 - Verbot von Lösungsklauseln

(1) Die Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache oder die Inanspruchnahme von Instrumenten des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens durch die Schuldnerin stellen ohne weiteres keinen Grund für die Beendigung solcher Vertragsverhältnisse, an denen die Schuldnerin beteiligt ist, die Fälligkeit von Leistungen oder für ein Recht des anderen Teils dar, die diesem obliegende Leistung zu

verweigern oder die Anpassung oder anderweitige Gestaltung des Vertrags zu verlangen. Sie berühren ohne weiteres auch nicht die Wirksamkeit des Vertrags.

(2) Entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten nicht für Geschäfte nach § 104 Absatz 1 der Insolvenzordnung und Vereinbarungen über das Liquidationsnetting nach § 104 Absatz 3 und 4 der Insolvenzordnung. Dies gilt insbesondere auch für Geschäfte, die im Rahmen eines Systems nach § 1 Absatz 17 des Kreditwesengesetzes der Verrechnung von Ansprüchen und Leistungen unterliegen.

§ 44 hat eine Entsprechung in § 119 InsO. Gem. § 119 InsO sind Vereinbarungen unwirksam, durch die im Voraus die Anwendungen der §§ 103-118 InsO ausgeschlossen oder beschränkt werden. Nach § 119 InsO sollen gegenseitige Verträge im Insolvenzverfahren ausschließlich nach den Regeln der §§ 103 ff. abgewickelt werden. Mit anderen Worten: mit der Regelung des § 119 InsO soll verhindert werden, dass ein von §§ 103 ff. InsO erfasster Vertrag im Insolvenzverfahren auf andere als die gesetzlich geregelte Weise abzuwickeln ist.

Ob § 119 InsO auch sog. Lösungsklauseln, d.h. Vereinbarungen der Parteien zur Auflösung des Vertrages für den Insolvenzfall einer Partei verbietet, ist z.T. streitig. Insolvenzunabhängige Klauseln sind wirksam und werden nicht durch § 119 InsO verboten. Umstritten sind insolvenzabhängige Klauseln, d.h. Klauseln, die auf einen materiellen oder formellen Eröffnungsgrund oder die Insolvenzeröffnung selbst als Lösungsgrund abstellen. § 119 InsO bezweckt insofern auch einen Schutz der Verwaltungsausübung durch den Insolvenzverwalter, dessen nach Insolvenzeröffnung gem. § 103 InsO bestehendes Wahlrecht nicht durch im Voraus getroffene Vereinbarungen beeinträchtigt bzw. unterlaufen werden können soll.

So soll der Insolvenzverwalter nach dem Insolvenzantrag Zeit bekommen, sich einen Überblick zu verschaffen und dann zu entscheiden, ob er bspw. nach §§ 103 ff. InsO Verträge beendet oder deren Erfüllung wählt. § 103 InsO erlaubt keine Anpassung, sondern nur ein „Entweder Oder“. Entweder wird Erfüllung gewählt oder nicht. Anpassungen sind nicht vorgesehen.

Demgegenüber soll § 44 sicherstellen, dass nicht allein die Beantragung oder Eröffnung von Verfahren des präventiven Rahmens noch die Gewährung einer Aussetzung der Einzelzwangsvollstreckung Anknüpfungspunkt für vertragliche Klauseln bieten darf, die dem Vertragspartner ohne weiteres erlauben, einen Vertrag zu beenden, zu ändern, zu gestalten oder Leistungen fällig zu stellen oder zu verweigern. Durch die Einfügung „ohne weiteres“ in § 44 Abs. 1 Satz 1 und 2 ist aber auch klargestellt, dass Klauseln unberührt und damit wirksam bleiben, die zusätzlich an weitere Gründe anknüpfen wie insbesondere einen Verzug der Schuldnerin oder eine sonstige Leistungsstörung.

Es stellt sich die Frage, ob eine Klausel, die an den Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit anknüpft, und dem Vertragspartner in diesem Fall die Umstellung auf Vorkasse erlaubt, gemäß § 44 zulässig wäre. Sollte eine solche Klausel unzulässig sein, was passiert dann, wenn der Vertragspartner trotzdem auf Vorkasse umstellt und weitere Lieferungen verweigert? Führt dies zu einem Schadenersatzanspruch mit der Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung / gerichtliche Anordnung zu erlangen, unverzüglich beliefert zu werden? Wie ist das durchzusetzen? Mit dem Gerichtsvollzieher?

Ergänzt wird die Vorschrift durch § 59. Der Gläubiger darf allein wegen des bestehenden Rückstands keine Leistungsstörungenrechte geltend machen, wie vor allem die Verweigerung der ihm obliegenden Leistung sowie Änderungsrechte oder Kündigungsrechte. Es besteht also bspw. trotz Nichtbezahlens von Lieferungen die Pflicht zur Weiterlieferung. Das ist im Insolvenzverfahren anders. Die Formulierung „nicht allein wegen der rückständigen Leistung“ ist zudem zu unbestimmt. Gleiches gilt für die Formulierungen „ohne weiteres“ in § 44 Abs. 1 Satz 1 und 2.

§ 45 - Erörterungs- und Abstimmungstermin

(1) Auf Antrag der Schuldnerin bestimmt das Restrukturierungsgericht einen Termin, in dem der Restrukturierungsplan und das Stimmrecht der Planbetroffenen erörtert werden und anschließend über den Plan abgestimmt wird. Die Ladungsfrist beträgt mindestens 14 Tage.

(2) Dem Antrag ist der vollständige Restrukturierungsplan nebst Anlagen beizufügen.

(3) Die Planbetroffenen sind zum Termin zu laden. Die Ladung enthält den Hinweis darauf, dass der Termin und die Abstimmung auch dann durchgeführt werden können, wenn nicht alle Planbetroffenen teilnehmen. Das Gericht kann die Schuldnerin mit der Zustellung der Ladungen beauftragen.

(4) Auf das Verfahren finden die §§ 239 bis 242 der Insolvenzordnung sowie die §§ 26 bis 28 entsprechende Anwendung. Ist streitig, welches Stimmrecht die Forderung, die Absonderungsanwartschaft, die gruppenintern gestellte Sicherheit oder das Anteils- oder Mitgliedschaftsrecht einer Planbetroffenen gewährt und lässt sich darüber keine Einigung zwischen den Beteiligten erzielen, legt das Gericht das Stimmrecht fest.

Abs. 3 Satz 3 ist überflüssig, weil die Möglichkeit der Beauftragung des Schuldners mit der Zustellung schon aus § 41 Abs. 4 hervorgeht. Außerdem hat Abs. 3 Satz 3 Verwirrungspotential, weil er die in § 41 Abs. 3 vorgesehene Möglichkeit der Zustellung durch den Restrukturierungsbeauftragten nicht erwähnt, was zur Auslegung führen könnte, dass sie für die Planzustellung nicht gilt.

§ 46 - Vorprüfungstermin

- (1) Auf Antrag der Schuldnerin bestimmt das Gericht vor dem Erörterungs- und Abstimmungstermin einen gesonderten Termin zur Vorprüfung des Restrukturierungsplans. Gegenstand dieser Vorprüfung kann jede Frage sein, die für die Bestätigung des Restrukturierungsplans erheblich ist, insbesondere*
- 1. ob die Auswahl der Planbetroffenen und die Einteilung der Planbetroffenen in Gruppen den Anforderungen der §§ 10 bis 11 entspricht,*
 - 2. welches Stimmrecht eine Restrukturierungsforderung, eine Absonderungsanwartschaft oder ein Anteils- oder Mitgliedschaftsrecht gewährt, oder*
 - 3. ob der Schuldnerin die Zahlungsunfähigkeit droht.*
- (2) Das Ergebnis der Vorprüfung fasst das Gericht in einem Hinweis zusammen.*
- (3) Das Gericht kann einen Vorprüfungstermin auch von Amts wegen bestimmen, wenn dies zweckmäßig ist.*

Die Möglichkeit einen Vorprüfungstermin zu beantragen sollte auch dem Restrukturierungsbeauftragten zustehen.

§ 48 - Verfahren

- (1) Die von der Vorprüfungsfrage berührten Planbetroffenen sind anzuhören.*
- (2) Das Ergebnis der Vorprüfung fasst das Gericht in einem Hinweis zusammen. Der Hinweis soll innerhalb von zwei Wochen nach Antragstellung oder, sofern ein Anhörungstermin stattfindet, innerhalb von zwei Wochen nach diesem Termin ergehen.*

Entsprechend § 232 Abs. 1 Nr. 3 sollte auch der Restrukturierungsbeauftragte an der Vorprüfung beteiligt werden. Die in § 80 Abs. 4 vorgesehene Stellungnahme stellt schon deshalb keinen vollständigen Ersatz dar, weil sie nur eine Stellungnahme zur Erklärung nach § 16 Abs. 1 vorsieht, nicht zum Plan, und – jedenfalls nach dem Wortlaut der Entwurfsvorschriften – für den fakultativen Restrukturierungsbeauftragten nicht gilt (§ 82 Abs. 3 verweist nur auf § 79). Außerdem ist der Restrukturierungsbeauftragte nicht zwangsläufig immer in die Planerstellung einbezogen: Zum einen sieht der Entwurf die Einbeziehung explizit nur für den fakultativen Beauftragten in § 83 vor. Zum anderen ist der Beauftragte dann nicht in die Planerstellung einbezogen, wenn seine (notwendige) Bestellung ausschließlich nach § 77 Abs. 1 Nr. 4 erfolgt, d.h. wenn der (bereits vorgelegte) Plan eine Überwachung vorsieht.

Abs. 2 enthält Verzögerungspotential dahingehend, dass keine Frist vorgesehen ist, innerhalb derer das Gericht nach dem Antrag einen Anhörungstermin zu bestimmen hat, wenn es sich dafür entscheidet.

Des Weiteren bleibt die Folge offen, wenn das Gericht sich nicht an die Fristvorgaben hält. Die in Betracht kommenden Alternativen sind (1) Folgenlosigkeit, wogegen indes die Existenz der Regelung spricht, oder (2) Haftung für einen Verzögerungsschaden.

§ 49 - Vertragsbeendigung

(1) Auf Antrag der Schuldnerin beendet das Restrukturierungsgericht einen gegenseitigen, nicht beiderseitig vollständig erfüllten Vertrag, an dem die Schuldnerin beteiligt ist, wenn der andere Teil zu einer für die Verwirklichung des Restrukturierungsvorhabens erforderlichen Anpassung oder Beendigung des Vertrags nicht bereit ist, und die Schuldnerin drohend zahlungsunfähig ist. Der Antrag nach Satz 1 kann nur gleichzeitig mit einem Antrag auf Bestätigung eines Restrukturierungsplans gestellt werden, der weitere Restrukturierungsmaßnahmen vorsieht.

(2) Einer Vertragsbeendigung nach Absatz 1 sind vorbehaltlich der in Absatz 3 genannten Ausnahmen Verträge zugänglich, bei denen nach § 103 Absatz 1 der Insolvenzordnung eine Erfüllungsverweigerung möglich ist oder die nach Maßgabe des § 109 der Insolvenzordnung kündbar sind.

(3) Einer Vertragsbeendigung nach dieser Vorschrift sind unzugänglich:

- 1. Geschäfte, die den Gegenstand einer Vereinbarung über das Liquidationsnetting nach § 104 Absatz 3 und 4 der Insolvenzordnung bilden können oder den Gegenstand einer Verrechnung von Zahlungen und Leistungen im Rahmen eines Systems im Sinne des § 1 Absatz 17 des Kreditwesengesetzes bilden können, und*
- 2. sofern es sich bei der Schuldnerin um eine natürliche Person handelt, Verträge, die mit der unternehmerischen Tätigkeit der Schuldnerin in keinem Zusammenhang stehen.*

Die Möglichkeit eines hoheitlichen Eingriffs in Vertragsbeziehungen ohne materielle Insolvenz ist ein abzulehnender Paradigmenwechsel (vgl. hierzu auch Bork, ZRI 2020, 457 ff. m. w. N.). Das bloße Erfordernis eines Restrukturierungsplans mit weiteren Maßnahmen ist eine viel zu niedrige Hürde, zumal bereits eine Kapitalerhöhung um 100,00 € eine weitere Maßnahme darstellen kann.

Hinzu kommt, dass die Vertragsbeendigung noch nicht einmal von der Bestätigung des Restrukturierungsplans (oder auch nur der Durchführung der Abstimmung) abhängig gemacht wird, sondern es genügt der Antrag auf Bestätigung. Das Gericht könnte also eine Vertragsbeziehung endgültig beenden ohne dass es zur Rechtskraft der Planbestätigung kommt, weil diese erfolgreich angegriffen wird.

Die Regelungen legen nahe, dass die Entscheidung über die Vertragsbeendigung vom Restrukturierungsplan abgekoppelt ist, was zu dem Risiko führt, dass (nur) die Vertragsbeendigung erfolgreich angegriffen und der Restrukturierungsplan undurchführbar wird bzw. besteht jedenfalls bis zur Rechtskraft der Entscheidung über die Vertragsbeendigung Rechtsunsicherheit und wohl die Pflicht zur Bildung von Rückstellungen. Scheitert die Durchführung des Sanierungsplans, weil eine (oder – z.B. bei Filialistenmietverträgen – zahlreiche) Vertragsbeendigung wieder aufgehoben wird, tritt die Sperre gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 3 in Kraft und die Schuldnerin ist zur Folgeinsolvenz gezwungen.

Das entsprechende Risiko besteht, wenn das Gericht die Vertragsbeendigung ablehnt, aber den Restrukturierungsplan bestätigt bzw. wegen Vorliegen der formellen Voraussetzungen bestätigen muss.

Die wirtschaftliche Gestaltung, die das Gericht bei einer Vertragsbeendigung vornimmt, wirft außerdem die Frage der Haftung für Fehlentscheidungen auf, wobei im Rahmen der Voraussetzungen gemäß § 49 Abs. 1 Satz 1 die Interessen des Vertragspartners gar nicht vorkommen, aber sicherlich nach allgemeinen Grundsätzen zu berücksichtigen sind. Immerhin unterliegt der vertragliche Anspruch des Vertragspartners als vermögenswertes Recht dem verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG.

Die Gerichte sind auf die von ihnen zu treffenden Entscheidungen nicht eingestellt, auch wenn der Restrukturierungsbeauftragte die Entscheidungen in seinem Bericht nach § 80 Abs. 5 vorzubereiten hat. Ein Spruchrichterprivileg soll für Vertragsbeendigungsentscheidungen offenbar nicht gelten, obwohl diese Entscheidungen auch Volumina im 8 – 10stelligen € Bereich betreffen können. Verfahren mit Vertragsbeendigungen können nur in den Anwendungsbereich des § 10 Nr. 2 fallen. Die insoweit nach § 46 Abs. 2 zu treffende „Hinweisentscheidung“ ist Grundlage der Vertragsbeendigungsentscheidung nach § 50, womit sich auch hier die Frage des Spruchrichterprivilegs aufdrängt.

Die gesonderte Gruppe der betroffenen Gläubiger kann einfach überstimmt bzw. die fehlende Zustimmung durch das Gericht mit den gleichen Gründen ersetzt werden, aus denen die Anpassung des Vertrages erforderlich ist. Dies stellt eine Art Zirkelschluss dar.

Inhaltlich schwierig wird es sein, die Verweigerung der Vertragsanpassung an das Tatbestandsmerkmal des sonst drohenden „Scheiterns der Verwirklichung des Restrukturierungsvorhabens“ zu koppeln.

Ein Vertrag soll allein vom Wohl und Wehe des Restrukturierungsvorhabens abhängen. Es werden sich Folgeprobleme ergeben, ob man sich berechtigt einer Vertragsanpassung oder Vertragsbeendigung

verweigert hat. Nicht jede Verweigerung dürfte ausgeschlossen sein. Das alleinige Restrukturierungsziel könnte unter Umständen auch anderweitig erreicht werden. Ein erhebliches Streitpotential ist vorprogrammiert. Die Regelung ist zu unbestimmt.

Das Risiko, dass Verträge einfacher ausgehebelt werden können, würde Gegenmaßnahmen zur Beherrschung dieses Risikos auslösen mit erheblichen Auswirkungen auf die Wirtschaft. Vertragspartner, denen die Brisanz dieser Norm im Vorfeld bewusst ist, werden in Zukunft

- Bürgschaften der Geschäftsführer,
- Bankbürgschaften,
- erhebliche Erhöhung der Mietkautionen (im Gewerbemietraumrecht weitestgehend frei zu vereinbaren)
- Vorkasse
- Kreditausfallversicherungen
- Vereinbarungen von Vorfalligkeitsentschädigungen bei vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses (um hierdurch im Insolvenzfall die Schadenshöhe zu erhöhen und dann für den Nichterfüllungsschaden mit einer größeren Forderungssumme an einer Quote teilzunehmen)

vereinbaren, um sich im Falle einer Inanspruchnahme des StaRUG möglichst schadlos zu stellen.

Anderenfalls kann es auch wirtschaftliche Folgeschwierigkeiten auf Seiten der Vermieter geben. Bei Vereinbarung eines 10-Jahres-Mietvertrages hat unter Umständen der Vermieter seinerseits erhebliche Investitionen vorgenommen und nur noch wenig Planungssicherheit. Die Folge wird ebenfalls sein, dass die Kreditinstitute eine andere Sicherheitenbewertung vornehmen.

Sowohl Vermieter werden versuchen, die Absicherung durch zusätzliche Sicherheiten zu erhöhen und dadurch entstehende Kosten an den Mieter weiterzugeben, aber auch die Mieter selbst müssen ggf. Absicherungen gegen die drohende Restrukturierung des Vermieters finden.

Auch der umgekehrte Fall der drohenden Insolvenz eines Immobilienfonds ist nicht unwahrscheinlich. Zu bedenken sind demnach erhebliche volkswirtschaftliche Schäden. So ermöglicht § 49 auch eine Beendigung von Mietverhältnissen, bei denen der Schuldner Vermieter ist. Damit kommt das Szenario in Betracht, dass ein großes Vermietungsunternehmen alle Wohnungen mit günstigen Altmietverträgen auf eine Objektgesellschaft überträgt, die dann notleidend wird und per Restrukturierungsplan in großem Umfang anderenfalls unzulässige Mietvertragsanpassungen oder -kündigungen durchführt und sich auf diesem Weg elegant von unliebsamen Altmietverträgen trennt.

Es darf ebenfalls nicht übersehen werden, dass ein großer Bestand an Gewerbeimmobilien Versicherungen, Versorgungswerken und Pensionsfonds gehört. Damit gefährdet man auch die Versicherungen (Lebensversicherung) und die private Altersvorsorge.

Eine ähnliche Konstellation wird sich bei den Leasingverträgen ergeben. Auch hier werden die Vorauszahlungen oder anderweitigen Sicherheitsleistungen erheblich steigen oder auch zusätzliche Versicherungen beschafft werden müssen.

Bei Werkverträgen gefährdet die vorinsolvenzliche Lösungsmöglichkeit von Werkverträgen, z.B. Bauverträgen, die privaten und öffentlichen Auftraggeber und ihre Budgetplanungen und Haushalte. Umgekehrt gefährdet eine vorinsolvenzliche Lösungsmöglichkeit des zu sanierenden Auftraggebers den Bauunternehmer und seine Subunternehmer und Lieferanten.

§ 49 lässt nach seinem Wortlaut auch eine Beendigung von Mietverhältnissen zu, bei denen der Schuldner Vermieter ist. Damit verbindet sich das denkbare Szenario, dass ein großes Wohnungsunternehmen alle Wohnungen mit günstigen Altmietverträgen in eine Objektgesellschaft packt, die dann per Restrukturierungsplan beendet werden und auf diesem Weg den Weg für lukrativere Neuvermietungen frei machen.

Zur Begründung für die Normen wird herangezogen, dass die Schuldnerin bei drohender Zahlungsunfähigkeit auch den Weg in ein Insolvenzverfahren gehen könnte, unter welchem der Vertrag ebenfalls nach Maßgabe der §§ 103, 105, 109 InsO unterfallen würde. Diese Auffassung vermischt aber die unterschiedlichen Ausgangssituationen.

Die Gläubiger sollen selbst an der Ausübung von Kündigungsrechten und Leistungsverweigerungsrechten gehindert sein, müssen aber mit einer außerordentlichen Kündigung des Schuldners rechnen. Der unser Rechtssystem durchziehende Grundsatz „pacta sunt servanda“ ist ein notwendiger Reflex zum Prinzip der Vertragsautonomie. Ein staatlich verordneter Eingriff ist nur im Insolvenzverfahren verfassungsrechtlich möglich, da bei Unzulänglichkeit einer Haftungsmasse zur Befriedigung aller Verbindlichkeiten die Verteilungsgerechtigkeit über Einzelinteressen zu stellen ist.

Diese Ausgangssituation liegt bei der vorinsolvenzlichen Restrukturierung nicht vor, weil es dort (noch) nicht um die Bewältigung der bereits eingetretenen Unzulänglichkeit einer Haftungsmasse gehen kann, sondern nur um ein entsprechendes Risiko. (vgl. zu den verfassungsrechtlichen Bedenken *Deppenkemper*, ZIP 2020, 1041, 1050 f. mwN.) Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken siehe auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 06. Juni 2018 (1 BvL 7/14).

Die Rechtfertigung des Eingriffs im Insolvenzverfahren liegt ausschließlich darin begründet, dass bei Unzulänglichkeit eine Haftungsmasse zur Befriedigung aller Verbindlichkeiten die Verteilungsgerechtigkeit über Einzelinteressen zu stellen ist.

Auch ist die Haftungsmasse im Insolvenzverfahren bei drohender Zahlungsunfähigkeit weitaus größer als im vorinsolvenzlichen Verfahren, da die Anfechtungsvorschriften zur Massesteigerung und weitere haftungsrechtliche Ansprüche einschlägig sind.

Im Insolvenzfall wird die Haftungsmasse durch diese Instrumentarien deutlich erhöht und schafft so wieder einen wertmäßigen Ausgleich für den Vermieter / Vertragspartner, was vom Grundsatz her im StaRUG nicht vorgesehen ist.

Insolvenzverfahren erfolgt – anders als im Restrukturierungsverfahren – eine Massemehrung durch die Realisierung insolvenzspezifischer Ansprüche erfolgt. Dann müssen solche ggf. bestehenden Ansprüche aber auch in der nach § 8 Abs. 2 StaRUG vorzulegenden Vergleichsrechnung berücksichtigt werden. Damit stellt sich die Frage, wer solche Ansprüche ermitteln und prüfen soll. Wenn es die Schuldnerin selbst könnte oder sinnvollerweise tun sollte, wäre § 280 InsO überflüssig. Das Gericht dürfte hierfür auch nicht in Betracht kommen, weil es (1) keine aktiven Ermittlungen anstellt und (2) der funktionell zuständige Richter mangels anderweitiger Befassung mit Insolvenzanfechtung im Zweifel auch überfordert wäre. Somit bleibt nur die Restrukturierungsbeauftragte, womit es ein weiteres Argument gegen unbeaufsichtigte Großverfahren mit Finanzgläubigern i.S.v. § 77 Abs. 2 Satz 2 StaRUG gibt.

Als Beispiel mag § 135 InsO dienen. In einem Insolvenzverfahren zieht ein Insolvenzverwalter auch Ansprüche gegen Gesellschafter zur Masse, die die Haftungsmasse erhöhen (bspw. Darlehensrückzahlungen, die über § 135 InsO angefochten werden können) durch Kapitalaufbringungsschutzvorschriften und Verstöße gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften sowie diverse Haftungsansprüche gegen Organe, nicht nur über § 64 GmbHG, sondern auch über § 43 GmbHG etc. Bspw. kann ein Gesellschafter wenige Wochen vor einem StaRUG-Verfahren alle Gesellschafterdarlehen tilgen, dadurch sogar die drohende Zahlungsunfähigkeit auslösen und käme dann in das Privileg, sich von unliebsamen Verträgen, wie Leasingverträgen, Bauverträgen oder Mietverträgen, zu lösen.

Nach der Dogmatik des § 103 InsO und der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, z.B. BGHZ 150, 353 (359), führt die Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter nicht zum Erlöschen der vertraglichen Ansprüche, sondern lediglich dazu, dass es bei deren auf § 320 BGB beruhenden Undurchsetzbarkeit bleibt. Der Vertrag besteht demnach grundsätzlich fort mit der Folge, dass

Ansprüche nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens wieder gegen den Schuldner geltend gemacht werden können, sofern der Vertragspartner nicht vom Vertrag zurückgetreten ist. § 103 InsO hat als Ziel die Durchsetzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung. Gleichlautende Regelungen sind in § 130 ff. InsO geregelt. Alle Regeln verlangen die materielle Insolvenz. Dieser Ansatz ist im Restrukturierungsverfahren nicht der Gleiche, da der Schuldner hier kraft Definition noch nicht materiell insolvent ist. Daran ändert auch die Bezugnahme auf die drohende Zahlungsunfähigkeit nichts, denn die materielle Insolvenz ist, wie sich unmittelbar schon aus Artikel 4 Abs. 1 Restrukturierungsrichtlinie ergibt, noch nicht eingetreten, sondern nur wahrscheinlich und sie soll auch nicht eintreten, sondern abgewendet werden.

Dabei ist der Hinweis auf die Verfassungswidrigkeit nur eines der Argumente. Der besondere Vertragsschutz in Deutschland kann bereits auch aus den §§ 311, 346 BGB abgeleitet werden. Die bloße Unrentabilität eines Vertrages oder die Änderung der Motivationslage für die Durchführung des Vertrages genügt nicht, um Änderungen oder gar die Beendigung des Vertragsverhältnisses verlangen zu können.

Das im RefE angelegte System der Berücksichtigung bestrittener Forderungen im Verfahren würde zudem gerade bei Vertragsbeendigungs-Sachverhalten dazu führen, dass über einem Sanierungsverfahren nach StarUG jahrelang ein Damoklesschwert über dem Unternehmen hänge, bis die abschließende Höhe der teilnehmenden Forderungen feststeht.

Insgesamt wirkt das Konzept der Vertragsbeendigung nach den §§ 49 ff. nicht ausreichend durchdacht. Es sollte wegen der ansonsten gebotenen Eile nicht Bestandteil des StarUG werden, sondern frühestens nach einer sorgfältigen Diskussion seiner weitreichenden Implikationen weiter erwogen werden.

§ 51 - Sofortige Beschwerde

(1) Gegen die Entscheidung des Restrukturierungsgerichts findet die sofortige Beschwerde statt.

(2) Das Beschwerdegericht weist die Beschwerde gegen die Entscheidung auf Antrag der Schuldnerin unverzüglich zurück, wenn

1. die Beschwerde gegen die Bestätigung des Restrukturierungsplans nach § 70 Absatz 4 zurückzuweisen ist und

2. die Interessen des anderen Teils hinreichend gewahrt sind, insbesondere durch eine Planbestimmung gemäß § 68 Absatz 3.

Nach § 51 Abs. 2 hat das Beschwerdegericht die Beschwerde auf Antrag der Schuldnerin unverzüglich zurückzuweisen, wenn die Beschwerde gegen die Bestätigung des Restrukturierungsplans nach § 70

Absatz 4 zurückzuweisen ist und die Interessen des anderen Teils hinreichend gewahrt sind, insbesondere durch eine Planbestimmung gemäß § 68 Absatz 3.

Mit dem Verweis auf § 70 Absatz 4 ist die Entscheidung über eine Beschwerde gegen die Bestätigung des Plans angesprochen. Sie kann nach § 70 Abs. 4 zurückgewiesen werden, wenn die alsbaldige Rechtskraft der Planbestätigung vorrangig erscheint, weil die Nachteile eines verzögerten Planvollzugs die Nachteile für die Beschwerdeführerin überwiegen.

Unklar bleibt, ob mit einer isolierten Beschwerde gegen die gerichtliche Entscheidung der Vertragsbeendigung das Beschleunigungsgebot des § 51 Abs. 2 umgangen werden könnte.

Nach § 49 Abs.1 Satz 2 kann der Antrag auf Vertragsbeendigung nur zeitgleich mit dem Antrag auf Bestätigung eines Restrukturierungsplans gestellt werden, der weitere Restrukturierungsmaßnahmen vorsieht. Nach § 50 Abs.1 ist über den Antrag auf Vertragsbeendigung und den Antrag auf Bestätigung des Restrukturierungsplans zeitgleich zu entscheiden.

§ 51 deutet an, dass auch eine isolierte Anfechtung der gerichtlichen Entscheidung zur Vertragsbeendigung möglich sein soll. Damit wäre eine Situation möglich, in der ein Restrukturierungsplan gerichtlich bestätigt würde, diese Bestätigung aber nur die weiteren Restrukturierungsmaßnahmen, nicht dagegen die isoliert angefochtene Vertragsbeendigung umfasst.

Gem. § 71 Abs.1 Satz 1 treten mit der Bestätigung des Plans die im gestaltenden Teil festgelegten Wirkungen ein. Dieser Wirkungseintritt würde aber im Fall der isoliert angefochtenen Vertragsbeendigung die sofortige Beschwerde der betroffenen Gläubigerin gegenstandslos machen und damit ihren Rechtsschutz entwerten.

Dieser Rechtsschutz ist rechtsstaatlich geboten, weil die gerichtliche Terminierung privatautonom geschlossener Verträge besonderen Maßgaben unterliegt.

Zwar kann die gerichtliche Angemessenheitskontrolle spätestens seit der Entscheidung des BVerfG vom 23.10.2013 (1 BvR 1842/11 - 1 BvR 1843/11 - Rz. 84ff.) als verfassungsrechtlich gesichert gelten. Sie findet allerdings im Bereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs.1 GG weitere Grenzen als im hier angesprochenen Bereich des Art. 2 Abs. 1 GG (vgl. a.a.O. Rz. 68 m. w. N.). Erst dort, wo es den Vertragsparteien mangels vergleichbarer Verhandlungsstärke gänzlich unmöglich ist, die Spannung zwischen formaler und materialer Vertragsfreiheit im Sinne der gemeinsamen Autonomieverwirklichung aufzulösen, hat der Ausgestaltungsgesetzgeber darauf mit der Nichtverschaffung der Vertragsverbindlichkeit zu reagieren und der materialen Vertragsfreiheit der unterlegenen Partei das größere Gewicht zu geben (vgl. Coupette, BLJ 2011, 95 m. w. N.). So muss etwa zur Anknüpfung der Nichtigkeitsfolge

durch den Gesetzgeber zusätzlich zu einer tatsächlichen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit in der Vertragsanbahnungsphase ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sowie die Zurechenbarkeit des eventuell zur Nichtigkeit führenden Defekts bei der unterlegenen Vertragspartei zum strukturell überlegenen Vertragspartner vorliegen (vgl. grundlegend den sog. Bürgschaftsbeschluss des BVerfG, NJW 1994, 36). Das BVerfG (a.a.O.) formuliert dazu: *„Schon aus Gründen der Rechtssicherheit darf ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts nachträglich in Frage gestellt oder korrigiert werden. Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lässt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muss die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen.“* Eine Vertragsbeendigung nach § 49 würde lediglich nach Maßgabe des § 52 Abs.1 ex nunc wirksam und hätte damit nicht die gleichen Wirkungen wie eine Nichtigkeitserklärung ex tunc. Sie wäre jedoch aufgrund des möglicherweise durch den Plan eingeschränkten Nichterfüllungsschadens (vgl. § 52 Abs. 2 Satz 2) in ihren wirtschaftlichen Folgen ggf. kaum weniger belastend.

§ 52 - Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung

(1) Ist der Vertrag beendet worden, kann aus ihm keine Erfüllung mehr verlangt werden. Handelt es sich bei dem Vertrag um ein Dauerschuldverhältnis, kommt der Entscheidung die Wirkung einer Kündigung mit einer dreimonatigen Frist zu. Ist eine kürzere Kündigungsfrist maßgeblich, tritt sie an die Stelle der dreimonatigen Frist.

(2) Dem anderen Teil steht eine Forderung wegen Nichterfüllung zu. Die Nichterfüllungsforderung kann im gestaltenden Teil des Restrukturierungsplans gestaltet werden. Forderungen wegen Nichterfüllung sind in einer separaten Gruppe zusammenzufassen.

Bei der Kündigungsfrist des Abs. 1 Satz 2 ist das Fristende offen (drei Monate zum Monatsende oder ab Beschlussverkündung?). Im Rahmen des Abs. 2 S. 3 StaRUG bleibt außerdem fraglich, ob involvierte Gläubiger bei Vertragsbeendigung zwingend („sind“) in einer eigenen Gruppe einzuordnen sind, da dort umso mehr die Gefahr der Überstimmung besteht.

§ 53 - Grundsatz

(1) Soweit dies zur Wahrung der Aussichten auf die Verwirklichung des Restrukturierungsziels erforderlich ist, ordnet das Restrukturierungsgericht auf Antrag der Schuldnerin an, dass

- 1. Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerin untersagt oder einstweilen eingestellt werden (Vollstreckungssperre) und*
- 2. Rechte an Gegenständen des beweglichen Vermögens, die im Falle der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens als Ab- oder Aussonderungsrecht geltend gemacht werden könnten, von der Gläubigerin nicht durchgesetzt werden dürfen und dass solche Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens der Schuldnerin eingesetzt werden können, soweit sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind (Verwertungssperre).*
 - (2) Forderungen, die nach § 6 einer Gestaltung durch einen Restrukturierungsplan unzugänglich sind, bleiben von einer Anordnung nach Absatz 1 unberührt. Die Anordnung kann sich im Übrigen gegen einzelne, mehrere oder alle Gläubiger richten.*
 - (3) Die Anordnung kann auch das Recht von Gläubigerinnen zur Durchsetzung von Rechten aus gruppeninternen Drittsicherheiten (§ 4 Absatz 4) sperren.*

Nach **Abs. 1 Nr. 1** werden Maßnahmen zur Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerin untersagt oder einstweilen eingestellt (Vollstreckungssperre).

Das Restrukturierungsgericht kann auf Antrag der Schuldnerin die Zwangsvollstreckung einstellen. Anders als bei § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO soll das nun auch bei Grundbesitz möglich sein; auch dieses ist ein weitergehender Eingriff im Vergleich zur Insolvenzordnung, für den es keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung gibt. Weder im vorläufigen Insolvenzverfahren noch im eröffneten Verfahren kann bei unbeweglichen Gegenständen das Insolvenzgericht eine entsprechende Einstellung der Zwangsvollstreckung selbst anordnen, sondern Schuldner respektive Insolvenzverwalter sind gehalten, unter den engen Voraussetzungen der Einstellungsnormen des ZVG entsprechende Anträge zu stellen. Spätestens nach dem Berichtstermin ist es für den Insolvenzverwalter kaum effektiv möglich, noch Einstellungsanträge zu stellen. Eine unterschiedliche Handhabung der Möglichkeit der Einstellung der Zwangsvollstreckung, die in der außergerichtlichen Sanierung sogar weitergehender als in der vorläufigen Insolvenz ist, und es sogar nicht im eröffneten Insolvenzverfahren in dieser Form gibt (da ist bspw. bei Grundbesitz nur das ZVG einschlägig), ist nicht gerechtfertigt.

Abs. 1 Nr. 2 regelt die Rechte an Gegenständen, für die im Falle des Insolvenzverfahrens das Ab- oder Aussonderungsrecht gelten würde, dass diese Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens der Schuldnerin eingesetzt werden können. Eine vergleichbare Norm in der Insolvenzordnung ist § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO. Der Wertausgleich in § 58 StaRUG ist ähnlich, aber im Einzelnen auch unterschiedlich geregelt. Auch nach § 58 StaRUG sind Zinsen zu zahlen und ein Wertverlust auszugleichen, jedoch nicht, soweit nach der Höhe der Forderungen und der sonstigen Belastungen des Gegenstandes mit einer Befriedigung des Gläubigers aus dem Verwertungserlös nicht zu rechnen ist. Die Frage, die

sich stellt, ist, ob eine vollständige Befriedigung gemeint ist und in welchem Umfang eine Teilbefriedigung ausreicht.

Der Wertausgleich in der Insolvenzordnung ist hieran nicht gekoppelt. Die Verpflichtung zu Ausgleichszahlungen besteht nur, soweit der durch die Nutzung entstehende Wertverlust die Sicherung des absonderungsberechtigten Gläubigers beeinträchtigt. Beeinträchtigt ist jedoch ein geringerer Eingriff und führt eher zu entsprechenden Zahlungen an den Gläubiger als nach dem StaRUG. Das heißt, auch hier wird außergerichtlich ein erheblich umfangreicherer Eingriff als nach der Insolvenzordnung legitimiert.

Klarzustellen wäre in Abs. 1 Nr. 2 auch, ob mit „beweglichem Vermögen“ auch Forderungen (v. a. Globalzession) gemeint sind, vgl. § 166 Abs. 2 InsO (§§ 803 ff. ZPO meint mit diesem Begriff zwar auch beides, unterscheidet aber in den Unterabschnitten und etwa in § 930 ZPO wieder.)

§ 55 - Anordnung

(1) Die Anordnung ergeht, wenn die von der Schuldnerin vorgelegte Restrukturierungsplanung vollständig und schlüssig ist und keine Umstände bekannt sind, aus denen sich ergibt, dass

- 1. die Restrukturierungsplanung oder die Erklärungen zu § 54 Absatz 2 Satz 2 in wesentlichen Punkten auf unzutreffenden Tatsachen beruhen,*
- 2. die Restrukturierung aussichtslos ist, weil keine Aussicht darauf besteht, dass ein das Restrukturierungskonzept umsetzender Plan von den Planbetroffenen angenommen oder vom Gericht bestätigt werden würde,*
- 3. die Schuldnerin noch nicht drohend zahlungsunfähig ist oder*
- 4. die beantragte Anordnung nicht erforderlich ist, um das Restrukturierungsziel zu verwirklichen.*

Weist die Restrukturierungsplanung behebbare Mängel auf, erlässt das Gericht die Anordnung für einen Zeitraum von höchstens 20 Tagen und gibt der Schuldnerin auf, die Mängel innerhalb dieses Zeitraums zu beheben.

(2) Sind Umstände bekannt, aus denen sich ergibt, dass

- 1. erhebliche Zahlungsrückstände gegenüber den in § 54 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 genannten Gläubigerinnen bestehen oder*
 - 2. die Schuldnerin für die letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre gegen die Offenlegungspflichten nach den §§ 325 bis 328 oder § 339 des Handelsgesetzbuchs verstoßen hat,*
- erfolgt die Anordnung nur, wenn trotz dieser Umstände zu erwarten ist, dass die Schuldnerin bereit und in der Lage ist, ihre Geschäftsführung an den Interessen der Gläubigergesamtheit auszurichten. Dies gilt auch, wenn zugunsten der Schuldnerin in den letzten drei Jahren vor der Stellung des Antrags die in*

§ 53 Absatz 1 genannten Vollstreckungs- oder Verwertungssperren oder vorläufige Sicherungsanordnungen nach § 21 Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 oder 5 der Insolvenzordnung angeordnet wurden, sofern nicht der Anlass dieser Anordnungen durch eine nachhaltige Sanierung der Schuldnerin bewältigt wurde.

(3) Die Anordnung ist allen Gläubigerinnen, die von ihr betroffen sind, zuzustellen.

(4) Das Restrukturierungsgericht entscheidet über den Antrag auf Erlass der Stabilisierungsanordnung durch Beschluss. Soweit das Gericht den Antrag zurückweist und eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin feststellt, steht der Schuldnerin gegen den Beschluss die sofortige Beschwerde zu.

Im Rahmen des **Abs. 2 Satz 1** Nr. 1 sollte der Begriff „erheblich“ näher konkretisiert werden. Die Ausnahmeregelung des Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 („...wenn trotz dieser Umstände zu erwarten ist, dass die Schuldnerin bereit und in der Lage ist, ihre Geschäftsführung an den Interessen der Gläubigergesamtheit auszurichten.“) bleibt unklar und konflikträchtig. Erhebliche Zahlungsrückstände gegenüber den in § 54 Absatz 2 Satz 2 Nummer 1 genannten Gläubigerinnen, insbesondere gegenüber Fiskus oder Sozialversicherungsträgern, berühren auch die Frage nach einer möglichen Strafbarkeit der verantwortlichen Personen auf Seiten der Schuldnerin. Spätestens hier muss deshalb eine Grenze eingezogen werden, die auch im Gesetz Ausdruck finden sollte. Ansonsten würde sich die vorgeschlagene Regelung mit dem strafbewehrten Schutz solcher Forderungen in Widerspruch setzen.

Die Regelung in **Abs. 2 Satz 2** ist relativ kompliziert. Hat eine Schuldnerin in den letzten drei Jahren vor dem Antrag auf Stabilisierungsanordnungen gem. § 53 schon einmal entsprechende Maßnahmen in Anspruch genommen, soll eine erneute Anordnung unproblematisch erfolgen, wenn zwischenzeitlich eine nachhaltige Sanierung erzielt worden war. War noch keine nachhaltige Sanierung erzielt, soll die erneute Anordnung davon abhängig sein, dass von der Schuldnerin eine Wahrung der Gläubigerinteressen zu erwarten ist. Die letztgenannte Möglichkeit dürfte indes leer laufen, weil eine erneute Anordnung von Stabilisierungsmaßnahmen binnen drei Jahren ohne zwischenzeitliche nachhaltige Sanierung nach § 33 Abs. 2 Nr. 3 umgehend wieder aufgehoben werden müsste. Diese Unstimmigkeit ist ein weiteres Argument, die pauschale „Wiederholer-Diskriminierung“ des § 33 Abs. 2 Nr. 3 zu streichen.

Die in **Abs. 3** vorgesehene Zustellung der Anordnung an alle betroffenen Gläubiger ist im Fall des § 53 Abs. 2 Satz 2 Alt. 3 – Anordnung richtet sich gegen alle Gläubiger – jedenfalls dann undurchführbar, wenn die Bezeichnung des Adressatenkreises gemäß § 54 Abs. 1 nicht in jedem Fall zustellungsfähige Anschriften aller Gläubiger umfasst.

Abs. 4 sieht ein Beschwerderecht nur vor, wenn das Gericht den Antrag zurückweist und Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin feststellt. Zum einen ist zweifelhaft, dass das Gericht durch die Pflichtangaben gemäß Abs. 54 Abs. 2 in die Lage versetzt wird, eine Zahlungsunfähigkeit festzustellen. Zum anderen ist unklar, warum das Beschwerderecht gerade bei Feststellung der Zahlungsunfähigkeit bestehen soll, nicht aber, wenn diese noch nicht vorliegt, zumal Zahlungsunfähigkeit nach § 33 Abs. 2 Nr. 1 in der Regel zur Aufhebung der Restrukturierungssache führt.

§ 57 - Anordnungsdauer

(1) Die Stabilisierungsanordnung kann für eine Dauer von bis zu drei Monaten ergehen (Anordnungshöchstdauer).

(2) Folge- oder Neuordnungen können nur im Rahmen der Anordnungshöchstdauer nach Absatz 1 ergehen, es sei denn,

1. die Schuldnerin hat den Gläubigerinnen ein Planangebot unterbreitet und

2. es sind keine Umstände bekannt, aus denen sich ergibt, dass mit einer Planannahme innerhalb eines Monats nicht zu rechnen ist.

In diesem Fall verlängert sich die um einen Monat und richtet sich die Anordnung ausschließlich gegen Planbetroffene.

(3) Hat die Schuldnerin die gerichtliche Bestätigung des von den Planbetroffenen angenommenen Restrukturierungsplans beantragt, können Folge- oder Neuordnungen bis zur Rechtskraft der Planbestätigung, höchstens aber bis zum Ablauf von acht Monaten nach dem Erlass der Erstanordnung ergehen. Dies gilt nicht, wenn der Restrukturierungsplan offensichtlich nicht bestätigungsfähig ist.

(4) Absatz 3 ist nicht anzuwenden, wenn der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen der Schuldnerin innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten vor der ersten Inanspruchnahme von Instrumenten des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens in einen anderen Mitgliedstaat verlegt wurde und keine öffentlichen Bekanntmachungen nach den §§ 88 bis 90 erfolgen.

Nach **Abs. 3** Satz 1 soll eine Kombination von Anordnungen bis zu einer Höchstdauer von acht Monaten nach dem Erlass der Erstanordnung möglich sein. Dieser Zeitraum ist praktisch kaum zu begründen und rechtlich problematisch.

Selbst bei einem einfachen Verfahrenseinstieg fordert § 31 Abs. 2 Nr. 1 ein Restrukturierungskonzept, „welches auf Grundlage einer Darstellung von Art, Ausmaß und Ursachen der Krise das Ziel der Restrukturierung sowie die Maßnahmen beschreibt, welche zur Erreichung des Ziels in Aussicht genommen

werden.“ Ein so ausformuliertes und gem. § 31 Abs. 2 Nr. 2 um die Darstellung des aktuellen Verhandlungsstands mit den Gläubigern ergänztes Konzept kann nicht ohne umfangreiche Vorbereitungshandlungen vorgelegt werden. Diese Vorbereitungshandlungen machen Verhandlungen über bis zu acht weitere Monate unrealistisch. Sind die notwendigen Maßnahmen beschrieben und die entsprechenden Verhandlungspartner identifiziert, dann muss schon zum Schutz der ansonsten unverhältnismäßig belasteten Betroffenen, eine Anordnung auf das notwendige zeitliche Mindestmaß begrenzt bleiben.

Diese ansonsten unverhältnismäßige Belastung markiert auch eine rechtliche Grenze, die der Gesetzgeber des ESUG in § 270b Abs. 1 Satz 2 InsO mit höchstens drei Monaten ansetzt und auch im vorgelegten RefE (§ 270d) nicht verändert. Es wäre ein offener Wertungswiderspruch, wenn diese Grenze im Gesamtvollstreckungsverfahren Insolvenz enger gefasst würde als in einem Restrukturierungsverfahren, das den Mangelfall Insolvenz verhindern soll.

Die zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit gedachte Maßgabe des Abs. 3 Satz 2 ist nicht ausreichend um den gebotenen Schutz der Betroffenen zu gewährleisten. Ein Restrukturierungsplan, dem ein Sanierungskonzept nach den Vorgaben des § 31 Abs. 2 Nr. 1 vorausgegangen ist, wird in den seltensten Fällen offensichtlich nicht bestätigungsfähig sein. Wird das Verfahren von der Schuldnerin dagegen unmittelbar mit einem offensichtlich nicht bestätigungsfähigen Plan eingeleitet, dann verhindert § 55 Abs. 1 schon die Erstanordnung.

Abs. 3 Satz 2 kann sich deshalb nur auf den erstgenannten Fall eines vorausgegangenen Konzepts beziehen. Auch die offenbar auch durch den Schutz von Betroffenen motivierten Regelungen zur Sitzverlegung und Veröffentlichung in Abs. 4 können einen angemessenen Schutz aller Betroffener nicht sicherstellen. Sie betreffen ein Missbrauchspotential das nur in einer begrenzten Zahl von Fällen auftauchen wird. Die Regelung ist auch ungünstig formuliert. Wenn die Schuldnerin ihr COMI im Vorfeld eines Antrags in einen anderen Mitgliedstaat verlegt hat, ist nach §-35 das deutsche Gericht gar nicht zuständig. Gemeint dürfte sein, dass die Schuldnerin ihr COMI binnen drei Monaten vor einem Antrag von einem anderen Mitgliedstaat nach Deutschland verlegt hat.

§ 58 - Verwertungssperre

Ist eine Verwertungssperre ergangen, sind der Gläubigerin die geschuldeten Zinsen zu zahlen und der durch die Nutzung eintretende Wertverlust ist durch laufende Zahlungen an die Gläubigerin auszugleichen. Dies gilt nicht, soweit nach der Höhe der Forderung und der sonstigen Belastung des Gegenstands mit einer Befriedigung der Gläubigerin aus dem Verwertungserlös nicht zu rechnen ist.

Die Einschränkung in Satz 2 – keine Zahlungspflicht bei Untersicherung des Gläubigers – geht über § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO hinaus. Sie wirkt auf den ersten Blick plausibel, man muss sich aber vergegenwärtigen, dass z.B. Nutzungsentgelt für geleaste oder finanzierte Neufahrzeuge danach in aller Regel nicht zu zahlen wäre aufgrund des hohen anfänglichen Wertverlusts nach Aufnahme der Nutzung.

§ 59 - Vertragsrechtliche Wirkungen

(1) Ist die Schuldnerin zum Zeitpunkt der Anordnung einer Gläubigerin etwas aus einem Vertrag schuldig, so kann die Gläubigerin nicht allein wegen der rückständigen Leistung, die ihr im Anordnungszeitraum obliegenden Leistungen verweigern oder Vertragsbeendigungs- oder -abänderungsrechte geltend machen. Ergehen Folge- oder Neuordnungen, ist der Zeitpunkt der Erstanordnung maßgeblich.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn die Schuldnerin für die Fortführung des Unternehmens nicht auf die der Gläubigerin obliegenden Leistungen angewiesen ist.

(3) Absatz 1 berührt nicht das Recht einer vorleistungspflichtigen Gläubigerin nach § 321 Absatz 2 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie das Recht von Darlehensgeberinnen, den Darlehensvertrag vor der Auszahlung des Darlehens wegen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Schuldnerin oder der Werthaltigkeit der für das Darlehen gestellten Sicherheit zu kündigen (§ 490 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs).

Abs. 2 ist offenkundig eine Beweislastregel, allerdings wird nicht ganz klar, wem die Beweislast obliegt.

Die Aufrechterhaltung des Kündigungsrechts nach Abs. 3 dürfte häufig zur Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin führen, mit der Folge des § 33 Abs. 2 Nr. 1.

§ 62 - Insolvenzantrag

Das Verfahren über den Antrag einer Gläubigerin, das Insolvenzverfahren zu eröffnen, wird für die Anordnungsdauer ausgesetzt.

Die Beschränkung der Aussetzung auf Gläubiger-Insolvenzanträge legt nahe, dass im Fall eines Schuldner-Insolvenzantrags, der gemäß § 42 Abs. 2 als Zahlungsunfähigkeitsanzeige gilt (mit regelmäßiger,

aber nicht zwingender Aufhebung gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 1) das Insolvenzantragsverfahren zu betreiben ist. Das dürfte zumindest dann nicht gewollt sein, wenn der Insolvenzantrag nicht zur Aufhebung der Restrukturierungssache führt, und sollte entsprechend geregelt werden.

Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie wird durch Art. 7 Abs. 3 mit folgendem Wortlaut ergänzt:

„Die Mitgliedstaaten können eine Ausnahmeregelung zu den Absätzen 1 und 2 für den Fall erlassen, dass ein Schuldner nicht in der Lage ist, seine fällig werdenden Schulden zu begleichen. Für diese Fälle stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde beschließen kann, die Wirkungen der Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen aufrechtzuerhalten, wenn die Eröffnung von Insolvenzverfahren, die zur Liquidation des Schuldners führen könnten, unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nicht im allgemeinen Interesse der Gläubiger wäre.“

§ 62 macht von der hier eröffneten Möglichkeit einer Ausnahmeregelung für den Fall einer bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit keinen Gebrauch.

Dies ist rechtlich problematisch, weil hierdurch die rechtlichen Möglichkeiten betroffener Gläubiger, zum Schutz der eigenen Interessen eine Prüfung der Insolvenzreife herbeizuführen, erheblich eingeschränkt werden. Nach § 63 Abs.2 haben sie zwar ein Antragsrecht zur Beendigung der Anordnung. Im Rahmen dieses Antrages kann jedoch der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nicht geltend gemacht werden. Dies bleibt unverständlich, weil die Zahlungsfähigkeit vom Schuldner gem. § 54 Abs. 2 Nr. 2 bei Beantragung der Anordnung durch einen Finanzplan nachgewiesen werden soll, der eine gesicherte Zahlungsfähigkeit für 6 Monate erkennbar werden lässt. Tritt die Zahlungsunfähigkeit also während dieser Zeit ein und wird sie durch einen Gläubiger glaubhaft gemacht, besteht kein Grund, dies nicht auch im Rahmen der Aufhebung von Anordnungen zu berücksichtigen und damit den betroffenen Gläubigern zu ihrem Recht zu verhelfen.

Die in § 63 Abs.1 Nr.3 genannten Umstände erfassen nicht den Fall einer fehlerhaften, durch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit widerlegten Finanzplanung. Gerade die Verlässlichkeit dieser Finanzplanung soll erkennbar dem Schutz der betroffenen Gläubiger dienen. Ihre rechtliche Irrelevanz für die Beendigung einer Anordnung steht in direktem Widerspruch zu dieser wichtigen Funktion.

Ein Verweis auf die Anzeigepflichten der Schuldnerin gem. § 32 Abs. 3 Satz 1 kann die entstehende Rechtsschutzlücke nicht schließen. Er verlagert den Schutz betroffener Gläubiger in die Hände der Schuldnerin. Auch kann die Überwachungsaufgabe eines im Einzelfall bestellten Restrukturierungsbeauftragten gem. § 80 hier keine Abhilfe schaffen. Sie entsteht gem. § 80 Abs. 2 Nr. 2 durch eine gezielte Übertragung im Einzelfall und bietet deshalb keine umfassende Sicherheit, dass die wirtschaftliche Lage in jedem Fall laufend geprüft wird. § 80 Abs. 3, der für den hier angesprochenen Fall einer Stabi-

lisierungsanordnung eine fortlaufende Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen durch den Restrukturierungsbeauftragten vorschreibt, kann hier ebenfalls keine Sicherheit bieten, weil zu diesen Voraussetzungen nach § 55 nicht die Zuverlässigkeit der Finanzplanung gehört. Erhebliche Zahlungsrückstände sollen gem. § 55 Abs. 2 Nr. i. V. m. § 54 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 nur dann eine Anordnung ausschließen können, wenn sie gegenüber dem dort genannten Gläubigerinnen bestehen und zudem nicht zu erwarten ist, dass die Schuldnerin bereit und in der Lage ist, ihre Geschäftsführung an den Interessen der Gläubigergesamtheit auszurichten. Für andere als die in § 54 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 erwähnten Gläubiger wird es kaum möglich sein, diese Zahlungsrückstände nachzuweisen. Für sie sollte es auch nicht notwendig sein, ein allgemeines Unvermögen der Schuldnerin zur Beachtung von Gläubigerinteressen glaubhaft zu machen, wenn dies bereits durch eine fehlerhafte Finanzplanung zur Vorbereitung einer Stabilisierungsanordnung manifest geworden ist.

§ 65 - Anhörung

Vor der Entscheidung über die Bestätigung kann das Gericht die Planbetroffenen anhören. Ist die Planabstimmung nicht im gerichtlichen Verfahren erfolgt, hat das Gericht einen Termin zur Anhörung der Planbetroffenen durchzuführen.

Die Anhörung sollte auch den Restrukturierungsbeauftragten einbeziehen.

§ 71 - Wirkungen des Plans

(1) Mit der Bestätigung des Restrukturierungsplans treten die im gestaltenden Teil fest-gelegten Wirkungen ein. Dies gilt auch im Verhältnis zu Planbetroffenen, die gegen den Plan gestimmt haben oder die an der Abstimmung nicht teilgenommen haben, obgleich sie ordnungsgemäß am Abstimmungsverfahren beteiligt worden sind.

(2) Handelt es sich bei der Schuldnerin um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, wirkt eine Befreiung der Schuldnerin von Verbindlichkeiten auch zugunsten ihrer persönlich haftenden Gesellschafterinnen.

(3) Die Rechte der Restrukturierungsgläubigerinnen gegen Mitschuldnerinnen und Bürginnen der Schuldnerin sowie die Rechte der Gläubigerinnen an Gegenständen, die nicht zum Vermögen der Schuldnerin gehören, oder aus einer Vormerkung, die sich auf solche Gegenstände bezieht, werden mit Ausnahme der nach § 4 Absatz 4 gestalteten Rechte aus gruppeninternen Drittsicherheiten von dem Plan nicht berührt. Die Schuldnerin wird jedoch durch den Plan gegenüber der Mitschuldnerin, Bürgin oder sonstigen Rückgriffsberechtigten befreit wie gegenüber der Gläubigerin.

(4) Ist eine Gläubigerin weitergehend befriedigt worden, als sie es nach dem Plan zu beanspruchen hat, so begründet dies keine Pflicht zur Rückgewähr des Erlangten.

(5) Werden Restrukturierungsforderungen in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der Schuldnerin umgewandelt, kann die Schuldnerin nach der gerichtlichen Bestätigung keine Ansprüche wegen einer Überbewertung der Forderungen im Plan gegen die bisherigen Gläubigerinnen geltend machen.

(6) Mit der rechtskräftigen Bestätigung des Restrukturierungsplans gelten Mängel im Verfahren der Planabstimmung sowie Willensmängel von Planangebot und Planannahme als geheilt.

Anders als in § 254 Abs. 1 InsO beim Insolvenzplan sollen die Wirkungen des Restrukturierungsplans gemäß Abs. 1 offenbar auch vor dessen Rechtskraft schon eintreten. Das ist im Hinblick auf das Risiko einer Aufhebung der Planbestätigung im Rechtsmittelverfahren nicht sinnvoll.

Vorbemerkung zu Restrukturierungsbeauftragter und Sanierungsmoderatorin

Neben dem in § 39 Abs. 1 angelegten Sachverständigen (der dem Risiko ausgesetzt ist, auf dem Niveau des JVEG für Aufgaben missbraucht zu werden, welche die Richtlinie beim Restrukturierungsbeauftragten sieht) sieht der Entwurf drei unterschiedliche neutrale Amtsträger vor:

- (1) die notwendige Restrukturierungsbeauftragte gemäß § 77, die gemäß § 80 eine vorrangig überwachende, ggf. auch mitbestimmende Funktion hat;
- (2) die fakultative Restrukturierungsbeauftragte gemäß § 81, die gemäß § 83 eine moderierende und unterstützende Funktion hat, und
- (3) die Sanierungsmoderatorin gemäß § 95, die gemäß § 97 ebenfalls eine moderierende und unterstützende Funktion hat, allerdings – wie die notwendige, aber anders als die fakultative Beauftragte – auch Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin anzeigen muss.

Den Einsatz einer Sanierungsmoderatorin sieht die Entwurfsbegründung zu § 95 vorrangig im Bereich von KMU. Sie soll also eine Art Schuldnerberatung für Kleinunternehmer sein. Allerdings ist der Anwendungsbereich der Sanierungsmoderation – wie beim französischen *mandat ad hoc*, dem sie offenkundig nachgebildet ist – nicht auf KMU beschränkt, was die Entwurfsbegründung zu § 95 auch selbst erwähnt.

Die Sanierungsmoderatorin kann nach § 101 zur Restrukturierungsbeauftragten bestellt werden, wenn die Schuldnerin Instrumente i.S.v. § 29 in Anspruch nimmt. Auch ohne Inanspruchnahme von Instrumenten dürfte dies gleichermaßen für die Bestellung zur fakultativen Beauftragten i.S.v. § 81 gelten, zumal die Vorbefassung als Sanierungsmoderatorin als Bestellungshindernis im Licht von § 101 Abs. 2 kein prinzipielles Bestellungshindernis darstellen kann und das Gericht unter den Voraussetzungen des § 82 Abs. 2 sogar gebunden, ansonsten gemäß § 79 Abs. 1 zumindest berücksichtigungspflichtig ist hinsichtlich eines Vorschlags.

Hiernach kann der Schuldner – ggf. mit Unterstützung wohlgesonnener Gläubiger – relativ einfach durch die Gestaltung des Verfahrenszugangs zuerst über eine Sanierungsmoderation die Person der Restrukturierungsbeauftragten in einer Weise beeinflussen, die § 78 aushebelt. Nichtsdestoweniger sind die Anforderungen, die an die Person der Sanierungsmoderatorin gestellt werden, geringer als die an die Restrukturierungsbeauftragte gestellten: denn § 95 sieht – laut Begründung bewusst anders als § 78 – keine Listung vor. Die Listung stellt indes sicher, dass gewissen Anforderungen an Qualifikation, Ausstattung und Kapazitäten einer Vorprüfung unterzogen worden sind. Somit eröffnen die vorstehend dargestellten Regelungen die Möglichkeit, dass über die Hintertür einer Sanierungsmoderation Personen zu Restrukturierungsbeauftragten werden, die in der Auswahl nach § 78 abzulehnen gewesen wären und keiner Qualitätssicherung unterliegen.

Allein die Regelung des § 101 Abs. 2 zwingt deshalb zu einem Gleichlauf der Bestellungs Voraussetzungen für Restrukturierungsbeauftragte und Sanierungsmoderatorinnen.

Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob es des Nebeneinanders von fakultativer Restrukturierungsbeauftragter und Sanierungsmoderation bedarf. Die Tätigkeitsprofile stimmen weitgehend überein, die Bestellung stellt in beiden Fällen für sich allein kein Instrument i.S.v. § 29 dar und löst daher keine Anzeigepflicht nach § 31 aus, und die Auskunftsrechte sind im Wesentlichen gleich (§ 97 Abs. 2 und § 81 Abs. 2 i. V. m. § 80 Abs. 6 ohne Satz 1). Soweit die Unterstützungsaufgabe der fakultativen Beauftragten in § 83 konkreter auf einen Restrukturierungsplan gerichtet ist als die der Sanierungsmoderatorin gemäß § 97 Abs. 1, ist dies dem Umstand geschuldet, dass die mit der Moderation anzustrebende „Lösung“ i.S.v. § 97 Abs. 1 kein Sanierungsvergleich i.S.v. § 98 sein muss und ein solcher ggf. nicht die aufwendigen Kriterien eines Restrukturierungsplans erfüllen muss. Das allein ist aber kein tragfähiges Argument für die Parallelität von fakultativer Restrukturierungsbeauftragter und Sanierungsmoderation. Vielmehr dürfte eher die unterschiedlich ausgestaltete Stellung der notwendigen und der fakultativen Restrukturierungsbeauftragten bei gleicher Amtsbezeichnung zu Verwirrungen im Rechtsverkehr führen. In jedem Fall wird die Sanierungsmoderation als Instrument eines früheren Krisenstadiums wahrgenommen werden und sich daher besser „verkaufen“ lassen als die Bestellung einer fakultativen Restrukturierungsbeauftragten zur bloßen Moderation.

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, auf die Einführung der fakultativen Restrukturierungsbeauftragten zu verzichten und das Institut über die Sanierungsmoderation mit abzubilden.

§ 77 - Notwendige Bestellung

(1) Das Restrukturierungsgericht bestellt eine Restrukturierungsbeauftragte, wenn

- 1. im Rahmen der Restrukturierung die Rechte von Verbraucherinnen oder mittleren, kleinen oder Kleinunternehmen berührt werden sollen, insbesondere weil deren Forderungen oder Absonderungsanswartschaften durch den Restrukturierungsplan gestaltet oder die Durchsetzung solcher Forderungen oder Absonderungsanswartschaften durch eine Stabilisierungsanordnung gesperrt werden soll,*
- 2. die Schuldnerin eine Stabilisierungsanordnung erwirkt, welche sich mit Ausnahme der nach § 6 ausgenommenen Forderungen gegen alle oder im Wesentlichen alle Gläubigerinnen richtet,*
- 3. eine Vertragsbeendigung beantragt wird oder im Rahmen der Restrukturierung in die Rechte von Gläubigerinnen aus gruppeninternen Drittsicherheiten (§ 4 Absatz 4) eingegriffen werden soll oder*
- 4. der Restrukturierungsplan eine Überwachung der Erfüllung der den Gläubigerinnen zustehenden Ansprüche vorsieht (§ 76).*

(2) Eine Bestellung erfolgt auch, wenn absehbar ist, dass das Restrukturierungsziel nur gegen den Willen von Inhaberinnen von Restrukturierungsforderungen oder Absonderungsanswartschaften erreichbar ist, ohne deren Zustimmung zum Restrukturierungsplan eine Planbestätigung allein unter den Voraussetzungen des § 28 möglich ist. Dies gilt nicht, wenn an der Restrukturierung allein Unternehmen des Finanzsektors als Planbetroffene beteiligt sind. Den Unternehmen des Finanzsektors stehen Planbetroffene gleich, die als Rechtsnachfolgerinnen in die von Unternehmen des Finanzsektors begründeten Forderungen eingetreten sind oder die mit Forderungen aus geld- oder kapitalmarktgehandelten Instrumenten betroffen werden. Den geld- und kapitalmarktgehandelten Instrumenten stehen nicht verbriefte Instrumente gleich, die zu gleichlautenden Bedingungen ausgegeben wurden.

(3) Beantragt die Schuldnerin eine Stabilisierungsanordnung und hat sie zum Nachweis der Anordnungsvoraussetzungen keine Bescheinigung einer in Restrukturierungs- und Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaterin, Wirtschaftsprüferin oder Rechtsanwältin oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorgelegt, so kann das Gericht zwecks Aufklärung von Zweifeln am Vorliegen der Anordnungsvoraussetzungen eine Restrukturierungsbeauftragte bestellen. Das Gericht kann auch eine Restrukturierungsbeauftragte zur Aufklärung von Zweifeln am Fortbestand der Anordnungsvoraussetzungen bestellen.

Am Ende von Abs. 1 Nr. 1 muss es „sollen“ heißen.

Mit der zurückhaltenden Vorgabe einer obligatorischen Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten unterstellt der Gesetzgeber, dass das Gericht selbst in der Lage ist, die Voraussetzungen des § 33 und der §§ 57, 63 Abs. 1 Nr. 3 laufend im Blick zu behalten und zu beurteilen. Diese Annahme dürfte über die Grenze des Realistischen hinaus optimistisch sein.

Das Gericht kann, wenn es seine (auch Kapazitäts-) Grenzen zutreffend beurteilt, von der optionalen Einsetzung eines Restrukturierungsbeauftragten auch nur im Rahmen des Abs. 3 Gebrauch machen, der zu eng ist und zu spät ansetzt. Die in Art. 2 Abs. 1 Nr. 12 der RL vorgesehenen Aufgaben kann der Restrukturierungsbeauftragte nach dem Umsetzungsentwurf kaum bis gar nicht erfüllen.

Die fakultative Bestellmöglichkeit nach § 81 gleicht dies nicht aus, weil sie nur auf Schuldnerantrag oder auf Gläubigerantrag mit Kostenübernahme erfolgt. Die Kostentragung wird Gläubiger regelmäßig von einem Antrag abhalten und gerade die Schuldner, die eine Überwachung vermeiden wollen und daher besonders überwachungsbedürftig sind, werden einen Antrag vermeiden.

Auch die nicht einmal optional mögliche Bestellung bei bloßer Beteiligung von Finanzgläubigern gemäß Abs. 2 Satz 2 ff. ist nicht nachvollziehbar, zumal nicht gewährleistet sein dürfte, dass z.B. kleinere Banken, insbesondere Sparkassen und Genossenschaftsbanken, durchwegs über ausreichende Kapazitäten und qualifiziertes Personal verfügen, um die Überwachungs-, Mediations- und Schnittstellenfunktion des Restrukturierungsbeauftragten zu ersetzen.

Hinzu kommt, dass gerade Restrukturierungen, an denen ausschließlich Finanzgläubiger beteiligt sind, oftmals größere Unternehmen und damit Vorgänge in erheblicher wirtschaftlicher Größenordnung umfassen. Wenn dem Gericht hier die Möglichkeit versagt ist, einen fachkundigen Restrukturierungsbeauftragten beizuziehen, bedeutet dies auch, dass keine entsprechende Haftungsverlagerung für Fehlentscheidungen möglich ist.

Schließlich äußert sich in der Tendenz zum Verzicht auf eine Restrukturierungsbeauftragte noch ein allgemeines Defizit des Entwurfs: Die Interessen derjenigen – ggf. künftigen – Gläubiger, die in das Restrukturierungsverfahren nicht einbezogen werden, aber gleichwohl der unfreiwilligen Schicksalsgemeinschaft angehören, die von der Krise der Schuldnerin und vom Ergebnis des Restrukturierungsverfahrens zumindest im Sinn einer Gefährdung der Werthaltigkeit von Rechtspositionen betroffen ist, finden keine ausreichende Berücksichtigung.

Zu diesen Gläubigern zählen insbesondere die in § 6 Nr. 1 von der Beteiligung ausgeschlossenen Arbeitnehmer. Insbesondere die Regelungen über die Planabstimmung und -wirkungen sind der Insolvenzordnung nachgebildet. Im Insolvenzverfahren sind aber qua definitionem alle Gläubiger einbezogen und damit die Interessen aller Gläubiger berücksichtigt. Die im StaRUG enthaltenen Regelungen

stellen das Sanierungsinteresse der Schuldnerin tendenziell an die erste Stelle (vgl. § 49 Abs. 1: Vertragsbeendigung nach Schuldner-/Sanierungsinteresse; § 67: Interessen nicht Beteiligter kein Versagungsgrund; § 94 Abs. 2: Interessen Unbeteiligter nur bei Gesamtvermögensveräußerung relevant; § 98 Abs. 1: Interessen Unbeteiligter kein Bestätigungskriterium), danach kommen die Interessen der beteiligten Gläubiger. Die Interessen der nicht beteiligten Gläubiger sind im Wesentlichen nur mit der Pflicht zur Anzeige eines Insolvenzgrunds berücksichtigt, nicht aber im Hinblick auf Planregelungen, obwohl dies – eben anders als beim Insolvenzplan – geboten wäre. Ob der Wortlaut des § 79 Abs. 4 Satz 2, wonach die Restrukturierungsbeauftragte ihre Aufgaben auch „im Interesse [...] der Gesamtheit der Gläubigerinnen“ wahr zu nehmen hat, diesen Aspekt umfasst, ist (mangels Interventionsmöglichkeit) fraglich, aber zumindest diskutabel. Soweit erst gar keine Bestellung erfolgt, erübrigt sich diese Möglichkeit der Interessenwahrung von vornherein.

In der Begründung zu § 77 Abs. 2 wird ausgeführt, dass eine moderierende Restrukturierungsbeauftragte nicht vorgesehen worden sei, weil Art. 5 Abs. 3 lit. b RL insoweit widersprüchlich sei. Hierzu muss darauf verwiesen werden, dass Art. 5 Abs. 3 RL kein entsprechendes Wahlrecht für den nationalen Gesetzgeber enthält. Die angebliche Widersprüchlichkeit von Art. 5 Abs. 3 lit. b RL ist auch nicht nachvollziehbar, weil es offenkundig um eine absehbare Planbestätigung mittels Cram-down geht. § 77 Abs. 2 setzt dies ja auch in Satz 1 um. Eine Öffnungsklausel, die dem nationalen Gesetzgeber bei ausschließlicher Beteiligung von Finanzgläubigern eine andere Regelung ermöglicht, ist der RL nicht zu entnehmen.

Nach der Begründung zu § 77 Abs. 3 soll die Restrukturierungsbeauftragte bei Planvorlage zur Erklärung der Schuldnerin nach § 16 Abs. 1 Stellung nehmen. Die Planvorlage allein löst indes nach bisherigem Entwurfsstand nicht zwangsläufig die Bestellung einer Beauftragten aus.

§ 78 - Bestellung

(1) Zur Restrukturierungsbeauftragten ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigerinnen und der Schuldnerin unabhängige natürliche Person zu bestellen, die aus dem Kreis aller zur Übernahme des Amtes bereiten Personen auszuwählen ist. Das Gericht berücksichtigt bei der Auswahl Vorschläge der Schuldnerin, der Gläubigerinnen und der an der Schuldnerin beteiligten Personen.

(2) Hat die Schuldnerin die Bescheinigung einer in Restrukturierungs- und Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaterin, Wirtschaftsprüferin, Rechtsanwältin oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorgelegt, aus der sich ergibt, dass sie die Voraussetzungen des § 55 Absatz 1 und Absatz 2 erfüllt und dass die in Aussicht genommene Restrukturierung nicht offensichtlich aussichtslos ist, kann das

Gericht vom Vorschlag der Schuldnerin nur dann abweichen, wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich ungeeignet ist; dies ist zu begründen. Wenn Planbetroffene, auf welche in jeder der nach § 11 gebildeten oder zu bildenden Gruppe von Inhaberinnen von Restrukturierungsforderungen und Absonderungsanwartschaften mehr als 25 Prozent des Stimmrechts entfallen oder voraussichtlich entfallen werden, einen gemeinschaftlichen Vorschlag unterbreiten und wenn keine Bindung des Gerichts nach Satz 1 besteht, kann das Gericht vom gemeinsamen Vorschlag der Planbetroffenen nur dann abweichen, wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich ungeeignet ist; dies ist zu begründen.

(3) Folgt das Gericht einem Vorschlag der Schuldnerin nach Absatz 2 Satz 1 oder der Planbetroffenen nach Absatz 2 Satz 2, kann es eine weitere Restrukturierungsbeauftragte bestellen und dieser die Aufgaben nach § 80 Absatz 2 Nummer 1 Halbsätze 2 und 3, Nummer 2 und 3, Absatz 3 und 5 und die Befugnisse nach § 80 Absatz 6 übertragen.

Die Begründung zu **Abs. 1** ist insofern irreführend, als sie suggeriert, dass nach den Art. 26 f. der RL die Arbeit der Beauftragten gerichtlich überwacht werden müsse. Art. 27 RL spricht nur von „geeignete[n] Aufsichts- und Regelungsmechanismen“.

Weiter soll nach der Begründung zu § 78 Abs. 1 einerseits der Zugang zur Tätigkeit als Restrukturierungsbeauftragte nicht von vornherein auf bestimmte Berufsgruppen beschränkt werden. Andererseits besteht nach Art. 26 der RL, auf den sich der Entwurf auch für Restrukturierungsbeauftragte bezieht, die Verpflichtung, eine ausreichende Qualifikation der „Verwalter“ sicherzustellen. Es ist nicht ersichtlich, wie diese fachliche Grundqualifikation sichergestellt werden soll, wenn keine berufsgruppenspezifischen Ausbildungs- bzw. Abschlussnachweise erforderlich sein sollen.

§ 78 Abs. 1 unterscheidet sich von den Parallelregelungen in § 56a Abs. 2 InsO und § 270d Abs. 2 Satz 2 InsO-E insoweit, als das Gericht Vorschläge für die Person der Restrukturierungsbeauftragten bzw. Sachwalterin nur berücksichtigen, eine abweichende Entscheidung aber nicht begründen muss. Ein plausibler Grund für diese unterschiedliche Behandlung ist nicht ersichtlich.

In der Begründung zu § 78 Abs. 1 wird erkannt, dass die Auswahlentscheidung nach diesem Modell zu Individualisten der Gerichte führen wird. Aufgrund der im Rahmen der Berufsrechtsdiskussion ausführlich dargestellten Schwächen ist dieses Modell zugunsten einer bundeseinheitlichen Liste abzulehnen.

Mit § 78 **Abs. 2** wird parallel zu § 270d Abs. 2 Satz 2 InsO-E ein Vorschlagsrecht für eine Sperrminorität von Gläubigern geschaffen. Diese vermeintliche Stärkung der Gläubigerautonomie dürfte nur eingeschränkt zum Tragen kommen und insbesondere nur dann, wenn der Schuldner sie sich zunutze machen will und keine Bescheinigung i.S.v. § 78 Abs. 2 Satz 1 vorliegen kann oder will.

Bei bloßer Inanspruchnahme von Stabilisierungsanordnungen i.S.d. §§ 29 ff. muss gemäß § 31 Abs. 2 die Anzeige noch keine Konkretisierung von Gläubigern und Plangruppen enthalten, so dass gar nicht festgestellt werden kann, welche Gläubiger eine Sperrminorität ausmachen werden.

Selbst wenn der Schuldner ein Plankonzept vorlegt, die Gläubiger hiervon aber (noch) keine Kenntnis haben, läuft das Vorschlagsrecht leer, soweit der Schuldner nicht selbst die für einen Vorschlag notwendigen Gläubiger „aktiviert“.

Nach aktueller Rechtslage ist die Möglichkeit der Einsetzung eines Sonderinsolvenzverwalters auf Aufgaben beschränkt, an deren Wahrnehmung der Insolvenzverwalter aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gehindert ist. Parallel mit § 274a InsO-E soll mit § 78 **Abs. 3** nun eine darüberhinausgehende Möglichkeit geschaffen werden. Einzige Begründung für diese Maßnahme ist eine ungeschriebene Verdachtsfiktion, dass der „mitgebrachte“ Beauftragte nicht die notwendige Unabhängigkeit hat. Die Regelung relativiert damit nicht nur die Gründe für das Vorschlagsrecht und das Zutrauen an die gerichtliche Aufsicht und Kompetenz (die im Fall des § 77 Abs. 2 Satz auch ohne Beauftragten ausreichen soll), sie gibt den Gerichten vielmehr ein Instrument an die Hand, das Vorschlagsrecht faktisch auszuhebeln. Denn mit der „Androhung“ einen Sonderbeauftragten zu bestellen, dessen Vergütungsbudget das Gericht selbst nach § 85 Abs. 4 bestimmt, kann das Gericht den Schuldner dazu nötigen, einen Vorschlag nicht weiterzuverfolgen, den das Gericht nicht akzeptieren möchte.

§ 79 - Rechtsstellung

(1) Die Restrukturierungsbeauftragte steht unter der Aufsicht des Restrukturierungsgerichts. Das Gericht kann jederzeit einzelne Auskünfte oder einen Bericht über den Sachstand verlangen.

(2) Das Restrukturierungsgericht kann die Restrukturierungsbeauftragte aus wichtigem Grund aus dem Amt entlassen. Die Entlassung kann von Amts wegen oder auf Antrag der Restrukturierungsbeauftragten, der Schuldnerin oder einer Gläubigerin erfolgen. Auf Antrag der Schuldnerin oder einer Gläubigerin erfolgt die Entlassung nur, wenn die Beauftragte nicht unabhängig ist; dies ist von der Antragstellerin glaubhaft zu machen. Vor der Entscheidung ist die Restrukturierungsbeauftragte zu hören.

(3) Gegen die Entlassung steht der Beauftragten die sofortige Beschwerde zu. Gegen die Ablehnung des Antrags steht der Antragstellerin die sofortige Beschwerde zu.

(4) Die Restrukturierungsbeauftragte erfüllt ihre Aufgaben mit der gebotenen Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit. Sie nimmt ihre Aufgaben unparteiisch im Interesse aller Beteiligten sowie der Gesamtheit der Gläubigerinnen wahr. Verletzt sie die ihr obliegenden Pflichten in schuldhafter Weise, ist sie den Betroffenen zum Schadensersatz verpflichtet. Die Verjährung des Anspruchs auf Ersatz des Schadens, der aus einer Pflichtverletzung der Restrukturierungsbeauftragten entstanden ist, richtet sich nach den

Regelungen über die regelmäßige Verjährung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Für Planbetroffene und Adressaten einer Stabilisierungsanordnung verjährt der Anspruch spätestens in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, zu dem die Anzeige des Restrukturierungsvorhabens ihre Wirkung verliert.

Die in **Abs. 2** eröffnete Möglichkeit eines Entlassungsantrags für den Schuldner und einzelne Gläubiger ist Art. 26 Abs. 1 lit. d der RL geschuldet, bis auf die Rechtsmittelfähigkeit aber nur „Window Dressing“, weil auch auf Antrag die Entlassung nur bei wichtigem Grund erfolgen kann, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Entlassung aber auch auf bloße Anregung eines Beteiligten von Amts wegen erfolgen müsste. Die Rechtsmittelfähigkeit dürfte wiederum nur bedingt hilfreich sein, weil die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts im Zweifel zu spät kommt angesichts des Zeitrahmens, der für die Restrukturierung vorgesehen ist.

Eine Lösung dieses Problems wäre die Bestellung einer Sonderbeauftragten. Dafür sind aber die hierfür bestehenden Voraussetzungen in § 77 Abs. 3 zu eng und sollten daher so geändert werden, dass sie diesen Fall abdecken.

Die Schadensersatzpflicht im Fall schuldhafter Pflichtverletzung gem. **Abs. 4** wirft verschiedene Fragen auf:

- wieso haftet der Restrukturierungsbeauftragte jedenfalls nach dem Wortlaut des Absatzes 4 gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger und nicht nur gegenüber den Planbetroffenen?
- Die Erwähnung, dass die Restrukturierungsbeauftragte (auch) die Interessen „*der Gesamtheit der Gläubigerinnen*“ wahrnimmt, wirft die Frage auf, ob damit die Gesamtheit der teilnehmenden Gläubiger oder auch der nicht teilnehmenden Gläubiger gemeint ist. Letzteren falls ist der Kreis der potentiellen Haftungsgläubiger ausufernd weit gefasst, obwohl die Wahrung der Interessen nicht beteiligter Gläubiger im Entwurf unzureichend ausgeprägt ist (siehe Anmerkung zu § 77) und obwohl ein derart breites Haftungsrisiko in den Vergütungsregelungen keinen Niederschlag findet; insbesondere ist zweifelhaft, ob die Kosten einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung als Auslagen gesondert zu ersetzen sind.
- Darüber hinaus stellt sich indes die Frage, welche Pflichtverletzungen überhaupt zur Haftung führen (können). Relativ klar dürfte dies nur bezüglich der Pflichten nach § 80 Abs. 1 und Abs. 3 sein. Allerdings ist die Beauftragte für die zweckgemäße Erfüllung dieser Überwachungs- und Anzeigepflichten auf die ordnungsgemäße Erfüllung der Auskunft- und Mitwirkungspflichten der Schuldnerin nach § 80 Abs. 6 angewiesen, deren Verletzung allerdings nach § 33 Abs. 1 Nr.

4 lit. b nur in schwerwiegenden Fällen mit der Aufhebung der Restrukturierungssache sanktioniert werden kann. Verletzt die Schuldnerin ihre Auskunfts- und Mitwirkungspflichten daher nur nachlässig, aber noch nicht schwerwiegend – wie auch immer diese Schwelle festzulegen sein soll – ist unklar, inwieweit sich dies haftungsmildernd oder –ausschließend für die Restrukturierungsbeauftragte auswirkt.

§ 80 - Aufgaben und Befugnisse

(1) Stellt die Restrukturierungsbeauftragte Umstände fest, die eine Aufhebung der Restrukturierungssache nach § 33 rechtfertigen, hat sie diese dem Restrukturierungsgericht unverzüglich mitzuteilen.

(2) Erfolgt die Bestellung nach § 77 Absatz 1 Nummer 1 oder 2 oder Absatz 2,

1. steht der Restrukturierungsbeauftragten die Entscheidung darüber zu, wie der Restrukturierungsplan zur Abstimmung gebracht wird; erfolgt die Abstimmung nicht im gerichtlichen Verfahren, leitet die Beauftragte die Versammlung der Planbetroffenen und dokumentiert die Abstimmung; die Beauftragte prüft die Forderungen und Anwartschaften der Planbetroffenen; ist eine Restrukturierungsforderung oder Absonderungsanwartschaft dem Grunde oder der Höhe nach streitig oder zweifelhaft, weist sie die anderen Planbetroffenen darauf hin und wirkt auf eine Klärung des Stimmrechts im Wege einer Vorprüfung nach § 47 bis 48 hin,

2. kann das Gericht der Beauftragten die Befugnis übertragen,

a) die wirtschaftliche Lage der Schuldnerin zu prüfen und deren Geschäftsführung zu überwachen,

b) von der Schuldnerin zu verlangen, das eingehende Gelder nur von der Beauftragten entgegengenommen werden können,

3. kann das Gericht der Schuldnerin aufgeben, der Beauftragten Zahlungen anzuzeigen und Zahlungen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs nur zu tätigen, wenn die Beauftragte zustimmt.

(3) Wird zugunsten der Schuldnerin eine Stabilisierungsanordnung erlassen,

1. prüft die Beauftragte fortlaufend, ob die Anordnungsvoraussetzungen fortbestehen und ob ein Aufhebungsgrund vorliegt; zu diesem Zweck untersucht die Beauftragte die Verhältnisse der Schuldnerin;

2. steht der Beauftragten das Recht zu, die Gründe für die Aufhebung der Anordnung geltend zu machen.

(4) Legt die Schuldnerin einen Restrukturierungsplan zur Bestätigung vor, nimmt die Beauftragte Stellung zur Erklärung nach § 16 Absatz 1. Erfolgt die Bestellung der Beauftragten vor der Planabstimmung, ist die Stellungnahme den Planbetroffenen als weitere Anlage beizufügen. Der Bericht nach Satz 1 stellt auch den Streit oder die Zweifel am Bestehen oder an der Höhe einer Restrukturierungsforderung oder einer Absonderungsanwartschaft nach Absatz 2 Nummer 2 dar.

(5) Ist eine Vertragsbeendigung beantragt oder sieht der Plan einen Eingriff in gruppeninterne Drittsicherheiten vor, prüft die Beauftragte, ob die Voraussetzungen dafür vorliegen; das Ergebnis dieser Prüfungen nimmt sie in den Bericht nach Absatz 3 Satz 1 auf.

(6) Die Beauftragte ist berechtigt, die Geschäftsräume der Schuldnerin zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen. Die Schuldnerin ist verpflichtet, der Beauftragten die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, ihr Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere zu gewähren und sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen.

(7) Das Restrukturierungsgericht kann die Restrukturierungsbeauftragte beauftragen, die dem Gericht obliegenden Zustellungen durchzuführen.

Allgemein

Zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung wird die Restrukturierungsbeauftragte – in aller Regel auch personenbezogene – Daten erheben und verarbeiten müssen. Gleiches gilt für die Sanierungsmoderatorin. Die hierfür nach Art. 6 Abs. 1 lit. c und e DSGVO erforderliche Rechtsgrundlage fehlt im Entwurf. Vorschlag: „Soweit es zur Erfüllung gesetzlicher oder gerichtlich übertragener Aufgaben erforderlich ist, dürfen die Restrukturierungsbeauftragte und die Sanierungsmoderatorin personenbezogene Daten verarbeiten.“

Der Entwurf macht keinen Gebrauch von der in Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der RL eröffneten Möglichkeit, der Restrukturierungsbeauftragten ein eigenes Planvorlagerecht einzuräumen. Die Erfahrungen in Insolvenzverfahren zeigen indes, dass vor allem Insolvenzplanentwürfe von Beratern, die im Segment der KMU tätig sind, oftmals nicht den gesetzlichen oder wirtschaftlichen Anforderungen gerecht werden. Die – ggf. wiederholte – Korrektur unzulänglicher Planentwürfe führt zu erheblichem Mehraufwand und Zeitverzögerungen. Insbesondere für den Fall, dass dies im Einvernehmen mit der Schuldnerin und den beteiligten Gläubigern erfolgt, sollte eine Planerstellung und -vorlage durch die Restrukturierungsbeauftragte ermöglicht werden, weil hier aufgrund der Qualifikationsanforderungen die Vorlage eines ordnungsgemäßen, bestätigungsfähigen Plans mit höherer Wahrscheinlichkeit gewährleistet ist.

Die Begründung zu § 80 **Abs. 1** legt die Auslegung nahe, dass die Restrukturierungsbeauftragte nicht zur fortlaufenden Prüfung verpflichtet ist, ob Aufhebungsgründe i.S.v. § 33 vorliegen, sondern solche nur anzeigen muss, „wenn ihr bei ihrer Tätigkeit und Aufgabenerfüllung entsprechende Umstände bekannt werden.“ Nicht zuletzt im Licht der aktuellen Diskussion über ein potentiell Aufsichtversagen im Vorfeld der Wirecard-Insolvenz stellt sich einerseits die Frage, ob es der Wahrnehmung der anderen Beteiligten entspricht, wenn einer explizit als neutrale Kontrollinstanz eingesetzten Amtsträgerin nur eine passive Kontrolle obliegt, und ob dies sachgerecht ist, und andererseits, ob und ggf. in welchem

Umfang eine entsprechende Formulierung in der Gesetzesbegründung im Fall eines Streits über Schadensersatz tatsächlich zugunsten der Restrukturierungsbeauftragten haftungsmildernd berücksichtigt würde.

In keinem Fall dürfte eine Beschränkung auf Passiv-Kontrolle in Betracht kommen, wenn das Gericht nach § 80 Abs. 2 Nr. 2 lit. a die Überwachung anordnet oder wenn nach Anordnung einer Stabilisierungsanordnung die Pflichten des § 80 Abs. 3 zum Tragen kommen.

Unterstellt man, dass sich außerhalb des Anwendungsbereichs von § 80 Abs. 2 Nr. 2 lit. a und Abs. 3 die Pflicht der Restrukturierungsbeauftragten tatsächlich auf die Meldung passiv wahrgenommener Umstände beschränkt, wird eine Haftung praktisch aufgrund der dem Geschädigten obliegenden Beweisführung für Tatbestand und Verschulden kaum in Betracht kommen. Dann stellt sich die Frage, ob das Gericht haftet, wenn bei Anordnung eines Überwachungsauftrags ein Schaden vermeidbar gewesen wäre.

Nach § 80 **Abs. 2** Nr. 1 Halbsatz 1 soll die nach § 77 Abs. 1 Nr. 1, 2 oder Abs. 2 bestellte Restrukturierungsbeauftragte darüber entscheiden, ob der Plan im Verfahren gemäß den §§ 19-24 abgestimmt oder gemäß § 25 das gerichtliche Abstimmungsverfahren durchgeführt wird. Allerdings lösen auch bloße Stabilisierungsanordnungen, von denen Verbraucher/KMU betroffen sind, die Bestellung nach § 77 Abs. 1 Nr. 1 aus, ohne dass es zur Vorlage eines Plans kommen muss; Entsprechendes gilt für Stabilisierungsanordnungen i.S.v. § 77 Abs. 1 Nr. 2. In diesen Fällen kommt § 80 Abs. 2 Nr. 1 nicht zur Anwendung. Halbsatz 1 sollte daher wie folgt ergänzt werden: *„steht der Restrukturierungsbeauftragten die Entscheidung darüber zu, wie ~~der~~ ein von der Schuldnerin vorgelegter Restrukturierungsplan zur Abstimmung gebracht wird;“*

Die in Art. 2 Abs. 1 Nr. 12 lit. c der RL angelegte Möglichkeit, dass die Restrukturierungsbeauftragte die teilweise Kontrolle über Vermögenswerte oder Geschäfte des Schuldners während der Verhandlungen übernimmt, ist ausschließlich in § 80 Abs. 2 Nr. 2 lit. b des Entwurfs und nur sehr zurückhaltend umgesetzt. Die Befugnis zur Entgegennahme von Geldern ist dabei weniger umfangreich als die optionale Kassenführung durch den Sachwalter gemäß § 275 Abs. 2 InsO, weil dort auch die Vornahme von Zahlungen geregelt ist. Der Sachwalter mit Kassenführungsbefugnis ist – weisungsunabhängiger – gesetzlicher Vertreter des Schuldners (vgl. Kern, in: MüKo-InsO, 4. Aufl., § 275 Rz. 25 m. w. N.), woraus insbesondere die Finanzverwaltung auch eine persönliche Haftung zu konstruieren versucht. Unterstellt man, dass die Abweichung des § 80 Abs. 2 Nr. 2 lit. b des Entwurfs von § 275 Abs. 2 InsO kein Versehen ist, stellt sich die Frage nach dem Grund und den Folgen. Die Entwurfsbegründung ist hierzu unergiebig. Es kann jedenfalls nicht Sinn der Regelung sein, dass mit den von der Restrukturierungsbeauftragten entgegengenommenen Geldern keine Zahlungen mehr vorgenommen werden können, weil der

Beauftragten die Befugnis hierzu fehlt. Die Regelung sollte daher an § 275 Abs. 2 InsO angepasst werden.

Der Verweis auf Abs. 2 Nr. 2 in § 80 **Abs. 4** Satz 3 des Entwurfs ist nicht nachvollziehbar. Eventuell sollte auf § 46 Abs. 1 Nr. 2 verwiesen werden.

Wie § 80 Abs. 3 enthält § 80 **Abs. 5** eine Möglichkeit für das Gericht, die Haftung für Fehlentscheidungen auf die Restrukturierungsbeauftragte zu verlagern. Zunächst ist noch einmal festzuhalten, dass diese Möglichkeit in Fällen des § 77 Abs. 2 Satz 2 nicht bestehen soll, d.h. wenn nur Finanzgläubiger vom Plan betroffen sind. In den Anmerkungen zu § 77 wurde bereits darauf hingewiesen, dass vor allem in diesen Fällen die in Frage stehenden Vermögenswerte überdurchschnittlich hoch sein können.

Für den Fall, dass der Restrukturierungsbeauftragten Aufgaben mit hohem Haftungsrisiko übertragen werden, besteht mit § 87 nur eine unzulängliche Regelung, dies vergütungstechnisch abzubilden, denn die Restrukturierungsbeauftragte hat keinen durchsetzbaren Anspruch auf eine Abweichung von der Regelvergütung. Ob im Rahmen der Regelvergütung die Kosten einer gesonderten Vermögensschadenhaftpflichtversicherung gesondert als Auslagen erstattet werden, ist dem Entwurf nicht zu entnehmen. Jedenfalls sieht der Entwurf keine Haftungsbeschränkung wie z.B. in § 323 Abs. 2 HGB für Abschlussprüfer vor oder auch nur die Möglichkeit eine solche zu erlangen.

Im Zusammenhang mit einem erhöhten Haftungsrisiko tritt auch eine weitere Schwäche des Vergütungsmodells zu Tage, das der Entwurf vorsieht: Läuft das vom Gericht nach § 85 Abs. 4 vorgegebene Zeit und Vergütungsbudget aus, führt dies nicht zum Auslaufen des Haftungsrisikos. Die Haftung endet im Zweifel erst mit Beendigung des Amtes. Die Beendigung setzt eine Entlassung voraus, welche nach § 79 Abs. 2 zwar auf Antrag der Beauftragten, aber nur aus wichtigem Grund erfolgen kann. Es darf bezweifelt werden, dass ein Gericht, welches eine Erhöhung des Zeitbudgets nach § 85 Abs. 4 verweigert oder über das Auslaufen des Budgets hinaus verzögert, schneller über einen Entlassungsantrag entscheidet oder im Auslaufen des Vergütungsanspruchs einen wichtigen Entlassungsgrund sähe.

Abs. 7 ist überflüssig, weil die Möglichkeit der Zustellungsübertragung schon aus § 41 Abs. 3 hervorgeht.

§ 81 - Antrag

(1) Auf Antrag der Schuldnerin bestellt das Gericht eine Restrukturierungsbeauftragte zur Förderung der Verhandlungen zwischen den Beteiligten (fakultative Restrukturierungsbeauftragte). Gläubigerinnen steht dieses Recht gemeinschaftlich zu, wenn auf sie mehr als 25 Prozent der Stimmrechte in einer Gruppe entfallen oder voraussichtlich entfallen werden und wenn sie sich zur gesamtschuldnerischen Übernahme der Kosten der Beauftragung verpflichten.

(2) Der Antrag kann darauf gerichtet sein, der Beauftragten zusätzlich eine oder mehrere Aufgaben und Befugnisse nach § 80 zuzuweisen; dies gilt nicht für die Befugnis nach § 80 Absatz 6 Satz 1.

Angesichts der Kompetenz und Entscheidungsbefugnis, die der Entwurf dem Gericht an anderer Stelle zutraut bzw. zumutet, überrascht es, wenn die Begründung zu § 81 dem Gericht noch nicht einmal hinsichtlich einer sachgerechten Entscheidung darüber vertraut, ob außerhalb des Anwendungsbereichs von § 77 die Bestellung einer Restrukturierungsbeauftragten im Einzelfall sinnvoll ist. Allerdings sollte eine solche gerichtliche Entscheidung z.B. in Fällen möglich sein, in denen das Gericht feststellt, dass die Schuldnerin oder ihre Berater offenkundig überfordert sind mit den ihnen obliegenden Aufgaben.

Unverständlich ist insoweit auch, wenn die Begründung zu § 81 Abs. 1 ausführt, dass ein Antragsrecht einzelner Gläubigerinnen (auf Bestellung einer Restrukturierungsbeauftragten) die Gefahr eines Missbrauchs zur Verlangsamung oder Störung des Sanierungsprozesses in sich trüge. Denn wenn die Bestellung einer Restrukturierungsbeauftragten die Gefahr in sich trüge, den Sanierungsprozess zu verlangsamen oder zu stören, wäre das Modell an sich verfehlt. In § 80 Abs. 1 steht explizit, dass die Bestellung „zur Förderung der Verhandlungen“ dient. Im Übrigen würde ein im Sinn der Entwurfsbefürchtung missbräuchliches Gläubigerverhalten indizieren, dass ein Fall der mangels Konsens notwendigen Bestellung nach § 77 Abs. 2 Satz 1 vorliegt.

Die Möglichkeit in § 81 Abs. 1 Satz 2, dass eine Sperrminorität von Gläubigern die Einsetzung einer Restrukturierungsbeauftragten erzwingt, stellt insoweit keine praktikable Lösung dar. Hier gilt das zu § 78 Abs. 2 bereits Ausgeführte entsprechend.

Vorzugswürdig ist daher eine Änderung von § 81 Abs. 1 Satz 2 wie folgt: „Gläubigerinnen steht dieses Recht gemeinschaftlich zu, wenn auf sie mehr als 25 Prozent der Stimmrechte in einer Gruppe entfallen oder voraussichtlich entfallen werden und wenn sie Das Gericht kann eine Restrukturierungsbeauftragte auch auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger bestellen, die sich zur gesamtschuldnerischen Übernahme der Kosten der Beauftragung verpflichten.“

Allgemein verweisen wir an dieser Stelle aber noch einmal auf den in der Vorbemerkung zu § 77 erläuterten Vorschlag, die Figur der fakultativen Restrukturierungsbeauftragten zugunsten einer Ausweitung der Vorschriften zur Sanierungsmoderation ganz aufzugeben.

§ 82 - Bestellung und Rechtsstellung

(1) Auf die Bestellung der fakultativen Restrukturierungsbeauftragten findet § 78 Absatz 1 entsprechende Anwendung.

(2) Wird von Gläubigerinnen, die zusammen alle in den Restrukturierungsplan einbezogenen Gruppen repräsentieren, ein Vorschlag zur Person der fakultativen Restrukturierungsbeauftragten gemacht, kann das Gericht von diesem nur dann abweichen, wenn die Person offensichtlich ungeeignet ist oder, falls die Beauftragte lediglich zum Zwecke der Förderung der Verhandlungen zwischen den Beteiligten bestellt werden soll, die Schuldnerin dem Vorschlag widerspricht; eine Abweichung ist zu begründen.

(3) Auf die Rechtsstellung der fakultativen Restrukturierungsbeauftragten findet § 79 entsprechende Anwendung.

Der Wortlaut von Abs. 2 legt nahe, dass ein Gläubigervorschlag erst möglich ist, wenn ein Restrukturierungsplan vorliegt, was mit Blick auf die Aufgaben gemäß § 81 Abs. 1 und § 83 offenkundig zu spät ist. Daher folgender Änderungsvorschlag: *Wird von Gläubigerinnen, die zusammen alle voraussichtlich in den Restrukturierungsplan einbezogenen Gruppen repräsentieren ...*

Nach Art. 26 Abs. 1 lit. d der RL müssen Schuldner und Gläubiger „zur Vermeidung eines Interessenkonflikts die Möglichkeit haben, die Auswahl oder Benennung eines Verwalters abzulehnen oder das Ersetzen des Verwalters zu verlangen.“ § 82 Abs. 2 geht darüber hinaus, indem er der Schuldnerin auch ohne das Erfordernis eines Interessenkonflikts die Möglichkeit einräumt, eine zur Moderation vorgeschlagene Beauftragte abzulehnen. Allerdings formuliert § 82 Abs. 2, dass das Gericht von dem Gläubigervorschlag abweichen kann. Als Folgen dieser Kann-Bestimmung kommen in Betracht, dass das Gericht von der Bestellung einer Restrukturierungsbeauftragten insgesamt absieht, oder dass es eine andere als die vorgeschlagene bestellt. Sollte Letzteres von der gerichtlichen Kompetenz mit umfasst sein, stellt sich die Frage, ob eine Kostenübernahmezusage nach § 81 Abs. 1 Satz 2 personenbezogen beschränkbar sein kann.

In der Praxis ist zu erwarten, dass die Aufgaben und Befugnisse der Restrukturierungsbeauftragten in einer Restrukturierungssache nicht durchgehend gleich bleiben, sondern gemäß den Umständen angepasst werden (können), so dass etwa die zunächst nur gemäß § 81 moderierende Beauftragte mit

Eintritt einer der Voraussetzungen des § 77 zur notwendigen, überwachenden Beauftragten wird. Damit ist die Figur der fakultativen Restrukturierungsbeauftragten – wie die der Sanierungsmoderatorin (siehe Vorbemerkung zu § 77) – aufgrund des größeren Schuldneinflusses letztlich ein Einfallstor für den Schuldner, die Einflussmöglichkeiten auf die Auswahl der Restrukturierungsbeauftragten frühzeitig auszuschöpfen.

§ 83 - Aufgaben

Die fakultative Restrukturierungsbeauftragte unterstützt die Schuldnerin und die Gläubigerinnen bei der Ausarbeitung und Aushandlung des Restrukturierungskonzepts und des auf ihm basierenden Plans.

Der Entwurf macht nicht von der in Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der RL eröffneten Möglichkeit Gebrauch, der Restrukturierungsbeauftragten ein eigenes Planerstellungs- und -vorlagerecht einzuräumen, was allerdings sinnvoll wäre. Wir verweisen auf die Anmerkungen zu § 80 am Anfang.

§ 85 - Regelvergütung

(1) Die Restrukturierungsbeauftragte erhält, soweit sie persönlich tätig wird, ein Honorar auf der Grundlage angemessener Stundensätze.

(2) Soweit der unterstützende Einsatz qualifizierter Mitarbeiterinnen erforderlich ist, erhält die Restrukturierungsbeauftragte auch für deren Tätigkeit ein Honorar auf der Grundlage angemessener Stundensätze.

(3) Bei der Bemessung der Stundensätze berücksichtigt das Restrukturierungsgericht die Unternehmensgröße, Art und Umfang der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Schuldnerin und die Qualifikation der Restrukturierungsbeauftragten sowie der qualifizierten Mitarbeiterinnen. Im Regelfall beläuft sich der Stundensatz für die persönliche Tätigkeit der Restrukturierungsbeauftragten auf bis zu 350 Euro und für die Tätigkeit qualifizierter Mitarbeiterinnen auf bis zu 200 Euro.

(4) Mit der Bestellung der Restrukturierungsbeauftragten setzt das Restrukturierungsgericht die Stundensätze fest. Zugleich bestimmt es auf der Grundlage von Stundenbudgets, die dem voraussichtlichen Aufwand und der Qualifikation der Beauftragten und der qualifizierten Mitarbeiterinnen angemessen Rechnung tragen, einen Höchstbetrag für das Honorar. Dazu hört das Restrukturierungsgericht die zu bestellende Person und diejenigen an, die die Auslagen nach Nummer 9017 des Kostenverzeichnisses zum Gerichtskostengesetz schulden (Auslagenschuldnerinnen).

(5) Die Bestellung einer fakultativen Restrukturierungsbeauftragten soll erst nach Zahlung eines Vorschusses auf die Auslagen nach Nummer 9017 des Kostenverzeichnisses zum Gerichtskostengesetz erfolgen.

(6) Reichen die der Ermittlung des Höchstbetrags zugrunde gelegten Stundenbudgets für eine sachgerechte Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse nicht aus, legt die Beauftragte Grund und Ausmaß des Erhöhungsbedarfs unverzüglich dem Restrukturierungsgericht dar. Das Restrukturierungsgericht hat in diesem Fall nach Anhörung der Auslagenschuldnerinnen unverzüglich über eine Anpassung der Budgets zu entscheiden.

(7) Für den Ersatz der Auslagen gelten im Übrigen die den Sachverständigen betreffenden Vorschriften der § 5 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 sowie der §§ 6 und 7 und des § 12 Absatz 1 Satz 2 Nummer 4 des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes entsprechend.

Der Restrukturierungsbeauftragte ist aufgrund der Insolvenznähe der Schuldnerin in besonderer Weise darauf angewiesen, dass sein Vergütungsanspruch nicht zur Insolvenzforderung wird oder erfolgte Zahlungen in einer Folgeinsolvenz der Anfechtung unterliegen. Die Möglichkeit, Vorschüsse zu erhalten, kann dies absichern, wenn die Voraussetzungen eines Bargeschäfts eingehalten werden. Diese Voraussetzungen sind nach der Rechtsprechung des BGH indes bei Zeithonorar eines Anwalts sehr streng (vgl. BGH 13.04.2006 – IX ZR 158/05). So ist z.B. die Zahlung vor Fälligkeit oder die Zahlung eines „Vorschusses“ bei bereits abgeschlossener Angelegenheit inkongruent und somit einem Bargeschäft nicht (mehr) zugänglich. Dies führt im Fall des Restrukturierungsbeauftragten dazu, dass die Insolvenzfestigkeit seines Vergütungsanspruchs von der Geschwindigkeit der Festsetzung durch das Gericht abhängt. Erfahrungswerte in Insolvenzverfahren machen insoweit wenig Hoffnung. Demgemäß wäre eine ergänzende Regelung wünschenswert, welche die Insolvenzfestigkeit des Anspruchs bzw. erfolgter Zahlungen besser absichert, z.B. durch entsprechende Ergänzung von § 94.

§ 85 Abs. 2, 3 sieht bei Bedarf für den Einsatz qualifizierter Mitarbeiter nur eine Stundensatzobergrenze von 200,00 € vor. Wie in komplexeren Insolvenzverfahren ist zu erwarten, dass in komplexeren Restrukturierungsfällen die Restrukturierungsbeauftragte nicht nur auf den Einsatz von Mitarbeiterinnen angewiesen ist, deren Qualifikations- und Kostenlevel sich unterhalb der Beauftragten selbst bewegt, sondern auch gleich qualifizierte (Partner) mit einbeziehen muss. Die starre Kostengrenze in § 85 Abs. 3 ist für diesen Fall unangemessen. § 87 vermag dies mangels Anspruch auf eine Sonderregelung nicht zu kompensieren.

Bei der Regelvergütung der Restrukturierungsbeauftragten / Sanierungsmoderatorin trifft der RefE die Entscheidung ja gegen einen Prozentsatz aus den Restrukturierungsforderungen als Berechnungsgrundlage. Bei den Gerichtskosten (§ 58a GKG-E) und der Rechtsanwaltsvergütung (§ 29a RVG-E) gibt

es diese Scheu vor der entsprechenden Berechnungsgrundlage nicht (RA bei Schuldnervertretung). Die RA-Vergütung bei Schuldnervertretung ist – wie im Insolvenzverfahren – eine 1,0 „Verfahrensgebühr“ nach 3317 VV RVG und nochmal 1,0 nach 3318 VV RVG im Verfahren über einen Restrukturierungsplan. Da die Restrukturierungssache im VV RVG bei den gerichtlichen Verfahren geführt wird, ist eine Unterschreitung der gesetzlichen Gebühr nach § 49b BRAO i. V. m. § 4 Abs. 1 Satz 1 RVG unzulässig, d.h. der Schuldnervertreter hat in jedem Fall ein aus der Summe der Restrukturierungsforderungen berechnetes Mindesthonorar.

§ 88 - Antrag und erste Entscheidung

(1) In Verfahren über Restrukturierungssachen erfolgen öffentliche Bekanntmachungen nur, wenn die Schuldnerin dies beantragt. Der Antrag ist vor der ersten Entscheidung in der Restrukturierungssache zu stellen und kann nur bis zur ersten Entscheidung zurückgenommen werden. Auf den Antrag findet Artikel 102c § 5 des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung entsprechende Anwendung.

(2) Hat die Schuldnerin beantragt, dass in den Verfahren in der Restrukturierungssache öffentliche Bekanntmachungen erfolgen sollen, sind in der ersten Entscheidung, die in der Restrukturierungssache ergeht, die Gründe anzugeben, auf denen die internationale Zuständigkeit des Gerichts beruht sowie, ob die Zuständigkeit auf Artikel 3 Absatz 1 oder Absatz 2 der Verordnung (EU) 2015/848 beruht. Öffentlich bekannt zu machen sind die in Artikel 24 Absatz 2 dieser Verordnung genannten Angaben. Artikel 102c § 4 des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung findet entsprechende Anwendung.

Die Regelung in § 88 Abs. 1 des Entwurfs, dass Veröffentlichungen ausschließlich auf Antrag des Schuldners erfolgen, ist problematisch.

Die Anordnung eines allgemeinen Vollstreckungsschutzes i.S.v. § 53 Abs. 1 Nr. 1 kann nicht über die bloße Zustellung gemäß § 55 Abs. 3 allen potentiell Betroffenen bekannt gemacht werden, weil bei Anordnung der Kreis der potentiell Betroffenen, die bereits über einen Vollstreckungstitel verfügen oder sich diesen kurzfristig beschaffen können, nicht bekannt ist. Demgemäß bedarf es in diesem Fall – entsprechend § 23 InsO – einer öffentlichen Bekanntmachung.

Sollte § 80 Abs. 2 Nr. 3 als Möglichkeit zu interpretieren sein, dass das Gericht einen Zustimmungsvorbehalt anordnen kann, ist auch insoweit eine öffentliche Bekanntmachung geboten, wie sie § 23 InsO und § 277 Abs. 3 InsO vorsehen.

§ 91 – Restrukturierungsforum

(1) Planbetroffene können im Restrukturierungsforum des Bundesanzeigers andere Planbetroffene auffordern, das Stimmrecht im Rahmen einer Planabstimmung in bestimmter Weise auszuüben, eine Stimmrechtsvollmacht zu erteilen oder einen Vorschlag zur Änderung des vorgelegten Restrukturierungsplans zu unterstützen.

(2) Die Aufforderung hat die folgenden Angaben zu enthalten:

- 1. den Namen und eine Anschrift der Planbetroffenen;*
- 2. die Schuldnerin;*
- 3. das Restrukturierungsgericht und das Aktenzeichen der Restrukturierungssache;*
- 4. den Vorschlag für die Stimmrechtsausübung, Stimmrechtsvollmacht oder zur Änderung des Plans und*
- 5. den Tag der Versammlung der Planbetroffenen oder des Fristablaufs zur Annahme des Planangebots.*

(3) Die Aufforderung kann auf eine Begründung auf der Internetseite der Auffordernden und deren elektronische Adresse hinweisen.

(4) Die Schuldnerin kann im Restrukturierungsforum des Bundesanzeigers auf eine Stellungnahme zu der Aufforderung auf ihrer Internetseite hinweisen.

(5) Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, die äußere Gestaltung des Restrukturierungsforums und weitere Einzelheiten insbesondere zu der Aufforderung, dem Hinweis, den Entgelten, zu Lösungsfristen, Lösungsanspruch, zu Missbrauchsfällen und zur Einsichtnahme zu regeln.

Die Einrichtung eines Restrukturierungsforums, die offenbar dem Bundesanzeiger gesetzlich übertragen werden soll, ist praktisch nicht geboten und rechtlich zweifelhaft.

Nach § 8 Abs.1 Satz 2 soll der Plan allen Angaben enthalten, die für die Entscheidung der von dem Plan Betroffenen über die Zustimmung zum Plan und für dessen gerichtliche Bestätigung erheblich sind.

Gem. Art. 8 Abs.1 c) der RL gehören dazu Informationen über „die betroffenen Parteien, die entweder namentlich zu benennen oder unter Bezugnahme auf Schuldenkategorien nach nationalem Recht zu beschreiben sind, sowie ihre unter den Restrukturierungsplan fallenden Forderungen oder Beteiligungen.“

Art. 28 der RL, der den Mitgliedstaaten einen Einsatz von elektronischen Kommunikationsmitteln in Restrukturierungsverfahren zur Aufgabe macht, formuliert diese Aufgabe so:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass in Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren die Verfahrensparteien, die Verwalter und die Justiz- oder Verwaltungsbehörde auch in grenzüberschreitenden Situationen mindestens folgende Handlungen elektronisch vornehmen können:

- a) Geltendmachung von Forderungen;
- b) Einreichung von Restrukturierungs- oder Tilgungsplänen;
- c) Mitteilungen an die Gläubiger;
- d) Einlegung von Beanstandungen und Rechtsbehelfen.“

Die vorgeschlagene Einrichtung eines Restrukturierungsforums ist damit keine zwingende Vorgabe der RL. Eine Kontaktaufnahme und Kommunikation zwischen den Planbetroffenen könnte auch durch ihre namentliche Benennung in einem Plan ermöglicht werden.

§ 8 Abs. 1 Satz 2 und seine Begründung schweigen zu der Frage, ob die in geforderten Angaben auch die namentliche Nennung der Planbetroffenen umfassen soll. Im Anhang des StaRUG wird jedoch unter Nr. 3 die oben zitierte Vorgabe der RL wiederholt.

Auch wenn im Plan eine Darstellung gewählt wird, die auf eine namentliche Nennung der Parteien verzichtet, wäre die Privilegierung des Bundesanzeigers als privatwirtschaftlicher Plattform für den Austausch der Planbetroffenen rechtlich problematisch. Die in ihrer gesetzlichen Ausformung genannten Mindestinformationen sind zur Koordination und Kommunikation von Planbetroffenen nicht zwingend. Moderne Kommunikationsanwendungen (z.B. WhatsApp) bieten bereits heute ausreichende Möglichkeiten einer gestuften Kontaktaufnahme über öffentliche Gruppen. Gruppenbezeichnungen und Plattformen können auch über das Restrukturierungsgericht bekannt gemacht werden.

§ 94 - Für die Restrukturierung erforderliche Rechtshandlungen

(1) Die Regelungen eines rechtskräftig bestätigten Restrukturierungsplans und Rechtshandlungen, die im Vollzug eines solchen Plans erfolgen, sind einer Anfechtung nur zugänglich, wenn die Bestätigung auf der Grundlage unrichtiger oder unvollständiger Angaben der Schuldnerin erfolgte und dem anderen Teil dies bekannt war.

(2) Sieht der gestaltende Teil des Restrukturierungsplans die Übertragung des gesamten schuldnerischen Vermögens oder wesentlicher Teile davon vor, gilt Absatz 1 nur, soweit sichergestellt wird, dass die Gläubigerinnen, die nicht planbetroffen sind, sich gegenüber den Planbetroffenen vorrangig aus der dem Wert des Gegenstands der Übertragung angemessenen Gegenleistung befriedigen können.

Der Entwurfsbegründung ist nicht zu entnehmen, dass der in § 94 Abs. 1 vorgesehene Anfechtungsschutz andere Anfechtungen als die nach der InsO und dem AnfG erfassen soll. Zur Klarstellung sollte daher wie folgt ergänzt werden: „Die Regelungen eines rechtskräftig bestätigten Restrukturierungsplans und Rechtshandlungen, die im Vollzug eines solchen Plans erfolgen, sind einer Anfechtung nach

den Bestimmungen der Insolvenzordnung und des Gesetzes über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens nur zugänglich, wenn ...“

Ein grundlegender Mangel des Anfechtungsschutzes ist, dass das StaRUG keine Rechtsgrundlage enthält für eine Überprüfung, ob eine im Restrukturierungsplan vorgesehene Regelung die Gesamtheit der Gläubiger i.S.v. § 129 InsO benachteiligt, und auch keine Rechtsgrundlage für eine Ablehnung der Planbestätigung in einem solchen Fall. Soweit das (üblicherweise mit Insolvenzanfechtung nicht befasste und daher im Zweifel darauf nicht sensibilisierte) Gericht eine Gläubigerbenachteiligung erkennen würde, müsste es daher gleichwohl sehenden Auges einen im übrigen bestätigungsfähigen Plan bestätigen und die Gläubigerbenachteiligung absegnen. Die Ausnahme des § 94 Abs. 1 greift dann nicht ein, wenn die Angaben der Schuldnerin im Plan richtig und vollständig sind.

§ 95 - Antrag

(1) Auf Antrag einer restrukturierungsfähigen Schuldnerin bestellt das Gericht eine geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigerinnen und der Schuldnerin unabhängige natürliche Person zur Sanierungsmoderatorin. Dies gilt nicht, wenn die Schuldnerin offensichtlich zahlungsunfähig ist, insbesondere weil sie die Zahlungen eingestellt hat. Handelt es sich bei der Schuldnerin um eine juristische Person oder eine Person ohne Rechtspersönlichkeit, für deren Verbindlichkeiten keine natürliche Person als unmittelbare oder mittelbare Gesellschafterin haftet, gilt Satz 2 auch bei einer offensichtlichen Überschuldung.

(2) Im Antrag sind anzugeben:

- 1. der Gegenstand des Unternehmens und*
- 2. die Art der wirtschaftlichen oder finanziellen Schwierigkeiten.*

Dem Antrag ist ein Verzeichnis der Gläubigerinnen und ein Verzeichnis des Vermögens sowie die Erklärung der Schuldnerin beizufügen, nicht zahlungsunfähig zu sein.

(3) Der Antrag ist an das für Restrukturierungssachen zuständige Gericht zu richten.

Es wird zunächst auf die Vorbemerkung zu § 77 verwiesen. Angesichts der Tatsache, dass der Anwendungsbereich der Sanierungsmoderation nicht auf KMU-Fälle beschränkt ist und die Sanierungsmoderatorin gemäß § 101 Abs. 2 ggf. zur Restrukturierungsbeauftragten bestellt werden kann, ist nachhaltig dafür zu plädieren, die Qualifikations- und Bestellauforderungen der Moderatorin denjenigen der Beauftragten anzupassen.

Die §§ 95 ff. regeln nicht, welches Gericht für den Antrag auf Sanierungsmoderation (örtlich und sachlich) zuständig ist. Die Zuständigkeit gemäß § 34 Abs. 1 betrifft „Entscheidungen in Restrukturierungssachen“. Eine „Restrukturierungssache“ wird gemäß § 31 Abs. 3 mit Anzeige gemäß § 31 Abs. 1 rechts-hängig. Diese Anzeige betrifft eine „Inanspruchnahme der Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens“. Da die Sanierungsmoderation bei diesen in § 29 aufgelisteten Instrumenten nicht enthalten ist, stellt sie keine Restrukturierungssache dar; sie unterliegt ja auch bewusst nicht den Anzeigeanforderungen des § 31 Abs. 2. Folglich findet die Zuständigkeitsregelung des § 34 keine Anwendung.

§ 97 - Sanierungsmoderation

(1) Die Sanierungsmoderatorin vermittelt zwischen der Schuldnerin und deren Gläubigerinnen bei der Herbeiführung einer Lösung zur Überwindung der wirtschaftlichen oder finanziellen Schwierigkeiten.

(2) Die Schuldnerin gewährt der Moderatorin Einblick in ihre Bücher und Geschäftsunterlagen und erteilt ihr die angeforderten zweckmäßigen Auskünfte.

(3) Die Sanierungsmoderatorin erstattet dem Gericht über den Fortgang der Sanierungsmoderation monatlich schriftlich Bericht. Der Bericht enthält mindestens Angaben über

- 1. die Art und Ursachen für die wirtschaftlichen oder finanziellen Schwierigkeiten;*
- 2. den Kreis der in die Verhandlungen einbezogenen Gläubigerinnen und sonstigen Beteiligten;*
- 3. den Gegenstand der Verhandlungen und*
- 4. das Ziel und den voraussichtlichen Fortgang der Verhandlungen.*

(4) Die Sanierungsmoderatorin zeigt dem Gericht eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin an. Handelt es sich bei der Schuldnerin um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der keine persönlich haftende Gesellschafterin eine natürliche Person ist, gilt dies auch für die Überschuldung der Schuldnerin.

(5) Die Sanierungsmoderatorin steht unter der Aufsicht des Restrukturierungsgerichts. Das Restrukturierungsgericht kann die Sanierungsmoderatorin aus wichtigem Grund aus dem Amt entlassen. Vor der Entscheidung ist die Sanierungsmoderatorin zu hören.

Nach der Begründung zu § 97 **Abs. 2** muss die Sanierungsmoderatorin zur Erfüllung ihrer Aufgaben die Möglichkeit haben, wie ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter oder Sachwalter Ermittlungen zur wirtschaftlichen und finanziellen Lage der Schuldnerin anzustellen. Der Wortlaut von § 97 Abs. 2 legt indes nahe, dass die Schuldnerin nur die „zweckmäßigen“ Auskünfte erteilen muss. Dabei ist unklar, wer

über die Zweckmäßigkeit entscheidet und welche Konsequenzen eine unzureichende Auskunftserteilung oder Mitwirkung hat. Der Entwurf sieht für diesen Fall weder eine Aufhebung der Sanierungsmoderation vor noch die Möglichkeit, einem Sanierungsvergleich die Bestätigung zu versagen.

Die Regelungen in § 97 **Abs. 3** zu Berichtspflicht und -inhalten sind im Ausgangspunkt durchaus plausibel. Allerdings fehlen, wie schon zu § 96 angemerkt, Vorschriften zu Reaktionsmöglichkeiten des Gerichts. Die Gründe zur Versagung der Bestätigung eines Sanierungsvergleichs sind in § 98 Abs. 1 – soweit ersichtlich abschließend – geregelt und relativ eng gesteckt und lassen insbesondere eine Versagung dann nicht zu, wenn mangels unzureichender Kooperation der Schuldnerin unklar bleibt, ob alle relevanten Informationen offengelegt wurden.

Die Sanierungsmoderatorin soll dem Gericht nach **Abs. 4** den Eintritt der Insolvenzreife anzeigen. Nach der Begründung soll dies erfolgen, „*sobald sie Kenntnis davon erlangt.*“ Offen bleibt, ob die Sanierungsmoderatorin aufgrund ihres Auskunftsrechts gemäß Abs. 2 im Rahmen ihrer Aufgaben gemäß Abs. 3 aktiv das Vorliegen von Insolvenzgründen ermitteln muss und wie sich die Anzeigepflicht und eine etwaige Ermittlungspflicht haftungstechnisch auswirken (vgl. hierzu auch die Anmerkung zu § 79 Abs. 4). Zwar fehlt für die Sanierungsmoderatorin eine Haftungsnorm entsprechend § 79 Abs. 4 für die Restrukturierungsbeauftragte. Es ist aber fernliegend, dass eine Verletzung der Anzeigepflicht folgenlos bleiben kann.

Die einzige Folge, die Entwurf im Fall der Anzeige eines Insolvenzgrunds vorsieht, ist die Abberufung der Sanierungsmoderatorin, § 100 Abs. 1 Nr. 2 (womit die Anzeige für die Sanierungsmoderatorin zur faktischen „Kündigung“ ihrer vergütungspflichtigen Tätigkeit wird, was ein Anreizproblem des Zeithonorars darstellt). Der Entwurf sieht noch nicht einmal ausdrücklich vor, dass ein Sanierungsvergleich bei Vorliegen eines Insolvenzgrunds nicht mehr bestätigungsfähig ist. Dies sollte geändert werden.

Insoweit ist auch festzuhalten, dass die Pflicht zur Anzeige der Insolvenzreife eine für das Gericht feststellbare Qualifikation der Sanierungsmoderatorin voraussetzt, Insolvenzgründe zu prüfen.

In der Begründung zu **Abs. 5** sollte wie folgt klargestellt werden: „*Erfüllt die Sanierungsmoderatorin ihre Berichtspflicht nicht oder offensichtlich unzureichend, kann diese von dem Gericht aus wichtigem stellt dies einen wichtigen Grund zur Entlassung dar-entlassen werden.*“

§ 98 - Bestätigung eines Sanierungsvergleichs

(1) Ein Sanierungsvergleich, den die Schuldnerin mit ihren Gläubigerinnen schließt und an dem sich auch Dritte beteiligen können, kann auf Antrag der Schuldnerin durch das Gericht bestätigt werden. Die Bestätigung wird versagt, wenn das dem Vergleich zugrundeliegende Sanierungskonzept

1. nicht schlüssig ist oder nicht von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht oder

2. keine vernünftige Aussicht auf Erfolg hat.

(2) Die Sanierungsmoderatorin nimmt zu den Voraussetzungen des Absatzes 1 Satz 2 schriftlich Stellung.

(3) Ein nach Absatz 1 bestätigter Sanierungsvergleich ist nur unter den Voraussetzungen des § 94 anfechtbar.

§ 94 in seiner vorgeschlagenen Fassung eröffnet weitreichende Missbrauchsmöglichkeiten. Der Verweis in Abs. 3, dass ein Sanierungsvergleich nur unter den Voraussetzungen des § 94 anfechtbar ist, hat zur Folge, dass jegliche Transaktionen, die im Fall einer Insolvenz ohne Weiteres anfechtbar wären, anfechtungsfest gemacht werden können. Dies gilt auch für offensichtliche Gläubigerbenachteiligung z.B. in Gestalt einer unentgeltlichen Zuwendung i.S.v. § 134 InsO oder einer Bevorzugung von Gesellschaftern i.S.v. § 135 InsO, solange keine unrichtigen oder unvollständigen Angaben i.S.v. § 94 Abs. 1 des Entwurfs vorliegen und der Entwurf des Sanierungsvergleichs schlüssig ist, Aussicht auf Erfolg hat und von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht.

Noch mehr als beim Restrukturierungsplan leiden die Bestimmungen zum Sanierungsvergleich darunter, dass keinerlei Prüfung oder Berücksichtigung potenziell betroffener Drittinteressen vorgesehen ist. Die Nutzung der §§ 95 ff. hat keine Einstiegsvoraussetzungen wie das Vorliegen einer Krise. Die Bestätigung eines Sanierungsvergleichs setzt, soweit ersichtlich, noch nicht einmal zwingend voraus, dass eine Sanierungsmoderatorin bestellt war und die Informationen gemäß § 97 Abs. 3 erhoben hat. Überdies kann die Schuldnerin durch entsprechenden Antrag nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 die Entlassung einer ggf. unliebsamen Sanierungsmoderatorin erreichen. Ein relativ barrierefreier Zugang und eine bürokratiearme Ausgestaltung des Instruments sind prinzipiell nicht zu beanstanden, dann allerdings nicht mit der weitgehend unkontrollierten Möglichkeit, Transaktionen zum Nachteil Dritter insolvenzfest zu machen.

Die Begründung zu § 100 bringt zwar das Amt der Sanierungsmoderatorin mit dem Schutz der Interessen der Gläubigersamtheit in Zusammenhang, in der Gestaltung der Vorschriften ist davon aber nichts zu erkennen. Vielmehr wirft der Satz am Ende der Begründung zu § 100 Fragen nach der Rolle und den Aufgaben der Sanierungsmoderatorin auf. Wenn sich der Schutz der Gläubigersamtheit auf die Anzeige eines Insolvenzgrunds beschränkt (die nur die Entlassung der Moderatorin zur Folge hat), ist er unvollständig.

Inwieweit das Gericht infolge der Formulierung in Abs. 1 Satz 1 „... kann [...] durch das Gericht bestätigt werden.“ einen Ermessensspielraum hat, der über die in Abs. 1 Satz 2 genannten Versagungsgründe hinausgeht, ist zweifelhaft, weil das Wort „insbesondere“ fehlt.

Es ist hiernach dringend davon abzuraten, die Regelung in § 98 unverändert zu lassen.

§ 100 - Abberufung der Sanierungsmoderatorin

(1) Die Sanierungsmoderatorin wird abberufen:

- 1. auf eigenen Antrag oder auf Antrag der Schuldnerin,*
- 2. von Amts wegen, wenn dem Gericht durch die Moderatorin die Insolvenzreife der Schuldnerin angezeigt wurde.*

(2) Wird die Moderatorin nach Absatz 1 Nummer 1 abberufen, bestellt das Gericht auf Antrag der Schuldnerin eine andere Moderatorin.

Wie bereits in der Anmerkung zu § 97 Abs. 4 erwähnt, ist die Abberufung der Sanierungsmoderatorin nur eine bedingt taugliche Konsequenz der Anzeige eines Insolvenzgrunds. Eine bessere Folge wäre der Ausschluss der Bestätigung eines Sanierungsvergleichs.

Unabhängig davon ist die Formulierung von § 100 Abs. 1 Nr. 2 insofern ungünstig, als danach auch eine fehlerhafte Anzeige der Insolvenzreife die Abberufung auslösen würde. Demgemäß sollte § 100 Abs. 1 Nr. 2 jedenfalls wie folgt geändert werden: „von Amts wegen, wenn dem Gericht ~~durch die Moderatorin~~ die Insolvenzreife der Schuldnerin ~~angezeigt~~ bekannt wurde.“

§ 101 - Übergang in den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen

(1) Nimmt die Schuldnerin Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens in Anspruch, bleibt die Sanierungsmoderatorin im Amt, bis der Bestellungszeitraum abläuft, sie nach § 100 abberufen wird oder eine Restrukturierungsbeauftragte bestellt wird.

(2) Das Restrukturierungsgericht kann die Sanierungsmoderatorin zur Restrukturierungsbeauftragten bestellen.

Zu § 101 Abs. 2 wird auf die schon mehrfach dargelegte Notwendigkeit verwiesen, an die Person und Bestellung der Sanierungsmoderatorin die gleichen Anforderungen zu stellen wie bei der Restrukturierungsbeauftragten.

Artikel 5 Änderung der Insolvenzordnung

§ 5 Verfahrensgrundsätze

(1) Das Insolvenzgericht hat von Amts wegen alle Umstände zu ermitteln, die für das Insolvenzverfahren von Bedeutung sind. Es kann zu diesem Zweck insbesondere Zeugen und Sachverständige vernehmen.

(2) Sind die Vermögensverhältnisse des Schuldners überschaubar und ist die Zahl der Gläubiger oder die Höhe der Verbindlichkeiten gering, wird das Verfahren schriftlich durchgeführt. Das Insolvenzgericht kann anordnen, dass das Verfahren oder einzelne seiner Teile mündlich durchgeführt werden, wenn dies zur Förderung des Verfahrensablaufs angezeigt ist. Es kann diese Anordnung jederzeit aufheben oder ändern. Die Anordnung, ihre Aufhebung oder Abänderung sind öffentlich bekannt zu machen.

(3) Die Entscheidungen des Gerichts können ohne mündliche Verhandlung ergehen. Findet eine mündliche Verhandlung statt, so ist § 227 Abs. 3 Satz 1 der Zivilprozessordnung nicht anzuwenden.

(4) Tabellen und Verzeichnisse können maschinell hergestellt und bearbeitet werden. Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Bestimmungen über die Führung der Tabellen und Verzeichnisse, ihre elektronische Einreichung sowie die elektronische Einreichung der dazugehörigen Dokumente und deren Aufbewahrung zu treffen. Dabei können sie auch Vorgaben für die Datenformate der elektronischen Einreichung machen. Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.

(5) Hat der Schuldner im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei in § 22a Absatz 1 genannten Merkmale erfüllt, hält der Insolvenzverwalter ein elektronisches Gläubigerinformationssystem vor, mit dem er jedem Insolvenzgläubiger, der eine Forderung angemeldet hat, alle Entscheidungen des Insolvenzgerichts, alle an das Insolvenzgericht übersandten Berichte, welche nicht ausschließlich die Forderungen anderer Gläubiger betreffen, und alle die eigenen Forderungen betreffenden Un-

terlagen in einem gängigen Dateiformat unverzüglich zum elektronischen Abruf zur Verfügung zu stellen hat. Den Einsichtsberechtigten stellt der Verwalter die für den Zugang erforderlichen Daten unverzüglich zur Verfügung.

Mit der Einführung von § 5 Abs. 5 InsO-E soll „das elektronische Vorhalten von Informationen seitens der Verwalterschaft ab einer bestimmten Größe des schuldnerischen Unternehmens zwingend vorgeschrieben werden“ (vgl. S. 209 der Entwurfsbegründung). Aus Sicht der Gläubiger erscheint es aber mehr als sinnvoll, diese Anforderung auf alle Insolvenzverfahren zu erstrecken, unabhängig von einer bestimmten Mindestgröße.

Alle Entscheidungen des Insolvenzgerichts, alle an das Insolvenzgericht übersandten Berichte, welche nicht ausschließlich die Forderungen anderer Gläubiger betreffen, und alle die eigenen Forderungen betreffenden Unterlagen sollen in diesen Fällen künftig vom Insolvenzverwalter über das elektronische Gläubigerinformationssystem jedem Insolvenzgläubiger, der eine Forderung angemeldet hat in einem gängigen Dateiformat unverzüglich zum elektronischen Abruf zur Verfügung gestellt werden.

„Neben Erleichterungen für die Gläubigerinnen, die Informationen dann unproblematisch elektronisch abrufen können, soll die Regelung auch die Gerichte entlasten, bei denen voraussichtlich weniger Anfragen von Gläubigerinnen zum Verfahrensstand und dem Status von Forderungsprüfungen eingehen werden.“, so dazu die Entwurfsbegründung (vgl. S. 209).

Der Ansatz, Gläubigern künftig zwingend den elektronischen Abruf von Informationen zum Verfahren zu ermöglichen, ist grundsätzlich zu begrüßen und fördert die Teilhabe am Verfahren.

Neben dem Online-Zugriff über ein vom Insolvenzverwalter vorzuhaltendes elektronisches Gläubigerinformationssystem, käme dafür jedoch auch eine öffentliche elektronische Plattform, wie bspw. www.insolvenzbekanntmachungen.de, in Betracht. Um den Zugriff über eine solche öffentliche Plattform im Hinblick auf den notwendigen Schutz der personenbezogenen Daten der Verfahrensbeteiligten eingrenzen zu können, wäre jedoch zwingend auch eine Verifizierung der jeweiligen Gläubiger notwendig. Dies hat auch der Entwurf erkannt und führt hierzu aus: *„Ob die Gläubigerstellung besteht, ist durch die Insolvenzverwalterin vor der Zurverfügungstellung der Zugangsdaten zu prüfen.“* Er unterstellt dabei: *„In einer Vielzahl von Fällen wird sich die Gläubigerstellung einfach durch einen Abgleich mit der Buchhaltung der Schuldnerin ermitteln lassen.“*

Die gesetzliche Verpflichtung zur Vorhaltung eines elektronischen Gläubigerinformationssystems (GIS) nebst den sich daraus ergebenden weiteren Verpflichtungen (wie bspw. die Verifizierung der Gläubiger) kann jedoch nicht losgelöst von der Frage der Tragung der Kostenlast für ein solches System behandelt werden.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass bereits heute von Teilen der Verwalterschaft freiwillig solche elektronischen Gläubigerinformationssysteme auf eigene Kosten vorgehalten werden. Vielmehr hat der BGH in seiner Entscheidung vom 14. Juli 2016 (IX ZB 62/15) ausgeführt, dass die Kosten für ein Gläubigerinformationssystem auch dann, wenn sie einem einzelnen Verfahren zuordenbar sind, nicht zusätzlich zur Vergütung des Verwalters aus der Masse aufzubringen sind.

Es sollte daher dringend klargestellt werden, dass der Insolvenzverwalter die Kosten des GIS jedenfalls in den Fällen des § 5 Abs. 5 InsO- E als Auslagen geltend machen kann.

§ 10a Vorgespräch

(1) Ein Schuldner, der mindestens zwei der drei in § 22a Absatz 1 genannten Voraussetzungen erfüllt, hat an dem für ihn zuständigen Insolvenzgericht Anspruch auf ein Vorgespräch über die für das Verfahren relevanten Gegenstände, insbesondere die Voraussetzungen für eine Eigenverwaltung, die Eigenverwaltungsplanung, die Besetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses, die Person des vorläufigen Insolvenzverwalters oder Sachwalters, etwaige weitere Sicherungsanordnungen und die Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten.

(2) Mit Zustimmung des Schuldners kann das Gericht Gläubiger anhören, insbesondere um deren Bereitschaft für eine Mitgliedschaft in einem vorläufigen Gläubigerausschuss zu erörtern.

(3) Der Richter, der das Vorgespräch führt, ist für das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners zuständig.

Der VID hatte sich bereits im Rahmen der ESUG-Evaluation für die Einführung eines Anspruchs auf ein Vorgespräch eingesetzt und begrüßt daher grundsätzlich die Einführung des § 10a InsO-E.

Die Schaffung eines gesetzlichen Anspruchs des Schuldners auf ein Vorgespräch mit dem Insolvenzgericht, einerseits zur Vertrauensbildung für den Schuldner, andererseits für die Stärkung der gerichtlichen Kontrollfunktion für die Gläubiger sollte jedoch nicht das Erreichen bestimmter Schwellenwerte des

§ 22a Abs. 1 InsO voraussetzen. So kann es durchaus auch in kleineren Verfahren Besprechungsbedarf geben.

Wir schlagen daher vor, dem § 10a Abs. 1 InsO-E einen Satz 2 wie folgt anzufügen: „Im Übrigen soll ein Vorgespräch geführt werden, wenn der Schuldner die Notwendigkeit für ein Gespräch zu Inhalten des Satz 1 konkret ausführt.“

§ 14 Antrag eines Gläubigers

1) Der Antrag eines Gläubigers ist zulässig, wenn der Gläubiger ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat und seine Forderung und den Eröffnungsgrund glaubhaft macht. Der Antrag wird nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird.

(2) Ist der Antrag zulässig, so hat das Insolvenzgericht den Schuldner zu hören.

(3) Wird die Forderung des Gläubigers nach Antragstellung erfüllt, so hat der Schuldner die Kosten des Verfahrens zu tragen, wenn der Antrag als unbegründet abgewiesen wird. Der Schuldner hat die Kosten auch dann zu tragen, wenn der Antrag eines Gläubigers wegen einer zum Zeitpunkt der Antragstellung wirksamen nichtöffentlichen Stabilisierungsanordnung nach dem Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz abgewiesen wird und der Gläubiger von der Stabilisierungsanordnung keine Kenntnis haben konnte.

Ausgehend von der Intention des Entwurfs ist es nur konsequent, dass der Schuldner nach § 14 Abs. 3 Satz 2 InsO-E die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, wenn der Antrag eines Gläubigers wegen einer zum Zeitpunkt der Antragstellung wirksamen nichtöffentlichen Stabilisierungsanordnung nach dem Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz abgewiesen wird und der Gläubiger von der Stabilisierungsanordnung keine Kenntnis haben konnte. So kann die Einführung des § 14 Abs. 3 Satz 2 InsO-E im Ergebnis dazu führen, dass der Schuldner jeden potentiellen Insolvenzgläubiger entweder in das Restrukturierungsverfahren einbezieht oder ihn zumindest über das Verfahren informiert, um nicht in Gefahr der Kostentragung wegen Abweisung des Gläubigerantrages zu laufen.

§ 15a Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

(1) Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, ~~spätestens aber drei Wochen nach Eintritt~~

der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen. Der Antrag ist spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung zu stellen.

Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist; dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

(2) Bei einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 Satz 3 gilt Absatz 1 sinngemäß, wenn die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter ihrerseits Gesellschaften sind, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

(3) Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1 und 2, auch in Verbindung mit Satz 2 Satz 3 oder Absatz 2 oder Absatz 3, einen Eröffnungsantrag

- 1. nicht oder nicht rechtzeitig stellt oder*
- 2. nicht richtig stellt.*

(5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 4 fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

(6) Im Falle des Absatzes 4 Nummer 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, ist die Tat nur strafbar, wenn der Eröffnungsantrag rechtskräftig als unzulässig zurückgewiesen wurde.

(7) Auf Vereine und Stiftungen, für die § 42 Absatz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt, sind die Absätze 1 bis 6 nicht anzuwenden.

Der VID¹ hatte sich im Zuge der ESUG-Evaluation dafür ausgesprochen, die Überschuldung als obligatorischen Insolvenzgrund nicht (aus Anlass der Umsetzung der Richtlinie) abzuschaffen. Die Beibehaltung des Insolvenzgrundes der Überschuldung, wenn auch modifiziert, begrüßen wir daher.

Auch die Begründung des Entwurfs zur Neufassung des §§ 15a InsO-E ist durchaus überzeugend: „*Hinsichtlich der Sanierungsbemühungen zur Beseitigung der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung wird durch die neue Regelung differenziert. Bei der Zahlungsunfähigkeit bleibt es dabei, dass die Ungewissheit über eine Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft längstens drei Wochen hinzunehmen ist. Zur Beseitigung der Überschuldung stehen zukünftig bis zu sechs Wochen zur Verfügung. Die Verlängerung soll es der Schuldnerin ermöglichen, laufende Sanierungsbemühungen außergerichtlich noch zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen*“

§ 15b Zahlungen bei Überschuldung

Beim Vorliegen einer Überschuldung gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne des § 64 Satz 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, des § 92 Absatz 2 Satz 2 des Aktiengesetzes, des § 130a Absatz 1 Satz 2, auch in Verbindung mit § 177a Satz 1, des Handelsgesetzbuchs und des § 99 Satz 2 des Genossenschaftsgesetzes vereinbar, solange der Antragspflichtige die Vorbereitung der Antragstellung oder Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Überschuldung mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreibt.

Die Begründung des Entwurfs zur Einführung des 15b InsO-E erscheint richtig: „*Ohne flankierende Regelung würde die Verlängerung des Zeitraums für die Beseitigung einer Überschuldung in der Praxis daher faktisch oftmals leerlaufen. § 15b InsO-E sieht daher vor, dass beim Vorliegen einer Überschuldung Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen ... als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters ... vereinbar gelten, solange die Antragspflichtigen die Vorbereitung der Antragstellung oder Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Überschuldung mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben*“ (vgl. Entwurfsbegründung S. 211).

Die wesentliche Frage der Dauer der Privilegierung kann jedoch nicht offenbleiben („solange“). Daher bedarf es einer Klarstellung, dass die Vorbereitung der Antragstellung nicht unbegrenzt andauern

¹ VID-Eckpunktepapier zur ESUG-Evaluation vom 14.10.2019, abrufbar unter <https://www.vid.de/initiativen/eckpunktepapier-zur-esug-evaluation/>

kann. Anderenfalls würden „fleißige Vorbereiter“ bei Insolvenzreife verschont und Sanktionen wären suspendiert, da die §§ 64 GmbHG, 130a HGB, 92 AktG sonst leerließen.

Wir schlagen daher vor folgenden Satz 2 anzufügen:

„Der Zeitraum der nach Satz 1 privilegierten Zahlungen ist auf sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung begrenzt.“

§ 18 Drohende Zahlungsunfähigkeit

(1) Beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Eröffnungsgrund.

(2) Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. In aller Regel ist ein Prognosezeitraum von 24 Monaten zugrunde zu legen.

(3) Wird bei einer juristischen Person oder einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vertretungsorgans, allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Abwicklern gestellt, so ist Absatz 1 nur anzuwenden, wenn der oder die Antragsteller zur Vertretung der juristischen Person oder der Gesellschaft berechtigt sind.

§ 18 Abs. 2 wird um einen Satz 2 ergänzt, wonach in aller Regel ein Prognosezeitraum von 24 Monaten zugrunde zu legen ist. Die Entwurfsbegründung führt dazu zutreffend aus, dass die Prognosesicherheit abnimmt, je zukünftiger die Ereignisse sind (Vgl. S. 211 der Entwurfsbegründung).

Die Festschreibung von Prognosezeiträumen ist grundsätzlich zu begrüßen. Auffällig ist jedoch, dass in § 18 Abs. 2 InsO-E (und auch § 19 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz InsO-E) zwar Prognosezeiträume aufgegriffen werden, die Termini „Prognose“ oder „Prognosezeitraum“ jedoch bislang keinen Eingang in das Gesetz gefunden haben. Daher schlagen wir folgende Ergänzung des § 18 Absatz 2 Satz 1 InsO-E vor:

„Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, über einen Zeitraum von in der Regel 24 Monaten die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.“

§ 19 Überschuldung

(1) Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.

*(2) Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens **in den nächsten zwölf Monaten** ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.*

Wie zu § 15a InsO-E bereits ausgeführt, begrüßen wir die Beibehaltung des Insolvenzgrundes der Überschuldung, wenn auch modifiziert.

Mit der vorgeschlagenen Änderung in § 19 Abs. 2 InsO-E greift der Entwurf einen Vorschlag von *Brinkmann* (NZI 2019, 921, 924) auf. Tatsächlich dienen die Änderungen in §§ 18 und 19 InsO-E einer kohärenten Abgrenzung der Anwendungsbereiche von InsO und StaRUG. Inhaltlich wird hierzu in den Anmerkungen zu § 19 StaRUG-E Stellung genommen.

§ 21 Anordnung vorläufiger Maßnahmen

(...)

(2) Das Gericht kann insbesondere

1. einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen, für den § 8 Absatz 3 und die §§ 56 bis 56b, 58 bis 66 und 269a entsprechend gelten;

1a. einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, für den § 67 Absatz 2, 3 und die §§ 69 bis 73 entsprechend gelten; zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses können auch Personen bestellt werden, die erst mit Eröffnung des Verfahrens Gläubiger werden;

(...)

Der Verweis des § 21 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1a InsO-E wird, entsprechend dem Vorschlag der ESUG-Evaluation, auf § 67 Absatz 3 InsO erstreckt und vom VID begrüßt².

² Vgl. auch VID-Eckpunktepapier zur ESUG-Evaluation vom 14.10.2019, abrufbar unter <https://www.vid.de/initiativen/eckpunkte-papier-zur-esug-evaluation/>

Damit können künftig, wie auch beim (endgültigen) Gläubigerausschuss auch solche Personen zu Mitgliedern des (vorläufigen) Gläubigerausschusses bestellt werden, die keine Gläubiger sind. Durch die Änderung soll, so die Entwurfsbegründung (S. 212 f.), vor allem ermöglicht werden, dass Vertreter von Gewerkschaften als Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses berufen werden können. Die Ergänzung in § 21 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1a) InsO-E wird begrüßt.

§ 55 Sonstige Masseverbindlichkeiten

(...)

~~(4) Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners aus dem Steuerschuldverhältnis, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder vom Schuldner mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters begründet worden sind, gelten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeit.~~

(4) Umsatzsteuerverbindlichkeiten des Insolvenzschuldners, die von einem vorläufigen Insolvenzverwalter oder vom Schuldner mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters oder vom Schuldner nach Bestellung eines vorläufigen Sachwalters begründet worden sind, gelten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeit.

Der VID³ setzt sich bereits seit geraumer Zeit dafür ein, die Regelung des § 55 Abs. 4 InsO abzuschaffen.

Gleichwohl § 55 Abs. 4 InsO nicht abgeschafft werden soll, greift der Entwurf den alternativen Vorschlag auf, wonach § 55 Abs. 4 InsO auch in der vorläufigen Eigenverwaltung gelten soll. Die Ungleichbehandlung in Bezug auf Steuerforderungen wird im Sinne des Fiskus bei Regel- und Eigenverwaltungsverfahren damit beendet und ist zu begrüßen.

§ 56 Bestellung des Insolvenzverwalters

³ Zuletzt vgl. VID-Eckpunktepapier zur ESUG-Evaluation vom 14.10.2019, abrufbar unter <https://www.vid.de/initiativen/eckpunktepapier-zur-esug-evaluation/>

(1) Zum Insolvenzverwalter ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und dem Schuldner unabhängige natürliche Person zu bestellen, die aus dem Kreis aller zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen bereiten Personen auszuwählen ist.

Wer als Restrukturierungsbeauftragter oder Sanierungsmoderator in einer Restrukturierungssache des Schuldners tätig war, kann nur dann zum Insolvenzverwalter bestellt werden, wenn der vorläufige Gläubigerausschuss zustimmt.

Die Bereitschaft zur Übernahme von Insolvenzverwaltungen kann auf bestimmte Verfahren beschränkt werden. Die erforderliche Unabhängigkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass die Person

1. vom Schuldner oder von einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist oder

2. den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat.

(...)

Durch § 56 Abs. 1 Satz 2 InsO-E wird geregelt, dass die Person, die als Restrukturierungsbeauftragter in einer Restrukturierungssache der Schuldnerin oder als Sanierungsmoderator tätig war, nur mit Zustimmung des vorläufigen Gläubigerausschusses zum Insolvenzverwalter bestellt werden kann.

Maßgeblich ist, dass keine Interessenkollision zwischen Restrukturierungsbeauftragtem/-moderator und späterem Verwalter (Sachwalter/Insolvenzverwalter) vorliegt. Auch § 101 Abs. 2 StaRUG geht davon aus, dass das Restrukturierungsgericht die Sanierungsmoderatorin grundsätzlich zur Restrukturierungsbeauftragten bestellen kann.

Die Regelung bedeutet allerdings, dass in Fällen ohne Gläubigerausschuss ein Personenwechsel zwingend ist. Überlegenswert wäre daher folgende Änderung:

„... kann zum Insolvenzverwalter bestellt werden, in Fällen, in denen ein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt ist, jedoch nur mit dessen Zustimmung.“

Es sollte zudem klargestellt werden, dass die Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 2 InsO-E auch für den vorläufigen Sachwalter gilt.

§ 56 InsO sollte zumindest durch eine Abs. 3 ergänzt werden, der dem BMJV die Ermächtigung für die Schaffung einer Berufsausübungsordnung für Sachwalter und Insolvenzverwalter einräumt. Die Wahl eines solchen Rechtsverordnungsmodells als erster Reformschritt hat den Vorteil, dass die grundrechtlichen Probleme der bisherigen Berufsrechtssituation nachhaltig und ohne größere Eingriffe in die bestehende Regelungssystematik der Insolvenzordnung gelöst werden können. Zudem können damit

wesentliche unionsrechtliche Verpflichtungen rechtzeitig erfüllt werden. Schließlich könnte insbesondere in Hinblick auf die Unabhängigkeit und die Arbeitsweise der Sanierungsmoderatorin und der Restrukturierungsbeauftragten eine rechtliche Basis geschaffen werden, auf welche durch entsprechende Verweisung Bezug genommen werden kann. Der VID hat hierzu ein konkretes Eckpunktepapier auch unter Würdigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte vorgelegt. https://www.vid.de/wp-content/uploads/2020/07/Eckpunktepapier_Berufsaus%C3%BCbung.pdf

§ 56a Gläubigerbeteiligung bei der Verwalterbestellung

(1) Vor der Bestellung des Verwalters ist dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zu geben, sich zu den Anforderungen, die an den Verwalter zu stellen sind, und zur Person des Verwalters zu äußern, soweit dies nicht innerhalb von zwei Werktagen offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

(2) Das Gericht darf von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist. Das Gericht hat bei der Auswahl des Verwalters die vom vorläufigen Gläubigerausschuss beschlossenen Anforderungen an die Person des Verwalters zugrunde zu legen.

~~*(3) Hat das Gericht mit Rücksicht auf eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners von einer Anhörung nach Absatz 1 abgesehen, so kann der vorläufige Gläubigerausschuss in seiner ersten Sitzung einstimmig eine andere Person als die bestellte zum Insolvenzverwalter wählen.*~~

(3) Sieht das Gericht mit Rücksicht auf eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners von einer Anhörung nach Absatz 1 ab, hat es seine Entscheidung schriftlich zu begründen. Der vorläufige Gläubigerausschuss kann in seiner ersten Sitzung einstimmig eine andere Person als die bestellte zum Insolvenzverwalter wählen.

Die Regelungen des § 56a InsO-E, insbesondere die schriftliche Begründung der Ablehnungsentscheidung durch das Gericht sind zu begrüßen.

§ 59 Entlassung des Insolvenzverwalters

(1) Das Insolvenzgericht kann den Insolvenzverwalter aus wichtigem Grund aus dem Amt entlassen. ~~Die Entlassung kann von Amts wegen oder auf Antrag des Verwalters, des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung erfolgen.~~ Die Entlassung kann von Amts wegen oder auf Antrag des Verwalters, des Schuldners, der Gläubigerausschusses, der Gläubigerversammlung oder eines Insolvenzgläubigers erfolgen. Auf Antrag des Schuldners oder eines Insolvenzgläubigers erfolgt die Entlassung nur, wenn der Verwalter nicht unabhängig ist; dies ist von dem Antragsteller glaubhaft zu machen. Vor der Entscheidung des Gerichts ist der Verwalter zu hören.

(2) Gegen die Entlassung steht dem Verwalter die sofortige Beschwerde zu. ~~Gegen die Ablehnung des Antrags steht dem Verwalter, dem Gläubigerausschuß oder, wenn die Gläubigerversammlung den Antrag gestellt hat, jedem Insolvenzgläubiger die sofortige Beschwerde zu.~~ Gegen die Ablehnung des Antrags steht dem Antragsteller die sofortige Beschwerde zu. Hat die Gläubigerversammlung den Antrag gestellt, steht auch jedem Insolvenzgläubiger die sofortige Beschwerde zu.

Die Änderungen in § 59 InsO-E dienen der Umsetzung des Art. 26 Abs. 1d) der RL.

Zu den Aufgaben eines Insolvenzverwalters und Sachwalters gehört es, gegenüber Insolvenzgläubigern und den Organen der Schuldner Anfechtungs- und Organhaftungsansprüche geltend zu machen. Die Praxis zeigt, dass die Geltendmachung häufig nicht nur zu Rechtsstreitigkeiten, sondern auch zu Anfeindungen gegen den Anspruchsteller führt.

Der VID sieht die Gefahr, dass diese Umstände bei einer Umsetzung der Regelung des § 59 InsO-E in der Fassung des RefE häufig zur Stellung von Entlassungsanträgen führen kann. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass die Gerichte gehäuft mit Anträgen konfrontiert werden und die Souveränität und Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, der der Gesamtheit der Gläubiger verpflichtet ist, in Gefahr ist. Die vorgeschlagene Regelung unterstreicht nachdrücklich die Notwendigkeit einer weiteren gesetzlichen Konkretisierung des Gebots der Unabhängigkeit, das ansonsten in einer Vielzahl einzelgerichtlicher Entscheidungen nur durch großen Aufwand klare Konturen gewinnen wird.

Die Richtlinie gibt keinen Zeitraum für den Entlassungsantrag des Schuldners und einzelner Gläubiger vor. Hier sollte eine Befristung in Betracht gezogen werden oder eine widerlegliche Vermutung hinsichtlich der Antragsberechtigung einzelner Gläubiger und des Schuldners. Vorzugswürdig ist eine Befristung. Für den Insolvenzverwalter, der über 12 Monate das Insolvenzverfahren so zur Zufriedenheit der Gläubiger und des Schuldners so führt, dass kein Antrag nach § 59 Abs. 1 InsO gestellt wird, streitet dieser Umstand. Wenn der Insolvenzverwalter bei einem typischen Verfahrensablauf nach einem Zeitraum von einem Jahr nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Geschäftsunterlagen für die Geltendmachung von Ansprüchen aus Organhaftung und Insolvenzanfechtung aufbereitet hat, um diese

Masseansprüche zu realisieren, kann sein Tätigwerden nicht dadurch konterkariert werden, dass seine Anspruchsgegner Anträge nach § 59 InsO stellen.

Vor diesem Hintergrund regen wir die folgende Anfügung nach § 59 Abs. 1 Satz 2 InsO an:

„Auf Antrag des Schuldners oder eines Insolvenzgläubigers erfolgt die Entlassung nur, wenn der Antrag innerhalb eines Jahres nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt wird und wenn der Verwalter nicht unabhängig ist; dies ist von dem Antragsteller glaubhaft zu machen.“

§ 64 Festsetzung durch das Gericht

(1) Das Insolvenzgericht setzt die Vergütung und die zu erstattenden Auslagen des Insolvenzverwalters durch Beschluß fest.

~~*(2) Der Beschluß ist öffentlich bekanntzumachen und dem Verwalter, dem Schuldner und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, den Mitgliedern des Ausschusses besonders zuzustellen. Die festgesetzten Beträge sind nicht zu veröffentlichen; in der öffentlichen Bekanntmachung ist darauf hinzuweisen, daß der vollständige Beschluß in der Geschäftsstelle eingesehen werden kann.*~~

(2) Der Beschluss ist dem Verwalter, dem Schuldner und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, den Mitgliedern des Ausschusses besonders zuzustellen. Es ist sofort öffentlich bekanntzumachen, dass der Beschluss ergangen ist und dass er in der Geschäftsstelle eingesehen werden und über das Gläubigerinformationssystem des Insolvenzverwalters nach § 5 Absatz 5 abgerufen werden kann, sofern ein solches vorzuhalten ist.

(3) Gegen den Beschluß steht dem Verwalter, dem Schuldner und jedem Insolvenzgläubiger die sofortige Beschwerde zu. § 567 Abs. 2 der Zivilprozeßordnung gilt entsprechend. Abweichend von § 569 Absatz 1 der Zivilprozessordnung beträgt die Frist für die Einlegung der sofortigen Beschwerde vier Wochen. Sie beginnt mit der öffentlichen Bekanntmachung nach Absatz 2 Satz 2. Ist der Verwalter zur Unterhaltung eines Gläubigerinformationssystems nach § 5 Absatz 5 verpflichtet, beginnt die Beschwerdefrist nicht vor der Bereitstellung des Beschlusses in diesem System.

Der VID begrüßt die vorgeschlagenen Neuregelungen des § 64 Abs. 2 und 3 InsO-E. Diese sind im Hinblick auf die BGH-Entscheidung vom 14.12.2017 (Az. IX ZB 65/15) und die bislang uneinheitliche Veröffentlichungspraxis geeignet, für Rechtssicherheit zu sorgen. Zugleich werden etwaige schützenswerte Belange der Beteiligten, die durch eine Veröffentlichung berührt werden könnten, geschützt.

(Vgl. auch S. 214 der Entwurfsbegründung). Eine entsprechende Information zum Inhalt der Vergütungsbeschlüsse erfolgt auf diese Weise ausschließlich an die betroffenen Verfahrensbeteiligten.⁴

§ 66 Rechnungslegung

(1) Der Insolvenzverwalter hat bei der Beendigung seines Amtes einer Gläubigerversammlung Rechnung zulegen. ~~Der Insolvenzplan kann eine abweichende Regelung treffen.~~

(2) Vor der Gläubigerversammlung prüft das Insolvenzgericht die Schlußrechnung des Verwalters. Es legt die Schlußrechnung mit den Belegen, mit einem Vermerk über die Prüfung und, wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, mit dessen Bemerkungen zur Einsicht der Beteiligten aus; es kann dem Gläubigerausschuß für dessen Stellungnahme eine Frist setzen. Der Zeitraum zwischen der Auslegung der Unterlagen und dem Termin der Gläubigerversammlung soll mindestens eine Woche betragen.

(3) Die Gläubigerversammlung kann dem Verwalter aufgeben, zu bestimmten Zeitpunkten während des Verfahrens Zwischenrechnung zu legen. Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend.

(4) Der Insolvenzplan kann eine abweichende Regelung treffen.

Durch die redaktionelle Verschiebung von § 66 Abs. 1 S. 2 InsO in den neuen § 66 Abs. 4 InsO-E wird ein praktisches Problem behoben. Bisher konnten die Gläubiger zwar im Plan wirksam auf die Schlussrechnungslegung zur Verfahrensbeschleunigung verzichten. Dieser Beschluss war für das Insolvenzgericht jedoch nicht bindend und es drohten – gerade bei belegstarken Verfahren – so längere, unkalkulierbare Verzögerungen im Nachgang zu einem rechtskräftig bestätigten Plan, sofern das Gericht seiner Prüfungspflicht nachkam.

§ 174 Anmeldung der Forderungen

(1) Die Insolvenzgläubiger haben ihre Forderungen schriftlich beim Insolvenzverwalter anzumelden. Der Anmeldung sollen die Urkunden, aus denen sich die Forderung ergibt, in Abdruck beigefügt werden. Zur

⁴ Vgl. hierzu auch Bergner/Berg ZIP 2018, 858 m. w. N.

Vertretung des Gläubigers im Verfahren nach diesem Abschnitt sind auch Personenbefugt, die Inkassodienstleistungen erbringen (registrierte Personen nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Rechtsdienstleistungsgesetzes).

(2) Bei der Anmeldung sind der Grund und der Betrag der Forderung anzugeben sowie die Tatsachen, aus denen sich nach Einschätzung des Gläubigers ergibt, dass ihr eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung, eine vorsätzliche pflichtwidrige Verletzung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht oder eine Steuerstraftat des Schuldners nach den §§ 370, 373 oder § 374 der Abgabenordnung zugrunde liegt.

(3) Die Forderungen nachrangiger Gläubiger sind nur anzumelden, soweit das Insolvenzgericht besonders zur Anmeldung dieser Forderungen auffordert. Bei der Anmeldung solcher Forderungen ist auf den Nachranghinzuweisen und die dem Gläubiger zustehende Rangstelle zu bezeichnen.

(4) Die Anmeldung kann durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments erfolgen, wenn der Insolvenzverwalter der Übermittlung elektronischer Dokumente ausdrücklich zugestimmt hat. ~~In diesem Fall sollen die Urkunden, aus denen sich die Forderung ergibt, unverzüglich nachgereicht werden.~~ Als Urkunde im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 kann in diesem Fall auch eine elektronische Rechnung im Sinne des § 2 Absatz 2 der E-Rechnungsverordnung übermittelt werden. Auf Verlangen des Insolvenzverwalters oder des Insolvenzgerichts sind Ausdrucke, Abschriften oder Originale von Urkunden einzureichen.

Hier wurde die Chance verpasst die aktuellen elektronischen Medien stärker in den Verfahrensablauf einzubinden. Anmeldungen per Mail oder beA, deren ausdrückliche gesetzliche Zulassung Zweifel der Beteiligten beseitigen könnte, werden nicht ausdrücklich zugelassen. Zu diesen Themen existieren nach wie vor dutzende gerichtliche Vorgaben, die eine konsequente Nutzung der technischen Möglichkeiten behindern. Diese Möglichkeiten gehen heute weit über ältere gesetzliche Regelungen hinaus und würden bei ihrer Nutzung gerade in Kollektivverfahren ein erhebliches Potential der Verfahrensbeschleunigung und Kostenreduzierung bei allen Verfahrensbeteiligten eröffnen (vgl. hierzu etwa Niering/Bergner in der FS Kayser, S. 613 ff.). Die Diskussion wird unter dem Stichwort Insolvenzverfahren 4.0. geführt und hat auch Berücksichtigung im Koalitionsvertrag gefunden.

Ein Rekurs auf herkömmliche Formen der urschriftlichen Übermittlung sollte vor diesem Hintergrund nicht in das Belieben von Insolvenzverwaltern oder Insolvenzgerichten gestellt, sondern zumindest vom Nachweis seiner Notwendigkeit im Einzelfall abhängig gemacht werden. Angesichts der erheblichen Kosten, die ansonsten vor allem in großen Verfahren ohne die Notwendigkeit einer Rechtfertigung ausgelöst werden könnten, erscheint eine solche gesetzliche Vorkehrung dringend geboten.

Vorbemerkung zum Insolvenzplan

Grundlegende Änderungen zu Art und Ablauf des Insolvenzplanverfahrens sind im Referentenentwurf des SanInsFoG nicht enthalten. Neben einigen sinnvollen Klarstellungen bezüglich einiger praktischer Probleme, ist insbesondere zu begrüßen, dass sich im Entwurf erstmals das ausdrückliche Erfordernis einer Vergleichsrechnung zu einer Verfahrensabwicklung ohne Plan findet. Dieses war bislang lediglich aus verschiedenen Regelungen abgeleitet worden. Insbesondere hervorzuheben und zu begrüßen ist, dass – entgegen der bislang wohl herrschenden Meinung- zukünftig auch die verpflichtende Variante einer Fortführung des Betriebes und dessen Verkaufs im Vergleich zum Plan zu erörtern ist. Üblich war in der Praxis hier bislang nur der Vergleich zu einer in der Regel masseschädlichen Liquidation sowohl des Unternehmensträgers als auch der operativen Einheit im Vergleich zur Sanierung über einen Insolvenzplan. Schließlich findet sich ein interessanter – wenngleich systematisch nicht unproblematischer – Bruch zur nun möglichen Einbeziehung konzerninterner Drittsicherheiten in die Wirkungen eines Plans. Im Einzelnen:

§ 217 Grundsatz

(1) Die Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger und der Insolvenzgläubiger, die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung an die Beteiligten sowie die Verfahrensabwicklung und die Haftung des Schuldners nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens können in einem Insolvenzplan abweichend von den Vorschriften dieses Gesetzes geregelt werden. Ist der Schuldner keine natürliche Person, so können auch die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Plan einbezogen werden.

(2) Der Insolvenzplan kann ferner die Rechte der Inhaber von Insolvenzforderungen gestalten, die diesen aus einer von einem Tochterunternehmen im Sinne von § 290 des Handelsgesetzbuchs als Bürge, Mitschuldner oder aufgrund einer anderweitig übernommenen Haftung oder an Gegenständen des Vermögens dieses Unternehmens (gruppeninterne Drittsicherheit) zustehen.

Ein gänzlich neuer Ansatz ist die im § 217 Abs. 2 InsO-E geschaffene Möglichkeit des Eingriffs in gruppeninterne Drittsicherheiten. Bislang galt der Grundsatz, dass sich der Eingriff über den Gestaltenden Teil des Plans ausschließlich auf die Rechte und Pflichten im Verhältnis zum Schuldner beschränkte und Rechte der Insolvenzgläubiger gegenüber Mitschuldnern, Bürgen und anderweitigen Sicherheitsgebern unberührt blieben (vgl. § 254 Abs. 2 InsO). Eine Neuregelung dieser Drittsicherheiten bedurfte bislang somit stets einer Individualabrede.

Nun lässt die Neuregelung in § 220 Abs. 3 InsO-E Eingriffe durch den Plan in von Konzerntöchtern gestellte Drittsicherheiten unter Beachtung eines Kataloges an zu beachtenden Voraussetzungen zu - so etwa in § 222 Abs. 1 Nr. 5 InsO-E als Pflichtgruppe bei Eingriffen, einer negativen Vermutung in § 223a InsO-E nebst Entschädigungs- (vgl. § 230 Abs. 4) und Zustimmungspflicht sowie einer beschränkten Geltung des Obstruktionsverbotes über § 245 Abs. 2a InsO-E.

Dies stellt zunächst einmal einen – offenbar gewünschten – Bruch der bisherigen Systematik einer strikten Trennung der Vermögenssphären von Konzernunternehmen im Insolvenzverfahren dar. Als positiv kann man hier sicherlich die Schaffung eines neuen Sanierungsinstrumentes bewerten, um so ggf. die Aussichten für eine nachhaltige Sanierung eines Konzerns zu verbessern. Kritisch und ggf. streitverursachend könnte sich dagegen die Frage der Werthaltigkeit einer durch den Plan betroffenen Drittsicherheit insbesondere einer nicht insolventen Konzerntochter gestalten. Hier fehlt es ggf. an einer hinreichend transparenten Grundlage über die genaue Bewertung des Vermögens einer Konzerntochter außerhalb der Aufsicht von Insolvenzgericht, Insolvenzverwalter oder Sachwalter, wengleich hierzu gemäß § 220 Abs. 3 InsO-E Ausführungen in den Darstellenden Teil verpflichtend sind, falls ein Eingriff erfolgt. Neben absehbaren Bewertungsproblemen stellt sich ferner die Frage, weshalb die Möglichkeit nur im Verhältnis der Gruppenmutter zur Tochter und nicht auch umgekehrt zugelassen wird, wenn man diesen Bruch zur bisherigen Systematik vornimmt - zumal gerade eine Mithaftung von übergeordneten Holdingstrukturen für Pflichten von Töchtern üblich sind. Hinzu kommt gerade im Bereich der KMU auch die Frage einer wünschenswerten Enthäftungsmöglichkeit für geschäftsführende Gesellschafter, die in der Regel persönlich über Bürgschaften oder persönliche Sicherheiten für Verbindlichkeiten eines KMU-Schuldners haften.

Sofern man die Zielrichtung dieser Neuregelung konsequent weiterdenkt – gerade auch unter Beachtung der Ziele der Richtlinie – sollte auch in diesem Verhältnis ein Eingriff zugelassen werden oder insgesamt von der Möglichkeit wieder Abstand genommen werden.

§ 220 Darstellender Teil

(1) Im darstellenden Teil des Insolvenzplans wird beschrieben, welche Maßnahmen nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens getroffen worden sind oder noch getroffen werden sollen, um die Grundlagen für die geplante Gestaltung der Rechte der Beteiligten zu schaffen.

(2) Der darstellende Teil ~~señ~~ muss alle sonstigen Angaben zu den Grundlagen und den Auswirkungen des Plans enthalten, die für die Entscheidung der Beteiligten über die Zustimmung zum Plan und für dessen gerichtliche Bestätigung erheblich sind.

Er enthält insbesondere eine Vergleichsrechnung, in der die Auswirkungen des Plans auf die voraussichtliche Befriedigung der Gläubiger dargestellt werden. Sieht der Plan eine Fortführung des Unternehmens vor, ist für die Ermittlung der voraussichtlichen Befriedigung ohne Plan in der Regel zu unterstellen, dass das Unternehmen fortgeführt wird. Dies gilt nicht, wenn ein Verkauf des Unternehmens oder eine anderweitige Fortführung aussichtslos ist.

(3) Sieht der Insolvenzplan Eingriffe in die Rechte von Insolvenzgläubigern aus gruppeninternen Drittsicherheiten (§ 217 Absatz 2) vor, sind in die Darstellung auch die Verhältnisse des die Sicherheit gewährenden Tochterunternehmens und die Auswirkungen des Plans auf dieses Unternehmen einzubeziehen.

Obwohl es sich eigentlich um eine Kernfrage des Planverfahrens handelt, fehlte es bislang an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zur zwingenden Vornahme einer Vergleichsrechnung im Insolvenzplan zu anderen möglichen Varianten der Verfahrensabwicklung. Praktisch leitete man dieses Bedürfnis bislang aus § 220 Abs. 2 InsO als wichtigen Baustein des Darstellenden Teils ab, da nur so eine Schlechterstellung etwaig opponierender Gläubiger nach §§ 245, 251 InsO überhaupt überprüft werden konnte. Nicht geregelt war in diesem Zusammenhang indes die Frage, welcher Vergleichsmaßstab zu beachten ist. Überwiegend konzentrierte man sich dabei auf die Frage des Erhalts des bisherigen Rechtsträgers in den Varianten mit oder ohne Plan. Mithin galt es lediglich die in der Regel eher leichte Hürde eines Liquidationsszenarios für den schuldnerischen Rechtsträger nebst dem dazugehörigen operativen Betrieb zu nehmen, die nicht selten in einer absehbaren Masseunzulänglichkeit enden würde. Hierdurch ließen sich bei einem Erhalt des Rechtsträgers nebst Sanierung des Betriebes über einen Insolvenzplan häufig schon sehr geringe quotale Auszahlungen als vorteilhaft gegenüber einer Regelabwicklung rechtfertigen, was nicht selten zu Unmut führte. Dies insbesondere, wenn im Plan dem sanierten Schuldner erhebliche Vermögensgegenstände belassen und nicht ausgeschüttet wurden, weil sie im fiktiven Fall der Liquidation ohnehin aufgezehrt worden wären.

Wengleich dies in Literatur und Rechtsprechung wiederholt gefordert wurde, gab es dagegen keinen einheitlich verpflichtenden Vergleichsmaßstab zu einem möglichen Erhalt des operativen Betriebes über eine übertragende Sanierung auf einen neuen Rechtsträger. Dies führte zu zumindest erhöhten Risiken sowohl auf Seiten des Planerstellers als auch für die beteiligten Gläubiger, sofern auch dieses Szenario realistisch erschien.

In der Neufassung des § 220 Abs. 2 InsO-E findet sich nun erstmals die ausdrückliche Pflicht zur Vornahme einer vergleichsweisen Betrachtung und dabei insbesondere auch einer verbindlichen Prüfung der Möglichkeit einer Fortführung nebst späterem Unternehmensverkauf als Alternativszenario zum

Plan. Hier müssen nun inhaltliche Gründe ausgeführt werden – wie etwa an den Rechtsträger gebundene und nicht einfach übertragbare Zulassungen oder Vertragsverhältnisse – um zu dokumentieren, dass die Variante Insolvenzplan zu keinen Nachteilen führt.

Die Aufnahme der Vergleichsrechnung⁵ und der strenge Vergleichsmaßstab des § 220 Abs. 2 InsO-E werden begrüßt.

Sinnvoll erscheint an dieser Stelle jedoch eine Ergänzung des § 220 Abs. 2 InsO-E wie folgt: „Die Vergleichsrechnung soll zu einem Stichtag erfolgen, der zum Zeitpunkt der Vorlage nicht länger als drei Monate zurückliegt.“⁶

§ 221 Gestaltender Teil

Im gestaltenden Teil des Insolvenzplans wird festgelegt, wie die Rechtsstellung der Beteiligten durch den Plan geändert werden soll. Der Insolvenzverwalter kann durch den Plan bevollmächtigt werden, die zur Umsetzung notwendigen Maßnahmen zu ergreifen und offensichtliche Fehler des Plans zu berichtigen. Zudem kann im Plan vorgesehen werden, dass der Insolvenzverwalter auch nach Aufhebung des Verfahrens Umsetzungsmaßnahmen, insbesondere Auszahlungen an Gläubiger, vornehmen soll.

In § 221 S. 3 InsO-E sollten, neben den geplanten Weiterungen, auch die – in der Praxis häufig gewünschten – Auszahlungen durch den Sachwalter nach Verfahrensaufhebung ausdrücklich zugelassen werden.

§ 232 Stellungnahmen zum Plan

(1) Wird der Insolvenzplan nicht zurückgewiesen, so leitet das Insolvenzgericht ihn zur Stellungnahme Nach Vorlage des Plans leitet das Insolvenzgericht den Insolvenzplan zur Stellungnahme, insbesondere zur Vergleichsrechnung, zu:

⁵ Vgl. auch VID-Eckpunktepapier zur ESUG-Evaluation vom 14.10.2019, abrufbar unter <https://www.vid.de/initiativen/eckpunkte-papier-zur-esug-evaluation/>

⁶ Vgl. auch VID-Eckpunktepapier zur ESUG-Evaluation vom 14.10.2019, abrufbar unter <https://www.vid.de/initiativen/eckpunkte-papier-zur-esug-evaluation/>

- 1. dem Gläubigerausschuß, wenn ein solcher bestellt ist, dem Betriebsrat und dem Sprecherausschuß der leitenden Angestellten;*
- 2. dem Schuldner, wenn der Insolvenzverwalter den Plan vorgelegt hat;*
- 3. dem Verwalter, wenn der Schuldner den Plan vorgelegt hat.*

(2) Das Gericht kann auch der für den Schuldner zuständigen amtlichen Berufsvertretung der Industrie, des Handels, des Handwerks oder der Landwirtschaft oder anderen sachkundigen Stellen Gelegenheit zur Äußerung geben. Enthält eine Stellungnahme neuen Tatsachenvortrag, auf den das Gericht eine Zurückweisungsentscheidung stützen will, hat das Gericht die Stellungnahme dem Planvorleger und den anderen nach Absatz 1 zur Stellungnahme Berechtigten zur Stellungnahme binnen einer Frist von höchstens einer Woche zuleiten.

(3) Das Gericht bestimmt eine Frist für die Abgabe der Stellungnahmen. Die Frist soll zwei Wochen nicht überschreiten.

Auch hier zeigt sich, dass der Gesetzgeber die Frage der Vergleichsrechnung weiter in den Vordergrund drängt. Im Rahmen der Verfahrensbearbeitung kommt damit dem Gläubigerausschuß naturgemäß ein viel größeres Maß an betriebswirtschaftlichen Kenntnissen zu.

§ 245a Schlechterstellung bei natürlichen Personen

Ist der Schuldner eine natürliche Person, ist für die Prüfung einer voraussichtlichen Schlechterstellung nach § 245 Absatz 1 Nummer 1 im Zweifel davon auszugehen, dass die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Schuldners zum Zeitpunkt der Abstimmung über den Insolvenzplan für die Verfahrensdauer und den Zeitraum, in dem die Insolvenzgläubiger ihre restlichen Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen können, maßgeblich bleiben. Hat der Schuldner einen zulässigen Antrag auf Restschuldbefreiung gestellt, ist im Zweifel zudem anzunehmen, dass die Restschuldbefreiung zum Ablauf der Abtretungsfrist des § 287 Absatz 2 erteilt wird.

Eine weitere sinnvolle Klarstellung findet sich in § 245a InsO-E in Bezug auf die Vergleichsrechnung bei Insolvenzplänen über das Vermögen natürlicher Personen. Hier soll nun eine – widerlegliche - Vermutung gelten, dass es im Zweifel während eines zum Plan alternativen Regelverfahrens, insbesondere bei angestrebter Restschuldbefreiung, zu keinen wesentlichen Veränderungen der Lebenssituation des Schuldners kommen wird. Auch dies schärft zumindest die Anforderungen an eine regelmäßig wiederkehrende praktische Problemstellung.

§ 252 Bekanntgabe der Entscheidung

(1) Der Beschluß, durch den der Insolvenzplan bestätigt oder seine Bestätigung versagt wird, ist im Abstimmungstermin oder in einem alsbald zu bestimmenden besonderen Termin zu verkünden. § 74 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

*(2) Wird der Plan bestätigt, so ist den Insolvenzgläubigern, die Forderungen angemeldet haben, und den absonderungsberechtigten Gläubigern unter Hinweis auf die Bestätigung ein Abdruck des Plans oder eine Zusammenfassung seines wesentlichen Inhalts zu übersenden. Sind die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Plan einbezogen, so sind auch diesen die Unterlagen zu übersenden; dies gilt nicht für Aktionäre oder Kommanditaktionäre. **§ 8 Absatz 3 gilt entsprechend.** Börsennotierte Gesellschaften haben eine Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts des Plans über ihre Internetseite zugänglich zu machen.*

Die nun in § 252 Abs. 2 S. 3 InsO-E und § 221 S. 3 InsO-E genannten Regelungen bestätigen die bereits gelebte Praxis. So kann die Zustellung des bestätigten Plans zukünftig auch rechtmäßig gemäß § 252 Abs. 2 S. 3 InsO-E durch den Insolvenzverwalter erfolgen.

Ergänzend wäre wünschenswert, dass eine nochmalige Zustellung im vollständigen Abdruck unterbleiben kann, sofern der Plan gegenüber der Ladung zum Erörterungs- und Abstimmungstermin unverändert geblieben ist. Dann sollte unter Hinweis darauf die bloße Übersendung des Bestätigungsbeschlusses ausreichen.

§ 258 Aufhebung des Insolvenzverfahrens

(1) Sobald die Bestätigung des Insolvenzplans rechtskräftig ist und der Insolvenzplan nicht etwas anderes vorsieht, beschließt das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens.

(2) Vor der Aufhebung hat der Verwalter die unstreitigen fälligen Masseansprüche zu berichtigen und für die streitigen oder nicht fälligen Sicherheit zu leisten. Für die nicht fälligen Masseansprüche kann auch ein Finanzplan vorgelegt werden, aus dem sich ergibt, dass ihre Erfüllung gewährleistet ist.

~~*(3) Der Beschluß und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekanntzumachen. Der Schuldner, der Insolvenzverwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind vorab über den Zeitpunkt des*~~

~~Wirksamwerdens der Aufhebung (§ 9 Abs. 1 Satz 3) zu unterrichten. § 200 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.~~

(3) Der Beschluss enthält den Zeitpunkt der Aufhebung, der frühestens zwei Tage nach der Beschlussfassung liegen soll. Der Beschluss und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekanntzumachen. Der Schuldner, der Insolvenzverwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind vorab über den Zeitpunkt der Aufhebung zu unterrichten. § 200 Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend. Ist der Zeitpunkt der Aufhebung nicht angegeben, wird die Aufhebung wirksam, sobald nach dem Tag der Veröffentlichung zwei weitere Tage verstrichen sind.

Ebenfalls zweckmäßig erscheint die Konkretisierung in § 258 Abs. 3 InsO-E, wonach im Aufhebungsbeschluss ein planbarer (und zu veröffentlichender) Aufhebungszeitpunkt zu nennen ist. Gerade bei laufenden Betrieben, in welchen täglich neue Masseverbindlichkeiten begründet werden, stellt die Verpflichtung in § 258 Abs. 2 InsO zur Begleichung aller bis zur Aufhebung fälligen unstreitigen Masseverbindlichkeiten die Praxis insoweit vor Probleme, als das kein verbindlicher Aufhebungstermin existiert. Auch die übrigen Beteiligten können sich auf den Aufhebungstermin besser vorbereiten und so die Voraussetzungen für eine nahtlose Handlungsfähigkeit des Schuldners schaffen, so z.B. in Bezug auf die Kontoführung.

§ 270a Antrag; Eigenverwaltungsplanung

(1) Der Schuldner fügt dem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung eine Eigenverwaltungsplanung bei, welche umfasst:

- 1. einen Finanzplan, der den Zeitraum von sechs Monaten abdeckt und eine fundierte Darstellung der Finanzierungsquellen enthält, durch welche die Fortführung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes und die Deckung der Kosten des Verfahrens in diesem Zeitraum sichergestellt werden soll,*
- 2. ein Konzept für die Bewältigung der Insolvenz, welches auf Grundlage einer Darstellung von Art, Ausmaß und Ursachen der Krise das Ziel der Eigenverwaltung und die Maßnahmen beschreibt, welche zur Erreichung des Ziels in Aussicht genommen werden,*
- 3. eine Darstellung des Stands von Verhandlungen mit Gläubigern, den am Schuldner beteiligten Personen und Dritten zu den in Aussicht genommenen Maßnahmen,*
- 4. eine Darstellung der Vorkehrungen, die der Schuldner getroffen hat, um seine Fähigkeit sicherzustellen, insolvenzrechtliche Pflichten zu erfüllen, und*

5. eine begründete Darstellung etwaiger Mehr- oder Minderkosten, die im Rahmen der Eigenverwaltung im Vergleich zu einem Regelverfahren und im Verhältnis zur Insolvenzmasse voraussichtlich anfallen werden.

(2) Des Weiteren hat der Schuldner zu erklären,

1. ob, in welchem Umfang und gegenüber welchen Gläubigern er sich mit der Erfüllung von Verbindlichkeiten aus Arbeitsverhältnissen, Pensionszusagen oder dem Steuerschuldverhältnis, gegenüber Sozialversicherungsträgern oder Lieferanten in Verzug befindet,

2. ob und in welchen Verfahren zu seinen Gunsten innerhalb der letzten drei Jahre vor dem Antrag Vollstreckungs- oder Verwertungssperren nach diesem Gesetz oder nach dem Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz angeordnet wurden und

3. ob er für die letzten drei Geschäftsjahre seinen Offenlegungspflichten, insbesondere nach den §§ 325 bis 328 oder 339 des Handelsgesetzbuches nachgekommen ist.

Die Neufassung des § 270a InsO-E und die darin geregelten Anforderungen an den schuldnerischen Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung enthalten eine Anzahl sinnvoller Anpassungen und Klarstellungen.

Dazu gehört die Aufnahme einer verpflichtenden Erklärung des Schuldners über etwaige rückständige Verbindlichkeiten aus Arbeitsverhältnissen, Pensionszusagen, gegenüber Sozialversicherungsträgern, der Finanzverwaltung oder Lieferanten (§ 270a Abs. 2 Nr. 1 InsO-E) sowie darüber, dass dieser seinen Offenlegungspflichten nachgekommen ist (§ 270a Abs. 2 Nr. 3 InsO-E).

Auch die in § 270a Abs. 1 Nr. 4 InsO-E enthaltene Vorgabe zur Darstellung der Vorkehrungen zur Sicherstellung der Erfüllung insolvenzrechtlicher Pflichten in der Eigenverwaltung erscheint mehr als angebracht – sei es durch Berufung eines Experten in die Geschäftsführung oder durch eingehende fachkundige Beratung (Vgl. Entwurfsbegründung S. 222).

Ebenfalls positiv zu bewerten ist die begründete Darstellung etwaiger Mehr- oder Minderkosten, die im Rahmen der Eigenverwaltung im Vergleich zum Regelverfahren und im Verhältnis zur Insolvenzmasse voraussichtlich anfallen werden (§ 270a Abs. 1 Nr. 5 InsO-E). „Hierzu gehören“, so die Entwurfsbegründung (S. 222), „insbesondere sämtliche Beraterkosten, auch diejenigen, die aufgrund einer spä-

teren Fälligkeit nicht in dem sechsmonatigen Finanzplan abgebildet sind. Daneben können, müssen jedoch nicht, auch etwaige erwartete mittelbare werterhaltende Effekte eines Eigenverwaltungsverfahrens dargelegt werden.“

§ 270b Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung

(1) Das Gericht bestellt einen vorläufigen Sachwalter, auf den die §§ 274 und 275 anzuwenden sind (vorläufige Eigenverwaltung), wenn

1. die Eigenverwaltungsplanung des Schuldners vollständig und schlüssig ist und

2. keine Umstände bekannt sind, aus denen sich ergibt, dass die Eigenverwaltungsplanung in wesentlichen Punkten auf unzutreffenden Tatsachen beruht.

Weist die Eigenverwaltungsplanung behebbare Mängel auf, kann das Gericht die vorläufige Eigenverwaltung einstweilen anordnen; in diesem Fall setzt es dem Schuldner eine Frist zur Nachbesserung, die drei Wochen nicht übersteigt.

(2) Sind nach dem gemäß § 270a Absatz 1 Nummer 1 übermittelten Finanzplan die Kosten der Eigenverwaltung und der Fortführung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs nicht gedeckt, übersteigen die nach § 270a Absatz 1 Nummer 5 ausgewiesenen voraussichtlichen Kosten der Eigenverwaltung in wesentlicher Weise die voraussichtlichen Kosten des Regelverfahrens oder sind Umstände bekannt, aus denen sich ergibt, dass

1. Zahlungsrückstände gegenüber Arbeitnehmern oder erhebliche Zahlungsrückstände gegenüber den weiteren in § 270a Absatz 2 Nummer 1 genannten Gläubigern bestehen,

2. zugunsten des Schuldners in den letzten drei Jahren vor der Stellung des Antrags Vollstreckungs- oder Verwertungssperren nach diesem Gesetz oder nach dem Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz angeordnet worden sind oder

3. der Schuldner in den letzten drei Jahren vor der Antragstellung gegen die Offenlegungsverpflichtungen, insbesondere nach den §§ 325 bis 328 oder 339 des Handelsgesetzbuches verstoßen hat,

erfolgt die Bestellung des vorläufigen Sachwalters nur, wenn trotz dieser Umstände zu erwarten ist, dass der Schuldner bereit und in der Lage ist, seine Geschäftsführung an den Interessen der Gläubiger auszurichten.

(3) Einem vorläufigen Gläubigerausschuss ist vor Erlass der Entscheidung nach Absatz 2 Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Ohne Äußerung des Gläubigerausschusses darf eine Entscheidung nur ergehen, wenn seit der Antragstellung zwei Werkzeuge vergangen sind oder wenn offensichtlich mit nachteiligen Veränderungen der Vermögenslage des Schuldners zu rechnen ist, die sich nicht anders als durch Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters abwenden lassen. An einen die vorläufige Eigenverwaltung unterstützenden einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses ist das Gericht gebunden. Stimmt der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig gegen die vorläufige Eigenverwaltung, unterbleibt die Anordnung.

(4) Bestellt das Gericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter, sind die Gründe hierfür schriftlich darzulegen. § 27 Absatz 2 Nummer 4 gilt entsprechend.

Weist die Eigenverwaltungsplanung behebbare Mängel auf, kann das Gericht gemäß § 270 b Abs. 1 Satz 2 InsO-E die vorläufige Eigenverwaltung einstweilen anordnen; in diesem Fall setzt es dem Schuldner eine Frist zur Nachbesserung, die drei Wochen nicht übersteigt.

Die Dauer der vorgeschlagenen Nachbesserungsfrist ist zu lang gewählt. So verlangt das Verfahren innerhalb kürzester Zeit geklärte Verhältnisse. Die Nachbesserungsfrist sollte daher von drei auf eine Woche verkürzt werden.

Die geplante Vorschrift des § 270b Abs. 3 Satz 2 InsO-E ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Bindungswirkung des einstimmigen Beschlusses überrascht zunächst, da bislang die Bindungswirkung nur bezüglich der Person des vorläufigen Sachwalters bekannt ist; ist jedoch folgerichtig. Angepasst werden sollte jedoch der Bezugspunkt der Frist („wenn seit der Antragstellung zwei Werkzeuge vergangen sind“) So ist nicht die Antragstellung, sondern die Anhörung für die Berechnung der Frist maßgeblich.

§ 270c Vorläufiges Eigenverwaltungsverfahren

(1) Das Gericht kann den vorläufigen Sachwalter beauftragen, Bericht zu erstatten über

1. die vom Schuldner vorgelegten Eigenverwaltungsplanung, insbesondere, ob diese von den erkannten und erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht, schlüssig ist und durchführbar erscheint,

2. die Vollständigkeit und Geeignetheit der Rechnungslegung und Buchführung als Grundlage für die Eigenverwaltungsplanung, insbesondere für die Finanzplanung,

3. das Bestehen von Haftungsansprüchen des Schuldners gegen amtierende oder ehemalige Mitglieder der Organe.

(2) Der Schuldner hat dem Gericht und dem vorläufigen Sachwalter unverzüglich wesentliche Änderungen mitzuteilen, welche die Eigenverwaltungsplanung betreffen.

(3) Das Gericht kann vorläufige Maßnahmen nach § 21 Absatz 1 und 2 Satz 1 Nummer 1a, 3 bis 5 anordnen. Ordnet das Gericht die vorläufige Eigenverwaltung nach § 270b Absatz 1 Satz 2 an, kann es zudem anordnen, dass Verfügungen des Schuldners der Zustimmung durch den vorläufigen Sachwalter bedürfen.

(4) Auf Antrag des Schuldners hat das Gericht anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet. Soll sich die Ermächtigung auf Verbindlichkeiten erstrecken, die im Finanzplan nicht berücksichtigt sind, bedarf dies einer besonderen Begründung. § 55 Absatz 2 gilt entsprechend.

(5) Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt und die Eigenverwaltung beantragt, sieht das Gericht jedoch die Voraussetzungen der Eigenverwaltung als nicht gegeben an, so hat es seine Bedenken dem Schuldner mitzuteilen und diesem Gelegenheit zu geben, den Eröffnungsantrag vor der Entscheidung über die Eröffnung zurückzunehmen.

„Nach Absatz 1 kann das Gericht die vorläufige Sachwalterin beauftragen, Bericht zu erstatten über die Vollständigkeit, Schlüssigkeit und Plausibilität der Eigenverwaltungsplanung, insbesondere, ob diese von den erkannten und erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht und durchführbar erscheint (Nummer 1), die Vollständigkeit und Geeignetheit der Rechnungslegung und Buchführung als Grundlage für die Eigenverwaltungsplanung, insbesondere für die Finanzplanung (Nummer 2) und das Bestehen von Haftungsansprüchen der Schuldnerin gegen amtierende oder ehemalige Mitglieder der Organe (Nummer 3). Ob eine Berichterstattung beauftragt wird, liegt im Ermessen des Gerichts“, so die Entwurfsbegründung.

Die Ermessensvorschrift des § 270c Abs. 1 InsO-E zur Berichterstattung durch den vorläufigen Sachwalter sollte, allein schon wegen der Haftungsansprüche (Nr. 3) zu einer SOLL- Bestimmung werden.

§ 270e Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung

(1) Die vorläufige Eigenverwaltung wird durch Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters aufgehoben, wenn

1. der Schuldner in schwerwiegender Weise gegen insolvenzrechtliche Pflichten verstößt oder sich auf sonstige Weise zeigt, dass er nicht bereit oder in der Lage ist, seine Geschäftsführung am Interesse der Gläubiger auszurichten, insbesondere wenn sich erweist, dass

a) der Schuldner die Eigenverwaltungsplanung in wesentlichen Punkten auf unzutreffende Tatsachen gestützt hat oder seinen Pflichten nach § 270c Absatz 2 nicht nachkommt,

b) die Rechnungslegung und Buchführung so unvollständig oder mangelhaft sind, dass sie keine Beurteilung der Eigenverwaltungsplanung, insbesondere des Finanzplans, ermöglichen,

c) Haftungsansprüche des Schuldners gegen amtierende oder ehemalige Mitglieder seiner Organe bestehen, deren Durchsetzung in der Eigenverwaltung erschwert werden könnte,

2. Mängel der Eigenverwaltungsplanung nicht innerhalb der gemäß § 270b Absatz 1 Satz 2 gesetzten Frist behoben werden,

3. die Erreichung des Eigenverwaltungsziels, insbesondere eine angestrebte Sanierung sich als aussichtslos erweist,

4. der vorläufige Sachwalter dies mit Zustimmung des vorläufigen Gläubigerausschusses oder der vorläufige Gläubigerausschuss dies beantragt,

5. der Schuldner dies beantragt.

(2) Die vorläufige Eigenverwaltung wird durch Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters zudem aufgehoben, wenn ein absonderungsberechtigter Gläubiger oder Insolvenzgläubiger die Aufhebung beantragt und glaubhaft macht, dass die Voraussetzungen für eine Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung nicht vorliegen und ihm durch die Eigenverwaltung erhebliche Nachteile drohen. Vor der Entscheidung über den Antrag ist der Schuldner zu hören. Gegen die Entscheidung steht dem Gläubiger und dem Schuldner die sofortige Beschwerde zu.

(3) Zum vorläufigen Insolvenzverwalter kann der bisherige vorläufige Sachwalter bestellt werden.

(4) Dem vorläufigen Gläubigerausschuss ist vor Erlass der Entscheidung nach Absatz 1 Nummer 1 oder 3 Gelegenheit zur Äußerung zu geben. § 270b Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend. Bestellt das Gericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter sind die Gründe hierfür schriftlich darzulegen. § 27 Absatz 2 Nummer 4 gilt entsprechend.

§ 270e InsO-E regelt die vereinfachte Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung. § 270e Abs. 1 Nr. 3 InsO-E sollte jedoch wie folgt ergänzt werden: „(...) insbesondere eine angestrebte Sanierung oder übertragende Sanierung sich als aussichtlos erweist.“ So sollte ein Asset Deal entsprechend der Praxis der letzten Jahre weiterhin ein zulässiges Ziel in einem eigenverwaltenden Verfahren sein dürfen. Im Übrigen ist die Vorschrift uneingeschränkt zu begrüßen, insbesondere auch die Umsetzung des vom VID⁷ angeregten Antragsrechts des vorläufigen Gläubigerausschusses sowie das Initiativrecht des vorläufigen Sachwalters (mit Zustimmung des Vorläufigen Gläubigerausschusses).

§ 272 Aufhebung der Anordnung

~~*(1) Das Insolvenzgericht hebt die Anordnung der Eigenverwaltung auf,*~~

- ~~*1. wenn dies von der Gläubigerversammlung mit der in § 76 Absatz 2 genannten Mehrheit und der Mehrheit der abstimmenden Gläubiger beantragt wird;*~~
- ~~*2. wenn dies von einem absonderungsberechtigten Gläubiger oder von einem Insolvenzgläubiger beantragt wird, die Voraussetzung des § 270 Absatz 2 Nummer 2 weggefallen ist und dem Antragsteller durch die Eigenverwaltung erhebliche Nachteile drohen;*~~
- ~~*3. wenn dies vom Schuldner beantragt wird.*~~

(1) Das Insolvenzgericht hebt die Anordnung der Eigenverwaltung auf, wenn

- 1. der Schuldner in schwerwiegender Weise gegen insolvenzrechtliche Pflichten verstößt oder sich auf sonstige Weise zeigt, dass er nicht bereit oder in der Lage ist, seine Geschäftsführung am Interesse der*

⁷ VID-Eckpunktepapier zur ESUG-Evaluation vom 14.10.2019, abrufbar unter <https://www.vid.de/initiativen/eckpunktepapier-zur-esug-evaluation/>

Gläubiger auszurichten; dies gilt auch dann, wenn sich erweist, dass der Schuldner die Eigenverwaltungsplanung in wesentlichen Punkten auf unzutreffende Tatsachen gestützt hat, dass die Rechnungslegung und Buchführung so unvollständig oder mangelhaft sind, dass sie keine Beurteilung der Eigenverwaltungsplanung, insbesondere des Finanzplans, ermöglichen, oder Haftungsansprüche des Schuldners gegen amtierende oder ehemalige Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs bestehen, deren Durchsetzung in der Eigenverwaltung erschwert werden könnte,

2. die Erreichung des Eigenverwaltungsziels, insbesondere eine angestrebte Sanierung sich als aussichtslos erweist,

3. dies von der Gläubigerversammlung mit der in § 76 Absatz 2 genannten Mehrheit und der Mehrheit der abstimmenden Gläubiger beantragt wird,

4. dies von einem absonderungsberechtigten Gläubiger oder von einem Insolvenzgläubiger beantragt wird, die Voraussetzungen der Anordnung der Eigenverwaltung des § 270f Absatz 1 in Verbindung mit § 270b Absatz 1 Satz 1 weggefallen sind und dem Antragsteller durch die Eigenverwaltung erhebliche Nachteile drohen,

5. dies vom Schuldner beantragt wird.

(2) Der Antrag eines Gläubigers ist nur zulässig, wenn die in Absatz 1 ~~Nummer 2~~ Nummer 4 genannten Voraussetzungen glaubhaft gemacht werden. Vor der Entscheidung über den Antrag ist der Schuldner zu hören. Gegen die Entscheidung steht dem Gläubiger und dem Schuldner die sofortige Beschwerde zu.

(3) Zum Insolvenzverwalter kann der bisherige Sachwalter bestellt werden.

Die Änderungen sind konsequent, insbesondere in der Parallelität zum vorläufigen Verfahren. Bedenkenswert wäre, ob nicht auch ein eigenes Antragsrecht des (vorläufigen) Gläubigerausschusses eingefügt werden sollte. Der Kreis der Antragsberechtigten entspricht der jetzigen Gesetzesfassung. Die Ausweitung auf den Gläubigerausschuss ist sinnvoll, jedenfalls für den einstimmigen Beschluss.

§ 274 Rechtsstellung des Sachwalters

(1) Für die Bestellung des Sachwalters, für die Aufsicht des Insolvenzgerichts sowie für die Haftung und die Vergütung des Sachwalters gelten § 27 Absatz 2 Nummer 4, § 54 Nummer 2 und die §§ 56 bis 60, 62 bis 65 entsprechend.

(2) Der Sachwalter hat die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und die Geschäftsführung sowie die Ausgaben für die Lebensführung zu überwachen. Das Gericht kann anordnen, dass der Sachwalter den Schuldner im Rahmen der Insolvenzgeldvorfinanzierung, der insolvenzrechtlichen Buchführung und Verhandlungen mit Kunden und Lieferanten unterstützen kann. § 22 Abs. 3 gilt entsprechend.

(3) Stellt der Sachwalter Umstände fest, die erwarten lassen, daß die Fortsetzung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird, so hat er dies unverzüglich dem Gläubigerausschuß und dem Insolvenzgericht anzuzeigen. Ist ein Gläubigerausschuß nicht bestellt, so hat der Sachwalter an dessen Stelle die Insolvenzgläubiger, die Forderungen angemeldet haben, und die absonderungsberechtigten Gläubiger zu unterrichten.

§ 274 Abs. 2 Satz 2 InsO-E regelt, dass das Gericht anordnen kann, dass der Sachwalter den Schuldner im Rahmen der Insolvenzgeldvorfinanzierung, der insolvenzrechtlichen Buchführung und Verhandlungen mit Kunden und Lieferanten unterstützen kann.

Die Gesetzesbegründung führt dazu aus: „ Es gibt jedoch Bereiche, in denen eine Unterstützung durch die Sachwalterin auch bei insolvenzrechtlicher Expertise auf Seiten der Schuldnerin für das Verfahren gewinnbringend sein kann und bei denen keine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit und der Überwachung droht, hierzu gehören eine Unterstützung bei der Insolvenzgeldvorfinanzierung, der insolvenzrechtlichen Buchführung sowie bei Gesprächen mit Kundinnen und Lieferantinnen (...)

Zur Eignung des Schuldners zur Eigenverwaltung gehört aus Sicht des VID auch die Fähigkeit zur Organisation und Umsetzung der Insolvenzgeldvorfinanzierung durch eigenes Personal oder einen beauftragten Dritten. Der aktuelle Entwurf berücksichtigt zudem weder notwendige Fragen zur Verantwortlichkeit der Beteiligten, noch schlägt er sich entsprechend in der Vergütung des Sachwalters nieder.

§ 274a Sondersachwalter

(1) Folgt das Gericht bei der Bestellung des vorläufigen Sachwalters oder des Sachwalters einem Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 56a Absatz 2 Satz 1 oder einem Vorschlag des Schuldners nach § 270d Absatz 2 Satz 2, kann es einen Sondersachwalter bestellen, der

- 1. Prüfungen nach § 270c Absatz 1 Nummer 3 vorzunehmen und*
- 2. Ansprüche nach § 280 zu prüfen und im eröffneten Verfahren geltend zu machen hat.*

(2) Für die Bestellung des Sondersachwalters, für die Aufsicht des Insolvenzgerichts sowie für die Haftung des Sondersachwalters gelten § 56 Absatz 1 Satz 1, 2 und Absatz 2 sowie die §§ 58 und 59 mit der Maßgabe, dass bei einem Antrag auf Entlassung durch den Gläubigerausschuss oder die Gläubigerversammlung das Vorliegen eines wichtigen Grundes durch den Antragsteller glaubhaft zu machen ist, und die §§ 60 und 62 Satz 1 und 2 entsprechend.

(3) Schuldner, Sachwalter und vorläufige Sachwalter sind verpflichtet, dem Sondersachwalter alle Auskünfte zu erteilen, die zur Prüfung und zur Entscheidung über die Geltendmachung von Haftungsansprüchen oder der Anfechtung von Rechtshandlungen erforderlich sind. § 97 Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

(4) Der Sondersachwalter hat Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Als Grundvergütung erhält der Sondersachwalter ein Honorar auf der Grundlage angemessener Stundensätze. Wird durch die Tätigkeit des Sondersachwalters Haftungsmasse realisiert, steht dem Sondersachwalter zudem der auf diesen Teil der Haftungsmasse entfallende Teil der Sachwaltervergütung zu. Der dem Sondersachwalter zustehende Vergütungsteil ist von der Vergütung des Sachwalters in Abzug zu bringen. Die §§ 64 und 65 gelten für die Vergütung des Sondersachwalters entsprechend.

Diese Vorschrift könnte die Verfahren in der Folge absehbar verteuern. Darüber hinaus dürfte sie auch im Hinblick auf das Vertrauen der Gläubigerschaft abträglich wirken.

Dieses Instrument ist offensichtlich das Korrektiv, „vorne“ Bindungswirkungen von Ausschussvoten und schuldnerische Vorschlagsrechte zu rechtfertigen. Die Vorschrift vermittelt aber das falsche Bild, da es die in solchen Konstellationen bestellten Sachwalter für eingeschränkt unabhängig bzw. überwachungsbedürftig erklärt.

Diese Funktion sollte weiterhin das Instrument der (nicht kodifizierten) Sonderinsolvenzverwaltung (§ 92 InsO) übernehmen. Diese hätte – vergleichbar zu den Vorschriften des § 274a Abs. 2-4 InsO – geregelt werden können bzw. müssen. Dieses Instrument ist bekannt und auch für die Anwendung im Regelverfahren geeignet. Dort können vergleichbare Konstellationen aufgrund möglicher Bindungswirkung auftauchen.

Artikel 10 Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes

§ 4 Prognosezeitraum für die Überschuldungsprüfung

Abweichend von § 19 Absatz 2 Satz 1 der Insolvenzordnung ist zwischen dem [Einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 27 Absatz 1] und dem 31. Dezember 2021 anstelle des Zeitraums von zwölf Monaten ein Zeitraum von vier Monaten zugrunde zu legen, wenn

- 1. der Schuldner zum 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig war,*
- 2. der Schuldner in dem letzten, vor dem 1. Januar 2020 abgeschlossenen Geschäftsjahr ein positives Ergebnis aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit erwirtschaftet hat und*
- 3. der Umsatz aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit im Kalenderjahr 2020 im Vergleich zum Vorjahr um mehr als 40 vom Hundert eingebrochen ist.*

§ 4 COVInsAG-E privilegiert haftungsbeschränkte Unternehmen durch die Einschränkung des Prognosezeitraums auf 4 Monate bei der Überschuldungsprüfung. Die Privilegierung ist auf den 31.12.2021 befristet und kommt nur Unternehmen zugute, die vor dem 1.1.2020 ein positives Ergebnis aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit erwirtschaftet und deren Umsatz aus gewöhnlicher Geschäftstätigkeit in 2020 im Vergleich zum Vorjahr um mehr als 40 % eingebrochen ist.

Die Regelung überzeugt nicht und sollte daher ersatzlos gestrichen werden. Unbestritten besteht ein Bedarf nach einer Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, die alleine aufgrund der COVID-19-Pandemie insolvenzreif wurden. Dem dienen die bereits ergriffenen weitreichenden Maßnahmen nach dem COVInsAG. Auch die Begründung der vorgeschlagenen Änderung ergibt nicht, dass diese Maßnahmen unzureichend – auch unter Einbeziehung des mit dem Entwurf vorgeschlagenen schlagenden StaRUG – sind.

Weite Bereiche der Wirtschaft unterlegen derzeit disruptiven Änderungen infolge Elektromobilität, Digitalisierung und KI, deren Folgen durch die COVID-19-Pandemie vielfach überlagert und beschleunigt

werden. Weitere Erleichterungen zur Sanierung sollten daher nicht an Merkmale die Ergebnisse aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit oder Minderumsätze im Vergleich zum Vorjahr, sondern an tragfähigen Geschäftsmodellen, die sich an diesen disruptiven Änderungen der Wirtschaft messen lassen müssen, festgemacht werden.

Berlin, den 02.10.2020

Kontakt:

Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID)

Französische Straße 13/14

10117 Berlin

Tel.: 030/ 20 45 55 25

E-Mail: info@vid.de

Web: www.vid.de