



Update Restrukturierung

Nr. 6/2020 • 22. Oktober 2020

Regierungsentwurf eines Gesetzes zur „Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts“ liegt vor

Seit geraumer Zeit wartet die Restrukturierungspraxis auf die Umsetzung der EU Richtlinie über den präventiven Restrukturierungsrahmen (Richtlinie (EU) 2019/1023 vom 20.06.2019) in deutsches Recht. Nachdem ein für März bereits angekündigter Referentenentwurf ausblieb, machte sich die Sorge breit, dass Deutschland auch in diesem Fall bei der Umsetzung von EU Vorgaben hinterherhinken werde.

Parallel zu diesem europäischen Projekt hatte sich das BMJV mit den Ergebnissen der ESUG-Evaluation zu beschäftigen. Auch diesbezüglich waren gesetzgeberische Konsequenzen angekündigt beziehungsweise zu erwarten.

Auf Basis eines am 18. September 2020 veröffentlichten Referentenentwurfs des BMJV hat die Bundesregierung am 14. Oktober 2020 den Entwurf eines Gesetzes zur „Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts“ (Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) vorgelegt, der beide Bereiche verarbeitet. Der Regierungsentwurf (RegE) besteht aus 25 Artikeln, durch die nicht nur ein ganz neues Gesetz (das *Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz* – StaRUG) geschaffen und die Insolvenzordnung erheblich geändert wird, sondern durch die auch eine Vielzahl weiterer Änderungen in anderen Gesetzen vorgenommen werden.

Insgesamt liegt mit dem SanInsFoG ohne Frage ein großer Wurf vor. Ob er allerdings auch den Herausforderungen gerecht wird, denen sich die deutschen Unternehmen in der nächsten Zeit zu stellen haben, ist nach Auswertung der ersten Stellungnahmen durchaus fraglich.

Gleichwohl wollen wir Ihnen an dieser Stelle einen Überblick über den Regierungsentwurf geben.

I. Krisenfrüherkennung und -management

Der Regierungsentwurf des StaRUG (nachfolgend kurz „StaRUG“) sieht zunächst (§ 1) die Verallgemeinerung der Pflicht zur Risikoüberwachung für die Organe juristischer Personen und weiterer haftungsbeschränkter Rechtsformen (wie etwa GmbH & Co. KG) vor, wie sie aktuell bereits für die Aktiengesellschaft in § 91 Abs. 2 AktG normiert ist. Neben der Pflicht zur Krisenfrüherkennung wird dabei auch eine Pflicht der Geschäftsleitung zum Krisenmanagement und zur Information der Überwachungsorgane geregelt.

Diese Pflichten erweitern sich, sobald drohende Zahlungsunfähigkeit eintritt. Ab diesem Zeitpunkt haben die Geschäftsleiter vornehmlich die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger zu wahren (§ 2 Abs. 1). Entgegenstehende Beschlüsse und Weisungen der Überwachungsorgane sind unbeachtlich (§ 2 Abs. 2). Zusätzlich sind die dazu berufenen Organe verpflichtet, die Handlungsfähigkeit der juristischen Person im Falle einer Führungslosigkeit sicherzustellen (§ 2 Abs. 3). Die bislang streitig diskutierte Erweiterung der Pflichtenbindung und deren Verlagerung hin zu einem Vorrang der Gläubigerinteressen („Shift of Duties“) in der Krise wird somit normiert. Daneben besteht weiterhin die Pflicht zur Wahrung der Interessen der Anteilhaber. Bei Kollision gehen allerdings die Gläubigerinteressen vor (vgl. § 2 Abs. 4)

Die Verletzung dieser Pflichten führt zur Schadensersatzpflicht der Vertretungs- wie auch der Überwachungs- und Bestellungsorgane der Gesellschaft gegenüber (§ 3 Abs. 1 bis 3). Ein Verzicht auf oder ein Vergleich über diese Ersatzansprüche ist grundsätzlich unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubigerinnen erforderlich ist (§ 3 Abs. 4) und eine Verjährung tritt erst nach fünf bzw. bei Börsennotierung im Zeitpunkt der Pflichtverletzung erst nach zehn Jahren ein (§ 3 Abs. 5).

II. Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen

Kernanliegen des Gesetzesvorhabens ist die Umsetzung der europäischen Vorgaben zum präventiven Restrukturierungsrahmen. Der EU kam es darauf an, Unternehmen einen Rahmen zu bieten, in dem diese sich:

- zu einem frühen Zeitpunkt,
- mit möglichst geringen Eintrittsschwellen,
- möglichst schnell, flexibel und kostengünstig,
- mit so wenig Beteiligung von Gerichten oder anderen Behörden wie möglich,
- in Eigenverwaltung,
- unter Zuhilfenahme von Schutzanordnungen und
- mit Schutz für neue Finanzierungen und für sonstige für die Restrukturierung notwendige Transaktionen

restrukturieren und so eine Insolvenz vermeiden können.

Diesen Zielen wird der Regierungsentwurf wohl nur teilweise gerecht. Zwar wird Unternehmen in Schwierigkeiten, die noch nicht einer (durch das SanInsFoG im Übrigen modifizierten) Insolvenzantragspflicht unterliegen, eine ganze Reihe an Wegen eröffnet, um mit ihren Gläubigern eine Einigung zu erzielen. Die Spanne der Möglichkeiten reicht von der eingriffsfreien *Sanierungsmoderation* bis zu einem Verfahren, das weitgehend der Eigenverwaltung nach der Insolvenzordnung entspricht. Dazwischen kann sich das Unternehmen aus einem Baukasten von gerichtlichen Verfahrensschritten und Schutzanordnungen bedienen. Die schon im Referentenentwurf enthaltenen Detailregelungen sind durch den Regierungsentwurf aber nochmals komplizierter und damit vermutlich schwieriger zu handhaben geworden. Auch dürfte nach dem RegE der weder vom Schuldner noch von den Gläubigern beeinflusste Restrukturierungsbeauftragte in der Gerichtspraxis die Regel werden.

Kerninstrumente des Restrukturierungsrahmens sind

- der Restrukturierungsplan,
- die Restrukturierungs- und Stabilisierungsinstrumente, sowie
- der Restrukturierungsbeauftragte.

Daneben finden sich eine Reihe formaler (Zuständigkeiten etc.) aber auch materieller Regelungen, z.B. zu Haftungsfragen.

Im Einzelnen:

1. Restrukturierungsplan

Kernpunkt der Neuerungen ist der Restrukturierungsplan. Wenig überraschend entspricht dieser sowohl äußerlich (Aufbau, notwendiger Inhalt etc.) als auch innerlich (gestaltbare Rechtsverhältnisse und Abstimmungsmechanismus) weitgehend dem bewährten Insolvenzplan. Allerdings gibt es in jeder Beziehung auch Neuerungen, die teilweise überraschen.

Regelungsgegenstand können *Restrukturierungsforderungen* und *Absonderungsansprüche* sein. Beides entspricht dem, was wir aus dem Insolvenzverfahren kennen, bloß ohne Insolvenz. Darüber hinaus können durch den Restrukturierungsplan aber auch vertragliche Nebenbestimmungen, Anteils- und Mitgliedschaftsrechte sowie gruppeninterne Drittsicherheiten gestaltet werden. Letzteres ist insbesondere für Konzernrestrukturierungen relevant. Nicht eingegriffen werden darf hingegen, den EU-Vorgaben folgend, in Forderungen der Arbeitnehmer einschließlich der Rechte aus Zusagen auf betriebliche Altersversorgung.

Der darstellende Teil des Restrukturierungsplans muss zwingend eine Vergleichsrechnung enthalten, in der die Auswirkungen des Plans auf die Befriedigungsaussichten der Planbetroffenen dargestellt werden. Im Falle der beabsichtigten Fortführung des Unternehmens ist für die Ermittlung der Befriedigungsaussichten ohne Plan zu unterstellen, dass das Unternehmen fortgeführt wird. Das gilt nur dann nicht, wenn ein Verkauf des Unternehmens oder eine anderweitige Fortführung *aussichtslos* ist. Dadurch werden Pläne, die ohne gute Begründung die Gläubiger vor eine „Alles oder Nichts-Wahl“ stellen, in der Praxis kaum möglich sein. Auch

müssen die Verhältnisse der Tochterunternehmen dargestellt werden, in deren Drittsicherheiten eingegriffen werden soll.

Zudem muss dem Restrukturierungsplan eine begründete Erklärung zur Sanierungseignung sowie eine Liquiditätsplanung für die Zeit der Restrukturierung beigefügt werden. Ferner können neue Finanzierungen, die für die Restrukturierung erforderlich sind, dargestellt und damit vor späterer Anfechtung geschützt werden. Dieser Schutz vor Anfechtung gilt auch für die Besicherung einer neuen Finanzierung (§ 14).

Grundsätzlich anders als im Insolvenzplan werden die Betroffenen des Restrukturierungsplans definiert. Sind es im Insolvenzverfahren aufgrund dessen Universalitätsprinzips alle Insolvenzgläubiger, hat das Unternehmen hier die Wahl, welche Gläubiger es einbeziehen will. Zwar ist nur eine sachgerechte Differenzierung zwischen Planbetroffenen und nicht betroffenen Gläubigern zulässig, doch besteht insoweit ein erheblicher Spielraum. Zulässig ist es insbesondere, wenn der Plan sich lediglich auf Finanzverbindlichkeiten bezieht oder, so nun der RegE, die Forderungen von Kleingläubigern sowie kleinen und mittleren Unternehmen unberührt lässt (§ 10).

In der gesetzgeberischen Grundkonstruktion (geringe gerichtliche Beteiligung) unterbreitet das schuldnerische Unternehmen den Planbetroffenen den Restrukturierungsplan als Angebot zum Abschluss eines Vergleichs. Über die Annahme dieses Angebots wird dann im Rahmen einer *Versammlung der Planbetroffenen* abgestimmt. Die Abstimmung erfolgt, wie vom Insolvenzplan bekannt, in Gruppen. Zur Annahme des Plans ist es grundsätzlich erforderlich, dass in jeder Gruppe drei Viertel der Stimmrechte dem Plan zustimmen. Die Stimmrechte ergeben sich aus der wirtschaftlichen Betroffenheit. Aber auch dann, wenn nicht alle Gruppen zustimmen, gilt der Plan unter gewissen Umständen (s. §§ 28 – 30) als angenommen.

2. Restrukturierungs- und Stabilisierungsinstrumente

Zur Ermöglichung und Effektivierung des Restrukturierungsplans und damit zur nachhaltigen Bewältigung einer drohenden Zahlungsunfähigkeit bietet der Entwurf eine Reihe von Rest-

rukturierungs- und Stabilisierungsinstrumenten (*Instrumente*). Dieser kann sich jedes insolvenzfähige Unternehmen (natürliche und juristische Personen), das noch nicht zahlungsunfähig oder – im Falle einer juristischen Person – überschuldet ist, bedienen. Lediglich Unternehmen der Finanzbranche sind auch hier ausgenommen (§ 32).

a) *Anzeige des Restrukturierungsvorhabens (§§ 33 ff.)*

Voraussetzung für die Nutzung der Instrumente ist die Anzeige des Restrukturierungsvorhabens beim zuständigen *Restrukturierungsgericht*. Dadurch wird die *Restrukturierungssache* rechtshängig (§ 33 Abs. 3). Ab Anzeige treffen die Schuldnerin beziehungsweise deren Geschäftsleitung besondere Pflichten. Dazu gehört zunächst die Verpflichtung zur Förderung des *Restrukturierungsziels* unter Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Gläubigerinnen. Mit dem Restrukturierungsziel unvereinbare oder den Erfolg der Restrukturierung gefährdende Maßnahmen sind zu unterlassen. Zudem hat die Geschäftsleitung eine während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache eintretende Zahlungsunfähigkeit anzuzeigen; handelt es sich bei dem Unternehmen um eine juristische Person, ist auch eine eintretende Überschuldung anzuzeigen (§ 44). Die Verletzung der Anzeigepflicht ist entsprechend § 15a InsO straf- und haftungsbewehrt (§ 44). Hervorzuheben ist dabei, dass die Haftung der Schuldnerin bzw. ihrer Organe aus einer während der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache begangenen Pflichtverletzung von den Gläubigern direkt geltend gemacht werden kann (Außenhaftung, § 45).

Das Restrukturierungsgericht hebt die Restrukturierungssache insbesondere auf, wenn ein Insolvenzverfahren eröffnet ist, die Schuldnerin Insolvenzantrag gestellt hat, keine Aussichten auf Umsetzung des Restrukturierungsvorhabens bestehen, die Schuldnerin das Verfahren nicht betreibt, in schwerwiegender Weise gegen Mitwirkungspflichten verstößt oder die Schuldnerin zahlungsunfähig beziehungsweise überschuldet wird. Entsprechend den Vorgaben der EU Richtlinie kann im letztgenannten Fall von der Aufhebung jedoch abgesehen werden, wenn diese offensichtlich nicht im Interesse der Gläubiger liegt. Von der Aufhebung kann

ferner abgesehen werden, wenn sich Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung aus Forderungen ergeben, die durch den Plan gestaltet werden sollen und die Erreichung dieses Restrukturierungszieles überwiegend wahrscheinlich ist (§ 35 Abs. 2 Ziff. 1). Solche Forderungen waren nach dem RefE bereits bei der Ermittlung von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung außen vor zu lassen.

Als *Restrukturierungsgericht* zuständig für alle Maßnahmen ist das Amtsgericht in dessen Bezirk ein Oberlandesgericht seinen Sitz hat. Damit wird, so die Bundesländer dem am Ende zustimmen, eine Konzentration erreicht. Ähnlich wie 2017 in die InsO aufgenommen, gibt es auch einen Gruppen-Gerichtsstand.

b) Vertragsbeendigung (§§ 51 ff.)

Ein wesentliches Sanierungsinstrument der Insolvenzordnung ist das Recht des Verwalters bzw. in der Eigenverwaltung der Schuldnerin, über die Erfüllung gegenseitige Verträge ab Insolvenzeröffnung entscheiden zu können (§§ 103 ff. InsO). Diese Freiheit gibt der Restrukturierungsrahmen der Schuldnerin nicht. Allerdings kann eine drohend zahlungsunfähige Schuldnerin beantragen, dass das Restrukturierungsgericht Vertragsverhältnisse aufhebt, die nicht einvernehmlich angepasst werden konnten (§ 51). Gibt das Gericht dem statt, hat der Vertragspartner lediglich eine Forderung wegen Nichterfüllung, die im Restrukturierungsplan gestaltet werden kann (§ 54).

Andererseits kann sich der Vertragspartner aber nicht allein deswegen, weil die Schuldnerin die Restrukturierung betreibt, von dem Vertrag lösen, Leistungen fällig stellen, Leistungen verweigern oder die Anpassung des Vertrages verlangen (§ 46).

c) Gerichtliche Planabstimmung (§§ 47 ff.)

Wie oben dargestellt, stellt das Gesetz als Grundtypus die außergerichtliche Abstimmung über den Restrukturierungsplan dar. Aus verschiedenen Gründen dürfte das in der Praxis aber eher die Ausnahme bilden. Für den zu erwartenden Regelfall stellt das Gesetz einen

gerichtlichen Erörterungs- und Abstimmungstermin sowie die Möglichkeit zur Verfügung, wesentliche Vorfragen vorab zu prüfen (§§ 47 - 50).

d) *Planbestätigung (§§ 67 ff.)*

Damit ein Restrukturierungsplan die in ihm enthaltenen gestaltenden Wirkungen entfaltet, muss er vom Restrukturierungsgericht bestätigt werden (§ 74). Für die Bestätigung ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Planabstimmung innerhalb oder außerhalb des Gerichts erfolgte. Erfolgte die Abstimmung über den Plan allerdings außerhalb des Gerichts, trägt die Schuldnerin die Beweislast dafür, dass die Annahme des Plans ordnungsgemäß erfolgte (§ 70 Abs. 3). Im Übrigen hat das Gericht in diesem Fall einen Anhörungstermin durchzuführen.

Die Planbestätigung ist zu verweigern, wenn (§ 70 Abs. 1):

- die Schuldnerin *nicht* drohend zahlungsunfähig ist;
- der Plan an einem schwerwiegenden und nicht innerhalb einer gesetzten Frist behobenen Mangel leidet;
- die nach Planbestätigung verbleibenden Ansprüche gegen die Schuldnerin offensichtlich nicht erfüllt werden können.

Sieht der Plan eine *Neue Finanzierung* vor, so ist die Bestätigung darüber hinaus zu versagen, wenn das dem Plan zu Grunde liegende Restrukturierungskonzept unschlüssig ist, von falschen Gegebenheiten ausgeht oder aus sonstigen Gründen keine begründete Aussicht auf Erfolg hat (§ 70 Abs. 2).

Ähnlich wie die Insolvenzordnung sieht auch der Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen einen Minderheitenschutz vor (§§ 71 ff.).

e) *Stabilisierung (§§ 56 ff.)*

Wesentliche Bedeutung haben sodann die Stabilisierungsinstrumente der Vollstreckungs- und Verwertungssperre (§ 56). Diese werden auf Antrag vom Gericht angeordnet (§ 58),

wenn die von der Schuldnerin vorgelegte Restrukturierungsplanung vollständig und schlüssig ist und keine Umstände bekannt sind, nach denen

- die Angaben falsch sind,
- die Restrukturierung aussichtslos,
- die Schuldnerin noch nicht drohend zahlungsunfähig oder
- die beantragte Anordnung nicht erforderlich ist.

Bestehen erhebliche Zahlungsansprüche gegenüber besonders geschützten Gläubigern (Arbeitnehmer, Sozialversicherungsträger, Fiskus oder Lieferanten, siehe § 57 Abs. 3 Ziff. 1) oder verfügt die Schuldnerin nicht über eine ordnungsgemäße Buchhaltung, erfolgt die Anordnung nur ausnahmsweise.

Eine Anordnung darf zunächst nur für die Dauer von bis zu drei Monaten ergehen (§ 60 Abs. 1). Eine Verlängerung auf insgesamt bis zu acht Monaten ist allerdings möglich, wenn und solange ein angenommener Restrukturierungsplan noch nicht bestätigt wurde (§ 60 Abs. 3).

Während der Zeit einer Verwertungssperre sind betroffenen Gläubigern Zinsen zu zahlen und ein Wertverlust zu ersetzen (§ 61 Abs. 1). Erlöse aus der Verwertung von Sicherheiten am Umlaufvermögen (Vorräte, Forderungen etc.) sind nach § 61 Abs. 2 RegE an den Berechtigten auszukehren oder unterscheidbar zu verwahren; bei einem Verstoß hiergegen haften die Organe persönlich (§ 64 S. 3).

Wichtige Vertragspartner der Schuldnerin dürfen nicht allein wegen rückständiger Leistungen die ihnen obliegenden Leistungen verweigern oder den Vertrag kündigen (§ 62). Allerdings muss ein Vertragspartner auch nicht weiter ungesichert vorleisten. Dementsprechend müssen auch Darlehen nicht mehr ausgezahlt werden (§ 62 Abs. 3 Satz 2 und 3).

Unberührt von Stabilisierungsanordnungen bleiben Finanzsicherheiten und Systeme nach dem KWG sowie das Liquidationsnetting nach § 104 Abs. 3 und 4 InsO.

Stellt sich im Nachhinein heraus, dass die Voraussetzungen für die Anordnung nicht vorliegen, ist diese aufzuheben. In diesem Fall kann das Gericht allerdings eine dreiwöchige Frist für die geordnete Überleitung in ein Insolvenzverfahren gewähren. Erwirkte eine haftungsbeschränkte Schuldnerin aufgrund vorsätzlich oder fahrlässig unrichtiger Angaben eine Anordnung, ist deren Geschäftsleitung den davon betroffenen Gläubigern zum Ersatz des Schadens verpflichtet, es sei denn, sie trifft an den unrichtigen Angaben kein Verschulden (§ 64).

3. Restrukturierungsbeauftragte

Eine zentrale Figur der Restrukturierung nach dem StaRUG ist der *Restrukturierungsbeauftragte*. Er wird entweder aufgrund bestimmter (unterstellter) Risikokonstellationen (§ 80) oder auf Antrag der Schuldnerin oder eines qualifizierten Gläubigerquorums (§ 84) bestellt. Zu den Risikokonstellationen gehört:

- der Eingriff in die Rechte von Verbraucherinnen oder mittleren, kleinen oder Kleinstunternehmen;
- eine beantragte Stabilisierungsanordnung gegen alle oder im Wesentlichen alle Gläubigerinnen;
- die beabsichtigte Annahme des Restrukturierungsplans aufgrund lediglich einer Mehrheit der Gruppen (Cross-Class Cram-Down), es sei denn, es sind lediglich Finanzgläubiger betroffen.

Zudem kann das Gericht einen Restrukturierungsbeauftragten bestellen, um Prüfungen als Sachverständiger zu gewissen Voraussetzungen einer Planbestätigung (drohende Zahlungsunfähigkeit, Angemessenheit einer neuen Finanzierung, Minderheitenschutz) sowie der Angemessenheit der Entschädigung bei einem Eingriff in gruppeninterne Drittsicherheiten sowie die Enthftung der unbeschränkt haftenden Gesellschafter vorzunehmen.

Im Unterschied zum RefE wird im RegE die Beantragung einer Vertragsbeendigung hingegen nicht mehr als Regelrisiko gesehen. Auch werden das Fehlen einer fachkundigen Bescheinigung zu den Voraussetzungen einer Stabilisierungsanordnung und Zweifel am Fortbestand der Anordnungsvoraussetzungen nicht mehr als (fakultativer) Bestellungsgrund genannt.

Zum Restrukturierungsbeauftragten ist eine für den jeweiligen Einzelfall geeignete, insbesondere geschäftskundige und von den Gläubigern und der Schuldnerin unabhängige natürliche Person zu bestellen. Besonders geeignet sind laut RegE in Restrukturierungs- und Insolvenzsachen erfahrene Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte (§ 81 Abs. 1). Hat die Schuldnerin eine Bescheinigung zu den Voraussetzungen einer Stabilisierungsanordnung gem. § 58 Abs. 1 und 2 vorgelegt, kann das Gericht vom Vorschlag der Schuldnerin hinsichtlich des Restrukturierungsbeauftragten nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person offensichtlich ungeeignet ist. Das gleiche gilt, wenn nicht die Schuldnerin, sondern eine qualifizierte Gläubigerminderheit einen Vorschlag macht. In beiden Fällen muss das Gericht die Ablehnung der vorgeschlagenen Person begründen.

Folgt das Gericht einem Vorschlag, kann es aber einen weiteren Restrukturierungsbeauftragten bestellen. Diesem kann das Gericht dann sogar die meisten der Befugnisse des Restrukturierungsbeauftragten übertragen (§ 81 Abs. 3).

Die Vergütung des Restrukturierungsbeauftragten erfolgt grundsätzlich auf Grund von Stundensätzen und Stundenbudgets (§ 88). In besonderen Fällen kann jedoch auch eine Vergütung nach dem Wert der in den Restrukturierungsplan einbezogenen Forderungen oder des Unternehmensvermögens erfolgen (§ 90 Abs. 1).

4. Veröffentlichung

Restrukturierungssachen müssen nicht veröffentlicht werden. Eine Veröffentlichung kann allerdings sachgerecht oder sogar notwendig sein. Das gilt insbesondere, wenn die Wirkungen der EulnsVO, insbesondere die Anerkennung in der EU und die Sperrwirkung gegenüber anderen EU-Insolvenzverfahren erreicht werden soll oder viele Gläubiger von Stabilisierungsanordnungen oder dem Restrukturierungsplan betroffen sind.

Der Schuldner hat bis zur ersten Entscheidung in der Restrukturierungssache zu wählen, ob er Veröffentlichungen wünscht. Die Entscheidung kann nicht geändert werden und gilt dann für das gesamte Verfahren (§ 91).

5. Anfechtungs- und Haftungsrecht

Ein wesentliches Anliegen der EU-Richtlinie ist die Absicherung des Restrukturierungsrahmens bzw. der entsprechenden Restrukturierungsmaßnahmen gegen das Risiko späterer Anfechtungen und Haftung. Dieser Vorgabe kommt der Gesetzentwurf der Bundesregierung allenfalls im „Minimalprogramm“ nach. Zwar kann die Annahme eines sittenwidrigen Beitrags zur Insolvenzverschleppung oder einer vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung nicht allein darauf gestützt werden, dass an der Rechtshandlung Beteiligte Kenntnis von der Rechtshängigkeit der Restrukturierungssache hatten (§ 96 Abs. 1). Auch sind die Regelungen eines Restrukturierungsplans und Rechtshandlungen, die im *Vollzug* eines solchen Plans erfolgen, einer Anfechtung grundsätzlich nur zugänglich, wenn die Planbestätigung auf der Grundlage unrichtiger oder unvollständiger Angaben der Schuldnerin erfolgte und dies dem anderen Teil bekannt war (§ 97 Abs. 1). Transaktionen im Zusammenhang mit nicht bestätigten, d.h. nicht erfolgreichen Restrukturierungsplänen unterfallen dieser Privilegierung aber ebenso wenig wie Leistungen auf Gesellschafterdarlehen.

Grundsätzlich enthaftet wird die Geschäftsleitung für Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang bis zur Aufhebung der Restrukturierungssache, wenn eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung angezeigt wurde. Das gilt nach dem RegE jedoch nicht für „Zahlungen, die bis zu der absehbar zu erwartenden Entscheidung des Restrukturierungsgerichts [über die Aufhebung des Restrukturierungsverfahrens] zurückgehalten werden können, ohne dass damit Nachteile für eine Fortsetzung des Restrukturierungsvorhabens verbunden sind“ (§ 96 Abs. 3 S. 2). Was geschieht, wenn sich die Sanierungsaussichten im Nachhinein anders darstellen, bleibt offen.

6. Sanierungsmoderation (§§ 100 ff.)

Schließlich ermöglicht das Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz noch die Bestellung eines *Sanierungsmoderators*, der zwischen dem Schuldner und den Gläubigern vermitteln soll. Nach der Gesetzesbegründung zielt dies vor allem auf Kleinst- und kleine Unternehmen, die sich eine Beratung und Unterstützung durch professionelle Sanierungsberater nicht leisten können.

Unter Vermittlung des Sanierungsmoderators kann ein Sanierungsvergleich geschlossen und vom Gericht sogar bestätigt werden, was weitgehende Insolvenzfestigkeit zur Folge hat (vgl. § 103 Abs. 3). Die Annahme eines Vergleichs gegen eine Minderheit ist indes nicht möglich.

7. Frühwarnsysteme (§§ 107 f.)

Ein eigener (sehr kurzer, 4.) Teil des StaRUG ist im RegE der Einführung der von der EU-Richtlinie 2019/1023 vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen geforderten Einrichtung von Frühwarnsystemen gewidmet. Neben dem Verweis auf noch nicht vorhandene aber wohl später einmal unter www.bmjv.bund.de bereitzustellende „Instrumentarien zur frühzeitigen Identifizierung von Krisen“ (§ 107) enthält dieser Passus die Verpflichtung der Steuerberater, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfer, vereidigten Buchprüfer und Rechtsanwälte ihre Mandanten bei der Erstellung eines Jahresabschlusses auf das Vorliegen eines möglichen zwingenden Insolvenzgrundes und die daran anknüpfenden Pflichten der Geschäftsleiter und Mitglieder der Überwachungsorgane hinzuweisen (§ 108). Die im RefE noch vorgesehene (begrenzte) Verpflichtung der dem StBerG und der WPO unterliegenden Berufsgruppen, bei der Erstellung oder Prüfung des Jahresabschlusses zu prüfen, ob tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten vorliegen, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können, wurde gestrichen.

III. Änderung der InsO

Massive Änderungen soll die Insolvenzordnung erfahren. Dies gilt für die Insolvenzantragspflicht und – vor allem – die Eigenverwaltung. Aber auch im Übrigen ist eine Vielzahl von

Änderungen geplant. Die nachfolgenden Angaben zu Paragraphen beziehen sich auf solche der InsO in der Fassung des RegE.

1. Vorgespräch (§ 10a InsO)

Zunächst einmal erhält ein Schuldner, der zwei der drei Größenkriterien des § 22a Abs. 1 erfüllt, einen Anspruch auf ein Vorgespräch mit dem zuständigen Insolvenzgericht (§ 10a, neu). Erfüllt der Schuldner diese Kriterien nicht, liegt das Angebot eines Vorgesprächs im Ermessen des Gerichts. Mit Zustimmung des Schuldners können auch Gläubiger angehört werden, insbesondere hinsichtlich ihrer Bereitschaft zur Mitgliedschaft in einem vorläufigen Gläubigerausschuss.

2. Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO)

Sodann soll hinsichtlich der Maximalfrist für die Stellung des Eröffnungsantrags künftig differenziert werden. Die bisher einheitliche geltende Maximalfrist von drei Wochen gilt nur noch im Falle der Zahlungsunfähigkeit. Für Fälle der Überschuldung soll die Maximalfrist künftig sechs Wochen betragen.

3. Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 15b InsO)

Völlig neu und rechtsformübergreifend zusammengefasst regelt der RegE in einem neuen § 15b InsO die (Un)Zulässigkeit und Folgen von Zahlungen nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Grundsätzlich bleibt es bei der bisherigen, in den diversen gesellschaftsrechtlichen Einzelgesetzen enthaltenen Regel, dass Zahlungen nach Insolvenzreife nicht mehr vorgenommen werden dürfen, es sei denn, sie sind mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar (§ 15b Abs. 1). Gesetzlich definiert wird nun aber, dass Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, solange der Antragspflichtige die Vorbereitung der Antragstellung oder Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife sorgfältig betreibt (§ 15b Abs. 2). Zahlungen nach Ablauf der Höchstfrist zur Insolvenzantragstellung sind in der Regel nicht (mehr) sorgfältig. Nicht mehr

vorhanden ist im RegE die im RefE noch enthaltene „Klarstellung“, dass die Massesicherung Vorrang auch vor der Erfüllung von Steuerverbindlichkeiten hat.

Ebenfalls neu wird die Ersatzpflicht für gegen Abs. 1 und 2 verstoßende Zahlungen geregelt. Zwar bleibt es auch hier beim bekannten Grundsatz, dass alle nicht erlaubten Zahlungen zu erstatten sind. Jedoch kann der Verpflichtete einwenden, dass den Gläubigern nur ein gegenüber der Höhe der verbotswidrigen Zahlung geringerer Schaden entstanden ist.

4. Änderung der Insolvenzgründe

Seit jeher ist die Sinnhaftigkeit der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung streitig. Insbesondere Abgrenzungsschwierigkeiten zum *fakultativen* Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit sprechen, zumindest im bisherigen Recht, gegen den zur Antragstellung *verpflichtenden* Insolvenzgrund der Überschuldung, der sich letztlich ebenfalls auf die drohende Zahlungsunfähigkeit stützt.

Dieses Problem löst der Entwurf nicht durch Abschaffung der Überschuldung als zwingenden Insolvenzgrund, sondern durch Einführung unterschiedlich langer Betrachtungszeiträume für die beiden Insolvenzgründe. Überschuldung (§ 19) liegt demnach zukünftig nicht vor, wenn die Fortführung des Unternehmens (d. h. letztlich die Zahlungsfähigkeit) für die nächsten zwölf Monate überwiegend wahrscheinlich ist. Für die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18) soll hingegen in der Regel ein Prognosezeitraum von 24 Monaten zu Grunde zu legen sein

5. USt aus vorläufiger Eigenverwaltung

Im Unterschied zum RefE ist im RegE nicht mehr vorgesehen, dass zukünftig auch die Umsatzsteuer aus vorläufiger Eigenverwaltung eine Masseverbindlichkeit ist. Der Fiskus wird, sollte es hierbei bleiben, insoweit also weiterhin ungefragt einen „Sanierungsbeitrag“ leisten.

6. Gläubigerbeteiligung bei der Verwalterbestellung

Die durch das ESUG eingeführte Gläubigerbeteiligung bei der Verwalterbestellung (§ 56a) ist in der Praxis häufig leergelaufen. Der RegE will dem nun dadurch entgegenwirken, dass eine

Pflicht des Gerichts zur schriftlichen Begründung für den Fall besteht, dass wegen drohender Nachteile von einer Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses abgesehen wird (§ 56a Abs. 3, neu gefasst).

7. Insolvenzplan

Passend zum Unternehmensstabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz (StaRUG) können im Insolvenzplan zukünftig auch gruppeninterne Drittsicherheiten gestaltet werden und wird die Vergleichsrechnung neu gefasst. Zielt der Insolvenzplan auf die Unternehmensfortführung ab, ist in der Regel auch für das Alternativszenario ohne Insolvenzplan die Fortführung des Unternehmens zu unterstellen.

Sollen dem Schuldner oder der am Schuldner beteiligten Geschäftsführung Werte zugewandt werden, insbesondere der Erhalt der Inhaberschaft bzw. von Anteilen, steht dies dem Insolvenzplan nicht entgegen, wenn die Mitarbeit des Begünstigten für die Fortführung des Unternehmens und die Umsetzung der Sanierung unerlässlich ist.

8. Änderung der Eigenverwaltung

Die größte Änderung soll die Eigenverwaltung erfahren. Diese wurde durch das ESUG aus ihrer Schattenexistenz geholt und wird in der Sanierungspraxis inzwischen deutlich häufiger genutzt. Dabei ist es auch zu Missbräuchen der Verfahrensform gekommen, denen künftig vorgebeugt werden soll. Zudem führte die bislang nur rudimentäre Regelung zu einigen Anwendungsunsicherheiten. Diesen Defiziten will der Entwurf nun mit einer weitgehenden Neufassung des Rechts der Eigenverwaltung entgegenreten.

Kernpunkt ist dabei eine Neuregelung der Beantragung, Anordnung und Aufhebung der Eigenverwaltung. Reichte bisher der schlichte und (mit Ausnahme des Schutzschirmverfahrens) nicht weiter begründete Antrag, soll zukünftig die Vorlage einer detaillierten *Eigenverwaltungsplanung* Anordnungsvoraussetzung sein (§ 270a, neu gefasst). Diese Planung umfasst

- einen Finanzplan für sechs Monate, der neben den Kosten des Geschäftsbetriebes auch die Kosten des Verfahrens und der hierfür benötigten Berater enthält;
- ein Konzept für die Bewältigung von Krise und Insolvenz;
- eine Darstellung des Verhandlungsstands mit Gläubigern und etwaigen relevanten Dritten;
- eine Darstellung der Vorkehrungen, die der Schuldner getroffen hat, um seine Fähigkeit, insolvenzrechtliche Pflichten zu erfüllen, sicherzustellen;
- einen Kostenvergleich von Eigenverwaltung zu Regelverfahren.

Des Weiteren hat der Schuldner zu erklären, ob er sich gegenüber wesentlichen Gläubigern (wozu Finanzgläubiger lt. Entwurf allerdings nicht zählen) in Verzug befindet; ob er in den letzten drei Jahren vor dem Antrag schon einmal vergleichbaren Gläubigerschutz gesucht hat und ob er für die letzten drei Jahre seinen Buchhaltungspflichten nachgekommen ist.

Liegt ein Negativmerkmal vor, wozu ausdrücklich auch die das Regelverfahren übersteigenden Kosten der Eigenverwaltung gehören, wird Eigenverwaltung nur angeordnet, wenn trotz dieser Umstände zu erwarten ist, dass der Schuldner bereit und in der Lage ist, seine Geschäftsführung an den Interessen der Gläubiger auszurichten (§ 270b, neugefasst).

Sodann wird das vorläufige Eigenverwaltungsverfahren geregelt (§ 270c, neu). Neu ist darin ein möglicher Zustimmungsvorbehalt für den vorl. Sachwalter sowie die ausdrückliche Regelung, dass das Gericht den Schuldner zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ermächtigen kann.

Die vorläufige Eigenverwaltung wird aufgehoben (§ 270e, neu), wenn 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 im Interesse der Gläubiger auszurichten. Hierzu gehört neben der Falschangabe wesentlicher Tatsachen

in der Eigenverwaltungsplanung und Buchführungsmängeln ausdrücklich auch, wenn Haftungsansprüche gegen Mitglieder seine Organe bestehen, deren Durchsetzung in der Eigenverwaltung erschwert werden *könnte*.

Weitere Aufhebungsgründe sind nicht behobene Mängel der Eigenverwaltungsplanung, wenn sich die angestrebte Sanierung als aussichtslos erweist sowie Anträge des vorläufigen Gläubigerausschusses und des Schuldners. Die vorläufige Eigenverwaltung wird zudem aufgehoben, wenn ein Gläubiger dies beantragt und glaubhaft macht, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung nicht vorliegen und ihm durch die Eigenverwaltung erhebliche Nachteile drohen.

Im Rahmen der ESUG-Evaluierung wurde auch moniert, dass „mitgebrachte Sachwalter“ Haftungs- und Anfechtungsansprüche weniger engagiert durchsetzen, als solche, die in keinem Verhältnis zu den Beteiligten stehen. Diesem Defizit will der Entwurf dadurch abhelfen, dass das Gericht in den Fällen, in denen es bei der Bestellung des Sachwalters einem Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses oder des Schuldners gefolgt ist, einen Sondersachwalter bestellen kann (§ 274a, neu). Diesem obliegt dann die Prüfung von Haftungsansprüchen gegen amtierende oder ehemalige Mitglieder der Organe sowie von Anfechtungsansprüchen gegen Gläubiger. Der Sondersachwalter erhält ein Honorar auf der Grundlage angemessener Stundensätze. Wird durch die Tätigkeit des Sondersachwalters Haftungsmasse realisiert, erhält er eine Zusatzvergütung, die von der Vergütung des Sachwalters abgezogen wird (§ 274a Abs. 4).

Auch die Haftung der Organpersonen in der Eigenverwaltung soll nunmehr positiv geregelt werden (§ 276a Abs. 2 und 3, neu). Danach haften Organpersonen nach Maßgabe der §§ 60 - 62, d.h. wie ein Insolvenzverwalter. Dies entspricht der Rechtsprechung des BGH (IX ZR 238/17 vom 26.04.2018).

Ein ebenfalls praktisch relevantes Detail enthält schließlich noch die geplante Änderung von § 284 Abs. 1. Danach kann schon der vorläufige Gläubigerausschuss dem vorläufigen Sach-

walter (oder auch dem Schuldner) einen Auftrag zur Ausarbeitung eines Insolvenzplans geben. Dies ist bislang erst in der Gläubigerversammlung möglich, wodurch den Gläubigern viel Zeit verloren gehen kann.

IV. Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes

Den aktuellen Herausforderungen durch die COVID-19 Pandemie soll durch befristete Sonderregelungen, die durch Art. 10 des SanInsFoG im COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG) verankert werden, Rechnung getragen werden.

Dem COVInsAG wird ein § 4 angefügt. Danach beträgt der Prognosezeitraum für den Ausschluss der Überschuldung (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO) ab Inkrafttreten des Gesetzes und bis zum 31.12.2021 lediglich vier Monate. Das gilt allerdings nur, wenn der Schuldner

- zum 31.12.2019 nicht zahlungsunfähig war,
- im letzten, vor dem 01.01.2020 abgeschlossenen Geschäftsjahr ein positives Ergebnis aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit erwirtschaftet hat und
- der Umsatz im Kalenderjahr 2020 im Vergleich zum Vorjahr um mehr als 40 % eingebrochen ist.

Unter den gleichen Voraussetzungen soll ein neuer § 5 den eigentlich ausgeschlossenen Zugang zum Schutzschirmverfahren ermöglichen, auch wenn der Schuldner bereits zahlungsunfähig ist. Ebenfalls sollen unter diesen Bedingungen Zahlungsrückstände gegenüber Arbeitnehmern und erhebliche Zahlungsrückstände insbesondere gegenüber dem Fiskus der Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung nicht entgegenstehen. Die im RefE noch vorgesehene Inanspruchnahme von Instrumenten des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens auch bei Insolvenzreife ist im RegE allerdings nicht mehr enthalten.

Ihre Ansprechpartner zu diesem Thema



Rechtsanwalt
Dr. Stefan Proske
T +49 30 88 00 97-15
F +49 30 88 00 97-99
s.proske@heuking.de



Rechtsanwalt
Prof. Dr. Georg Streit
T +49 89 540 31-227
F +49 89 540 31-527
g.streit@heuking.de



Rechtsanwalt
Dr. Johan Schneider
T +49 40 355280-30
F +49 40 355280-80
j.schneider@heuking.de

Abonnentenservice: Update Restrukturierung
 bestellen (kostenlos, unverbindlich, jederzeit kündbar)
 abbestellen
Fax-Antwort an: +49 40 355280-80
E-Mail-Antwort an: c.burmester@heuking.de

Informationen darüber, wie Heuking Kühn Lüer Wojtek mit Ihren personenbezogenen Daten umgeht, zu welchen Zwecken Ihre Daten verarbeitet werden, die Rechtsgrundlagen der Verarbeitung und welche Rechte Sie haben, können Sie unter www.heuking.de nachlesen.

Versandservice und Kontakt

Ihr Name:
.....
Ihre Email-Adresse:
.....
Ihre Adresse:
.....