

Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG)

Stand: 30. September 2020

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hat am 18. September 2020 den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG)¹ veröffentlicht, mit dem insbesondere die EU-Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen u.a.² umgesetzt werden soll.

Der Gravenbrucher Kreis bewertet den RefE als weiteren wichtigen Schritt zur Stärkung des Sanierungsstandortes Deutschland. Neben den Verbesserungen im Eigenverwaltungs- und Insolvenz(plan)verfahren erhalten Unternehmen mit dem modular gestalteten Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen ein flexibles und wirksames Mittel, mit dem außergerichtliche Sanierungsbemühungen dann unterstützt werden können, wenn diese anderenfalls an einzelnen Akkordstörerinnen zu scheitern drohen.

Mit Blick auf die Tragweite des SanInsFoG ist kritisch anzumerken, dass es gemäß Artikel 27 Absatz 1 SanInsFoG bereits am 1. Januar 2021 in Kraft treten soll. Das bedingt, dass das SanInsFoG im „Schnelldurchlauf“ durch das Gesetzgebungsverfahren gebracht werden muss und eine besonnene sowie dem Inhalt des SanInsFoG angemessene Diskussion nicht stattfinden kann.³ Eine solche Diskussion ist auch im Lichte der COVID-19-Pandemie nicht entbehrlich. Das SanInsFoG, das erhebliche Änderungen der Grundfesten im Bereich des Sanierungs- und Insolvenzrechts beinhaltet, sollte nicht mit großer Hektik verabschiedet werden. Vielmehr sollten die Regelungen des SanInsFoG und dort allen voran die Regelungen zur Implementierung des völlig neuartigen Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens gemeinsam mit der Fachöffentlichkeit gründlich durchdacht werden. Auch müssen die Ergebnisse der Diskussion sodann in einen abgewogenen Regierungsentwurf Beachtung finden. Im Hinblick auf seine inhaltliche Tragweite sollte das SanInsFoG auf eine solide und in allen Facetten durchdachte Grundlage gestellt werden.

¹ im Folgenden: RefE.

² Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl. EU L 172 vom 26. Juni 2019, S. 18.

³ Das BMJV hat den Verbänden eine kurze Frist zur Stellungnahme zum RefE eines SanInsFoG von lediglich 14 Tagen, d.h. bis zum 2. Oktober 2020, gesetzt.

SPRECHER:

RA Prof. Dr. Lucas F. Flöther
Franzosenweg 20
06112 Halle
Tel +49 (0)345 21222-0
Fax +49 (0)345 21222-395

www.gravenbrucher-kreis.de
kontakt@gravenbrucher-kreis.de

AKTIVE MITGLIEDER:

RA Dr. Dirk Andres
RA Axel W. Bierbach
RA Volker Böhm
RA Stefan Denkhau
RA Joachim Exner
RA Udo Feser
RA Prof. Dr. Lucas F. Flöther
RA Dr. Michael C. Frege
WP StB Arndt Geiwitz
RA WP StB Ottmar Hermann
RA Tobias Hoefler
RA Dr. Michael Jaffé
RA Dr. Frank Kebekus
RA Dr. Bruno M. Kübler
RA Prof. Dr. Rolf-Dieter Mönning
RA Dr. Jörg Nerlich
RA Horst Piepenburg
RA Michael Pluta
RA Dr. Andreas Ringstmeier
RA Dr. Jens M. Schmidt
RA Christopher Seagon
RA Dr. Sven-Holger Undritz
RA Rüdiger Wienberg

PASSIVE MITGLIEDER:

RA Prof. Dr. Siegfried Beck
RA Dr. Volker Grub
RA Dr. Wolfgang Petereit
RA Hans P. Runkel
WP StB Werner Schneider
RA Dr. Gerd Gustav Weiland
RA Dr. Jobst Wellensiek

Gravenbrucher Kreis e. V.
Goldsteinstraße 114
60528 Frankfurt am Main

Veinsregister-Nummer VR 16102
Amtsgericht Frankfurt am Main

Der Gravenbrucher Kreis nimmt zum RefE im Einzelnen wie folgt Stellung:

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

I. Titel „Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen“

Der Gravenbrucher Kreis begrüßt, dass der auf der EU-Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz fußende Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen in einem eigenständigen Gesetz normiert werden soll. Allerdings wird angeregt das Gesetz nicht „Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz – StaRUG)“, sondern „Restrukturierungsordnung“ (RO) zu nennen. Dieser weniger sperrige Titel erleichtert die Verwendung.

II. „Restrukturierungsplan“ (§§ 4 bis 28 StaRUG-E)

Zu § 28 StaRUG-E

Es sollte bei der Regelung des § 28 StaRUG-E klargestellt werden, dass stets nur auf die planbetroffenen Gläubigerinnen abgestellt wird. § 28 Absatz 2 Nummer 1 StaRUG-E stellt auf alle Gläubigerinnen ab. Nachdem durch den Restrukturierungsplan aber auch nur in die Rechte einzelner eingegriffen werden kann (und in der Regel wird), ist der Wortlaut missverständlich.

Ferner muss die Regelung des § 245 InsO dahingehend angepasst werden, dass auch beim Insolvenzplan keine Schlechterstellung vorliegt, wenn die Schuldnerin oder eine Inhaberin von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten wirtschaftliche Werte behält. Der Insolvenzplan muss weiterhin ein Sanierungsinstrument sein, welches der Schuldnerin eine Überlebensemöglichkeit eröffnet und die Anteilseignerinnen weiterhin in ihrer Rechtsposition hält. Auf die Begrenzung im Insolvenzplan nur für den Fall des „geringfügigen Eingriffs“ ist zu verzichten. Es ist allein darauf abzustellen, dass der Wert, den die Anteilseignerinnen oder die Schuldnerin erhalten, eingezahlt wird (vgl. hierzu auch Wortlaut § 28 Absatz 2 Nummer 2 StaRUG-E). Die durch die geplante Gesetzesänderung angestrebte Anpassung des § 245 InsO-E (vgl. S. 64 f. des RefE) darf nicht nur auf natürliche Personen begrenzt sein.

III. „Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens; Verfahren“ (§§ 29 bis 41 StaRUG-E)

Zu § 32 Absatz 3 Satz 3, 4 StaRUG-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

„Bestehen nach Ansicht der Schuldnerin hinreichende Aussichten auf die Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans, so kann die Schuldnerin bei Anzeige der

Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung dem Restrukturierungsgericht eine Finanzplanung und einen Überschuldungsstatus vorlegen, in denen die Forderungen, die durch den Plan gestaltet werden sollen, der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung in der Höhe und mit der Fälligkeit zugrunde gelegt sind, die sie durch den Plan erhalten sollen. Die Richtigkeit dieser Berechnung ist durch eine mit Gründen versehene Bescheinigung einer in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaterin, Wirtschaftsprüferin oder Rechtsanwältin oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation zu bestätigen; diese kann Beraterin der Schuldnerin sein.“

Ersatzlose Streichung des § 32 Absatz 3 Satz 4 StaRUG-E.

Begründung

Bei aller Sanierungsgeneigtheit darf der Gläubigerschutz bei Eintritt eines Insolvenzgrundes nicht hintenanstehen. Aus diesem Grunde wird dringend empfohlen, dass die Schuldnerin den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung in jedem Fall beim Restrukturierungsgericht anzeigen und dabei zunächst die Verbindlichkeiten und Fälligkeiten vor Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans bei der Zahlungsfähigkeits- und Überschuldungsprüfung ansetzen muss. Um den Gedanken des BMJV, die Fälligkeiten- und Verbindlichkeitenstruktur mit den Ansätzen des Restrukturierungsplans zu berücksichtigen, aufzugreifen, soll die Schuldnerin dem Restrukturierungsgericht aufzeigen, welchen Einfluss die zu restrukturierenden Verbindlichkeiten (Höhe und Fälligkeit) auf das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Überschuldung haben. Da die Gerichte weder personell noch fachlich so aufgestellt sind, dass sie Finanzplanungen und Bewertungsansätze prüfen können, soll die Richtigkeit der Berechnung unter dem Restrukturierungsplan sachverständig bestätigt werden. Die Beraterinnen der Schuldnerin, die den Restrukturierungsplan erstellen, stecken tief in den Zahlen. Die sachverständig bestätigten Ansätze in der Finanzplanung und im Überschuldungsstatus hat das Restrukturierungsgericht in seiner Entscheidung nach § 33 StaRUG-E, dort insbesondere § 33 Absatz 2 Nummer 1 StaRUG-E, einzustellen.

§ 32 Absatz 3 Satz 4 StaRUG-E öffnet Tür und Tor für Missbrauch. Die unbestimmten Rechtsbegriffe eines „hinreichend konkreten Restrukturierungskonzeptes“ und der „hinreichenden Aussichten seiner Umsetzung“ sind mit dem Gedanken eines angemessenen Gläubigerschutzes nicht vereinbar.

Zu § 33 Absatz 2 Nummer 1 Satz 1 StaRUG-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Es wäre anzuraten, die Formulierung in § 33 Absatz 2 Nummer 1 Satz 1 StaRUG-E dahingehend zu ändern, dass ebenso wie in Satz 2 von einer Aufhebung abgesehen werden kann.

Begründung

Das Gericht hat nach Anzeige der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Restrukturierungssache gemäß § 33 Absatz 2 Nummer 1 StaRUG-E aufzuheben. Eine Aufhebung kann nur unterbleiben, wenn bereits Instrumente des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens in Anspruch genommen wurden und im Rahmen einer Prognoseentscheidung die Weiterverfolgung der Restrukturierung im Interesse der Gesamtheit der Gläubigerinnen liegt. Diese Regelung zwingt die Schuldnerin dazu, so schnell wie möglich Instrumente, wie die Stabilisierungsanordnung, in Anspruch zu nehmen, weil sonst eine Aufhebung gar nicht vermieden werden kann. § 33 Absatz 3 StaRUG-E, der regelt, dass eine Aufhebung im Falle des § 63 Absatz 3 StaRUG-E zu unterbleiben hat, hilft hier auch nicht weiter, weil im Fall des § 33 Absatz 2 Nummer 1 Satz 1 StaRUG-E gerade noch keine Stabilisierungsanordnung getroffen wurde. Es könnte auch auf § 63 Absatz 3 StaRUG-E verwiesen werden, der eine Aufhebung aussetzt, bis ein Insolvenzantrag gestellt wird. Die sofortige Beschwerde nach § 33 Absatz 4 StaRUG-E ist zumindest für diesen Fall auch nicht sinnvoll, weil dadurch ggf. nur eine Insolvenzantragstellung hinausgezögert wird und eine chaotische oder lähmende Unsicherheit in dem betroffenen Unternehmen einsetzt, die nicht im Sinne einer auch noch in einem Insolvenzverfahren möglichen Sanierung ist.

Zu § 33 Absatz 2 Nummer 1 Satz 2 StaRUG-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

„[...] hebt das Gericht die Restrukturierungssache nur dann nicht auf, wenn der Restrukturierungsplan von den Planbetroffenen im gerichtlichen Verfahren angenommen wurde und die Bestätigung binnen zwei Wochen zu erwarten ist. Dieses ist bei einem bedingten Restrukturierungsplan im Sinne des § 66 nur dann zu erwarten, wenn sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind.“

Begründung

Nach Ansicht des Gravenbrucher Kreises sollte eine Verschärfung erfolgen, die inhaltlich zum Änderungsvorschlag in Bezug auf § 32 Absatz 3 StaRUG-E passt.

Laut Gesetzesbegründung soll das Restrukturierungsgericht von der Aufhebung nur absehen, wenn die Bestätigung des bereits angenommenen Restrukturierungsplans unmittelbar bevorsteht.

IV. „Restrukturierungsrecht“ (§§ 42 bis 44 StaRUG-E)

Zu § 42 StaRUG-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Die Frist für die Insolvenzantragstellung ist mit der Anzeige der materiellen Insolvenzgründe zu synchronisieren.

Begründung

Gemäß § 42 Absatz 2 StaRUG-E gilt die Stellung eines den Anforderungen des § 15a InsO genügenden Insolvenzantrages als rechtzeitige Erfüllung der Anzeigepflicht gemäß § 42 Absatz 1 Satz 2 StaRUG-E.

Unklar ist, ob die Anzeige – wenn kein Insolvenzantrag gestellt wird – unverzüglich nach Kenntniserlangung („ohne schuldhaftes Zögern“) erfolgen muss oder ob die Anzeige innerhalb der Fristen des § 15a Absatz 1 Satz 2 InsO-E auch ohne Insolvenzantragstellung als rechtzeitig gilt.

Ein Insolvenzantrag muss grundsätzlich ohne schuldhaftes Zögern gestellt werden. § 15a InsO-E gewährt den Geschäftsleiterinnen der Schuldnerin jedoch die Möglichkeit, die Insolvenzgründe innerhalb von drei bzw. sechs Wochen zu beseitigen, sodass die Antragspflicht entfällt. Demgegenüber statuiert § 42 Absatz 1 Satz 2 StaRUG-E eine unverzügliche Anzeigepflicht („ohne schuldhaftes Zögern“). Um der Unklarheit zu begegnen, sollten die Fristen, die für die Insolvenzantragstellung einerseits und für die Anzeige des Eintritts materieller Insolvenzgründe andererseits gelten, synchronisiert werden, sodass den Geschäftsleiterinnen der Schuldnerin im Falle des Eintritts von materiellen Insolvenzgründen die Möglichkeit gegeben wird, diese innerhalb einer Frist von drei bzw. von sechs Wochen zu beseitigen. Anderenfalls könnten sich die Geschäftsleiterinnen, wenn sie sich innerhalb der Fristen des § 15a InsO-E gegen einen Insolvenzantrag entscheiden und lediglich den Eintritt der Insolvenzgründe anzeigen, strafbar machen.

V. „Gerichtliche Planabstimmung“ (§§ 45 bis 46 StaRUG-E)

Zu § 46 StaRUG-E

§ 46 StaRUG-E sieht als echtes Novum vor, dass auf Antrag der Schuldnerin oder von Amts wegen ein gesonderter Termin zur Vorprüfung des Restrukturierungsplans erfolgen kann.

In der Praxis werden dabei von der zuständigen RichterIn ggf. komplexe Rechtsfragen zu beantworten bzw. Ermittlungen zum zugrundeliegenden Sachverhalt vorzunehmen sein. Darüber, auf welcher Informationsbasis und in welchem Zeitrahmen dies zu leisten ist, schweigt der RefE. In der Begründung wird lediglich lapidar darauf verwiesen, dass für den Fall, dass eine notwendige Restrukturierungsbeauftragte gemäß § 77 StaRUG-E bestellt worden ist, diese hier die Erkenntnisse einbringen kann, die sie im Rahmen ihrer Nachforschungen sowie aus den Büchern und Geschäftspapieren der Schuldnerin gewonnen hat. Um das Ziel der Vorprüfung als Verfahrenshilfe i. S. d. § 29 Absatz 1, Absatz 2 Nummer 3 StaRUG-E zu erreichen, erscheint es freilich notwendig, die Rolle der Restrukturierungsbeauftragten im Rahmen der Vorprüfung bzw. ihre obligatorische Beteiligung eindeutig zu regeln.

VI. „Vertragsbeendigung“ (§§ 49 bis 52 StaRUG-E)

Zu §§ 49 ff. StaRUG-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Der Gravenbrucher Kreis begrüßt und wünscht einen leistungsfähigen Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen. Vor dem Hintergrund der nachfolgend genannten Zweifel an der Umsetzbarkeit der §§ 49 ff. StaRUG-E befürchtet der Gravenbrucher Kreis allerdings, dass die Schlagfähigkeit des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens unter den Regelungen der §§ 49 ff. StaRUG-E leidet, wenn diese nach den Planungen der Schuldnerin und ihrer Beraterinnen Anwendung finden sollen.

Daher sollten die §§ 49 ff. StaRUG-E ersatzlos gestrichen werden.

Begründung

Gemäß der Gesetzesbegründung zu § 49 StaRUG-E kann das Gericht den Vertrag auf Antrag beenden, wenn die Schuldnerin drohend zahlungsunfähig ist und die Belastungen, die von dem Vertrag ausgehen, angepasst oder beseitigt werden müssen, um das Restrukturierungsziel zu erreichen. Diese Voraussetzungen sind vom Gericht zu prüfen. Die von dem Vertrag ausgehenden Belastungen müssen ein solches Ausmaß annehmen, dass sich das Restrukturierungsziel nicht ohne Anpassung oder Beendigung des Vertrags erreichen lässt.

Diese Prüfung ist – auf Grundlage eines entsprechenden „Vortrags“ im Plan – vom Gericht vorzunehmen, dem die Restrukturierungsbeauftragte gemäß § 80 Absatz 5 StaRUG-E über die Voraussetzungen Bericht zu erstatten hat. Der RichterIn obliegt somit eine Prüfung ausschließlich wirtschaftlicher Entscheidungen, bei denen sie sich nur auf den Bericht der Restrukturierungsbeauftragten stützen kann. Ein Eingriff in Verträge ist für die Justiz ein Novum, auf das sie nicht vorbereitet ist. Die Entscheidung nach § 50 StaRUG-E geht deutlich über die gerichtliche Entscheidung der Frage, ob die Kündigung eines Vertrages rechtmäßig ist, hinaus. Insoweit rütteln die §§ 49 ff. StaRUG-E an diversen dogmatischen Grundfesten, insbesondere auch an solchen des Schuldrechts.

Im Einzelfall hat die RichterIn zu entscheiden, ob bspw. die Kündigung eines Mietvertrages für eine oder 40 Bäckereifilialen für die Umsetzung des Restrukturierungskonzeptes erforderlich ist. Die RichterIn muss hier möglicherweise entscheiden, ob nur Mietverträge mit Filialen mit einem negativen Deckungsbeitrag oder auch Filialen mit einem Deckungsbeitrag von bspw. weniger als 5 % angepasst oder beseitigt werden müssen, um das Restrukturierungsziel zu erreichen.

Der genannte Beispielfall, der schon ein wirtschaftliches Volumen von mehreren einhunderttausend Euro betreffen kann, soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass die gerichtlichen Entscheidungen gemäß § 50 StaRUG-E sehr schnell eine wirtschaftliche Bedeutung von mehreren hundert Millionen Euro haben können,

wenn man an die Beendigung von Schiffsbauverträgen, zahlreichen Leasingverträgen für Flugzeuge oder hunderten Mietverträgen von Kaufhausflächen oder Hotels denkt, die pandemiebedingt notwendig wird.

Die (Eigen-)Verwalterin im Insolvenzverfahren trifft ihre Entscheidungen nach §§ 103 ff., 109 InsO als lenkende Unternehmerin. Bis zur Eröffnungsentscheidung hat sie sich intensiv mit dem Unternehmen, seinen Verträgen und den sich daraus ergebenden Stärken und Schwächen sowie Gewinnen und Verlusten befasst.

Weder Gericht noch die Restrukturierungsbeauftragte sind in der Lage, die beantragte Entscheidung auf einer ähnlich fundierten Grundlage wie eine (Eigen-)Verwalterin zu treffen. Deshalb ist die Zuordnung der Entscheidung zum Gericht zu hinterfragen. Zugleich bedarf es im Sinne eines angemessenen Gläubiger- und Vertragspartnerbeschlusses einer gerichtlichen Entscheidung. Auch eine Zuordnung der Entscheidungskompetenz zur Restrukturierungsbeauftragten ist im Lichte der weiten Haftungsregel des § 79 Absatz 4 StaRUG-E nicht angemessen.

In Anbetracht dessen, dass die Entscheidung des Gerichts nach § 50 StaRUG-E wohl keine urteilsvertretende Erkenntnisse sind, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des Spruchrichterprivilegs und etwaiger Haftungsrisiken für die entscheidende Richterin. Das Spruchrichterprivileg nach § 839 Absatz 2 BGB i.V.m. Artikel 34 Absatz 1 GG als Einschränkung des Amtshaftungsanspruches umfasst alle „Urteile in einer Rechtssache“. Dies ist nicht im rein prozesstechnischen Sinne zu verstehen und erfasst vielmehr alle Entscheidungen, die ihrem Wesen nach Urteile und diesen in allen wesentlichen Voraussetzungen gleichzusetzen, also urteilsvertretende Erkenntnisse, sind.⁴ Nicht zu den urteilsvertretenden Erkenntnissen zählen jedoch Beschlüsse in Vollstreckungs- und Insolvenzverfahren.⁵ Es spricht vieles dafür, dass auch Beschlüsse des Restrukturierungsgerichts in einem dem Insolvenzverfahren vorgelagerten Restrukturierungsrahmen keine urteilsvertretenden Erkenntnisse darstellen werden.

Schließlich stellt sich noch die Frage nach der Anwendungsrelevanz im Zusammenspiel mit § 10 StaRUG-E. Die von der Vertragsbeendigung betroffene Gläubigerin wird regelmäßig einwenden, dass sie mit ihrem Nichterfüllungsschaden unbesicherte Gläubigerin ist und andere unbesicherte Gläubigerinnen, die nicht Planbetroffene sind, in einem Insolvenzverfahren mit ihren Forderungen keine vollständige Erfüllung erhalten würden. Fälle, in denen § 10 Ziffer 3 StaRUG-E zur Anwendung kommt, werden eher die Ausnahme sein. Damit käme als Prüfungsnorm für die sachgerechte Auswahl der Planbetroffenen nur noch § 10 Ziffer 2 StaRUG-E in Betracht. Auch wenn das Prüfungsergebnis eines Vorprüfungstermins hinsichtlich der Anforderungen des § 10 StaRUG-E gemäß § 46 Absatz 2 StaRUG-E nur in einem Hinweis zusammengefasst wird,

⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 21. Mai 1953 – III ZR 272/51, NJW 1953, 1298.

⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 2. April 1959 – III ZR 25/28, NJW 1959, 1805; *Papier/Shirvani*, in: MünchKomm, BGB, § 839 Rn. 385.

fließt dieser Hinweis doch in die Entscheidung nach § 50 StaRUG-E ein, was wiederum die oben aufgeworfenen Fragen in den Vordergrund rückt.

§ 52 StaRUG-E regelt die Rechtsfolgen der Vertragsbeendigung und ist inhaltlich identisch mit den §§ 103, 109 InsO.

In einer Vielzahl großer Unternehmensinsolvenzverfahren mit einer schier unendlichen Anzahl an Vertragsbeendigungen nach §§ 103, 109 InsO haben die Mitglieder des Gravenbrucher Kreises die Erfahrung gemacht, dass Vertragsbeendigungen jahre- bis jahrzehntelange Diskussionen, Verhandlungen und Rechtsstreite über die Höhe der berechtigten Forderungen der ehemaligen Vertragspartner mit sich bringen.

Gerade in Zeiten des wirtschaftlichen Abschwungs und der zu befürchtenden Entwicklung im Immobiliensektor werden Vermieterinnen und deren Finanziererinnen die höchstmöglichen Forderungen im Zusammenhang mit Vertragsbeendigungen geltend machen und es wird jahrelange Auseinandersetzungen über die Höhe der berechtigten Forderungen geben.

Nach § 74 Absatz 1 StaRUG-E stellt das Gericht fest, in welchem Ausmaß diese Forderungen vorläufig zu berücksichtigen sind. Rechtsstreite über diese Forderungen, die allein schon mit ihrer Quote ein erhebliches Risiko darstellen, schweben wie ein „Damoklesschwert“ bis zu dem Zeitpunkt der endgültigen (gerichtlichen) Feststellung dieser Forderungen aus Vertragsbeendigungen über dem zu restrukturierenden Unternehmen. Es ist daher schon fraglich, ob andere Gläubigerinnen bei diesem Risiko bereit sind, dem Restrukturierungsplan zuzustimmen. Auch vor diesem Hintergrund muss abgewogen werden, ob der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen das richtige Instrument ist, um Verbindlichkeiten zu regulieren, die im Zeitpunkt der Abstimmung über den Plan der Höhe nach nicht im Ansatz berechenbar sind.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Situation bei einem Insolvenzplan die identische ist und sich die Gläubigerinnen bzw. Vertragspartnerinnen auch auf Insolvenzpläne einlassen. Insolvenzpläne bedeuten die erfolgreiche Abwendung der ultima ratio der Unternehmenskrise. In Insolvenzplänen vorgesehene Mechanismen mit Basis- und Besserungsquote, bei denen die Besserungsquote ausgezahlt wird, wenn u.a. die Rechtsstreite über streitige Forderungen beendet sind, sehen darüber hinaus regelmäßig die Sachwalterin oder Insolvenzverwalterin als Planüberwacherin und Vertrauensperson vor, die die Auszahlung noch bereitstehender Gelder verwaltet. Das „Damoklesschwert“ ist demnach finanziell auf die bei der planüberwachenden Sachwalterin oder Insolvenzverwalterin hinterlegten Beträge begrenzt.

VII. „Stabilisierung“ (§§ 53 bis 63 StaRUG-E)

Konterkariert wird die im Regelfall notwendige Stabilisierung durch die Komplexität der zu ihrer Anordnung, Ausgestaltung, Tragweite und Beendigung vorgesehenen Regelungen, die einen Detailperfektionismus aufweisen, der einer

meist unverzichtbaren schnellen Anordnung zur Vermeidung störender Eingriffe von Gläubigerinnen und Vertragspartnerinnen regelmäßig entgegensteht. Dies beginnt bereits bei der Bestimmung der von einer Stabilisierung betroffenen Gläubigerinnen. Die Anordnung kann sich gemäß § 53 Absatz 2 StaRUG-E gegen einzelne, mehrere oder alle Gläubigerinnen richten, soweit dies zur Wahrung der Aussichten auf die Verwirklichung des Restrukturierungsziels erforderlich ist. Wer vermeiden will, ständig nachjustieren zu müssen, wird gut daran tun, stets die weitestgehende Variante zu wählen.

VIII. „Restrukturierungsbeauftragte“ (§§ 77 bis 87 StaRUG-E)

Zu § 78 Absatz 3 StaRUG-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Ersatzlose Streichung des § 78 Absatz 3 StaRUG-E.

Begründung

Die Schuldnerin und auch ein bestimmtes Gläubigerquorum können dem Restrukturierungsgericht bindend eine konkrete Person als Restrukturierungsbeauftragte vorschlagen und insoweit die gerichtlich zu bestellende Restrukturierungsbeauftragte gemäß § 78 Absatz 2 StaRUG-E „mitbringen“.⁶ Dies dient – so auch das BMJV selbst – im Besonderen der Planbarkeit und der Attraktivität des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens.⁷ Auch führt das BMJV aus, dass das Vorschlagen einer Restrukturierungsbeauftragten nicht zugleich zur Annahme deren fehlender Unabhängigkeit führe.⁸ Die Möglichkeit des Einsatzes einer „Sonderbeauftragten“ durch das Restrukturierungsgericht, die sodann zusätzlich agieren und über die „mitgebrachte“ Restrukturierungsbeauftragte wachen soll, würde diese Annahme konterkarieren und stellt ein Misstrauensvotum gegenüber dem Willen der Schuldnerin bzw. dem Gläubigerquorum, aber auch gegenüber der Integrität und Professionalität der Restrukturierungsbeauftragten dar. Das Restrukturierungsgericht bestellt die vorgeschlagene Restrukturierungsbeauftragte, weil es sie für geeignet (insbesondere unabhängig) hält. Damit muss der bestellten Restrukturierungsbeauftragten aber auch das Vertrauen des Restrukturierungsgerichts zukommen, alleine, d.h. ohne zusätzliche Aufsichtsperson, agieren zu können. Die Anzeigepflichten der Restrukturierungsbeauftragten, die Aufsicht des Restrukturierungsgerichts sowie die Entlassungsmöglichkeit nach § 79 Absatz 2 StaRUG-E⁹ bieten im Übrigen ausreichend Schutz zur sachgerechten Wahrung der Interessen. Der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen fußt auf dem Grundverständnis, dass die angestrebte Restrukturierung der Schuldnerin dienen soll, sie mithin

⁶ S. 189 des RefE.

⁷ S. 189 des RefE.

⁸ S. 189 des RefE.

⁹ Hiernach kann die Restrukturierungsbeauftragte gerade aufgrund fehlender Unabhängigkeit entlassen werden.

„Herrin des Rechtsrahmens“¹⁰ ist, wonach ihre Interessen im Fokus stehen. Eine zusätzliche Aufsichtsperson würde neben einer deutlichen Kostenerhöhung, da ein Vergütungsanspruch sowohl für die Restrukturierungs- als auch für die Sonderbeauftragte entsteht, auch im weiteren Verlauf des Rechtsrahmens zu faktischen Blockaden führen, da es unweigerlich zu Abstimmungs- und Koordinationsbedarf aufgrund divergierender Ansichten kommen wird. Dies steht einer zügigen Restrukturierung der Schuldnerin, die mit Hilfe des neuen Rechtsrahmens möglich sein soll, entgegen. Die Bestellung einer Sonderbeauftragten sollte allein in den Ausnahmefällen der Interessenkollision vorgesehen werden.

Zu § 79 Absatz 4 Satz 2 StaRUG-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

„Sie nimmt ihre Aufgaben unparteiisch im Interesse aller Planbetroffenen wahr.“

Begründung

Die Norm statuiert in Anlehnung an § 60 InsO – was hier die absolute Maximalgrenze der Haftung sein muss – eine umfangreiche Haftung der Restrukturierungsbeauftragten¹¹, die weit über eine privatautonom beschränkbare Haftung von Beraterinnen hinausgeht. Allerdings ist der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen gerade kein Kollektivverfahren, sodass es nicht Pflicht der Restrukturierungsbeauftragten sein kann, bei der Einbeziehung nur einiger Gläubigerinnen in den Rechtsrahmen zur Restrukturierung der Schuldnerin, für die Interessen der Gläubigergesamtheit einzustehen, mithin auch denjenigen Gläubigerinnen, die gar nicht vom Restrukturierungsplan erfasst sind oder sein dürfen.

Zu §§ 84 bis 87 StaRUG-E, insbesondere § 85 StaRUG-E

Änderungsvorschläge des Gravenbrucher Kreises

„Die Restrukturierungsbeauftragte erhält in der Regel 80 vom Hundert der für die Sachwalterin bestimmten Vergütung. Sie kann unmittelbar mit Aufnahme ihrer Tätigkeit einen angemessenen Vorschuss beim Restrukturierungsgericht fordern und nach Festsetzung des Restrukturierungsgerichts erhalten. Bemessungsgrundlage ist das Unternehmensvermögen der Schuldnerin unter Fortführungsgesichtspunkten zum Zeitpunkt der Bestellung der Restrukturierungsbeauftragten.“

Im Übrigen gelten die Regelungen der InsVV, die die Vergütung der Sachwalterin betreffen, entsprechend.“

Begründung

Die Rechtsstellung der Restrukturierungsbeauftragten sowie das daraus resultierende umfassende Aufgabenprofil¹² für sämtliche Beteiligte des

¹⁰ Ähnlich S. 193 des RefE.

¹¹ S. 190 f. des RefE.

¹² §§ 77, 80 StaRUG-E.

Rechtsrahmens und nicht zuletzt das daraus folgende erhebliche Haftungsrisiko erfordern eine sachwalterähnliche Vergütung¹³, da die Restrukturierungsbeauftragte im Grunde die Rechtsstellung einer Sachwalterin innehat.¹⁴ Neben moderierenden¹⁵ werden ihr auch in erheblichem Umfang überwachende¹⁶ und prüfende¹⁷ Tätigkeiten übertragen. Ganz zentral geht es darum, die Interessen der beteiligten Gläubigerinnen sachgerecht wahrzunehmen, für die die Wahrung ihrer Interessen aufgrund struktureller Unterlegenheit regelmäßig erschwert ist.¹⁸

Letztlich zeichnet der RefE auch eine Parallele zum Insolvenzverfahren, die das Verständnis der Rechtsstellung der Restrukturierungsbeauftragten weiter untermauert. Die in §§ 77 Absatz 1 Nummer 2, Nummer 4 und Absatz 2 StaRUG-E erfassten Fälle sind von ihrem Zuschnitt und den Wirkungen der Verfahrenshilfen des Rahmens kaum mehr von den Wirkungen eines in Eigenverwaltung geführten Insolvenzverfahrens zu unterscheiden.¹⁹

Der vorgeschlagene Abschlag auf die Vergütung der Sachwalterin von 20 % erscheint ausreichend und angemessen, da es sich beim Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen in der Regel um kein Kollektivverfahren handelt.

Bemessungsgrundlage ist das Unternehmensvermögen unter Fortführungsgesichtspunkten, das bereits dem Restrukturierungsplan zugrunde liegt. Auch für die im Restrukturierungsplan abzubildende Vergleichsrechnung ist der Fortführungswert maßgeblich.²⁰ Durch das Korrektiv von Zu- und Abschlägen kann der Unternehmenssituation und der Rechtsstellung als fakultative oder obligatorische Restrukturierungsbeauftragte angemessen Rechnung getragen werden, in dem der Umfang der Aufgaben im konkreten Einzelfall berücksichtigt wird. Auch im Übrigen hat der Rechtsrahmen keinen statischen Charakter und erfordert höchste Flexibilität. Die Haftung, die den Maßgaben des § 60 InsO folgt,²¹ kann daher nicht durch ein Beraterhonorar abgegolten werden, das sich für einen beschränkten Aufgabenumfang regelmäßig auch an einer Haftungsbegrenzung bemisst. Es muss insofern ein konsistenter Gleichlauf zwischen Haftungsrisiken und Vergütung hergestellt werden.

Nur so ergibt sich auch eine systematisch widerspruchsfreie Regelung der Vergütung der Restrukturierungsbeauftragten im Vergleich zur Vergütung der Sanierungsmoderatorin, die den umfangreicheren Aufgaben und der weitergehenden Haftung der Restrukturierungsbeauftragten Rechnung trägt. Die

¹³ Vgl. S. 196 f. des RefE.

¹⁴ Die Begründung auf S. 194 des RefE steht der Gesetzessystematik entgegen.

¹⁵ Bspw. § 80 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG-E.

¹⁶ Bspw. Planüberwachung gemäß §§ 77 Abs. 1 Nr. 3, 76 Abs. 2 StaRUG-E (siehe dazu im Vergleich § 284 Abs. 2 InsO); Überwachung der Geschäftsführung gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) StaRUG-E; Überwachung der Zahlungseingänge gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) StaRUG-E (siehe § 275 Abs. 2 InsO); Zustimmungsvorbehalt bei Zahlungen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 StaRUG-E; S. 187, 191, 193 des RefE.

¹⁷ Sogar Forderungsprüfung nach § 80 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG-E; Prüfung der wirtschaftlichen Lage der Schuldnerin gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 2 lit. a) StaRUG-E; § 80 Abs. 5 StaRUG-E.

¹⁸ S. 186 des RefE.

¹⁹ „Quasi-Gesamtverfahren“, S. 187, 189 f., 191 des RefE.

²⁰ § 8 Absatz 2 StaRUG-E.

²¹ S. 190 f. des RefE.

Sanierungsmoderatorin kann als Vorstufe der Restrukturierungsbeauftragten lediglich eine Vermittlungsfunktion in einem Drei-Monats-Zeitraum innehaben. Ein Gleichlauf der Vergütung von Sanierungsmoderatorin und Restrukturierungsbeauftragte bei anderer Rechtsstellung würde in Anbetracht der mildereren Abberufungsgründe der Sanierungsmoderatorin zu einer doppelten und damit unsachgerechten Privilegierung gegenüber der Restrukturierungsbeauftragten führen.

Auf diesem Wege wird zugleich eine angemessene Relation zwischen Aufgaben und daraus resultierender Haftungsmöglichkeit erzeugt, um die Differenzierung mit sachlichen Kriterien begründen zu können.

Darüber hinaus bestünde sonst ein Widerspruch zu dem existierenden Instrument der Verfahrenskoordinatorin gemäß §§ 269e ff. InsO. Auch auf diese neutrale Interessenmoderatorin par excellence wird das Regelungsprinzip des § 64 InsO und der InsVV in § 269g Absatz 1 Satz 2 und 3 InsO angewendet, sodass sie wie eine Insolvenzverwalterin anhand der Masse vergütet wird.

Auch muss die systembrüchige, in der Praxis untaugliche und aufwändige Budgetierungsregelung weichen, da eine ex ante Abschätzung der Höhe der Vergütung mit der Bestellung durch die unabhängige Restrukturierungsbeauftragte, die zu Beginn ihrer Tätigkeit keinen umfassenden Einblick in die schuldnerische Vermögenssituation sowie die Fähigkeit des Managements und seiner Beraterinnen haben kann, nicht realisierbar ist. Bei umfassender Kenntnis der Situation im Unternehmen der Schuldnerin würden hingegen Zweifel an der Unabhängigkeit der Restrukturierungsbeauftragten bestehen. Der Verweis auf die bekannten Regelungen der InsVV entzerrt die Komplexität des Verfahrens.

Sofern an der Vergütung der Restrukturierungsbeauftragten nach Stundensatz vom Gesetzgeber dennoch festgehalten werden sollte, hat der Restrukturierungsbeauftragten ein angemessener Stundensatz bei gleichzeitiger Haftungsbeschränkung zuzustehen. Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Höhe des Stundensatzes ist der Haftungsumfang zu berücksichtigen. Haftung und Höhe des Stundensatzes sind in Kongruenz zu bringen. Eine angemessene Stundenvergütung muss auch für eingesetzte qualifizierte Mitarbeiterinnen gelten. Im Übrigen ist von einer konkreten Bezifferung bereits aus dem Grunde abzusehen, dass dies aufgrund der Anpassungen in Folge des naturgemäßen Wandels von Preis- und Einkommensniveau einer steten Anpassung im Gesetz bedürfte. Insoweit wird eine fortlaufende Gesetzesänderung vermieden.

IX. „Anfechtungs- und Haftungsrecht“ (§§ 93 bis 94 StaRUG-E)

Zu §§ 93, 94 StaRUG-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Die §§ 93 und 94 StaRUG-E sollten ersatzlos gestrichen werden.

Begründung

Es stellt sich die Frage, welche Rechtshandlungen von §§ 93 und 94 StaRUG-E erfasst werden. Der RefE spricht mit den Vorschriften im Kern die Frage anfechtungsrechtlicher Sanierungsprivilegien an und versucht diese in der Rechtsprechung entwickelten Sanierungsprivilegien auf den präventiven Restrukturierungsrahmen anzuwenden. Dahinter steht wohl der Gedanke, dass eine Abschreckung unterstützungswilliger Personen verhindert werden soll. Die Zielrichtung der §§ 93, 94 StaRUG-E geht jedoch darüber hinaus.

Es werden offenbar nicht nur die im Restrukturierungsplan vorgesehenen und dann nach rechtskräftiger Planbestätigung vollzogenen Rechtshandlungen angesprochen (siehe § 94 Absatz 1 StaRUG-E), sondern auch die Anfechtung des Plans selbst. Das ergibt sich aus den weiteren Formulierungen des § 93 Absatz 1 StaRUG-E, der ganz allgemein auf Rechtshandlungen abzielt, die während des Restrukturierungsrahmens wirksam werden (§ 140 InsO), sowie die einleitende Formulierung des § 94 Absatz 1 StaRUG-E, der als Anfechtungsgegenstand die „Regelung eines rechtskräftig bestätigten Restrukturierungsplans“ anspricht. Dies regelt aber bereits die Insolvenzordnung.

Danach kann man auch Rechtsgeschäfte anfechten, und zwar sowohl nach § 133 InsO als auch nach § 132 InsO.²²

Das oben Aufgeführte gilt auch für Vergleiche.²³ Das lässt den Schluss zu, dass der eigentliche Anwendungsbereich einer Anfechtung des Plans wohl eher bei in den Plan aufgenommenen und gemäß § 71 Absatz 1 StaRUG-E mit rechtskräftiger Bestätigung wirksam werdenden Rechtsänderungen liegt, die keines weiteren Vollzugs bedürfen (z.B. Sicherungsübereignung oder Sicherungszession). Dass der Plan (§§ 64 ff. StaRUG-E) bzw. der Sanierungsvergleich (§ 98 Absatz 1 Satz 1 StaRUG-E) gerichtlich bestätigt worden ist, entzieht die in ihm enthaltenen Rechtshandlungen nicht der Anfechtung.

Unklar bleibt auch die Regelung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes in § 93 Absatz 1 StaRUG-E. Diese Norm zielt auf § 826 BGB und auf § 133 InsO ab. Der RefE erwähnt dabei nur den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin, nicht aber die Kenntnis der Anfechtungsgegnerin und meint, es reiche die Kenntnis „einer an der Rechtshandlung Beteiligten“ nicht aus.²⁴

Nach der Rechtsprechung reicht die Kenntnis einer Beteiligten von der wirtschaftlichen Notlage der Schuldnerin bei § 133 InsO nicht aus, denn dieses Indiz wird sowohl beim Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin als auch bei der Kenntnis der Anfechtungsgegnerin von diesem Vorsatz gebraucht. Es muss auf beiden Seiten vorhanden sein. Bei der Schuldnerin wird man davon ausgehen können, dass diese ihr eigenes Restrukturierungsvorhaben kennt, da sie den Plan vorlegen und das Restrukturierungsvorhaben anzeigen muss. Für die Kenntnis der

²² BGH ZIP 216, 1491 Rn. 13, 2010, 1702 Rn. 9; Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 76.

²³ BGH ZIP 2004, 1370, 1371 zu § 3 AnfG.

²⁴ S. 201 des RefE.

Anfechtungsgegnerin kommt es dann aber auf diesen, nicht auf irgendeinen an der Rechtshandlung Beteiligten an.

Fraglich ist es auch, ob es sich bei den §§ 93 und 94 StaRUG-E lediglich um eine klarstellende Regelung handelt.²⁵ Nach der Rechtsprechung, auf die sich die Begründung bezieht, würde die Kenntnis von drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit auch genügen, um auf den subjektiven Tatbestand schließen zu können, es sei denn, es wäre das Gegenindiz der Leistung im Rahmen eines ernsthaften Sanierungsversuches auf der Grundlage eines schlüssigen, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehenden Sanierungskonzeptes verwirklicht. Darauf stellen die §§ 93, 94 StaRUG-E aber nicht ab. Dass ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorlag, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt war und die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt, wird nicht verlangt. § 93 StaRUG-E fordert nicht, dass ein bestätigter Plan vorliegt, sondern nur, dass eine Restrukturierungssache rechtshängig war. § 93 StaRUG-E greift mithin auch dann ein, wenn die Gläubigerinnen den Plan nicht mit der erforderlichen Mehrheit angenommen haben oder das Gericht ihn nicht bestätigt hat. Dann wird aber auch nicht geprüft, ob das dem Plan zugrunde liegende Restrukturierungskonzept unschlüssig ist oder ob Umstände bekannt sind, aus denen sich ergibt, dass das Konzept nicht vor den tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht oder keine begründete Aussicht auf Erfolg vermittelt. Das führt dazu, dass Anfechtungsschutz unter deutlich leichteren Bedingungen gewährt wird als sie die Rechtsprechung bisher verlangt. Dies geht über eine bloße Klarstellung der bisherigen Rechtslage hinaus.

Unklar ist auch das Verhältnis der §§ 93 und 94 StaRUG-E zueinander. § 94 Absatz 1 StaRUG-E schließt die Anfechtung für alle im Restrukturierungsplan vorgesehenen Maßnahmen aus, sofern nicht die gerichtliche Bestätigung auf der Grundlage unrichtiger oder unvollständiger Angaben der Schuldnerin erfolgte und dem anderen Teil dies bekannt war. Mit diesem Verhalten ist damit jede Planmaßnahme unanfechtbar, da die Norm nicht nach Anfechtungsgründen differenziert. Folglich kommt es in diesen Fällen auf den Eingriff in § 133 InsO durch § 93 Absatz 1 und 2 StaRUG-E nicht mehr an. Diese Norm erfasst somit wohl nur solche Maßnahmen, die entweder nicht in dem bestätigten Restrukturierungsplan enthalten sind oder für die die Ausnahme zu § 94 Absatz 1 StaRUG-E eingreift.

Nach deutschem Recht sind Sanierungsbeiträge besonders privilegiert und unterliegen regelmäßig nicht der Anfechtung nach § 133 InsO. Der Bundesgerichtshof hat dafür zwar strenge Voraussetzung aufgestellt, diese wird man für ein seriöses Restrukturierungsvorhaben ohnehin verlangen müssen. Ein darüber hinausgehender Schutzbedarf ist deshalb nicht erkennbar. Rechtlich kann

²⁵ S. 200 des RefE.

die Besicherung der Sanierungskredite außerdem so ausgestaltet werden, dass sie durch das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO geschützt wird.²⁶

X. „Sanierungsmoderation“ (§§ 95 bis 101 StaRUG-E)

Zu § 95 Absatz 1 StaRUG-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Ersatzlose Streichung von „offensichtlich“ vor „zahlungsunfähig“ in § 95 Absatz 1 Satz 2 StaRUG-E und vor „Überschuldung“ in § 95 Absatz 1 Satz 3 StaRUG-E sowie ersatzlose Streichung des Zusatzes in § 95 Absatz 1 Satz 2 2. Halbsatz StaRUG-E hinsichtlich der Zahlungseinstellung.

Begründung

Die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes „offensichtlich“ ist zu vermeiden. Bei einer Zahlungseinstellung nach § 17 Absatz 2 Satz 2 InsO wird lediglich wiederlegbar vermutet, dass eine Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Absatz 2 Satz 1 InsO vorliegt. Sie wird jedoch keinesfalls bindend festgestellt.

Zu § 99 Absatz 2 StaRUG-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Ersatzlose Streichung des Verweises auf § 85 StaRUG-E.

Begründung

Angemessen ist im Lichte der Aufgaben und Tätigkeiten der Sanierungsmoderatorin eine den üblichen Honoraren von krisennahen Beraterinnen entsprechende Vergütung.²⁷ Damit wird zugleich eine für den Einzelfall flexible Regelung geschaffen, die auf die entsprechende Unternehmensgröße der Schuldnerin und den damit verbundenen Aufwand im Rahmen einer Sanierungsmoderation reagieren kann.

B. Artikel 5 „Änderung der Insolvenzordnung“

I. Anmerkungen zu §§ 2 bis 258 InsO-E

Zu § 59 InsO-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

„Auf Antrag der Schuldnerin oder einer Insolvenzgläubigerin erfolgt die Entlassung nur, wenn der Antrag innerhalb eines Jahres nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt wird und wenn die Verwalterin nicht unabhängig ist; dies ist von der Antragstellerin glaubhaft zu machen.“

²⁶ Bartels, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 142 Rn. 91 f.

²⁷ Zu den durchschnittlich vereinbarten Stundensätzen von u.a. krisennahen Beraterinnen: <https://www.juve.de/rechtsmarkt/stundensaetze> (Abrufdatum: 30.09.2020).

Begründung

Es liegt in der Natur eines Insolvenzverfahrens, dass die Insolvenzverwalterin gegenüber den schuldnerischen Organen und Insolvenzgläubigerinnen Organhaftungs- bzw. Anfechtungsansprüche geltend macht. Nicht selten führt die Geltendmachung zu Anfeindungen gegenüber der Insolvenzverwalterin. Aus Sicht des Gravenbrucher Kreises besteht das Risiko, dass bei Inkrafttreten des § 59 Absatz 1 InsO-E in der Fassung des RefE vermehrt Anträge von Anspruchsgegnerinnen gestellt werden. Dieses führt zu einer Belastung der Gerichte und gefährdet die Souveränität sowie Unabhängigkeit der Insolvenzverwalterin. Für welchen Zeitraum das Antragsrecht auf Entlassung für die Schuldnerin und einzelne Gläubigerinnen gegeben sein muss, regelt die EU-Richtlinie nicht. Vor diesem Hintergrund kommt eine – aus Sicht des Gravenbrucher Kreises zu bevorzugende – Befristung oder eine widerlegliche Vermutung hinsichtlich der Antragsberechtigung einzelner Gläubigerinnen und der Schuldnerin in Betracht. Für die Insolvenzverwalterin, die ein Jahr lang das Insolvenzverfahren zu einer derartigen Zufriedenheit der Gläubigerinnen und der Schuldnerin führt, dass diese keinen Antrag nach § 59 Absatz 1 InsO-E stellen, streitet dieser Umstand. Wenn sie nun – was in einem Insolvenzverfahren der typische Ablauf ist – nach einem Zeitraum von einem Jahr nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens alle Geschäftsunterlagen für die Geltendmachung von Ansprüchen aus Organhaftung und Insolvenzanfechtung aufbereitet hat, um diese Masseansprüche zu realisieren, kann ihr Tätigwerden nicht dadurch konterkariert werden, dass ihre Anspruchsgegnerinnen Anträge nach § 59 InsO-E stellen.

Zu §§ 217 Absatz 2, 220 Absatz 3 und 230 Absatz 4 InsO-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Die Wortgruppe „Tochterunternehmen im Sinne von § 290 des Handelsgesetzbuchs“ in § 217 Absatz 2 InsO-E ersetzen durch „verbundene Unternehmen im Sinne von § 271 des Handelsgesetzbuchs“ bzw. die Begrifflichkeit „Tochterunternehmen“ in §§ 220 Absatz 3 und 230 Absatz 4 InsO-E durch die Wortgruppe „verbundene Unternehmen“ ersetzen.

Begründung

Anderenfalls ist die vorzufindende Konstruktion des Vertragskonzerns mit Haftungsansprüchen „von unten nach oben“ aus §§ 302, 303 AktG und mit gegebener Konzernbürgschaft nicht erfasst.

II. Anmerkungen zu §§ 270 bis 285 InsO-E

Es ist zu begrüßen, dass nach dem Verständnis des Gravenbrucher Kreises die § 270a und § 270b InsO zu einem einheitlichen vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren verschmolzen werden sollen (dies ist klarzustellen, siehe unten zu § 270d InsO-E). Der Gravenbrucher Kreis empfiehlt, die

Regelungen unter Verwendung der Begrifflichkeit „Schutzschirmverfahren“ zusammenzufassen.

Zu § 270a InsO-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Ersetzung der Wortgruppe „von sechs Monaten“ durch die Wortgruppe „von drei Monaten“ bei § 270a Absatz 1 Nummer 1 InsO-E

Ersatzlose Streichung des § 270a Absatz 1 Nummer 5 InsO-E.

Begründung

Die Höhe der Zugangsschwelle zur Eigenverwaltung darf indes nicht dazu führen, dass das Instrument keine Verwendung mehr findet, insbesondere darf keine Schieflage zur mitunter niedrigschwelligeren Möglichkeit des Einsatzes des neuen Restrukturierungsrahmens nach dem StaRUG-E begründet werden. Das sanierungsfreundliche Insolvenzverfahren darf nicht zum bloßen Liquidationsverfahren verkommen.

Vor diesem Hintergrund erscheint hinreichend, wenn die nach § 270a Absatz 1 Nummer 1 InsO-E dem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung beizulegende Finanzplanung einen Zeitraum von drei Monaten abdeckt (der sich im Regelfall mit dem Zeitraum des Antragsverfahrens decken sollte). Ist bei Antragstellung eine Planung von sechs Monaten vorzulegen, ist es sehr wahrscheinlich, dass für die Monate vier bis sechs kaum realistische Prognosen aufstellbar sind, denn je länger der Planungszeitraum ist, desto weniger belastbar werden die Annahmen für die weiter in der Zukunft liegenden Zeiträume. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass nach dem RefE in die Planung auch solche Mittel einbezogen werden dürfen, deren tatsächliche Realisierung nicht sicher feststeht.²⁸ Eine Planung über einen Zeitraum von drei Monaten ist demgegenüber von vornherein aussagekräftiger, da dieser Zeitraum hinreichend überschaubar und damit kalkulierbar ist. Auch die sog. rollierende „13-Wochenplanung“ ist in Sanierungsmandaten darüber hinaus branchenüblich. Es dürfen zudem keine allzu hohen Anforderungen an das Konzept für die Bewältigung der Insolvenz (§ 270a Absatz 1 Nummer 2 InsO-E) und den Stand der Verhandlungen mit den Gläubigerinnen (§ 270a Absatz 1 Nummer 3 InsO-E) gestellt werden, insbesondere letztere werden in der Praxis erfahrungsgemäß noch ganz am Anfang stehen und mitunter auch erst mit Antragstellung begonnen.

Die Darstellung nach § 270a Absatz 1 Nummer 5 InsO-E zu den etwaigen Mehr- oder Minderkosten, die im Rahmen der Eigenverwaltung im Vergleich zu einem Regelverfahren und im Verhältnis zur Insolvenzmasse voraussichtlich anfallen werden, ist als Baustein der Eigenverwaltungsplanung ersatzlos zu streichen. Weder können die Kosten der Eigenverwaltung (in Einzelfällen auch „InsVV analog“), noch die Kosten der (vorläufigen) Sachwalterin, die zu einem späteren Zeitpunkt vom Gericht festgesetzt werden, ausreichend sicher prognostiziert

²⁸ So S. 221 des RefE.

werden. Die Darstellung hätte mithin zwangsläufig von ungenauen Prognosewerten auszugehen. Der Regelung begegnen aber auch ganz grundsätzliche Bedenken, da etwaige Mehrkosten auch nicht unbedingt nachteilig für die Gesamtgläubigerinnen sein müssen, weil positive Effekte, wie z.B. die weitere Kontrolle des Verfahrens durch die Eigenverwaltung, Berücksichtigung finden müssen.

Wird entgegen der Empfehlung einer Streichung des § 270a Absatz 1 Nummer 5 InsO-E an diesem Baustein der Eigenverwaltungsplanung festgehalten, ist klarzustellen, dass auch bei wesentlich höheren Kosten der Eigenverwaltung eine Bestellung der vorläufigen Sachwalterin gemäß der Ausnahme nach § 270b Absatz 2 InsO-E a.E. („wenn trotz dieser Umstände zu erwarten ist, dass der Schuldner bereit und in der Lage ist, seine Geschäftsführung an den Interessen der Gläubiger auszurichten“) dennoch zulässig bleibt, wenn die Eigenverwaltung im Vergleich zur Regelinsolvenz einen anderweitigen Vorteil bzw. Mehrwert verspricht.

Zu § 270c InsO-E

In § 270c Absatz 4 Satz 1 InsO-E wird wortgleich mit der jetzigen Regelung in § 270b Absatz 3 Satz 1 InsO die Ermächtigung der Schuldnerin zur Begründung von Masseverbindlichkeiten übernommen. § 270b Absatz 3 Satz 1 InsO umfasst Einzel- und Generalermächtigungen. Der RefE geht in seiner Begründung²⁹ davon aus, dass künftig nur noch Einzelermächtigungen in Betracht kommen, ohne dass dies hinreichend aus dem Gesetzestext ersichtlich ist.

In § 270c Absatz 3 Satz 2 InsO-E findet sich für den in § 270b Absatz 1 Satz 2 InsO-E geregelten Fall, die ausdrückliche Möglichkeit für das Gericht, Anordnungen zu treffen, dass Verfügungen der Schuldnerin der Zustimmung der vorläufigen Sachwalterin bedürfen. Die Regelung wirft zunächst die Frage auf, ob solche Anordnungen auch im Übrigen zulässig oder verboten sind. In der bisherigen Praxis werden solche Anordnungen insbesondere im Hinblick auf die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuerverbindlichkeiten getroffen. Im Hinblick auf diese praktisch außerordentlich bedeutsame Frage ergibt sich aus dem RefE nur ein „Flickenteppich“. Nach § 55 Absatz 4 InsO-E sollen von der Schuldnerin nach Bestellung einer vorläufigen Sachwalterin begründete Umsatzsteuerverbindlichkeiten zukünftig nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeiten gelten. Nach § 64 Satz 3 GmbHG-E sollen Zahlungen zur Erfüllung von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sein. § 15b InsO-E ordnet schließlich an, dass bei Vorliegen einer Überschuldung Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Daraus ergibt sich allenfalls eine partielle Lösung für den Umgang der Geschäftsleitung im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung mit offenen Sozialversicherungs-

²⁹ S. 224 des RefE.

beitragen und Steuerverbindlichkeiten, insbesondere das Problem der Abführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung bleibt gänzlich ungeklärt.

Zu § 270d InsO-E

Das Eröffnungsverfahren gemäß § 270a InsO und das Verfahren zur Vorbereitung einer Sanierung gemäß § 270b InsO stehen nach jetzigem Recht als unterschiedliche Eröffnungsverfahren in einem Alternativverhältnis. Der RefE geht anscheinend von einem andersartigen Verständnis des Verhältnisses beider Verfahren aus, ohne dieses veränderte Verständnis hinreichend deutlich zu machen. Der Umstand, dass die Regelung zur Bestellung der vorläufigen Sachwalterin oder zur Begründung von Masseverbindlichkeiten im Hinblick auf die vorläufige Eigenverwaltung getroffen werden, gibt Anlass zu der Annahme, dass das Schutzschirmverfahren nunmehr an die vorläufige Eigenverwaltung „andockt“, ohne dass dieser Wechsel im Verständnis beider Verfahren aber klar ersichtlich ist.

Zu § 270f InsO-E

Im Zusammenhang mit der Anordnung der Eigenverwaltung nach § 270f InsO-E ist klarzustellen, dass die Anordnung nach § 270f InsO-E auf Basis der gemäß § 270a InsO-E mit dem Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung eingereichten Eigenverwaltungsplanung erfolgt und, unbeschadet der Pflicht zur Mitteilung von wesentlichen Änderungen gemäß § 270c Absatz 2 InsO-E, keine Aktualisierung der Eigenverwaltungsplanung erforderlich ist.

Zu § 274 InsO-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Der Absatz 3 Satz 1 wird wie folgt neu gefasst:

„(3) Stellt die Sachwalterin Umstände fest, nach denen eine vorläufige Eigenverwaltung nach § 270b InsO oder eine Eigenverwaltung nach § 270f InsO nicht anzuordnen oder eine vorläufige Eigenverwaltung nach § 270e InsO oder eine Eigenverwaltung nach § 272 InsO aufzuheben wären, so hat sie dies unverzüglich dem Gläubigerausschuss und dem Insolvenzgericht anzuzeigen.“

Begründung

Der Gravenbrucher Kreis regt an, die Anzeigepflichten der Sachwalterin gemäß § 274 Absatz 3 InsO-E konsistent an die neu gefassten Voraussetzungen der Anordnung sowie Aufhebung der Eigenverwaltung anzupassen.

Zu § 274a InsO-E

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Ersatzlose Streichung des § 274a InsO-E.

Begründung

Nach der Studie zur Evaluation des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)³⁰ ist die in Einzelfällen denkbare wechselseitige Abhängigkeit zwischen Beraterinnen, Sachwalterinnen und Profi-Gläubigerinnen „tendenziell geeignet, ein vollständig unabhängiges Handeln der Sachwalterin in Frage zu stellen“.³¹ Das mit § 274a InsO-E neu eingeführte Amt der Sondersachwalterin soll dem begegnen. In der Funktion der Sondersachwalterin kommt indes ein Misstrauen gegenüber den Beteiligten zum Ausdruck, das mit dem Sanierungsgedanken und vor allem der Stärkung der Gläubigerautonomie nicht vereinbar ist. In der Gesamtschau mit den Änderungen nach § 270c Absatz 1 Nummer 3 InsO-E, § 270e Absatz 1 Nummer 1 lit. c) sowie auch § 10a InsO-E greift die Bestellung einer Sondersachwalterin in unverhältnismäßiger Weise in die Gläubigerautonomie bzw. die Planungssicherheit der Schuldnerin ein und ist schlicht nicht erforderlich: Durch die nach § 270c Absatz 1 Nummer 3 InsO-E neu eingefügte unmittelbare Berichtspflicht der vorläufigen Sachwalterin gegenüber dem Gericht ist hinreichend sichergestellt, dass etwaige Haftungssachverhalte nicht aus Rücksichtnahme auf die Organe der Schuldnerin ungeprüft bleiben. Ist ihre Durchsetzung in der Eigenverwaltung erschwert, greift die Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung von Amts wegen gemäß § 270e Absatz 1 Nummer 1 lit. c) InsO-E. Unterbleibt die Durchsetzung von Haftungsansprüchen stellt dies zudem ein Pflichtverstoß der Sachwalterin dar, der nach § 274 i.V.m. § 60 InsO haftungsbewehrt ist. Im Rahmen eines Vorgesprächs nach § 10a InsO-E kann ferner ein Austausch mit dem Gericht über die Person der vorläufigen Sachwalterin und insbesondere die Zusammensetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses stattfinden, der Zweifel an dem unabhängigen Handeln der Sachwalterin ausräumt (ggf. ist der Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung, ungeachtet der Schwellenwerte des § 22a InsO, als weiterer Fall des Vorgesprächs zu implementieren). Es darf schließlich nicht übersehen werden, dass die Vorschrift des § 274a InsO-E droht leerzulaufen, weil die Beteiligten von ihren Rechten nach §§ 56a Absatz 2 InsO bzw. 270d Absatz 2 Satz 2 InsO-E schlicht keinen Gebrauch mehr machen werden.

³⁰ Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011, BGBl. I S. 2582.

³¹ Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole, Bericht zur Evaluierung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7. Dezember 2011, Oktober 2018, S. 299; abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Gesamtbericht_Evaluierung_ESUG.pdf;jsessionid=8C8F815C35F2F4119DF112A97513CB02.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2 (Abrufdatum: 30.09.2020).

Unabhängig davon, kann das Insolvenzgericht schon heute jederzeit eine Sondersachwalterin bestellen und dieser einzelne Prüfungsaufgaben sowie die Geltendmachung von Ansprüchen im Einzelfall zuweisen.

Zu § 280 InsO

Die Regelung des § 280 InsO bleibt unverändert. Der Gesetzgeber hätte aber allen Anlass, die Regelung zu ergänzen. Der RefE geht an unterschiedlichen Stellen davon aus, dass die Durchsetzung von Haftungsansprüchen der Schuldnerin gegen Organe in der Eigenverwaltung erschwert sein kann. In § 280 InsO sind derartige Ansprüche nicht erwähnt. Deshalb sollen nach derzeit vertretener Auffassung solche Ansprüche in analoger Anwendung von § 280 InsO von der Sachwalterin verfolgt werden.³² Es liegt nahe, diese wichtige Frage ausdrücklich gesetzlich zu regeln und § 280 InsO insoweit zu ergänzen.

C. Artikel 2 „Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes“ bis Artikel 27 „Inkrafttreten“

Zu Artikel 6 „Änderungen der Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung“

Ziffer 6.1.:

Änderungsvorschlag des Gravenbrucher Kreises

Es wird vorgeschlagen, es bei Insolvenzmassen von mehr als EUR 350 Mio. bei einem einheitlichen Regelsatz von 0,4 % zu belassen.

Begründung

Zu begrüßen ist zunächst die Erhöhung der Regelsätze unter den lit. aa) bis ff). Ob die in lit. gg) angedachte Anpassung für besonders hohe Insolvenzmassen von über EUR 350 Mio. (dort eine Absenkung des Regelsatzes von 0,5 % auf 0,4 % bzw. von 0,5 % auf 0,2 % bei Insolvenzmassen von mehr als EUR 700 Mio.) sachgerecht ist, ist fraglich. Die Gesetzesbegründung unterstellt ohne nähere Begründung, dass der Mehraufwand bei der Insolvenzverwalterin, der durch eine vergrößerte Insolvenzmasse in diesen Größenordnungen entsteht, degressiv verläuft und sieht daher eine Verringerung des anwendbaren Prozentsatzes als sachgerecht an.

Dass es im Einzelfall Insolvenzverfahren geben kann, bei denen der Mehraufwand auf Seiten der Verwalterin bei hohen Insolvenzmassen nur in begrenztem Umfang steigt, trifft zu. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn bereits zu Beginn des Verfahrens hohe Werte vorhanden sind oder die Insolvenzmasse nur durch einzelne, besonders hohe Zuflüsse generiert worden ist. Den Regelfall stellt dies aber nicht dar: Es gibt zahlreiche Beispiele aus der Praxis, in denen eine hohe Insolvenzmasse kleinteilig aus einer Vielzahl von Einzelvorgängen generiert werden muss, deren Bearbeitung jeweils für sich genommen einen erheblichen Aufwand mit sich bringt. Insbesondere bei großen und diversifizierten

³² Martini/Stark, Der Sachwalter, 2. Auflage, 2020, Rn. 288 ff.

Schuldnerinnen gibt es in aller Regel eine Vielzahl völlig unterschiedlicher Tätigkeiten, mit denen die Insolvenzmasse gemehrt wird, sei es im Bereich der Verwertung von Vermögensgegenständen, der Durchsetzung von Ansprüchen oder auch im steuerlichen Bereich. Zur Bearbeitung solcher Insolvenzverfahren muss auf Seiten der damit befassten Insolvenzverwalterkanzleien regelmäßig ein hochspezialisiertes Team vorgehalten werden, was erhebliche Kosten mit sich bringt.

Eine weitere Verringerung des ohnehin schon kleinen Prozentsatzes mit einer damit einhergehenden Verringerung der Vergütung erscheint in diesen Fällen nicht sachgerecht. Vielmehr entspricht es schon jetzt der Praxis auf Basis der bestehenden Vergütungsverordnung, dass die Gerichte im Rahmen eines Abschlags oder im Rahmen der Gesamtwürdigung berücksichtigen, wenn der Mehraufwand auf Seiten der Verwalterin bei hohen Vergütungen nicht entsprechend gestiegen sein sollte. Die mit dem RefE verbundene pauschale Aussage, dass dies stets der Fall ist, ist jedenfalls nicht haltbar.

Über den Gravenbrucher Kreis

Im Gravenbrucher Kreis sind seit 1986 Vertreter führender Insolvenzkanzleien Deutschlands zusammengeschlossen, die sich durch umfassende Erfahrung und Kompetenz im Bereich überregionaler Restrukturierungs- und Insolvenzverfahren auszeichnen. Die Mitglieder verpflichten sich zur Einhaltung höchster Qualitäts- und Leistungsstandards, die sie durch das exklusive, von unabhängigen Auditoren geprüfte Zertifikat InsO Excellence nachweisen. Der Kreis hat aktuell 30 Mitglieder (davon 23 aktive und sieben passive). Sprecher des Gravenbrucher Kreises ist seit März 2015 Prof. Dr. Lucas F. Flöther.

Seit seiner Gründung sieht sich der Gravenbrucher Kreis gefordert, das Restrukturierungs- und Insolvenzrecht sowie angrenzende Rechtsgebiete aus Sicht der Praxis fortzuentwickeln. Darüber hinaus bringt der Gravenbrucher Kreis seine Erfahrung in grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen ein und beteiligt sich an der Fortentwicklung internationaler Standards und Regeln im Bereich der Restrukturierung.

Der interdisziplinäre Erfahrungsaustausch und die gemeinsamen Diskussionen innerhalb des Gravenbrucher Kreises führen zu profunden Einschätzungen und fachkundigen Stellungnahmen. Diese genießen in der nationalen und internationalen Fachwelt des Restrukturierungs- und Insolvenzrechts hohe Anerkennung und finden in Gesetzgebungsverfahren Gehör.

www.gravenbrucher-kreis.de

Frankfurt am Main, den 30. September 2020