



Prof. Dr. Madaus, MLU Halle-Wittenberg, 06099 Halle (Saale)

Deutschen Bundestag

Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

12. November 2020

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) sowie zum diesbezüglichen Antrag der Fraktion der FDP

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit dem vorliegenden Regelungsentwurf wird das deutsche Insolvenz- und Restrukturierungsrecht nicht nur europarechtskonform weiterentwickelt; es wird im Wettbewerb mit den führenden Restrukturierungsstandorten konkurrenzfähig. Mit einigen Änderungen könnte diese Position sogar noch verbessert werden. Diese werden im ersten und zweiten Teil dieser Stellungnahme vorgestellt.

Das Inkrafttreten des Gesetzes wird allerdings kaum als hinreichende Hilfestellung für Unternehmen angesehen werden können, die aktuell von pandemiebedingten Einschränkungen betroffen und aus diesem Grund in wirtschaftlichen Schwierigkeiten sind. Hier bedarf es Hilfen zum „Überwintern“ der Marktbeschränkungen, die im dritten Teil dieser Stellungnahme näher erläutert werden.

Teil 1: Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG)

Die Einführung modular zugänglicher, vorinsolvenzlicher Restrukturierungshilfen ist der richtige moderne Regelungsansatz zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben. Diese Konzeption ist „eine der großen Stärken des StaRUG“ (so exemplarisch *Morgen*, INDat Report 9/2020, 13, 15) und wird den Restrukturierungsstandort Deutschland im europäischen Rechtsmarkt gerade auch gegenüber den Niederlanden wettbewerbsfähig machen, die zum 1.1.2021 ein vergleichbares Modell zur Verfügung stellen.

1. Um diese grundlegend positive Einschätzung zum Gesetzentwurf durch Änderungen im parlamentarischen Verfahren nicht zu gefährden, müssen die folgenden Grundcharakteristika des StaRUG unbedingt erhalten bleiben:

- **Modularität:** Die Restrukturierungshilfen des StaRUG werden im Rahmen einer Restrukturierungssache lediglich bereitgestellt. Ein gerichtliches Verfahren findet dann nur statt, soweit dies nach Ansicht des Schuldners konkret erforderlich wird und sinnvoll ist, wobei sich die Gerichtseinbindung auf einzelne Hilfen (Planbestätigung, Vorprüfung, Stabilisierungsanordnung) beschränken kann. Diese modulare Nutzbarkeit gerichtlicher Hilfen entspricht dem Wunsch der Richtlinie nach minimaler Gerichtseteiligung. Sie schont staatliche Ressourcen, limitiert die Kosten umfassender Verfahren – gerade für KMU – und verwirklicht der Idee, außergerichtliche Verhandlungen nur dort staatlich zu unterstützen, wo dies gewollt, notwendig und erfolgversprechend ist.
- **Flexibilität:** Die Module des StaRUG kommen nicht in jeder Restrukturierungssache zum Einsatz, sondern nur in den Fällen, in denen sie erforderlich erscheinen. Auch hierin spiegelt sich der Wunsch nach Kostenvermeidung. Dies wird insbesondere bei der Einbindung eines Restrukturierungsbeauftragten deutlich, der es oft nicht bedarf. So wird etwa eine Restrukturierung, die allein mit Finanzinstituten oder Anleihegläubigern verhandelt wird, ohnehin von Expertise getragen und nicht zwingend eines weiteren fachkundigen Dritten als Restrukturierungsbeauftragten bedürfen. Bei KMU wird wiederum die Vergütung eines solchen Beauftragten ein Zugangshindernis erzeugen. Eine pauschale – kostenpflichtige – Bestellung ist daher weder richtlinienkonform noch erforderlich. Die Beteiligung hat (wie im StaRUG angedacht) flexibel und mit Kostenbewusstsein zu erfolgen. Wünscht – gerade bei KMU – ein Gläubiger die Beteiligung von weiterem Sachverstand, so hat dies einen Preis in Form der Kostenlast. Flexibilität und Kostenbewusstsein sind gerade für die Nutzung des StaRUG durch KMU entscheidend.
- **Insolvenzferne:** Die Funktion des StaRUG liegt in der Unterstützung außergerichtlicher Verhandlungen über die Anpassung rechtlicher Verpflichtungen zwischen den Beteiligten angesichts geänderter wirtschaftlicher Umstände. Es ergänzt insofern das Zivilrecht, insbesondere das Vertrags- und Gesellschaftsrecht, im Interesse der Vermeidung einer volkswirtschaftlichen Wertvernichtung durch unnötige Insolvenzkosten. Gerade die Vermeidung indirekter Insolvenzkosten, die auf einem Makel der Verfahrensnutzung basieren, erreicht das StaRUG durch klare Abgrenzung zu den Beteiligten und Instrumenten der Insolvenzordnung. Eine eigene Verfahrensordnung, eigene Restrukturierungsgerichte und eigenständige Verfahrensbeteiligte (Sanierungsmoderatoren, Restrukturierungsbeauftragte) sind hier essenziell. Um diesen Nimbus nicht zu gefährden, sind (nur) Instrumente anzubieten, die funktional auf die angestrebte Verhandlungslösung ausgerichtet sind. Instrumente der Sicherung einer bereits unzureichenden Haftungsmasse sind hingegen allein dem Insolvenzrecht zuzuweisen und sollte im StaRUG fehlen (dazu auch unter 3. a) und c)).

- **Effektivität:** Das StaRUG muss Restrukturierungshilfen enthalten, die außergerichtliche Verhandlungen mit Gläubigern und Gesellschaftern effektiv unterstützen. Das Entschärfen von Erpressungspotenzialen in den Händen einzelner Akkordstörer muss in der Praxis gelingen. Hierzu sind die Instrumente des StaRUG in ihrer Gesamtheit erforderlich. Auch muss der Zugang zu diesen Hilfen gerade den Unternehmen möglich sein, die frühzeitig Verhandlungen beginnen. Ein Schutz der Gläubiger und Gesellschafter vor unberechtigter Inanspruchnahme sollte weniger ex-ante durch Zugangskontrollen (Bestandsfähigkeitstest, Insolvenztest) als durch eine Kombination aus Vetorecht und richterliche Kontrolle im Rahmen der Entscheidung über die jeweils beantragte Hilfe erfolgen. Das StaRUG folgt diesem Ansatz immerhin schon zum Teil; Nachbesserungen wären zu begrüßen.
- **Wettbewerbsfähigkeit:** Der europäische Binnenmarkt umfasst auch die Restrukturierung von Unternehmen. Die Richtlinienumsetzung in anderen Mitgliedstaaten der EU erzeugt dabei ein buntes Angebot an Restrukturierungshilfen für deutsche Unternehmen im EU-Ausland und insbesondere in den Niederlanden finden sich Hilfen, die denen des StaRUG-Referentenentwurfs entsprechen. Der Entwurf hatte den Wettbewerb der Rechtsordnungen mutig aufgenommen und nach niederländischem Vorbild Planeingriffe in konzerninterne Sicherheiten ebenso vorgesehen wie die Möglichkeit zur Vertragsbeendigung aufgrund eines Restrukturierungsplans. Das vollständige Wegfallen solcher Hilfen im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens würde die Konkurrenzfähigkeit des deutschen Restrukturierungsrechts erheblich mindern. Die Restrukturierungs-Migration von Unternehmen des deutschen Mittelstands ins Nachbarland wäre eine vorhersehbare und gegenüber der Migration nach England kostengünstige Folge. Durch die großzügige Gestaltung der dortigen Gerichtsstände wäre oft kein COMI-Shift erforderlich und zugleich wäre die Wirkung dort ergehender gerichtlicher Entscheidungen über die EulnsVO, EuGVVO oder § 328 ZPO auf Deutschland erstreckbar. Dem Ruf nach einem Streichen einzelner Restrukturierungshilfen sollte mit größter Vorsicht begegnet werden. Berechtigte Kritik sollte eher durch Änderungen in der Ausgestaltung der Hilfen Berücksichtigung finden.

2. Vor dem Hintergrund dieser grundsätzlichen Erwägungen sind insbesondere **Änderungswünsche**, wie sie von Abgeordneten der **FDP-Fraktion** formal eingebracht wurden (BT-Drucks, 19/20560), zum Teil kritisch zu betrachten:

- a) **Zugang:** Schon die Anträge der Fraktion der FDP zur Verschärfung der Zugangsvoraussetzungen (Bestandsfähigkeitsprüfung, keine Wiederholung binnen dreier Jahre) sind aus zwei Gesichtspunkten heraus zu hinterfragen. Zum einen wird so der Zugang zu Hilfen ex-ante unnötig formal eingeschränkt, was auch sanierungsfähige Unternehmen trifft und diese in die Insolvenz zwingt. Zum anderen genügen zur Berücksichtigung der berechtigten Wünsche nach einer Missbrauchskontrolle die Kontrollmechanismen im Verfahren, also die gerichtliche Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen für Planbestätigungen oder Stabilisierungsanordnungen. Gerade solche nachgelagerten Kontrollen erlauben die volle Entfaltung der Gläubigerautonomie. Auch besteht keine pauschale

Missbrauchsgefahr, wenn Restrukturierungen bei scheiternden Plänen erneut mit gerichtlicher Hilfe stattfinden, solange dies mit der Unterstützung der betroffenen Gläubiger stattfindet. Starre Ausschlussfristen für eine mehrfache Inanspruchnahme sind daher zu vermeiden.

- b) **Restrukturierungsbeauftragter:** Die beantragte pauschale Beteiligung eines Restrukturierungsbeauftragten bei Zwangseingriffen in Gläubigerrechte nimmt dem StaRUG ohne triftigen Grund ein erhebliches Maß an Flexibilität und Modularität. Sie würde zu Kosten auch in Restrukturierungen führen, in denen es solcher Beauftragter nicht bedarf. Eine solche Regelung wäre weder richtlinienkonform noch angemessen. Gerade für KMU würde die Nutzung präventiver Hilfen so weiter erschwert.
- c) **Planeingriffe in künftig fällig werdende Restrukturierungsforderungen:** Entgegen des Antrags der FDP-Fraktion sollten solche Eingriffe nicht pauschal ausgeschlossen, sondern explizit zugelassen werden. Auf diese Weise ließe sich vor allem das Instrument der „Vertragsbeendigung“ (§§ 51 ff. StaRUG) systemkonform zur Verfügung stellen; Einzelheiten (dazu sogleich unter 3.c)).
- d) **Planvorlagerechte:** Die beantragten Planvorlagerechte für Gläubiger und den Restrukturierungsbeauftragten entsprechen nicht der Funktion des vorinsolvenzlichen Restrukturierungsrahmens, der eben allein dem Schuldner in einer Restrukturierungsverhandlung Hilfen bereitstellen will und soll. Sind die beteiligten Gläubiger mit dem Konzept des Schuldners nicht einverstanden, so sind diese Bedenken in den Verhandlungen zu kommunizieren und durch Planänderungen zu berücksichtigen. Angesichts der hohen Zustimmungserfordernisse werden Gläubiger mit einem entsprechenden Stimmgewicht solche Änderungen oft erreichen können, ohne dass es eines eigenen formalen Planvorschlags an das Gericht bedarf. Auch scheint es erst in der Insolvenz gerechtfertigt, dem Schuldner die Steuerungsmacht über die Planvorlage zu entziehen.
- e) **Frühzeitige Gerichtsbeteiligung:** Die beantragte frühe Beteiligung des Gerichts zur Vorprüfung des Plans widerspricht dem Grundsatz minimaler Gerichtsbeteiligung und damit einem der Grundgedanken der Richtlinie. Das Gericht sollte gerade nicht pauschal, sondern nur involviert werden, wenn und soweit dies erforderlich ist. Eine Vorprüfung sollte daher – wie im Gesetzentwurf vorgesehen – nur als Option zur Verfügung stehen.
- f) **Kopfmehrheit:** Der Wunsch der FDP-Fraktion nach Einführung einer zusätzlichen Kopfmehrheit je Plangruppe dürfte dem Schutz von Planbetroffenen mit kleinen Forderungen dienen. Dieser Schutz wird bereits durch zwei Komponenten hinreichend gewährleistet. Zum einen haben in einer Gruppe schon Beteiligte mit einer Forderungssumme von 25% ein Vetorecht. Zum anderen sieht das StaRUG vor, dass zum Schutz von Kleingläubigern oder Kleinbeteiligten mit ihren Sonderinteressen die Bildung einer besonderen Gruppe (§ 11 Abs. 2 Satz 3 StaRUG) erfolgen muss, sodass ein Überstimmen durch Großgläubiger in derselben Gruppe ausgeschlossen ist. Es bedarf somit keiner Kopfmehrheit zum Schutz dieser Beteiligten.

3. Die im Grunde gelungene Umsetzung des präventiven Restrukturierungsrahmens ließe sich durch einzelne **Anpassungen** noch erheblich verbessern:

a) **Ausschluss der kollektiven Wirkung von StaRUG-Hilfen:**

Das StaRUG soll Verfahrenshilfen bieten, die sowohl in öffentlich bekanntgemachten Verfahren im Anwendungsbereich der EulnsVO (§§ 91 ff. StaRUG – Öffentliche Restrukturierungssache) als auch in nicht publik gemachten Verfahren jenseits dieser Verordnung erlangt werden können. Leider sind die Regelungen zur persönlichen Reichweite verfügbarer Restrukturierungshilfen an diese Unterscheidung nicht hinreichend angepasst. So erlaubt § 56 Abs. 2 Satz 2 pauschal, dass eine Stabilisierungsanordnung nicht nur gegen namentlich benannte Gläubiger, sondern **gegen alle** wirken kann. Und auch der Restrukturierungsplan kann gem. § 10 Nr. 3 „**sämtliche**“ zum Stichtag begründete Forderungen gegen den Schuldner gestalten. Eine verfassungsrechtlich gebotene Information aller damit von der Maßnahme Betroffenen kann nur durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen. Dennoch ist die Verfügbarkeit kollektiv wirkender Instrumente nicht auf öffentliche Restrukturierungssachen beschränkt. Vielmehr ist verfahrensrechtlich vorgesehen, dass der Plan die Planbetroffenen *individuell* informiert (§ 19) und im Rahmen der Abstimmung **individuell** anspricht, um diese um Zustimmung zum Plan zu bitten (vgl. §§ 19, 22). Auch soll die Stabilisierungsanordnung gem. § 58 Abs. 4 Satz 1 allen Betroffenen (*individuell*) zugestellt werden. Eine solche Zustellung ist nicht praktikabel, wenn im Antrag der Adressatenkreis der Betroffenen nur mit „alle Gläubiger“ angegeben werden kann. Um in solchen Situationen wirklich allen Betroffenen Kenntnis zu verschaffen, müsste – wie im Insolvenzverfahren – eine öffentliche Bekanntmachung erfolgen, die aber ausdrücklich nur für öffentliche Restrukturierungssachen, also nach Wahl des Schuldners, erlaubt sein soll (§ 91). Eine solche Wahl wäre dann obsolet.

Die Richtlinie gibt eine derartige kollektive Wirkung der Instrumente des präventiven Restrukturierungsrahmens nicht zwingend vor. Auch die Anwendbarkeit der EulnsVO hängt nicht von einer solchen Ausgestaltung ab. Es ist daher *kein triftiger Grund* ersichtlich, kollektive – also nicht individualisierte – Wirkungen im StaRUG vorzusehen. Eingriffe in die Rechte gleichartig betroffener, im Verfahren aber nicht individuell bestimmter und beteiligter Gläubiger sind im präventiven Rahmen nicht notwendig. Unternehmen, die derartig weitreichender Hilfen bedürfen, werden in einem Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung bedient, das eben für solche Gesamtwirkungen geschaffen ist und das der Schuldner auch frühzeitig über § 18 InsO nutzen kann, wenn er solche Wirkungen erzeugen möchte. Auch ergäbe sich aus dem expliziten Fehlen solcher Optionen im Restrukturierungsrahmen ein **klarer Abstand dieser Verfahrenshilfen gegenüber der InsO-Eigenverwaltung**.

Hieraus ergeben sich **folgende Änderungen**:

1. § 10 Nr. 3 wäre zu streichen.

2. § 56 Abs. 2 Satz 2 ist wie folgt neu zu fassen: „Die Anordnung kann sich im Übrigen gegen einzelne oder mehrere Gläubiger richten, die namentlich oder

unter hinreichend konkreter Bezeichnung der Forderungen oder Rechte zu beschreiben sind.“

3. In der Gesetzesbegründung ist klarzustellen, dass präventive Verfahrenshilfen keine Gesamtwirkungen jenseits der individuell bezeichneten Betroffenen eines Plans oder eine Stabilisierungsanordnung erlauben. Relevant sind insofern insbesondere die Passagen auf S. 97-105, 136, 181.

b) Begrenzung der Ermittlungskompetenzen des Restrukturierungsgerichts:

§ 41 Abs. 1 sieht vor, dass das Restrukturierungsgericht „von Amts wegen alle Umstände zu ermitteln [hat], die für die Verfahren in der Restrukturierungssache von Bedeutung sind, soweit in diesem Gesetz nichts Abweichendes bestimmt ist. Es kann zu diesem Zweck insbesondere Zeugen und Sachverständige vernehmen.“ Ausweislich der Gesetzesbegründung (S. 167) findet sich insofern schlicht eine Kopie des § 5 Abs. 1 InsO. Diese **weitreichenden Grundkompetenzen** des Gerichts passen nicht zu vorinsolvenzlichen Hilfestellungen. Sie widersprechen den sehr klar begrenzten Versagungsgründen bei den einzelnen Instrumenten (Plan, Stabilisierungsanordnung, Vertragsbeendigung, Einsetzung eines Restrukturierungsbeauftragten), aus denen sich ergibt, dass bei praktisch jedem Entscheidungsgegenstand des Gerichtes im präventiven Rahmen *tatsächlich keine freie Ermittlungskompetenz* besteht. Die Regelung ist trotz ihres Auffangcharakters **irreführend**.

Die Regelung ist zudem auch potenziell schädlich, würde doch insbesondere die freie gerichtliche Bestellung von Sachverständigen zum Zwecke der Überprüfung von Schuldnerangaben zu erheblichen *sanierungsgefährdenden Verzögerungen* führen, was dem Beschleunigungsgrundsatz widerspricht, den der Gesetzgeber selbst in der Begründung hervorhebt. Um dies zu vermeiden, sollte zumindest Satz 2 gestrichen werden.

Idealerweise sollte in diesem Verfahren *kein Amtsermittlungsgrundsatz* gelten, sondern nur der Vortrag der Beteiligten als Entscheidungsgrundlage dienen. Insbesondere unter Beachtung des Umstandes, dass in der Praxis die notwendige Gläubigerzustimmung zu Restrukturierungskonzepten oft nur erreichbar ist, wenn der Schuldner ein Sanierungskonzept vorlegt, das allgemeinen Standards entspricht, bietet es sich an, das ohnehin vorhandene Konzept eines Sanierungsexperten auch für das Gericht zur hinreichenden Grundlage der Planbestätigung zu machen, ohne dass das Gericht hierzu einen zweiten Sachverständigen kraft Amtsermittlungsbefugnis bestellen kann. Auch die Vorgabe in Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie schreibt lediglich vor, dass der Richter die Planrechnungen im Beanstandungsfall (!) nicht ohne erläuternden Sachverstand prüfen muss, sondern einen solchen Sachverstand in Anspruch nehmen kann. Wenn aber ein Sachverständiger ohnehin für alle Beteiligten gutachterlich tätig wird, sollte auch das Gericht auf dessen Kenntnisse zugreifen und ihn im Rahmen der Planerörterung anhören dürfen. Das Gericht sollte diesen Experten ggf. auch vor der Erstellung des Plans zum

Restrukturierungsbeauftragten bestellen dürfen, soweit ein Bestellungsgrund einschlägig ist. Eine Stellungnahme zum Plan nach § 83 Abs. 4 wäre in diesem Fall entbehrlich.

Dem Gericht ist dabei weder zuzumuten noch zuzugestehen, selbst wirtschaftliche Erwägungen zur Erforderlichkeit von Restrukturierungsinstrumenten anzustellen. Die wirtschaftlichen Folgen von Alternativszenarien sind vom Schuldner vorzutragen und im Beanstandungsfall weiter zu erläutern, ohne dass es weiterer Amtsermittlungskompetenzen bedarf. Gelingt dem Schuldner kein schlüssiger Vortrag, so ist ihm der Zugang zu den Instrumenten zu versagen, nicht aber ein Gutachter zu bestellen. Dadurch entsteht zugleich die notwendige Motivation beim Schuldner, sich der Hilfe unabhängiger Sachverständiger bei der Planerstellung zu bedienen.

Hieraus ergeben sich **folgende Änderungen**:

1. § 41 Abs. 1 Satz 2 ist zu streichen.
2. Satz 1 ist entweder zu streichen (es genügt die Anwendbarkeit der ZPO) oder aber wie folgt neu zu fassen: „Das Restrukturierungsgericht hat darauf hinzuwirken, dass die Beteiligten alle Tatsachen, die für Entscheidungen in der Restrukturierungssache nach den Bestimmungen dieses Gesetzes von Bedeutung sind, vollständig und wahrheitsgemäß vortragen.“
3. § 83 Abs. 4 könnte einen neuen Satz 4 erhalten: „Erfolgt die Bestellung der Beauftragten vor der Planabstimmung, so kann der Restrukturierungsbeauftragte auch dazu ermächtigt werden, die der Erklärung nach § 16 Absatz 1 zugrunde liegenden Gutachten zu erstellen; eine Stellungnahme nach Satz 1 ist dann entbehrlich.“

c) **Vertragsbeendigung – ein Alternativvorschlag:**

Das Vertragsbeendigungsinstrument ist verbreitet kritisch aufgenommen worden – wahlweise als zu weitgehend oder gerichtlich nicht handhabbar (siehe etwa *Frind*, ZInsO 2020, 2241, 2246; *Hofmann*, NZI 2020, 871; *Thole*, ZIP 2020, 1985, 1995). Letzteres ist insofern berechtigt, als der Entwurf die Vertragsbeendigung in die Hand des Gerichtes legt, das dabei aufgefordert wird, über wirtschaftliche Fragen zu entscheiden: Ist die Vertragsbeendigung „unter Berücksichtigung des Restrukturierungskonzepts, das dem Restrukturierungsplan zugrunde liegt, offensichtlich nicht sachgerecht“ (§ 51 Abs. 2)?

Bevor man vor dem Hintergrund berechtigter Kritik aber eine Streichung des Instruments insgesamt erwägt, sollte bedacht werden, dass gerade für Filialunternehmen die Anpassung von **Verbindlichkeiten aus laufenden Dauerschuldverhältnissen** eine wesentliche Restrukturierungsmaßnahme ist. Auch findet sich im neuen niederländischen Restrukturierungsrecht eine Vertragsbeendigungsoption, die der im Referentenentwurf entspricht, sodass eine **Migration** von deutschen Restrukturierungen zu erwarten ist, wenn dem StaRUG ein solches Tool genommen würde.

Statt einer Streichung sollte eine Umgestaltung des Lösungsansatzes erfolgen. Grundlegend ist dabei die Erkenntnis, dass der mit dem Instrument adressierte Restrukturierungsbedarf künftige Miet- oder Pachtschulden aus einem bereits bestehenden Vertrag betrifft. Solche Forderungen sind als noch nicht fällige, aber bereits begründete Ansprüche *Restrukturierungsforderungen* im Sinne des StaRUG und mithin durch den Plan regelbar. Nicht die Vertragsbeendigung durch das Gericht, sondern eine *Planregelung dieser Forderungen nach allgemeinen Grundsätzen* ist folglich angezeigt.

Die hieraus folgende Lösung besteht in der Übernahme der etablierten **englischen Praxis** zum Umgang mit solchen Forderungen in einem CVA (company voluntary arrangement). Verbindlichkeiten aus bestehenden Verträgen (Austausch- wie Dauerschuldverhältnissen) sind insgesamt im Plan regelbar, ohne dass dadurch die Verträge selbst berührt werden (**keine gerichtliche Vertragsbeendigung**). Künftige Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen würden dann typischerweise in einer gesonderten Gruppe zusammengefasst, soweit sie rechtlich und wirtschaftlich gleichartig sind; ansonsten sind mehrere Gruppen zu bilden. Stimmen die jeweiligen Gruppen dem Plan mit der hohen Mehrheit von 75% zu, so muss der Schuldner für die im Plan festgesetzte Dauer bis hin zur Restlaufzeit des Vertrags nur die angepasste Forderungshöhe leisten. Stimmen einzelne Gläubiger in einer Gruppe nicht zu, so gilt das Schlechterstellungsverbot über den Minderheitenschutz (§ 71). Werden die 75% in einer Gruppe nicht erreicht, so kann der Plan insgesamt nur über die Regeln des Obstruktionsverbotes (§§ 28-30) bestätigt werden. Auch hier ist das **Schlechterstellungsverbot** zu beachten (§ 28 Abs. 1 Nr. 1), so dass die wirtschaftliche Werthaltigkeit der künftigen Forderungen zu bestimmen wäre.

Die **praktische Handhabung** dieser Lösung lässt sich im englischen Richterrecht betrachten. Hier ist für die Fairness der Planlösung zunächst entscheidend, ob der Plan dem Vertragspartner mindestens dasjenige anbietet, was er im **Vergleichsfall einer Insolvenz** erwarten darf („vertical comparator“ – unter Berücksichtigung von Sondereffekten wie Kündigungsrechten und Wertverlusten bei Entschädigungsansprüchen – in Deutschland wären dem Schuldner über § 18 InsO die Instrumente der §§ 109, 103 Abs. 2 InsO zugänglich). Das entspricht den Vorgaben des Schlechterstellungsverbot. Die Position des Vertragspartners wird für Eigentümer (Vermieter, Verpächter, Leasinggeber) zusätzlich dadurch verbessert, dass dessen **Recht zur Vertragsbeendigung** (right of re-entry) unberührt bleibt, sodass für den Fall einer Planleistung unterhalb des Marktniveaus ein Exit zur Verfügung steht. Ein solches Recht wäre im StaRUG vorzusehen (etwa analog § 313 Abs. 3 BGB oder § 57a ZVG). Zudem darf die Gruppe der Vermieter nicht gegenüber anderen Gläubigern diskriminiert werden, also insbesondere nicht allein die Last der Restrukturierung tragen („horizontal comparator“). Dieses **Diskriminierungsverbot** findet sich bereits in §§ 28 Abs. 1 Nr. 2, 29 Abs. 1 Nr. 3. Kommt die Planlösung zustande, so ist schließlich zu beachten, dass die Vertragspartner im Fall einer Folgeinsolvenz wieder mit ihrer ursprünglichen Forderung im Verfahren berücksichtigt werden. Auch diese Folge ist in § 76 Abs. 2 StaRUG bereits vorgesehen (sollte für diese Gruppen aber nicht nach dessen Abs. 3 plandispositiv sein).

Eine Vertragsanpassung nach englischem Modell vermeidet die Angriffspunkte der aktuellen deutschen/niederländischen Regelung. Sie lässt den Vertrag grundsätzlich unangetastet und begrenzt die Planwirkungen dogmatisch stringent auf künftig fällig werdende Restrukturierungsforderungen. Eine Vertragsbeendigung liegt allein in der Hand des Vertragspartners. Das **Gericht trifft keinerlei wirtschaftliche Entscheidung über die Erforderlichkeit von Planmaßnahmen** und trägt damit keinerlei Bewertungs- oder Haftungsrisiko. Es prüft wie sonst auch nur Einwendungen der Betroffenen hinsichtlich einer Schlechterstellung oder Diskriminierung.

Hieraus ergibt sich **folgender Änderungsbedarf**:

1. § 5 Abs. 2 wäre zu streichen.
2. In **§ 11 Abs. 1 wäre ein Satz 4** zu ergänzen: „Entsprechendes gilt, wenn der gestaltende Teil des Restrukturierungsplans Eingriffe in noch nicht fällige Restrukturierungsforderungen aus gegenseitigen Verträgen beinhaltet.“
3. § 74 Abs. 2 wäre wie folgt neu zu fassen: „Ist im Restrukturierungsplan auch eine Gruppe nach § 11 Absatz 1 Satz 4 gebildet worden, so ist jedes Gruppenmitglied, das dem Plan nicht zugestimmt hat, berechtigt, das der betroffenen Restrukturierungsforderung zugrundeliegende Vertragsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen; handelt es sich nicht um ein Dauerschuldverhältnis, so darf er vom Vertrag zurücktreten. Eine Forderung wegen Nichterfüllung entsteht hieraus nur im Fall des § 76 Absatz 2; § 76 Absatz 3 gilt insoweit nicht.“
4. Die §§ 51-55 würden entfallen.

d) **Grenzüberschreitende Wirkungen und Gerichtsstand:**

§ 37 kopiert hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit schlicht § 3 Abs. 1 InsO. Zugleich fehlt eine Regelung zur internationalen Zuständigkeit. Dies überrascht, da der Gesetzgeber in den §§ 91 ff. bewusst eine öffentliche Verfahrensvariante schafft und allein diese – zutreffend – dem Anwendungsbereich der EuInsVO unterstellt. **Offen bleibt die grenzüberschreitende Wirkung nicht-öffentlicher Verfahren.** Mangels Publizität sind diese vom Anwendungsbereich der EuInsVO gem. deren Art. 1 Abs. 1 ausgeschlossen und können insofern nicht in deren Anhang A aufgenommen werden. Unklar ist, welchem Regelungsregime diese Verfahren unterfallen.

Der Gesetzgeber scheint eine Anwendung der EuGVVO zu unterstellen, sodass sich Fragen der internationalen Zuständigkeit aus den Art. 4 ff. EuGVVO heraus beantworten lassen. Die automatische Anerkennung wäre über Art. 36 gesichert. Unterstellt man diese Annahme als zutreffend, so ist zu beachten, dass **ausländische Unternehmen** über Art. 8 Nr. 1 EuGVVO die deutschen Verfahren in Anspruch nehmen können, ohne dass es eines COMI oder Sitzes in Deutschland bedarf; es genügt für den Fall einer „Mehrheit von Beklagten“ eine **hinreichend „enge Beziehung“** („sufficient connection“), die auch in

Vermögen oder Verbindlichkeiten in Deutschland bestehen kann, soweit diese mit den Instrumenten betroffen werden. Bislang fehlt dem StaRUG in § 37 eine Regelung, die solche Verfahren einem Gericht örtlich zuweist. Regelungsvorbilder finden sich etwa in § 354 Abs. 3 InsO oder Art. 102c § 1 Abs. 3 EGIInsO.

Eine Regelung in einem neuen § 37a könnte insofern lauten: „Unbeschadet der §§ 91 bis 95 ist für Schuldner, die weder ihren allgemeinen Gerichtsstand noch den Mittelpunkt ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des § 37 in Deutschland haben, dasjenige Gericht für die Restrukturierungssache örtlich zuständig, in dessen Bezirk sich eine Niederlassung oder Vermögen des Schuldners befindet oder zu dem sich aus anderen Gesichtspunkten eine hinreichend enge Beziehung der Restrukturierungssache ergibt. § 36 Absatz 2 gilt entsprechend.“

Zu bedenken ist aber auch, dass **keineswegs sicher** ist, dass nicht-öffentliche Verfahren des StaRUG in den Anwendungsbereich der **EuGVVO** fallen. Der EuGH könnte solche Verfahren zwar aus den aufgezeigten Gründen kaum dem Anwendungsbereich der EUIsVO zuweisen, ihnen zugleich aber auch die Anwendung der EuGVVO im Hinblick auf deren Art. 1 Abs. 2 b) verweigern. Danach sind „Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren“ vom Anwendungsbereich ausgeschlossen und man könnte nicht-öffentliche Restrukturierungsverfahren mit Insolvenzbezug (§ 18 InsO als Zugangsvoraussetzung) als „ähnliche Verfahren“ ansehen. Für diesen Fall bedarf es einer **autonomen nationalen Regelung** der internationalen Zuständigkeit und Verfahrenswirkungen sowie zur Anerkennung ausländischer Verfahren dieser Art. Solange eine solche Norm fehlt, stünden ausländischen Unternehmen deutsche Verfahrenshilfen analog § 37 nur nach einem COMI-Shift zur Verfügung, während deutsche Unternehmen ausländische Verfahrenswirkungen über § 328 ZPO weitgehend in Deutschland anerkennen lassen könnten. Einer Migration ins Ausland stünde kein Anreiz für eine Migration von Verfahren nach Deutschland gegenüber. Auch insofern würde die Erweiterung der Zuständigkeiten deutscher Gerichte zu einem Gleichlauf beitragen.

Teil 2: Änderung der Insolvenzordnung in Umsetzung der ESUG-Evaluierung

Die Änderungen in Art. 5 des Gesetzentwurfs setzen in weiten Teilen die Erkenntnisse aus der ESUG-Evaluierung um. Soweit dabei den Anregungen des Forschungsberichts gefolgt wird, ist dies ausdrücklich zu begrüßen.

1. Zu diesen Anregungen gehörte auch die Erstreckung der Regelung in **§ 55 Abs. 4 InsO** auf Fälle der Eigenverwaltung (Forschungsbericht ESUG-Evaluierung, S. 134). Die Eigenverwaltung sollte steuerliche Privilegierungen der Insolvenzmasse weder ermöglichen noch nur zu diesem Zwecke als Verfahrensart gewählt werden. Diesen Fehlanreiz wollte der Referentenentwurf noch beseitigen. Im Regierungsentwurf fehlt nun die Ergänzung des § 55 Abs. 4 InsO. Dies sollte korrigiert werden.

2. Bei den Änderungen zum Recht des Insolvenzplans und der Eigenverwaltung sollten idealerweise noch folgende Ergänzungen erfolgen:

a) **Gleichlauf der Ausnahmen zur absoluten Vorrangregel mit dem StaRUG – keine Benachteiligung des Insolvenzplans:**

Der Regierungsentwurf enthält im Gegensatz zum Referentenentwurf eine Ausnahmeregel (§ 30 Abs. 1) zum **Erfordernis absoluter Gleichbehandlung obstruierender Gruppen gleichen Ranges** (§ 29 Abs. 1 Nr. 3). Diese Regelung reagiert auf Reformbedarf, der verbreitet in Kommentierungen zum gleichlautenden Erfordernis in § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO angemahnt wurde. Leider findet sich im SanInsFoG nun eine solche Ausnahme nur für den Restrukturierungsplan, nicht aber für den Insolvenzplan. Dies ist zu korrigieren.

§ 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO wäre also um folgenden Halbsatz zu ergänzen: „soweit nicht eine abweichende Regelung nach der Art der zu bewältigenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten und nach den Umständen sachgerecht ist.“

b) **Gleichlauf des Wirkungseintritts des Insolvenzplans mit dem StaRUG – keine Benachteiligung des Insolvenzplans:**

Das Timing des Eintritts der Planwirkungen wird für den Restrukturierungsplan (endlich) internationalen Standards angepasst. Die Planwirkungen treten nach § 74 Abs. 1 StaRUG **schon mit der Bekanntgabe des Bestätigungsbeschlusses** ein, nicht erst mit dessen Rechtskraft. Folgerichtig bedarf es eines Rechtsmittels verbunden mit einem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung (§ 73 Abs. 4 StaRUG), um den unmittelbaren Eintritt der Planwirkungen zu verhindern. Einer Freigabe (§ 73 Abs. 5 StaRUG) bedarf es in diesem System dann eigentlich nicht mehr, da schlicht die Anordnung aufgehoben werden kann.

Dieses (bereits der heutigen Praxis entsprechende) System sieht das SanInsFoG leider nur für den Restrukturierungsplan vor, obwohl kein Grund ersichtlich ist, für den Insolvenzplan beim alten System zu bleiben. Auch der **Evaluationsbericht zum ESUG** hat einen Systemwechsel angeregt (S. 200 f.). Die Regelungen in §§ 73 Abs. 4 und 74 Abs. 1 StaRUG sollten insofern in den §§ 253, 254 InsO übertragen werden.

c) **Der Sondersachwalter:**

Der Regierungsentwurf ermöglicht dem Gericht in § 274a die Bestellung eines Sondersachwalters, wenn die **Auswahl der Person des Sachwalters verbindlich durch den Schuldner oder den vorläufigen Gläubigerausschuss** vorgegeben wurde. Diesem soll dann allein die Geltendmachung von Haftungs- und Anfechtungsansprüchen obliegen, wobei die erfolgreiche Geltendmachung solcher Ansprüche seine Vergütung erhöhen würde.

Die Idee eines gerichtlichen Sondersachwalters hat den Nachteil, Eigenverwaltungsverfahren gegenüber der Fremdverwaltung weiter **strukturell zu verteuern** und zudem ihre **Komplexität** zu erhöhen. Neben dem insolvenzrechtlich erfahrenen Berater auf Schuldnerseite (oft als CRO, CIO oder Generalbevollmächtigter) treten Insolvenzexperten als Sachwalter und als Sondersachwalter auf – jeweils mit Honoraransprüchen gegen die Masse. Rechnet man insofern – wie in § 274a Abs. 4 vorgeschlagen – Vergütungsteile der beiden Sachwalter aufeinander an, entstehen im Verfahren **Spannungen und Interessenkonflikte**, die einer einvernehmlichen Insolvenzbewältigung gerade in der Eigenverwaltung nicht dienlich sind. Die Idee sollte daher nicht weiter verfolgt werden.

Stattdessen bietet es sich an, entsprechend der Empfehlungen aus der ESUG-Evaluierung die Rolle des einen Sachwalters klar zu definieren und dabei als Differenzierungskriterium nicht an dessen Auswahl durch Gericht oder Beteiligte abzustellen, sondern **auf die Kontrollbedürfnisse aller Beteiligten** zu schauen. Bei Verfahren, in denen nach dem neuen § 270b Abs. 1 ein Anspruch auf die Anordnung der Eigenverwaltung besteht, sollte sich die Kompetenz des Sachwalters auf die Aufsichts- und Anzeigepflichten des § 274 InsO beschränken (**schwacher – vorläufiger – Sachwalter**). Hier zeigt der Schuldner, dass er verantwortungsbewusst in der Krise handeln kann und wird insofern belohnt; im Fall einer Bescheinigung darf er den Sachwalter dann sogar mitbringen (Schutzschirm).

In Fällen des neuen § 270b Abs. 2 hingegen, in denen die **Eigenverwaltung im Ermessen des Gerichts** trotz Ablehnungsgründen angeordnet wird, besteht ein höherer Kontrollbedarf, der über die weiterreichenden Kompetenzen der §§ 275, 277 InsO gedeckt wird (**starker – vorläufiger – Sachwalter** – so schon die Empfehlung des Forschungsberichts der ESUG-Evaluierung, S. 90). Dieser Kontrollbedarf dient dem Gläubigerschutz, sodass ein Vorschlag aus dem Gläubigerkreis verbindlich bleiben kann. Fehlt dem Gericht das Vertrauen in den vorgeschlagenen Sachwalter, insbesondere aufgrund der Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses, so kann es diese Bedenken bereits im Vorgespräch geltend machen und entsprechend Einfluss nehmen – oder aber die Eigenverwaltung insgesamt ablehnen. Für eine zusätzliche Stärkung der Gerichte über einen Sondersachwalter besteht vor diesem Hintergrund kein Bedarf.

Ein neuer § 274a sollte insofern besser wie folgt lauten:

„In Fällen des § 270b Absatz 1 hat der Sachwalter allein die den §§ 274, 280 bis 285 beschriebenen Kompetenzen. In Fällen des § 270b Absatz 2 hat er zusätzlich die in § 275 und, soweit das Gericht dies anordnet, die in § 277 bezeichneten Kompetenzen.“

Teil 3: Pandemiebedingte Sonderregeln auf Zeit

Die Modernisierung des Restrukturierungs- und Insolvenzrechts wird Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten helfen, diese zu überwinden, sofern ihr Geschäftsmodell weiter rentabel gestaltet werden kann. Diese Schicksalsfrage wird durch das Interesse der Gläubiger und Gesellschafter, aber auch dritter Investoren an einer neuen oder fortlaufenden Investition in das Schuldnerunternehmen beantwortet – sei es auf der Grundlage eines Plans oder durch Erwerb von Unternehmensteilen. Ob ein solcher Markttest aber auch bei Krisenunternehmen zu belastbaren Ergebnissen führt, deren Geschäftsmodell von pandemiebedingten hoheitlichen Markteingriffen und Empfehlungen betroffen ist, muss bezweifelt werden.

Die im Referenten- wie auch im Regierungsentwurf vorgesehene Regelung zur Hilfestellungen für diejenigen, die durch Pandemiemaßnahmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sind (Art. 10), beschränkt sich aktuell auf die Erleichterung des Zugangs zu den Instrumenten des StaRUG und der InsO-Eigenverwaltung. Die mit einem erfolgreichen Zugang verbundene Fristenbindung von drei Monaten für Stabilisierungsanordnungen im Restrukturierungsrahmen bzw. ebenfalls drei Monaten im Schutzschirmverfahren wird dann allerdings für all diejenigen Unternehmen einen **Liquidationsautomatismus** auslösen, die in dieser kurzen Zeit aufgrund bis in das Frühjahr 2021 fortdauernder Pandemiemaßnahmen weiter nicht sicher darstellen können, dass sie ein überlebensfähiges (profitables) Geschäftsmodell besitzen. Insbesondere Unternehmen in „kontaktintensiven“ Sektoren, etwa der Reise- und Freizeitbranche, werden aber angesichts fortlaufender pandemiebedingter Beschränkungen voraussichtlich **noch bis Ende 2021, vielleicht auch bis 2023, in einem Marktumfeld „überwintern“ müssen**, das von Umsatzeinbußen gegenüber 2019 geprägt ist. Der im SanInsFoG verfolgte Regelungsansatz hilft gerade solchen Unternehmen nicht, wird es ihnen doch kaum gelingen, schon im Frühjahr 2021 einen Plan zu erreichen, der ihre finanziellen Probleme trotz fortbestehender Unsicherheiten bewältigen kann. Und selbst wenn dies gelingt, würde eine solche Planlösung wahrscheinlich an die Situation nach dem Ende der Pandemie anzupassen sein. Für eine solche zweite Planlösung stehen die Instrumente des Rahmens dann nicht mehr zur Verfügung, da § 35 Abs. 1 Nr. 4 eine **wiederholte Inanspruchnahme für drei Jahre sperrt**.

Als Lösungsansatz ist nicht nur die starre Sperrfrist zu überdenken (dazu schon eingangs). Vor allem sollte den betroffenen Unternehmen eine Möglichkeit zum „Überwintern“ gegeben werden.

a) **Corona-Schutzschirm und Sicherung des Lebensunterhalts des Unternehmers:**

Die COVInsAG-Anschlussregelung sollte daher nicht nur den Zugang zu Restrukturierungshilfen erleichtern, sondern vor allem einen **maßgeschneiderten Corona-Schutzschirm** gesetzlich verankern. Ein solcher Schutzschirm sollte speziell auf diejenigen Unternehmen und Unternehmensleiter zugeschnitten sein, die unter den andauernden Einschränkungen der Pandemiebekämpfung leiden und ihnen die Möglichkeit einräumen, die Pandemie unter gerichtlichem Schutz zu überstehen und

mittelfristig entweder in den Wirtschaftskreislauf zurückzukehren oder auszuscheiden. Ein konkreter Regelungsvorschlag findet sich im **Anhang**.

Teil dieser Lösung wäre die Sicherung des Lebensunterhalts des Unternehmers, sodass dieser Personenkreis nicht mehr auf den sozialen Abstieg in die Grundsicherung verwiesen wird. Er darf daher zur **Deckung des Lebensunterhalts** (vgl. § 100 InsO) auch unter dem Schutzschirm auf das Vermögen des Unternehmens zugreifen. Zudem ist dringend anzuregen, eine Art „Kurzarbeitergeld“ für Unternehmer einzuführen, die den Schutzschirm nutzen und bei denen dieser Bedarf nicht aus dem Unternehmensvermögen gedeckt werden kann.

b) **Schnelle Entschuldung bei pandemiebedingter Geschäftsaufgabe:**

Das unternehmerische Scheitern mit einem Unternehmen, das bis zur Ergreifung der pandemiebedingten Maßnahmen rentabel war, sollte nicht durch eine Restschuldbefreiung erst nach Ablauf einer Wohlverhaltensperiode doppelt bestraft werden. Vielmehr sollte Unternehmern, die pandemiebedingt scheitern und ein Insolvenzverfahren durchlaufen, mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens auch unmittelbar eine Restschuldbefreiung gewährt werden. Ein Missbrauch dieser Hilfe durch unredliche Unternehmer ist dabei nicht zu befürchten. Stellen sich im Nachhinein Umstände heraus, die gegen die Redlichkeit des Schuldners sprechen, so genügt für diese Sonderfälle die Möglichkeit des nachträglichen Widerrufs der Restschuldbefreiung.

Anhang – Der Corona-Schutzschirm als COVInsAG-Folgerregelung

Die Grundidee des Schutzschirms besteht darin, allen Unternehmen, deren Geschäftsmodell mittelfristig von den Pandemiemaßnahmen betroffen bleibt, Zugang zu einem gerichtlich angeordneten Moratorium zu gewähren.

Das Moratorium bietet dem Schuldner folgende **Handlungsoptionen**:

- (1) „Überwintern“ der Krisenzeit und Rückkehr zur Rentabilität nach dem Ende der Pandemie ohne besondere Maßnahmen zur Schuldenregulierung
- (2) Atempause zur Verhandlung einer Schuldenlösung und deren Verankerung auf freiwilliger Basis (außergerichtlicher Vergleich) oder in einem Restrukturierungsplan
- (3) Atempause zur Verhandlung einer Schuldenlösung und deren Verankerung über einen Insolvenzplan im eröffneten Insolvenzverfahren
- (4) Atempause und Betriebsveräußerung oder Stilllegung ohne anschließende Insolvenz
- (5) Atempause und Betriebsveräußerung oder Stilllegung mit anschließender Insolvenz und schneller Entschuldung des Unternehmers

Zugangsvoraussetzungen:

Zugang würde nur Unternehmen gewährt werden, die die in Art. 10 SanInsFoG definierten Merkmale erfüllen (keine Zahlungsunfähigkeit zum 31. Dezember 2019; positives Jahresergebnis vor 2020; Umsatzeinbrüche von 40% in 2020 im Vergleich zum Vorjahr).

Dauer:

- Das Moratorium wird zunächst **für sechs Monate** angeordnet.
- Es wird auf Antrag des Schuldners in der Laufzeit dieses Gesetzes jeweils um weitere drei oder sechs Monate **verlängert**, wobei sich die Anforderungen jeweils **verschärfen**:
 - Für die erste Verlängerung ist die erneut vorzulegende, aktualisierte Bescheinigung dahingehend zu erweitern, dass nun auch zu prüfen ist, dass eine Wiederaufnahme des stillgelegten Geschäftsbetriebs sowie eine Wiederherstellung der Rentabilität des Geschäftsbetriebs bei Aufhebung aller pandemiebedingten Maßnahmen nicht offensichtlich aussichtslos ist.
 - Für die zweite und jede weitere Verlängerung bedarf es der Bescheinigung durch einen Unternehmensberater oder zertifizierten Insolvenzverwalter, um die umfassende Prüfung des Geschäftsmodells und aller Handlungsoptionen zur Beendigung des Moratoriums durch externen Sachverstand sicherzustellen. Es ist durch die IHK/Handwerkskammern sicherzustellen, dass auch kleinen Unternehmen eine solche Beratung zugänglich ist.

Das Gericht **hebt** das Moratorium vorzeitig **auf Antrag des Schuldners** zum im Antrag benannten Zeitpunkt **auf**, wenn der Schuldner außerhalb des Insolvenzverfahrens eine Lösung findet, etwa in Form der bloßen Wiederaufnahme einer hinreichend rentablen Geschäftstätigkeit oder aber

in Begleitung einer zusätzlichen Schuldenregelung, insbesondere durch eine Unternehmensveräußerung, einen außergerichtlichen Vergleich oder einen Restrukturierungsplan, oder durch eine außerinsolvenzliche Veräußerung oder Betriebsstilllegung.

Gelingt dies nicht und fällt aus einem anderen Grund die Funktion des Moratoriums weg, etwa weil der Schuldner das Unternehmen freiwillig aufgibt oder die Wiedererlangung der Rentabilität offensichtlich aussichtslos wird, so hebt das Gericht das Moratorium auch **von Amts wegen** auf und behandelt den Schuldnerantrag auf ein Moratorium als Eigenantrag des Schuldners nach § 13; fehlende Angaben sind ggf. zu ergänzen. Ist der Schuldner trotz der Beendigung des Moratoriums nicht insolvent, etwa da er das Unternehmen verkaufen konnte, so kann er den nun als Eröffnungsantrag zu behandelnden Antrag zurücknehmen.

Entschließt sich der Schuldner zum **planmäßigen Übergang** des Moratoriums in ein **Insolvenzverfahren**, etwa um einen Insolvenzplan vorzulegen oder auch eine schnelle Entschuldung zu erreichen, so kann er eine Verlängerung um drei Monate beantragen (Insolvenzgeldzeitraum) und diesen Antrag mit einem Eröffnungsantrag verbinden.

Schutzschirm und Handlungsbefugnisse:

Das Moratorium dient allein der Ermöglichung einer Atempause für Unternehmen, deren Rentabilität so unter den Pandemiefolgen leidet, dass freiwillige Standstill-Vereinbarungen mit den Gläubigern nicht ausreichen, um die Pandemie wirtschaftlich zu überstehen. Zugleich wird der Schuldner durch die Notwendigkeit von eher kurzfristigen Verlängerungsanträgen dazu angehalten, sich nicht im Moratorium auszuruhen, sondern nach Lösungen zu suchen.

- Das Moratorium wird wie in § 270b InsO durch die Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Absatz 2 Nummer 3 wirksam. Den dort normierten **Vollstreckungsschutz** hat das Gericht entsprechend des Schuldnerantrags anzuordnen.
- Auf Antrag des Schuldners kann das Gericht auch Maßnahmen nach § 21 Absatz 2 **Nummer 5** sowie andere Sicherungsmaßnahmen (§ 21 Absatz 1) treffen.
- Maßnahmen nach § 21 Absatz 2 Nr. 1 und 1a (vorläufiger Insolvenzverwalter/Sachwalter und vorläufiger Gläubigerausschuss) sind im Interesse der Kostenkontrolle nur nach Maßgabe besonderer Regeln zulässig. Das Moratorium findet also **im empirischen Regelfall** kleiner Unternehmen **ohne diese Organe** statt. Bei großen Unternehmen werden diese Organe hingegen bereits beteiligt.

Der Schuldner bleibt unter dem Schutzschirm Inhaber seiner zivil- und gesellschaftsrechtlichen Handlungsbefugnisse. Ihm ist es daher explizit zu **verbieten, auf künftige Insolvenzforderungen zu leisten**, es sei denn, deren Erfüllung ist zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs erforderlich.

Der Schuldner kann unter dem Schutzschirm auch **keine Masseverbindlichkeiten** begründen. Die aus diesem Gesichtspunkt folgenden **Anfechtungsrisiken** werden für Rechtshandlungen des Schuldners und anderer Beteiligten, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, gesetzlich ausgeschlossen. Rechtshandlungen jenseits des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs, insbesondere solche nach § 160 InsO, werden nur privilegiert, wenn der vorläufige Sachwalter

oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, das Gericht ihnen zustimmt. Diese Lösung orientiert sich an der Ermächtigungsrechtsprechung des BGH in Eröffnungsverfahren ohne starken vorläufigen Insolvenzverwalter. Die Einberufung einer Gläubigerversammlung ist im Eröffnungsverfahren weder etabliert noch kosteneffizient.

Vorläufiger Sachwalter und Gläubigerausschuss:

- Große Unternehmen:
Das Gericht bestellt einen vorläufigen Sachwalter von Amts wegen nur bei Moratorien über Unternehmen, welche die in **§ 22a Absatz 1 genannten Schwellenwerte** überschreiten. Dann ist auch ein vorläufiger Gläubigerausschuss einzusetzen.
- Kleine Unternehmen:
Werden die Schwellenwerte nicht erreicht, so wird aus Kostengründen grundsätzlich weder ein Gläubigerausschuss eingesetzt noch ein vorläufiger Sachwalter bestellt. Letzteres ist immerhin noch auf Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers möglich. Der Antrag eines Gläubigers hat dabei nur Erfolg, wenn der Gläubiger bereit ist, die Kosten des vorläufigen Sachwalters zu tragen und vorzuschießen

Die Auswahl des vorläufigen Sachwalters erfolgt nach den allgemeinen Regeln.

Die Aufgaben des Sachwalters beschränken sich auf die Aufsicht über die Geschäftstätigkeit des Schuldners, die Kommunikation mit den Gläubigern sowie die Kontrolle von Rechtshandlungen jenseits des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs. Er kann die Aufhebung des Moratoriums beantragen.

Corona-Neustart

Gelingt das „Überwintern“ nicht, so wird das Unternehmen über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens liquidiert. Dem Unternehmer wird ggf. eine schnelle Entschuldung gewährt.

Eine entsprechende gesetzliche Regelung könnte im **COVInsAG** eingefügt werden und würde wie folgt aussehen:

§ 4 Corona-Schutzschirm

(1) Jeder Schuldner kann beim Insolvenzgericht ein Moratorium von sechs Monaten beantragen (Corona-Schutzschirm). Der Schuldner hat mit dem Antrag eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, aus der sich ergibt, dass er zum 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig war, in dem letzten, vor dem 1. Januar 2020 abgeschlossenen Geschäftsjahr ein positives Ergebnis aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit erwirtschaftet hat und dass die Umsatzerlöse im Jahr 2020 im Vergleich zum Vorjahr um mehr als 40 vom Hundert eingebrochen sind.

(2) Das Gericht hat Maßnahmen nach § 21 Absatz 2 Nummer 3 der Insolvenzordnung anzuordnen; es kann vorläufige Maßnahmen nach § 21 Absatz 1 und 2 Nummer 5 der Insolvenzordnung anordnen, wenn der Schuldner dies beantragt. Ein vorläufiger Sachwalter wird nur in den Fällen des § 5 bestellt.

(3) § 55 Absatz 2 bis 4 der Insolvenzordnung finden keine Anwendung. Dem Schuldner ist es nicht gestattet, auf künftige Insolvenzforderungen zu leisten, es sei denn, deren Erfüllung ist zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs erforderlich. Auf Rechtshandlungen des Schuldners und anderer Beteiligten, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere auch solche, die der Finanzierung der Geschäftsführung oder der Ermöglichung einer späteren Wiederaufnahme eines vorübergehend ruhenden Geschäftsbetriebs dienen, finden die §§ 129 ff. der Insolvenzordnung keine Anwendung. Entsprechendes gilt für andere Rechtshandlungen, soweit der Schuldner sie mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters oder, soweit kein vorläufiger Sachwalter bestellt wird, auf Grundlage einer gerichtlichen Ermächtigung vornimmt. Im letzteren Fall hat das Gericht zu prüfen, ob die beabsichtigte Rechtshandlung im gemeinsamen Interesse aller Beteiligten liegt. Der Schuldner ist berechtigt, seinen notwendigen Unterhalt aus Mitteln der künftigen Insolvenzmasse zu bestreiten.

(4) Das Gericht verlängert die Frist je nach Antrag um weitere drei oder sechs Monate, wenn der Schuldner eine aktualisierte Bescheinigung nach Absatz 1 vorlegt. In dieser Bescheinigung ist nun auch zu erläutern, dass eine Wiederaufnahme des stillgelegten Geschäftsbetriebs sowie eine Wiederherstellung der Rentabilität des Geschäftsbetriebs bei Aufhebung aller pandemiebedingten Maßnahmen nicht offensichtlich aussichtslos ist. Wird die Verlängerung ein zweites Mal oder öfter beantragt, so darf sie nur angeordnet werden, wenn der Schuldner eine aktuelle Bestätigung nach Satz 2 vorlegt, die von einem Unternehmensberater oder zertifizierten Insolvenzverwalter stammt, der von dem bisherigen Bescheiniger personenverschieden und unabhängig ist. Beantragt der Schuldner die Verlängerung um drei Monate verbunden mit dem Antrag, nach Ablauf der drei Monate ein Insolvenzverfahren zu eröffnen, so findet § 270b [neu: 270d] der Insolvenzordnung entsprechende Anwendung; Inhalt und Form der Bescheinigung bestimmt dieser Absatz; für die Bestellung des vorläufigen Sachwalters gilt § 5 Absatz 2.

(5) Das Gericht hebt eine Anordnung nach Absatz 1 oder 4 auf Antrag des Schuldners zum im Antrag benannten Zeitpunkt auf.

(6) Das Gericht hebt eine Anordnung nach Absatz 1 oder 4 vor Ablauf der Frist auf, wenn

1. der Schuldner den Geschäftsbetrieb aufgegeben hat oder
2. die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist.

Die Aufhebung kann nach Anhörung des Schuldners erfolgen, wenn der vorläufige Sachwalter im Fall des § 5 oder der vorläufige Gläubigerausschuss im Fall des § 6 die Aufhebung beantragt. Die Aufgabe des Geschäftsbetriebs und die Aussichtslosigkeit der Sanierung sind dem Insolvenzgericht durch den Schuldner und den vorläufigen Sachwalter, soweit ein solcher bestellt wurde, unverzüglich anzuzeigen. Nach Aufhebung der Anordnung oder nach Ablauf der Frist behandelt das Gericht den Antrag des Schuldners nach Abs. 1 oder 4 als Eigenantrag über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und bei natürlichen Personen als Antrag auf Restschuldbefreiung nach § 287 Abs. 1 der Insolvenzordnung. Dem Schuldner ist Gelegenheit zu geben, den Antrag vor der Entscheidung über die Aufhebung der Anordnung zurückzunehmen.

§ 5 Vorläufiger Sachwalter im Corona-Schutzschirm

(1) In dem Beschluss nach § 4 Absatz 2 bestellt das Gericht einen vorläufigen Sachwalter entsprechend der Regeln des § 270a Absatz 1 Satz 2 [neu: 270b] der Insolvenzordnung, wenn die in § 22a Absatz 1 der Insolvenzordnung genannten Voraussetzungen für die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses vorliegen. Anderenfalls erfolgt eine Bestellung nur auf Antrag des Schuldners oder eines Gläubigers; im letzten Fall setzt die Bestellung voraus, dass der Gläubiger bereit ist, die Kosten des vorläufigen Sachwalters zu tragen und vorzuschießen.

(2) Der vorläufige Sachwalter muss personenverschieden von dem Aussteller der Bescheinigung nach Absatz 1 sein. § 56a der Insolvenzordnung findet keine Anwendung.

§ 6 Vorläufiger Gläubigerausschuss im Corona-Schutzschirm

Das Insolvenzgericht setzt einen vorläufigen Gläubigerausschuss gemäß § 21 Absatz 2 Nummer 1a der Insolvenzordnung nur unter den in § 22a Absatz 1 der Insolvenzordnung genannten Voraussetzungen ein.

§ 7 Entschuldung nach Corona-Schutzschirm

Wird ein gemäß § 4 angeordnetes Moratorium ohne Schuldenregelung nach § 4 Absatz 5 oder 6 beendet und schließt sich an die Aufhebung des Moratoriums ein Insolvenzverfahren über den Schuldner oder das Vertretungsorgan des Schuldners an, so hat das Insolvenzgericht noch im Schlusstermin oder anlässlich einer Einstellung nach § 211 der Insolvenzordnung von Amts wegen über die Versagung der Restschuldbefreiung nach § 290 der Insolvenzordnung zu entscheiden. Die §§ 288, 292-297, 298-300a der Insolvenzordnung finden keine Anwendung. Die Wirkungen der Restschuldbefreiung bestimmen sich nach den §§ 301 und 302 der Insolvenzordnung. Für den Widerruf der Restschuldbefreiung gilt § 303 der Insolvenzordnung entsprechend.