SONDERDRUCK AUS

PROZESS ALS WIRKLICHKEIT DES RECHTS

FESTSCHRIFT FÜR

STEFAN SMID

ZUM

65. GEBURTSTAG

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhältlich

C.H.BECK

STEPHAN RIES*

Wenn „Schuldner"- und „Gläubigerinteressen" miteinander kollidieren – auf wessen Seite steht das stärkere Recht? StARUG kritisch betrachtet

Es gibt Menschen, von denen weiß man später nicht mehr ganz genau, wann sie einem das allererste Mal begegneten. Im Falle des *Jubilars* ist das anders. Der *Verf.* nahm Mitte Juni 1995 in Weimar an der Tagung des „Arbeitskreis für Insolvenzrecht" im DAV teil. Nach den Vorträgen des ersten Tages schlenderte er am frühen Abend mit seiner Frau durch die Altstadt, als ihnen in einer kleinen Gasse einsam und allein ein junger, zunächst gedankenversunkener, aber gut gelaunter und fröhlich grüßender Mann entgegenkam. Ihn hatte der *Verf.* tagsüber schon unter den Teilnehmern wahrgenommen, wusste aber – damals im Arbeitskreis erst verhältnismäßig frisch dabei – seiner Frau spontan nicht zu berichten, wer das denn nun namentlich ist. Dieses Bild von der Gasse in der Altstadt und dem Moment der herzlichen Begrüßung blieb dem *Verf.* bis heute ganz besonders haften. Aus allem erwuchs schließlich eine freundschaftliche Verbindung. Nicht stets waren wir auf Anhieb in allen fachlichen Fragen einer Meinung, aber der gemeinsame Austausch war doch regelmäßig Auslöser weiterführender Gedanken[1]. Und an ganz anderer Stelle kam es neben alledem noch zu einer eher zufälligen Querverbindung. Akademischer Lehrer des *Jubilars* war Hans Martin Pawlowski – mit dessen Tochter Sibylle traf der *Verf.* in späteren Jahren wiederholt bei den Reinhäuser Juristengesprächen zusammen.

Dies vorausgeschickt möge es der Jubilar dem *Verf.* nachsehen, dass sich nachfolgende Gedanken nicht so sehr im gegenwärtigen Mainstream, sondern eher etwas abseits des alltäglich Nachlesbaren bewegen.

I. Thematische Einführung

International agierende Großkanzleien versuchen, wie wir wissen, in mancherlei Hinsicht Einfluss zu nehmen auf die nationale Gesetzgebung – teilweise gestalten sie sie sogar mit.[2] Finden sie in der Erschließung neuer Beratungsfelder auf nationaler Ebene nicht sogleich Gehör,[3] ziehen sie gerne weiter nach Brüssel. Das geschah dann auch im Vorfeld der Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über

* CURATOR AG Insolvenzverwaltungen, Wuppertal.

[1] Vgl. die Erwiderung des *Verf.* ZInsO 2005, 298 nach dem Vortrag des *Jubilars* vor dem AK-InsO in Köln zur Neumassebefangenheit von § 35 InsO; oder *Verf.* ZInsO 2013, 1612, 1617 in der Frage der „Beleihung" des Insolvenzverwalters.

[2] Vgl. *Hipp/Reiermann/Rosenbach/Schmid/Wassermann,* Die Gesetzesflüsterer, Der Spiegel, 17.8.2009, S. 68; *Prantl,* Guttenbergs Großkanzlei, Süddeutsche Zeitung, 17.5.2010 (Linklaters und KreditwesenG); *Leithäuser,* Ministerium zahlte unter Steinbrück 1,8 Millionen Euro an Kanzlei, FAZ 28.12.2012 (Freshfields, u. a.FinMStG); Antworten der BReG zu parlamentarischen Anfragen wg. Privatisierung der Gesetzgebung BT-Drs. 16/12547 u. 17/9226.

[3] So etwa geschehen im Kontext des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7.12.2011.

Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132. Der Europäische Verordnungsgeber kleidete die neue Richtlinie in das eingängige Thema einer Sicherung des freien Kapitalverkehrs und der Niederlassungsfreiheit in Europa; es gehe hierbei vor allem um die Bestandssicherung für Unternehmen und Unternehmer in finanziellen Schwierigkeiten. Dazu entwickelte man den Begriff des „präventiven Restrukturierungsrahmens" – er solle die Unternehmen vor einem weiteren wirtschaftlichen Niedergang bewahren und vor allem zu ihrer finanziellen Entschuldung beitragen. Weil all' das gut klingt, wird es nach Ansicht des *Verf.* in seiner Sinnhaftigkeit, sachlichen Notwendigkeit und zulässigen Reichweite bisher zu wenig hinterfragt. Denn es bedarf unter dem vorrangigen Gesichtspunkt eigener „Verantwortung" für eigenes Handeln als Unternehmer insoweit tiefergehender verfassungsrechtlicher Rechtfertigung – man kann und darf eigene betriebliche Verluste und eigenes Fehlverhalten seines Unternehmens nicht ganz so einfach auf Kosten anderer sozialisieren.

Deshalb erscheint auch die Suche nach weiteren, regelungstechnisch möglichen Verbindungslinien, etwa zwischen Restrukturierung und Insolvenzabwicklung, nicht ganz so einfach, d. h. auch die Grenzziehung über § 18 InsO (Insolvenzantrag noch nicht verpflichtend, aber dem Schuldner schon erlaubt) dürfte nicht auf Anhieb passen. „Insolvenzrecht" ist letzthin „Vollstreckungsrecht", hier in der Sonderform einer „par condicio creditorum" mit dem Ziel der erfolgreichen Gesamtvollstreckung. Die *gemeinschaftliche* Befriedigung der Gläubiger soll dabei optimal[4] verwirklicht werden, beispielweise unterstützt durch Normen wie §§ 129 ff InsO, und justizförmig getragen von einem effektiv ausgestalteten Verfahren[5]. Nur währenddessen werden parallel einzelne Gläubiger in der „Durchsetzbarkeit" ihrer Ansprüche gesperrt (vgl. §§ 87, 201 InsO).

Wenn allerdings schon weit im Vorfeld zur Vermeidung eines Insolvenzverfahrens gut organisierte Sanierungsbemühungen ein „Vollstreckungsmoratorium" herbeiführen können, wie dies etwa das gegenwärtige Regelungskonzept des StARUG vorsieht, findet vorübergehend überhaupt gar keine Zwangsvollstreckung statt – ausgelöst durch das ureigene Entschuldungsinteresse des eigentlich Verpflichteten. Darin liegt aus dem Blickwinkel eines betroffenen Gläubigers jedoch ein deutlich schärferer Grundrechtseingriff (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) – denn ihm werden nun bereits wesentlich früher grundrechtsgeschützte Möglichkeiten effektiver Anspruchsverfolgung abgeschnitten, einmal ganz abgesehen davon, dass ja keineswegs a priori schon sicher ist, dass am Ende die Sanierung auch tatsächlich gelingt, also sich nicht doch anschließend noch ein Insolvenzrisiko verwirklicht. Auf die zunächst im Gesetzgebungsprozess[6] angedachten Eingriffe in die Privatautonomie durch Abänderung oder Aufhebung wechselseitig unerfüllter Verträge kommt der *Verf.* später noch gesondert zurück.

Mit seiner Stellungnahme vom 27.11.2020[7] äußerte sich der Bundesrat dazu unter anderem wie folgt:

„Die Bundesregierung hat ihren Gesetzentwurf ganz überwiegend an den Interessen der in die Krise geratenen Schuldner ausgerichtet und die Interessen der Gläubiger ... nicht angemessen berücksichtigt. Die bereits sehr schuldnerfreundliche Ausgestaltung der Richtlinie (EU) 2019/1023 wurde an verschiedenen Stellen des Gesetzentwurfs noch weiter ausgebaut. Zu nennen sind hierbei insbesondere die Vor-

---

[4] Zu diesem Postulat insbes. BVerfG NJW 2016, 940 Rn. 43; BVerfGE 116, 1 = NJW 2006, 2613 Rn. 34.

[5] Vgl. BVerfGE 116, 1 = NZI 2006, 453 Rn. 46 ff; BVerfG NJW 2016, 930 Rn. 43 mAnm *Piekenbrock, Bluhm; Ries* Betrifft Justiz 2006, 406, 407, 411; vgl. ferner BVerfG NZI 2020, 1112 Rn. 43 ff mAnm. *Madaus:* danach gilt für Akte der rechtsprechenden Gewalt ergänzend die Rechtsstaatsgarantie aus Art. 20 Abs. 3 GG.

[6] BT-Drs. 19/24181 S. 31 (§§ 51 f StARUG) nebst zugehöriger Begründung S. 149 ff.

[7] BT-Drs. 19/24903, S. 3.

schriften der §§ 51ff. StaRUG zur Vertragsbeendigung, die in der Richtlinie nicht vorgesehen sind, dem Schuldner jedoch sehr weitreichende Möglichkeiten zu Lasten der Wirtschaft eröffnen und das Vertragsrecht erheblich einschränken. Die derzeit vorgesehene Überdehnung von Eingriffsmöglichkeiten im Rahmen des Sanierungsrechts (wie zum Beispiel die gerichtliche Anordnung zur Einschränkung von Maßnahmen der individuellen Rechtsdurchsetzung sowie die Anpassung von Verträgen ggf. gegen den Willen des Gläubigers) wird voraussichtlich zu Ausweichreaktionen der Beteiligten führen ... Damit würde das Gegenteil des angestrebten Ziels erreicht."

Mit dem Wunsch von Unternehmen einerseits, zum Gelingen eigener Sanierung einzelne Gläubiger mehrheitlich einbremsen und stärker in den Rettungsprozess einbinden zu können, sowie mit dem Regelungsanliegen der „par condicio creditorum" andererseits, optimale Gerechtigkeit *für* alle Gläubiger zu schaffen, prallen also zwei ganz verschiedene Zielvorstellungen aufeinander. Sie bedürfen infolgedessen ganz unterschiedlicher Rechtfertigung.

Ein solcher Zielkonflikt ist bei genauerem Hinsehen ein Stück weit schon in § 1 InsO angelegt,[8] wenn es dort heißt, dass zum Erhalt eines Unternehmens abweichende Regelungen durch „Insolvenzplan" infrage kommen, und dass die „Redlichkeit" des Schuldners[9] ein vorrangiges Restschuldbefreiungskriterium sein soll. Immerhin war man sich aber hier wohl über lange Zeit einig, dass das nur Nebenziele sind, die sich dem Hauptziel der „par condicio creditorum" weiterhin unterzuordnen und eine optimale Gläubigerbefriedigung nicht zu stören haben (vgl. §§ 245 Abs. 1 Nr. 1, 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Bedenkt man indes, dass die von der Richtlinie (EU) 2019/1023 angestrebte verkürzte Restschuldbefreiungszeit für natürliche Personen allenfalls noch 3 Jahre betragen soll, so wird deutlich, dass der Aspekt einer optimalen Gläubigerbefriedigung zunehmend an Bedeutung verliert, und hier ein Paradigmenwechsel gewollt sein dürfte.

Also drängt sich die Frage auf, ob und wie sich das alles in einem größeren Regelungsausmaß letzthin verfassungsrechtlich stabil und widerspruchsfrei auflösen lässt (?). Hinsichtlich der allgemeinen rechtshistorischen, -philosophischen und -soziologischen Hintergründe sei zugleich auf den – ebenfalls in dieser Festgabe enthaltenen – Beitrag von *Ganter* verwiesen.

II. Hauptsächliche Krisenursachen – geeignete Mittel der Krisenbeseitigung

Treten erst einmal „vollstreckungsrechtliche" Fragestellungen in Erscheinung, ist im Vorfeld oftmals schon extrem viel schiefgegangen. Das mag an einem einmaligen „Sonderereignis" gelegen haben, obwohl zu normalen Zeiten das Unternehmen eigentlich gut lief. Beispiele: Eine Pandemie brach aus und das Unternehmen musste während dieses Zeitraumes schließen/ein unentbehrlicher Großkunde sprang ab oder wurde insolvent/ein wichtiges technisches Ausstattungsteil einer großen Fertigungsmaschine ging kaputt/ein bestimmtes Produkt förderte plötzlich unvertretbare Umweltrisiken zutage/die Betriebsstätte wurde durch ein außergewöhnliches Naturereignis zerstört und konnte nicht schnell genug wieder aufgebaut werden. Geriet hierdurch das Unternehmen in eine finanzielle Schieflage, sind wesentliche Sanierungsbausteine allein schon in der Bereitstellung neuer Finanzmittel bei gleichzeitiger Entschuldung von bis dahin sonderereignisbedingt aufgelaufenen Verbindlichkeiten zu finden.

Überwiegend hat man es bei Unternehmenskrisen jedoch mit sehr viel weitergehenden „strukturellen Ursachen" zu tun. Diese können vielfältiger Genese sein, etwa auf technischem Fortschritt und einem veränderten Konsumverhalten der Bevölkerung beruhen. In

[8] Dazu ausf. *Paulus* NZI 2015, 1001; er hält § 1 InsO im Wortlaut für offen und sehr weit interpretierbar.

[9] Interessanterweise verwendet das Gesetz hier den allgemeinen Oberbegriff „Schuldner", begrenzt das also zumindest sprachlich an dieser Stelle nicht nur auf natürliche Personen.

den Segmenten der Tonaufzeichnung oder der Fotografie hat die digitale Welt extrem viel verändert; Tonbänder oder Filme von Agfa und Kodak braucht heute niemand mehr. Demnächst wird vermutlich die E-Mobilität den herkömmlichen Verbrennungsmotor immer stärker ersetzen. An die Stelle von LAN tritt immer stärker W-LAN; an die Stelle des stationären der Versandhandel u. dergl. mehr. Überhaupt erreichen der Wandel der gesellschaftlichen Bedürfnisse und die ständigen Neuerungen inzwischen eine unglaubliche Geschwindigkeit. Märkte verändern sich so rasant, dass das, was gestern noch total „hip" war, vielleicht morgen schon völlig „out" ist. Parallel verlagern sich Produktionsschwerpunkte wie Absatzmärkte immer stärker in aller Herren Länder, oftmals weit weg von der bisherigen Betriebsstätte auf andere Kontinente. Diesen Entwicklungen müssen sich Unternehmen vor allem *„leistungswirtschaftlich"* anpassen; „Flexibilität" und „Innovationsfähigkeit" sind dabei besonders gefragt.

Daneben gibt es für strukturelle Defizite häufig innerbetriebliche Ursachen, die man hätte früher und stärker bereinigen können, also letzthin selbst zu verantworten hat (zu viel und zu teures Personal/zu viele teure oder räumlich ungeeignete Produktions- und Lagerstätten/falsche Produkte bzw. zu geringe Preise/schlechte Qualität/falsche Vertriebswege u. v.Ä.m.). Kurz gesagt: Managementfehler.

Es gibt im Kontext von Unternehmenskrisen unendlich viele, ganz unterschiedliche Aspekte. Länger währende strukturelle Ursachen haben dabei hauptsächlich Folgendes gemein: Eine bloß finanzwirtschaftliche Entschuldung wird die Krise nicht dauerhaft beheben; eine allein darauf gestützte Sanierung geriete nicht langfristig erfolgreich. Wo die bisherige „Leistungswirtschaft" krankt, braucht man einen ganz speziell darauf ausgerichteten und ausgestatteten Behandlungskoffer, also einen Instrumentenbaukasten, der die abfallend schiefe Ebene wieder in die richtige Balance bringt. Darf und kann man diesen Instrumentenbaukasten rechtzeitig effektiv einsetzen, braucht es am Ende vielleicht nicht einmal mehr eine zusätzlich finanzielle Entschuldung, weil bei frühzeitiger Fehlerkorrektur eine finanzwirtschaftliche Krise gar nicht erst erwächst.

Will sagen: Die bisherige Diskussion um die richtigen Sanierungsinstrumente verläuft aus Sicht des *Verf.* häufig zu eindimensional. Ernste Unternehmenskrisen werden nicht selten auf der falschen Ebene oder nur unzureichend gelöst, so dass man keine wirkliche „Nachhaltigkeitstufe"[10] erreicht. In 90% der Fälle ist die wichtigste Ebene immer noch die der „Leistungswirtschaft".[11]

Richtig ist aber auch, dass in der Praxis allzu häufig sogar „Insolvenzpläne" scheitern, in deren Vorfeld das Instrumentarium der §§ 103ff, 120ff InsO zur leistungswirtschaftlichen Umgestaltung eigentlich bereitgestanden hat. Vor allem auf „Eigenverwaltungsverfahren" gem. § 270ff InsO folgt nicht selten bereits nach einiger Zeit ein zweites Insolvenzverfahren nach. Dafür liegen – so der *Verf.* – die Ursachen dann allerdings weniger an etwaiger Unzulänglichkeit des insolvenzrechtlich verfügbar gewesenen Instrumentariums; diese Werkzeuge erweisen sich, wenn man sie sachgerecht einsetzt, als größtenteils sehr effektiv. Es liegt vielmehr an der Inkonsequenz der handelnden Akteure – wer sich selbst verwaltet, tut sich nur ungern übermäßig weh.

Wesentlichen Kernfragen gehen also dahin:

- Was ist, je nachdem in welcher Ausgangslage sich ein Unternehmen befindet, überhaupt die geeignete Vorgehensweise? Welche Instrumente muss man ggf. wie miteinander kombinieren, um einen wirklich nachhaltigen Sanierungserfolg zu erreichen?
- Inwieweit sind diese Maßnahmen betriebswirtschaftlicher bzw. (allein) rechtlicher Natur?
- Sind die mit solchen Einschnitten für die Gläubiger einhergehenden Beschränkungen notwendig und angemessen?
- Wem ist die Leitungsfunktion eines solchen Sanierungsprozesses anzuvertrauen?

---

[10] Die BT-Drs. 19/24181 ist vom Begriff der „Nachhaltigkeit" ganz stark durchzogen.

[11] Vgl. auch *Ries* INDAT-Report, Heft 08/2020, S. 32, 34 (li. Sp.).

III. Das Regelungskonzept der InsO – mit reichhaltigen Sanierungsbausteinen

Die 1978 von dem damaligen Justizminister Dr. Vogel ins Leben gerufene „Kommission für Insolvenzrecht" empfahl zwar ein einheitliches Insolvenzverfahren. Sie unterschied aber zwei divergierende, darin zu verwirklichende Verfahrensziele, nämlich einerseits das der „Liquidation" sowie andererseits das einer „Reorganisation" des insolventen Rechtsträgers.[12] Welches der beiden Ziele später im Verfahren das Hauptgewicht erhalten solle, möge das Gericht nach einer gewissen Prüfungsphase (d. h. zum Ende eines Vorverfahrens) entscheiden. Da ein Insolvenzfall nicht mehr lediglich als eine Angelegenheit zwischen Gläubiger und Schuldner zu begreifen sei, sondern in einer verzahnten und verflochtenen Wirtschafts- und Arbeitswelt zudem allgemein volkswirtschaftliche und soziale Auswirkungen habe, sei es ferner wichtig, dass es möglichst gar nicht erst so weit komme.[13] Es erscheine deshalb erwägenswert, nach amerikanischem und französischen Vorbild außerdem ein vorgelagertes „Sanierungsverfahren" einzuführen.

„Reorganisation" des insolventen Rechtsträgers bedeute, dass man sich nicht lediglich auf die Bereinigung vorhandener Schulden beschränke, sondern umfassend saniere, also eine ausreichende Ertrags- und Wettbewerbsfähigkeit wiederherstelle.[14] Die Kommission griff den Gedanken an ein zusätzlich vorgelagertes Sanierungsverfahren später aber nicht weiter auf, sondern versuchte, ihre damit verbundenen Gedanken in das insolvenzrechtliche „Reorganisationsverfahren" mit zu implementieren.

Derart in einem Gesetz vereinte, aber sachlich doch gesplittete Verfahrensziele und Verfahrensabschnitte sagten anschließend dem deutschen Gesetzgeber nicht so sehr zu. Er verdichtete vielmehr die neuen, ab 1.1.1999 geltenden Verfahrensregeln der InsO zu einem einheitlichen Ganzen (mit der Möglichkeit, jederzeit zwischen Reorganisations- oder Liquidationserwägungen zu wechseln); gleichzeitig bestimmte er die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger als hauptsächliches, ganz grundlegendes Verfahrensziel.[15]

Lange Jahre glaubte der deutsche Gesetzgeber, dass es nicht zwingend eines zusätzlichen, schon bedeutend früher ansetzenden Sanierungsverfahrens bedürfe. Vielmehr biete die InsO nach wie vor ein gutes Instrumentarium. Und deshalb versuchte auch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) aus dem Jahre 2012, derartige Fragestellungen innerhalb der InsO selbst zu optimieren, statt sie außerhalb dessen über ein ganz eigenständiges Regelungswerk zu lösen.[16] Bis schließlich die eingangs erwähnte Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.6.2019 erging, und der Bundesgesetzgeber am 17./18.12.2020 das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) beschloss.

Nichtsdestotrotz beinhaltet die InsO nach wie vor das effektivere, allerdings in die Rechte der Gläubiger zugleich sehr viel stärker eingreifende Instrumentarium. Ausgehend von der Erwägung, dass eine Konsolidierung schwieriger Verhältnisse zunächst einmal Ruhe und eine ausreichende Basisliquidität benötigt, werden Gläubiger in vielfältiger Weise[17] für die „Dauer[18] und Zwecke des Insolvenzverfahrens"

---

[12] Vgl. Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS-Verlag 1985, S. 15 (Einleitung) u. S. 91 (Erl. zu Leitsatz 1.1.1).

[13] Vgl. Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS-Verlag 1985, S. 9 (Einleitung).

[14] Vgl. Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS-Verlag 1985, S. 15f (Einleitung).

[15] Dazu beispw. BT-Drs. 12/2443, S. 108.

[16] Vgl. BT-Drs. 17/5712 S. 17 f.

[17] Die folgende Aufzählung benennt nur einige Beispiele ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit.

[18] Oder zumindest eine im Gesetz besonders genannte Zeitspanne; vgl. stellvertr. § 90 Abs. 1 InsO: für 6 Monate.

- in der Durchsetzbarkeit vorinsolvenzlicher Ansprüche (§§ 38. 87, 187 ff InsO)
- in der Durchsetzbarkeit von neuen Masseverbindlichkeiten (§§ 90 Abs. 1; 210 InsO)
- in der eigenverantwortlichen Durchsetzbarkeit dinglicher Sonderrechte (§§ 166 Abs. 1 u. 2, 173 Abs. 2 InsO)

beschränkt bzw. gesperrt.

Darüber hinaus gestattet die InsO

- Eingriffe in das vertragliche Synallagma wechselseitiger Verträge mit Spezialregelungen zur kurzfristigen Herauslösung aus Dauerschuldverhältnissen (§§ 109, 111, 113 InsO)[19] mit weiteren Sonderregelungen zur Gestaltung arbeitsrechtlicher Beziehungen (§§ 120 ff InsO).

Das alles zusammen ermöglicht dem Insolvenzverwalter, erst einmal Geld (etwa aus offenen Forderungen der Masse oder aus Veräußerungen im Anlage- und Umlaufvermögen) anzusammeln, ohne stets sofort große Ausgaben tätigen zu müssen, vor allem also jetzt nicht mit erheblichen, umgehend zahlbaren Altlasten befrachtet zu sein. Also landläufig formuliert: Die Masse kann zwischenzeitlich nährreichen „Speck" ansetzen.

Hinzu kommen auf der Aktivseite noch zusätzliche starke Unterfütterungen durch

- die Gewährung von Insolvenzgeld für die Arbeitnehmer im vorläufigen Verfahren (§§ 165 ff SGB III)
- das Insolvenzanfechtungsrecht gem. §§ 129 ff InsO; ebenfalls ein durchaus scharfes Schwert mit oftmals großen Massezuwächsen.

Und schlussendlich wird die Sache für die Gläubiger abgesichert durch eine gem. §§ 60, 61 InsO statuierte Haftungsverantwortung der handelnden Personen.[20]

Bei alledem geht es nicht allein um die „optimale Gläubigerbefriedigung". Denn auch die besondere Interessenlage des Schuldners kann zumindest dadurch in das Verfahren mit einfließen, als ihm

- ein eigenes Recht auf Vorlage eines „Insolvenzplans" zusteht (§ 218 Abs. 1 InsO), mittels dessen er die künftige Befriedigung der (im Regelfall plangemäß sehr stark reduzierten) Gläubigeransprüche auch über die dazu nötigen Zahlungsströme so organisieren darf (vgl. u. a. §§ 217, 233, 245 InsO)[21], dass das betriebsnotwendige Anlage- und Umlaufvermögen gerade nicht vollständig verwertet und weggegeben werden muss, sondern weitgehend in *eigener* Hand verbleiben kann.

Allerdings muss der Schuldner insoweit die autonom beschließenden Gläubiger von seinem Plan überzeugen, ihnen also letztlich eine „win-win-Situation" darbieten. Es geht im Grundsatz unverändert um den Vorrang der „Gläubigerautonomie"; sie geht dem reinen „Schuldnerwillen" vor. Nur dann findet ein solcher Sanierungsansatz – so die damalige Vorstellung des InsO-Gesetzgebers – zugleich eine verfassungsrechtliche Legitimation für ein gerichtliches Einschreiten gegen obstruierende Einzelgläubiger.[22]

---

[19] Zum besonderen Masseschutz durch § 108 InsO *Ries* ZInsO 2013, 1612, 1614 mnN; Uhlenbruck/*Ries,* InsO, 15.A. 2019, § 108 Rn. 50.

[20] Für die Eigenverwaltung BGH NZI 2018, 519; dazu auch *Ries,* FS Pannen, 2017, 667, 671 f.

[21] Entscheidend ist, dass die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden als im Regelverfahren. Eine sonst nötige Verwertung betrieblicher Infrastruktur lässt sich beispw. durch anderweitige Vermögenszuführung von außen oder zeitliche Streckung der Befriedigung kompensieren.

[22] Vgl. zu Fragen des Minderheitenschutzes BT-Drs. 12/2443, ab S. 78 (re. Sp.), 92 f; *Smid,* BB 1992, 501, 510 f, u. a. mit Verweis auf *Henckel* KTS 1989, 477, 483 ff; ferner Uhlenbruck/*Lüer/Streit,* InsO 15. A. 2019, § 251 Rn. 1.

IV. Das Regelungskonzept des StaRUG

Dieses neue, seit dem 1.1.2021 geltende Gesetz will mit einem weitaus schwächeren Instrumentarium zu dennoch nachhaltigen Sanierungslösungen kommen. Schon das wirft Zweifel auf.

§ 2 StARUG beschreibt vorab den sehr eingeschränkten Gestaltungsrahmen. Es geht im Wesentlichen darum, dass das schuldnerische Unternehmen mittels eines Restrukturierungsplans in den Bestand und die Durchsetzbarkeit von Forderungsrechten Dritter, zudem in gewisse dingliche Absonderungsrechte sowie unter bestimmten Parametern in einzelne Anteils- und Mitgliedschaftsrechte an seiner juristischen Person eingreifen darf, also alles in allem in geschützte Grundrechtspositionen der Betroffenen (vgl. etwa Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1, 19 Abs. 4 GG). Dabei steht jeweils als Ziel im Vordergrund, das eigene wirtschaftliche Überleben des Unternehmens nachhaltig zu sichern.[23] Die Gestaltung arbeitsrechtlicher Beziehungen ist bei alledem nicht möglich (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 StARUG). Auch darf ganz allgemein in wechselseitige Verträge als solche nicht eingegriffen werden (die ursprgl. Regelungsvorschläge der §§ 51 f StARUG-ReGE ließen der Rechtsausschuss des Bundestags und ihm folgend das Plenum nicht gelten; s. o.).

Wohl in dem Bewusstsein, dass eine schlichte Sozialisierung eigener Unternehmensrisiken – für sich allein betrachtet – auf verfassungsrechtlich viel zu dünnem Eis stünde, zieht die Richtlinie (EU) 2019/1023 zur ergänzenden Rechtfertigung volkswirtschaftliche Aspekte hinzu, insbes. die Aufrechterhaltung eines „funktionsfähigen Binnenmarktes" und eines „freien Kapitalverkehrs". Auch gehe es bei alledem um die „Niederlassungsfreiheit" wie überhaupt um eine gewissermaßen europaweit normierte „Chancengleichheit" bei der präventiven Restrukturierung bzw. in der Insolvenzverfahrensabwicklung. Mit der Entschuldung natürlicher Personen und hinsichtlich einzelner Tätigkeitsverbote gehe es um die „zweite Chance" für einen unbelasteten Neubeginn. Die Richtlinie (EU) 2019/1023 führt das einleitend in ihren Erwägungsgründen (insbes. Nr. 4 bis 10 sowie passim) in den Details näher aus.

Der *Verf.* greift nun einzelne Gedanken daraus auf, ohne das jedoch im Rahmen seines nur kurzen Beitrages allzu sehr vertiefen zu können. Jegliche Beurteilung bedarf immerhin brauchbarer „Maßstäbe". Solche finden sich im deutschen Recht zugunsten von Gläubigern und zum Schutz ihrer rechtlich begründeten Forderungen materiell insbes. in 14 Abs. 1 GG;[24] sie werden verfahrensrechtlich zusätzlich abgesichert durch Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG.[25]

V. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

a) Nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG darf der nationale Gesetzgeber Inhalts- und Schrankenbestimmungen treffen; gem. Abs. 2 S. 2 können dabei auch Allgemeinwohlerwägungen mit einfließen. Stets müssen zur Verwirklichung eines legitimen gesetzgeberischen Anliegens aber *geeignete* Maßnahmen zur Anwendung kommen. Inhalts- und Schrankenbestimmungen dürfen den Inhaber des geschützten Rechtes nicht stärker beeinträchtigen, als es das verfolgte Ziel *erfordert,* d. h. es darf kein gleichermaßen geeignetes, aber milderes Mittel zur Verfügung stehen. Und schließlich muss die etwaige Beschränkung *angemessen* ausfallen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn).[26] Dabei ist die grundsätzliche Anerkennung des Schutzes privater Forderungen (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) in ein ausgewogenes Verhältnis zum Merkmal

---

[23] Die Restschuldbefreiung regelt § 11 StARUG.

[24] Zum „Eigentumsschutz" für Gläubigerforderungen unterschiedlichster Art s. stellvertr. die Übersicht bei BeckOK-GG/*Epping/Hillgruber,* 45. Edition Std 1.12.2019, Art. 14 Rn. 49.

[25] BVerfG NZI 2020, 1112 Rn. 43 ff; NJW 2016, 930 Rn. 43 ff.

[26] Vgl. BVerfG, NJW 1986, 2188.

der Sozialpflichtigkeit (Art. 14 Abs. 2 GG) zu bringen.[27] Insoweit ist der Gesetzgeber im Wege des Parlamentsvorbehaltes verpflichtet, seinerseits die verfassungsrechtliche Sozialbindung des geschützten Eigentumsrechtes zu konkretisieren und näher zu bestimmen.[28]

Umgekehrt lässt sich aus der Eigentumsgarantie, selbst in Verbindung mit anderen Wirtschaftsgrundrechten, keine verfassungsrechtliche Individualgarantie für eine bestimmte Wirtschaftsverfassung entnehmen; das Grundgesetz ist wirtschaftspolitisch offen und neutral.[29] Gleichwohl bindet es staatliches Handeln an die bundesstaatliche Kompetenzordnung, das Rechtsstaatsprinzip und nicht zuletzt an die Grundrechte.[30]

In der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums genießt also der Gesetzgeber keine unbeschränkte Gestaltungsfreiheit; Zweck und Funktion der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie müssen gewahrt bleiben.[31] Alle vorgenannten Parameter stehen in einem fest verbindenden Gesamtgefüge[32], innerhalb dessen ihr verhältnismäßiger Interessenausgleich zu vollziehen ist.[33] Einseitige Bevorzugungen oder Benachteiligungen vertragen sich mit solchen verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht.[34]. Das Wohl der Allgemeinheit, vorliegend einmal grob umschrieben mit dem Interesse an

1. grenzüberschreitend funktionierenden Kapitalmärkten
2. wie überhaupt gesunden volkswirtschaftlichen Verhältnissen und Beziehungen europaweit sowie schließlich
3. an der beschleunigten Wiedereingliederung finanziell gescheiterter Unternehmer und Verbraucher,

ist dabei nicht nur Grund, sondern auch Grenze für die Beschränkung des Eigentums.[35] Letztere darf nicht weiter gehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient.[36]

b) Nach Artikel 6 Abs. 1 EUV 2009 erkennt die Europäische Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in ihrer Charta der Grundrechte vom 7.12.2000 (2010/C 83/02), zuletzt angepasst am 7.6.2016 (2016/C 202/02), niedergelegt sind. Diese Charta der EU-Grundrechte sichert durch Art. 17 jeder Person das Recht zu, ihr Eigentum nicht nur zu besitzen, sondern es auch zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem dürfe sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses nach Maßgabe besonderer Gesetze und gegen angemessene Entschädigungszahlung. Soweit es das Wohl der Allgemeinheit erfordere, könne die Eigentumsnutzung gesetzlich beschränkt werden. Das entspricht in seiner Struktur also weitgehend den Regelungen von Art. 14 GG, erreicht jedoch in seiner praktischen Anwendung durch den EUGH, ins-

---

[27] Vgl. BVerfG, NJW 1986, 2188; NZM 2001, 750, 751; BGH NJW 2010, 2802 Rn. 10.

[28] Isensee/Kirchhof, StaatsR-HdB IX/*Isensee,* 3. A. 2011, § 190 Rn. 212ff; Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani,* GG, 92. EL 8/2020, Art. 14 Rn. 416; *Stern,* StaatsR IV/1, 2006, S. 2226 ff.

[29] BVerfGE 4, 7, 17f = NJW 1954, 1235; BVerfGE 30, 292, 315 = NJW 1971, 1255, 1260; BVerfGE 50, 290, 336f = NJW 1979, 699, 704.

[30] Und damit auch an die Eigentumsgarantie; vgl. Merten/Papier Grundrechte-HdB II/*Badura,* 2006, § 29 Rn. 1ff.; Isensee/Kirchhof, StaatsR-HdB IV/*R. Schmidt,* 3. A: 2006, § 92 Rn. 16ff. u. ebenda/*Ronellenfitsch* § 98 Rn. 33; Benda/Maihofer/Vogel, VerfassungsR-HdB/*Papier* 2. A: 1994, § 18 Rn. 1 ff.

[31] BVerfGE 112, 93, 109 = NJW 2005, S. 879, 880.

[32] BVerfGE 50, 290, 340 = NJW 1979, 699, 703.

[33] BVerfGE 115, 97, 114 = NJW 2006, 1191, 1194. Zur Pflicht des Gesetzgebers, das in Art. 14 GG angelegte Spannungsverhältnis zu einem interessengerechten Ausgleich zu bringen: BVerfGE 115, 97, 114 = NJW 2006, 1191, 1194.

[34] BVerfGE 112, 93, 109 = NJW 2005, 879, 880.

[35] BVerfGE 112, 93, 109 = NJW 2005, 879, 880; BVerfGE 100, 226, 241 = NJW 1999, 2877, 2878; BVerwG NVwZ 2009, 1231 Rn. 13 ff.

[36] BVerfGE 100, 226, 241 = NJW 1999, 2877, 2878. Es kann aber auch die völlige Beseitigung zunächst bestehender und geschützter Rechtspositionen zulässig sein: BVerfG NVwZ 2018, 972 Rn. 42.

bes. durch dessen eher großzügige Verhältnismäßigkeitsprüfung, im praktischen Ergebnis hin und wieder nicht ganz denselben Schutzgrad.[37]

VI. Wirtschaftpolitische Einordnung der StARUG-Regeln

Der Gesetzgeber der InsO sah in ihren neu geschaffenen Regelungen auch eine „Ordnungsaufgabe in der sozialen Marktwirtschaft".[38] Demnach schien der „Marktaustritt" wirtschaftlich ungesunder Unternehmen durchaus erwünscht. Andere gesunde Unternehmen sollten nicht in den gefährlichen Strudel mit hineingerissen werden – für die gesunden dürfe eine „Marktbereinigung" im Gegenteil sogar durchaus „stimulierend" wirken.[39] Hauptsache, es verlaufe alles in wohl geordneten Bahnen.

Dem stellt sich nunmehr das StARUG in gewisser Weise durch einen Paradigmenwechsel entgegen, in dem es wichtige Selbstreinigungskräfte des Marktes vorübergehend außer Kraft setzt. *Korch*[40] weist zutreffend darauf hin, dass je stärker der Erhalt von Unternehmen und Arbeitsplätzen zum Hauptziel gemacht wird, desto stärker auch wirtschaftspolitisch interveniert, also letztlich in die Privatautonomie „eingegriffen" wird. Das rufe die Gefahr hervor, am Ende könne es doch zu ungesund bleibenden „Sanierungen gegen den Markt" kommen.

Vergegenwärtigt man sich die Vielfalt möglicher Krisenursachen (s. o. Abschn. II), wird die bloße Restrukturierung alter, d. h. schon aufgelaufener Finanzverbindlichkeiten und der zu ihrer Sicherung bestellten Absonderungsrechte (vgl. § 8 Nr. 2 StARUG) nur äußerst selten genügen, um für das Unternehmen wieder einen ausreichenden Gesundungsgrad zu erreichen. Wenn ein Schiff schwer beladen ist, im Rumpf ein Loch hat und nun auch noch unter die Wasserkante abzusinken droht, mag es kurzzeitig helfen, Ballast abzuwerfen, das Schiff dadurch leichter zu machen und wieder höher über der Wasserlinie zu fahren. Aber wenn ich das Loch im Rumpf nicht gestopft bekomme, also die eigentliche Krisenursache nicht beseitigen kann, wird doch auf längere Sicht mein Schiff kaum zu retten sein. Vielleicht gelingt es zwischenzeitlich, dass eine leistungsstarke Pumpe eindringendes Wasser wieder über Deck abfließen lässt – aber der damit verbundene Energie- und Kostenaufwand, die geringere Traglast, vielleicht auch langsamere Fahrgeschwindigkeit machen dieses Schiff nicht mehr zu einem ernsthaften Teilnehmer im ggf. scharfen, von Tag zu Tag internationaler werdenden „Wettbewerb".

„Leistungswirtschaftliche" Hilfen finden sich im StARUG so gut wie keine. Nachdem man die ursprünglich im Entwurf der Bundesregierung noch enthaltenen Regelungen der §§ 51–54 StARUG-RegE[41], die eine vorzeitige Beendigung – ganz oder teilweise – unerfüllt gebliebener Vertragsverhältnisse möglich machen sollten, ersatzlos wieder herausstrich und auch die Umgestaltung arbeitsrechtlicher Ansprüche per Mehrheitsentscheidung leider nicht möglich ist,[42] geriet das Gesetz gewissermaßen zu einem zahnlosen Tiger. Es kann großen

---

[37] v. Danwitz/Depenheuer/Engel/*v. Danwitz,* Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, 260ff.; *D. König* in Depenheuer, Eigentum, 2005, 113ff.; *Jarass* NVwZ 2006, 1089. Allgemein zum Kontrollabgleich des BVerfG zw. GG u. EU-Recht *Sab. Ries,* JURA 2021, 65, 66f mit Verweis auf die frühere, inzw. deutlich modifizierte „Solange"-Rechtspr.

[38] BT-Drs. 12/2443 S. 75.

[39] BT-Drs. 12/2443 S. 75 (re. unten). Interessant allerdings der aktuelle Diskurs über das Herausdrängen sog. Zombie-Firmen mit daraus evt. hervorgehenden Folgerisiken während einer Pandemie; einerseits *Schaaf/Bindseil,* Keine Angst vor Zombie-Firmen, F.A.S. 31.1.2021; andererseits *Záboji,* Volkswirte fürchten „Zombie-Unternehmen", FAZ 19.10.2020.

[40] ZHR 2018, 440, 446.

[41] S. BT-Drs. 19/24181, S. 31 mit Begründung ab S. 149.

[42] Dem schob bereits die Richtlinie (EU) 2019/1023 einen Riegel vor: Art. 13 Abs. 1 verbot weitere Eingriffe in Arbeitnehmerrechte (vgl. jetzt §§ 4 Nr. 1, 99 StARUG). Nach Ansicht des *Verf.* lag es eigentlich nahe, wenigstens zu §§ 120ff InsO vergleichbare Betriebsänderungs- und Kündigungserleichterungen zu schaffen.

Unternehmen, deren Filialnetz sich nicht mehr rentiert und die deshalb Mietverhältnisse alsbald beenden und/oder die dringend und außerordentlich mit kurzen Auslauffristen Personal reduzieren und/oder sich von ungünstigen Einkaufs- bzw. Lieferverträgen lossagen müssen, an diesen so wichtigen Schlüsselpositionen nicht wirklich helfen.

Wir haben also m. a. W. ein hochkomplexes Gesetz geschaffen, dessen praktische Anwendungsfälle eher selten bleiben werden, nimmt man jedenfalls den gleich mehrfach gebrauchten Begriff der „Nachhaltigkeit" der Sanierung ernst (vgl. §§ 29 Abs. 1, 33 Abs. 2 S. 2 u. 3, 51 Abs. 2 S. 2, 90 Abs. 1 StARUG) – wie ebenso die dem gegenüber stehenden verfassungsrechtlichen Gläubigerschutzerwägungen.

VII. Verfassungsrechtliche Einordnung der StARUG-Regeln

a) § 49 StARUG ermöglicht schon zu Beginn und zur Absicherung der Restrukturierungsbemühungen die Einstellung bzw. Untersagung von Maßnahmen der Zwangsvollstreckung, und zwar weitergehend als § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO sogar gegenüber der Immobiliarvollstreckung. Von alledem ausgenommen sind jedoch Forderungen aus den nach § 4 geschützten, d. h. stets durchsetzbar bleibenden Sonderbereichen. Daneben kann die Geltendmachung von Aus- oder Absonderungsrechten unterbunden werden, was – ebenfalls weitergehend als § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO – auch den Einsatz und Verbrauch von dringend betriebsnotwendigem Sicherungsgut zu Fortführungszwecken erlaubt. Die §§ 49–59 beinhalten ein sehr filigranes, in seinen Differenzierungen schwer handhabbares Schutzsystem zugunsten des Schuldners; *vor* Erlass von Stabilisierungsanordnungen sind die Gläubiger insoweit aber nicht anzuhören. § 59 Abs. 2 StARUG erfordert, wenn ein Gläubiger bereits getroffenen Anordnungen entgegentritt, von ihm die zusätzliche Glaubhaftmachung seiner Angaben (vgl. § 294 ZPO).

Zwar ist mit der gerichtlichen Anordnung derartiger Stabilisierungsmaßnahmen i. a. R. auch die notwendige Bestellung eines sog. „Restrukturierungsbeauftragten" verbunden (§ 75 Abs. 1 Nr. 2 StARUG). Dessen Stellung ist aber nicht so eindeutig und kraftvoll wie die eines vorläufigen Insolvenzverwalters. Während das Insolvenzgericht i. a. R. sogar Drittschuldnern ausdrücklich verbietet, noch allein an den Schuldner zu leisten, und §§ 24 Abs. 1, 82 InsO selbst für den schwächeren Fall der vorläufigen bloßen „Zustimmungsverwaltung" (§§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO) ein zumindest gemeinsames Inkassorecht absichern, sieht das StaRUG einerseits einen so weitreichenden Anordnungskanon nicht vor, bietet andererseits aber auch keine wirksameren Schutzmechanismen an. § 76 Abs. 2 Nr. 2 StARUG beinhaltet hinsichtlich der „Kassenführung" nur eine Ermächtigungsregelung, deren weitere Umsetzung und Ausübung in das pflichtgemäße Ermessen des Restrukturierungsbeauftragten gestellt bleibt. Zwar findet sich für insolvenzrechtliche „Eigenverwaltungsfälle" ein ähnlicher Regelungsansatz in §§ 270b Abs. 1, 275 Abs. 2 InsO. Betroffene Gläubiger werden hier aber durch Zusatzregeln, etwa § 48 InsO (Recht zur Ersatzaus- und -absonderung), ferner die Möglichkeit, kraft insolvenzgerichtlicher Ermächtigung später Masseschuldgläubiger zu werden[43] sowie schließlich durch eine spezialgesetzliche Geschäftsleiterhaftung analog §§ 60, 61 InsO[44] spürbar effektiver geschützt.

Mit den besonderen Wirkungsmechanismen der vorläufigen Insolvenzverwaltung und den hierbei ineinandergreifenden Zahnrädern zum Gläubigerschutz hat sich der *Verf.* schon an anderer Stelle ausgiebig beschäftigt.[45] Am Ende geht es bereits in dieser frühen Phase –

---

[43] Stellvertr. HeidelbKomm-InsO/*Brünkmans,* 10. A. 2020, § 270a Rn. 31f; vgl. nunmehr ab 1.1.2021 die Neuregelung in § 270c Abs. 4 InsO.

[44] Für die Eigenverwaltung BGH NZI 2018, 519; dazu auch *Ries,* FS Pannen, 2017, 667, 671 f.

[45] *Ries,* ZInsO 2013, 1612 (insbes. Abschn. II u. IV); s auch *Frind,* ZRI 2020, 112 (Abschn. III).

jedenfalls im Regelverfahren – um die Absicherung einer späteren „Verteilungsmasse"[46] im Sinne eines besonderen Vollstreckungserfolges; das Ziel ist die „optimale"[47] gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung.

Wenn man demgegenüber das StARUG-Ziel einer „nachhaltigen" Sanierung ernst nimmt, verbleibt nur ein sehr geringer Handlungsspielraum. Wie gesagt: In diesem Gesetz sind so gut wie keine leistungswirtschaftlichen Steuerungselemente implementiert; gegenüber ungünstigen Dauerschuldverhältnissen fehlen beeinflussende Regulatoren. Die rein finanzwirtschaftliche Lösung kann eigentlich denklogisch nur funktionieren, wenn man die Befriedigungsaussichten der Gläubiger stark einschränkt und sie zu Minimallösungen drängt. Die Gläubiger können – vorbehaltlich etwaiger „Besserungsscheinangebote" – auf diese Weise in der Realisierung ihrer Bestandsforderungen eigentlich nur verlieren. Geht der Restrukturierungsversuch gut aus, prosperiert das schuldnerische Unternehmen und profitieren mit ihm ggf, seine Anteilseigner; die Gläubiger haben aber durch ihr Nachgeben spürbare „Opfer" bringen müssen. Geht es schief, haben sie zwischenzeitlich u. U. zusätzlich eigene (Sonder)Rechtspositionen verloren. Aus- und Absonderungsgut durfte der Schuldner währenddessen noch verbrauchen. Soweit die Einzelvollstreckung gesperrt war, ist diese Zeit angesichts eines dann meist folgenden Insolvenzverfahrens nicht mehr aufholbar.

Wendet man die soeben in Abschn. V beschriebenen verfassungsrechtlichen Determinanten konsequent an, verbleibt eigentlich zur sachlichen Rechtfertigung von StARUG-Verfahren nur ein sehr begrenzter Anwendungsbereich zur Behebung außergewöhnlicher, in Abschnitt II eingangs umschriebener Sonderereignisse. Überall dort hingegen, wo in den Verhandlungen mit Beteiligten keine Einstimmigkeit herzustellen ist, es aber strukturell tiefergehender Restrukturierungsmaßnahmen bedarf, für die das StARUG kein ausreichendes Instrumentarium bereitstellt, lassen sich wegen Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Individualrechte der nicht einverstandenen Gläubiger keineswegs einfach mehrheitlich überstimmen. Denn solche Eingriffe bleiben *ungeeignet,* die gesetzlich vorgegebenen Ziele dauerhaft zu verwirklichen.

Verfassungsrechtliche Sorgen bereitet dazu eine gewisse Unschärfe des Begriffes der „Nachhaltigkeit". Zwar gibt § 33 Abs. 2 S. 3 StARUG eine ungefähre Zeitvorstellung des Gesetzgebers an (Restrukturierungserfolg über wenigstens 3 Jahre). Andererseits hat die seit 1.1.2021 geltende Neufassung des § 18 Abs. 2 S. 2 InsO den Prognosezeitraum der „drohenden Zahlungsunfähigkeit" (und damit auch den ihrer Beseitigung) auf nur 24 Monate und denjenigen der „positiven Fortführungsprognose" zur Beseitigung rechnerischer Überschuldung gem. § 19 Abs. 2 S. 1 2.HS InsO auf sogar nur 12 Monate bemessen.

Schaut man auf die §§ 32 Abs. 3, 33 Abs. 2 Nr. 1 [„von einer Aufhebung kann abgesehen werden, wenn …"], 42 Abs. 1, 89 Abs. 2 u. 3 StARUG, so entsteht der Eindruck, es ginge hauptsächlich darum, sich zumindest nicht jenseits der Schwelle zur Insolvenzreife zu bewegen.

Aber fällt ein Restrukturierungsergebnis denn wirklich schon ausreichend „nachhaltig" aus, wenn es sich für eine gewisse Zeit zwar oberhalb, aber doch sehr nah entlang der Grenze zur staatlichen Zwangs- und Gesamtvollstreckung bewegt? Wenn schon ein einziger unerwarteter, etwas rauerer Windzug gleich wieder alles umschmeißen könnte … Ab wann sind Unternehmen denn überhaupt wieder dauerhaft „marktbeständig" und „wettbewerbsfähig" geworden? Muss man nicht sehr viel deutlicher zwischen Eintrittsvoraussetzungen in das Restrukturierungsverfahren einerseits und seinen Austrittsvoraussetzungen (hier gemeint im Sinne von nachhaltigem „Abschlusserfolg") andererseits unterscheiden? Dazu finden sich im StARUG keine greifbar konkreten Antworten.

---

[46] In diesem Sinne ist das Schuldnervermögen in gewisser Weise schon den Gläubigern als Haftungsmasse zugewiesen; vgl. HeidelbKomm-InsO/*Ries,* aaO., § 38 Rn. 2.

[47] Zu diesem Postulat insbes. BVerfG NJW 2016, 940 Rn. 43; BVerfGE 116, 1 = NJW 2006, 2613 Rn. 34.

Ein überraschendes Ende mit Schrecken ist häufig weniger schlimm als ein fortwährender Schrecken ohne Ende. Setzt man in der „Nachhaltigkeitsbetrachtung" auf zu niedriger Stufe an, bleibt die Lage für das gesamte Umfeld sehr gefahrenträchtig. Indem man ihnen zeitweilig die effektive Rechtschutz- und Rechtsverfolgungsgewährleistung von Art. 14, 19 Abs. 4 GG nimmt, bürdet man den verfahrensbetroffenen Gläubigern je nach Fallkonstellation zusätzliche, ggf. bereits „übermäßige" Folgerisiken auf. Und man stünde damit eigentlich fast wieder dort, wo man vor mehr als 40 Jahren schon einmal stand, als die Kommission für Insolvenzrecht ihre Arbeit begann und bemerkte, zunächst eingeleitete Vergleichsverfahren würden nach den seinerzeit geltenden §§ 101 ff VerglO doch allzu häufig in einen sog. „Anschlusskonkurs" einmünden.[48] Es bedürfe der besonderen Ausgestaltung eines sehr viel effektiveren *einheitlichen* Verfahrens.

b) Das Unternehmensrecht kennt neben der allgemeinen „business-judgement-rule" (vgl. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG) vielfältige Regeln einer Geschäftsleiterverantwortung und -haftung (s. etwa §§ 15b InsO[49], § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG, § 34 Abs. 2 GenG), ebenso eine Haftungsverantwortung von Aufsichtsräten (beispw. §§ 116 AktG, 52 Abs. 1 GmbHG). Die Gesellschafter als eigentliche Anteilseigner trifft zudem eine gewisse „Finanzierungsverantwortung" oder zumindest besondere „Risikonähe"[50] (vgl. §§ 30, 31 GmbHG, § 57 AktG, §§ 23 Abs. 1, 73 Abs. 2 S. 4, 87a Abs. 2 S. 1, 105 Abs. 1 S. 1 GenG).

Insofern erscheint dem *Verf.* äußerst bedenklich, dass das StARUG nicht einmal vorab fragt, inwieweit die Krise auf deutliches Eigenverschulden rückführbar ist und ob dahingehende Regressmöglichkeiten gegen die Verantwortlichen überhaupt voll ausgeschöpft wurden. Auch besitzen die Rechte von „Anteilseignern" in Krisennähe häufig kaum noch Wert. Ist das Unternehmen dagegen erfolgreich restrukturiert, entsteht dadurch regelmäßig neues, ggf. sogar marktfungibles Anteilseignervermögen. Nach Ansicht des *Verf.* hätte man deshalb gesetzlich vorschreiben müssen, dass der Restrukturierungsplan unter näher zu definierenden Prämissen für solche Fälle „earn-out-Klauseln" bereitzustellen hat, welche die bisherigen Gläubigerhilfen wenigstens ein Stück weit kompensieren und die Dinge in ein angemessenes Gleichgewicht bringen.

Bei alledem darf nicht vergessen sein, dass es außerhalb von Insolvenzverfahren und des dortigen besonderen Rahmens der „par condicio creditorum" eigentlich noch keine „Gläubigergemeinschaft" gibt. Während der Insolvenz- oder Eigenverwalter staatlich Beliehener ist[51] und sozusagen als verlängerter Arm der Justiz (wenngleich mit privatrechtlichen Mitteln) hoheitliche Aufgaben erfüllt, finden im StARUG – nicht einmal durch Mindeststandards abgesicherte (vgl. nachstehend Abschn. VIII) – reine „Mehrheitsentscheidungen" statt. Danach regieren private Dritte in rein persönlich-individuelle Vermögensrechte eines anderen Forderungskonkurrenten mit hinein.[52] Der einzelne Gläubiger kann aber, wenn ihn der Gesetzgeber nun einmal der Mehrheitsentscheidung unterworfen hat, sein Eigentumsrecht und seinen Anspruch auf staatliche Hilfe der Justiz (Art. 14, 19 Abs. 4 GG) – hier vor allem gemeint iSv. „seinen eigenen Willen" – gegenüber den übrigen Gläubigern gar nicht durchsetzen. Die übrigen Gläubiger sind in der persönlichen Verfolgung eigener Rechte keine

---

[48] Vgl. Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS-Verlag 1985, S. 86f, 91, 154.

[49] Ersetzt die bisherigen Regelungen der §§ 64 GmbHG, 92 Abs. 2 AktG, 99 GenG, 130a, 177a HGB.

[50] Zu alledem stellvertr. HeidelbKomm-InsO/*Kleindiek,* 10. A. 2020, § 39 Rn. 22 ff.

[51] *Ries* ZInsO 2013, 1612 (1617f); K. Schmidt/*Ries,* aaO, § 56 Rn. 6f. So auch der frühere Verfassungsrichter Udo di Fabio anlässlich einer Zusammenkunft beim 14. Deutschen Insolvenzrechtstag 2017 in Berlin: Der Insolvenzverwalter ist natürlich „Beliehener".

[52] Den unterschiedlichen Wesenskern kann man gut am Beispiel von „Wohnungseigentümergemeinschaften" beschreiben: Nach WEG ist jeder Eigentümer direkt mitbeteiligt am „Gemeinschaftseigentum"; insoweit muss er sich als Gemeinschafter einordnen und Mehrheitsbeschlussfassungen unterwerfen. „Restrukturierungsforderungen" stehen dagegen voll und ganz einem einzelnen Berechtigten zu, und zwar i. a. R. unabhängig von anderen Anspruchstellern.

unmittelbaren Grundrechtsadressaten[53] – d. h. sie schulden ihrem Forderungskonkurrenten eigentlich keine „Rücksichtnahme". Solange kein Insolvenzverfahren eröffnet und jegliche von außen drängende Forderungsdurchsetzung *endgültig* unterbunden wurde, läuft eigentlich jeder Gläubiger immer noch sein eigenes Rennen. An dieser sensiblen Stelle sind die Grenzen der Privatautonomie – und damit auch die Befugnisse des Staates, solche Abwicklungsthemen privatautonom regeln zu lassen – möglicherweise deutlich enger, als es bisher diskutiert wurde. Denn Mehrheitsentscheidungen allein sind keine ausreichende Legitimation dafür, dass einem einzelnen Beteiligten gegen seinen Willen Vermögenswerte entzogen werden.[54]

VIII. Der „Insolvenzplan" – bei Rechtsträgererhalt eigentlich ein „Sanierungsplan"

Man sollte ehrlicherweise zugeben, dass sich in der täglichen Praxis ähnliche Schwachstellen auch bei der rechtsträgererhaltenden „Insolvenzplangestaltung" zeigen, vor allem in sog. Eigenverwaltungsverfahren. Hier gerieten die Sanierungsbemühungen nicht immer wirklich „nachhaltig"; die Zahl alsbaldiger Folgeinsolvenzen war durchaus auffällig.[55] Immerhin gibt es hier jedoch zum effektiven Gläubigerschutz eine „Vergleichsrechnung" gem. §§ 245 Abs. 1 Nr. 1, 247 Abs. 2 Nr. 1 InsO – es fällt also niemand hinter den Mindeststandard der Gläubigerbefriedigung im Regelverfahren zurück.

Einen derart vergleichbaren Mindeststandard bietet das StARUG nicht. Einzelne Gläubiger kennen die anderen Betroffenen zuvor meist gar nicht; für sie gerät es am Ende durchaus zufällig, mit welchen Charakteren sie in eine Gruppe zusammengeraten (§ 9). Sind die anderen in ihrer Mehrheit „Hardliner" (dann gibt es auf die Ansprüche vielleicht noch viel) oder doch eher „Minimalisten" (also schon mit ganz wenig zufrieden)? Im letzteren Fall wird ggf. nicht einmal dasjenige erreicht, was es bei einer Insolvenz gegeben hätte So lange der Restrukturierungsprozess noch läuft, der Betrieb angesichts aktueller Belastungen aber unrentabel arbeitet und zwischenzeitlich auch kein fresh-money von außen zugeführt wird, können sich die finanziellen Verhältnisse schon während des Restrukturierungsverfahrens laufend verschlechtern (zumal angesichts vollständig vorzuschießender Verfahrenskosten; s. §§ 13a, 25a GKG). Andererseits sind in einer etwa nachfolgenden Insolvenz Gläubigeransprüche aus mittlerweile getätigtem Neugeschäft nicht einmal masseschuldprivilegiert.

Wo man ein Gesetz – wie hier das StARUG – derart komplex ausgestaltet, dass es für Laien kaum je erfassbar ist, haben Unternehmer das Recht, im Vorfeld juristischen und betriebswirtschaftlichen Rat einzuholen. Das macht ggf. zunächst umfangreiche und aufwändige Sachverhaltsklärung nötig. Und die ist regelmäßig teuer, auch wenn das Ergebnis abschlägig ausfällt.

Das alles nährt – aus Gläubigersicht berechtigt – die Befürchtung, wenn es am Ende doch zur Insolvenz komme, sei dann kaum noch verteilungsfähige Masse vorhanden. Denkt man

---

[53] Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani,* GG, 92. EL 8/2020, Art. 14 Rn. 112ff: Abwehrrecht ggüb. Maßnahmen der *öffentlichen* Gewalt. Eine mittelbare Grundrechts-Drittwirkung zw. Privaten wird bisher nur für ganz bestimmte Sonderfälle angenommen; s. etwa BVerfGE 148, 267 = NJW 2018, 1667 Rn. 39ff. Im dortigen „Stadionverbotsfall" tauchte die Diskriminierungsfrage (Art. 3 GG) nur deshalb auf, weil der Betreiber durch Publikumsöffnung sein Eigentum (Art. 14 GG) eigentlich schon für Dritte allgemein zugänglich gemacht hatte. Zur etwaigen Grundrechtsbindung zwischen Privaten neuerdings auch *Jobst* NJW 2020, 11.

[54] BT-Drucks. 12/2443, S. 211 (zu § 298 RegE); BGH ZInsO 2007, 491 Rn. 7; Uhlenbruck/*Lüer/Streit,* InsO, 15. A. 2019, § 251 Rn. 1.

[55] Zu möglichen Ursachen *Frind/Köchling,* ZInsO 2013, 1666; *Frind,* ZInsO 2015, 2309, 2311 sowie *ders.* aaO. 2358, 2362; *Horstkotte,* ZInsO 2014, 1297, 1302 f.

einen Moment länger darüber nach, stehen die Verhältnisse tatsächlich in gewisser Weise auf dem Kopf: Solange es noch etwas zu restrukturieren gab, war der Instrumentenbaukasten zu schwach (s. o. Abschn. II u. VII); wenn dann endlich die Instrumente der InsO verfügbar werden, ist vielleicht schon keine ausreichende Substanz mehr vorhanden. Das nachfolgende Insolvenzverfahren droht dann – etwas provozierend ausgedrückt – zum Schrotthandel zu verkümmern, bei dem man nur noch die Reste zusammenkehrt. Zwischendrin gut verdient haben allenfalls die Berater. Nur ein Schelm sei, wer jetzt denkt, das sei der eigentliche Zweck der Übung.

Der Gesetzgeber hat leider am 28.10.2011 mit Erlass des ESUG einen ganz anderen, sehr viel leichter handhabbaren Regelungsansatz versäumt. Er hätte nämlich dem Sechsten Teil der InsO, wofür der *Verf.* schon seit mehr als 20 Jahren in vielen Gesprächen mit den Entscheidungsträgern plädiert hatte, die Überschrift „Sanierungsplan" geben und die betreffenden Regelungen sprachlich anpassen sollen. Parallel hätte man nach Ansicht des *Verf.* überlegen können, die „Eigenverwaltung" auf beabsichtigte Sanierungen mit Rechtsträgererhalt zu konzentrieren.

Das alles hätte den Charm besessen, mit einem neuen Gesetz, das dann sehr schlank gehalten werden kann, über geschickte Bezugnahmen und Verweise quasi einen Quereinstieg in die „Sanierungsplanregelungen" zu ermöglichen, d. h. zunächst ohne förmlichen Insolvenzantrag, aber ähnlich wie im StaRUG mit besonderen gläubigerschützenden Zugangsvoraussetzungen. Wer mit Sprache gut umgehen kann, hätte es geschafft, bei alledem das Wort „Insolvenz" weitestgehend zu vermeiden und ggf. nur von „Forderungstabelle" zu sprechen, um die sich ein Sachwalter kümmere. Den Restrukturierungsrichtern konnte man vergleichbare Kompetenzen zuweisen, wie sie auch für das bisherige Planverfahren schon bestehen, und den eigenständig weiter agierenden Schuldner durch einen „Sachwalter" kontrollieren zu lassen. Was aus zwischenzeitlich neuen Verbindlichkeiten wird, wenn das Gericht den Plan später nicht zulässt, nicht bestätigt oder die Gläubiger ihn nicht annehmen, hätte man regelungstechnisch versteckt in der InsO belassen können. Und auch das denkbare Ergebnis eines Regelinsolvenzverfahrens ließe sich – zu Vergleichsrechnungszwecken – als Mindeststandard virtuell simulieren.

Die so oft beschworene „Entstigmatisierung" – erwies sich in Wahrheit vor allem als Aufgabe für gute Kommunikation und Darstellung nach außen. Es galt, ein wirklich gutes Produkt, welches die Regeln der §§ §§ 103 ff, 217 ff InsO nach Ansicht des *Verf.* nun einmal sind, am Ende noch besser zu vermarkten. Jetzt hat man es stattdessen – so der hier vertretene Standpunkt – doch eher vermurkst. Schaut man in das StARUG einerseits und liest man andererseits die Berichte der damaligen Kommission für Insolvenzrecht, haben wir uns über gut 40 Jahre hinweg hauptsächlich nur im Kreis gedreht. Wirklich schade.