

# Im politischen Zeitdruck »ganz oder gar nicht«

*Frankfurt am Main.* Das erste Online-TMA-Fachgespräch in diesem Jahr zog am 26.01.2021 mit über 500 Anmeldungen ein sehr großes Interesse auf sich, zum einen wegen des Themas »StaRUG – verpasste Chance vs. cooles Tool?«, zum anderen wohl auch wegen des Gastes, der erhebliche Änderungen am StaRUG auf den letzten Metern des parlamentarischen Prozesses wesentlich mitgestaltet hat: MdB Prof. Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU), der kommissarischer Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages ist. Im Fokus der Diskussion standen vor allem die Streichung des Shift of Fiduciary Duties und der Verzicht auf die Vertragsbeendigungsoption. Deutlich wurde: Fachliche Argumente von Restrukturierungspraktikern sind das eine, Zeitdruck, Gefühlslagen und politische Mehrheiten sind das andere.

*Text:* Peter Reuter

Der Verband der Restrukturierer nahm sich für das anderthalbstündige, von TMA-Vorstandsmitglied RA Kolja von Bismarck (Sidley Austin) und RA Dr. Christian Heintze (BBL Brockdorff) moderierte Onlinefachgespräch vor, Erwartungen an ein vorinsolvenzliches Restrukturierungsverfahren zu formulieren, Möglichkeiten des im Dezember mit einigen wesentlichen Änderungen »in der tragenden Architektur« im Vergleich zum RegE verabschiedeten StaRUG zu sondieren und ein aus Praktikersicht notwendiges Nachbesserungspotenzial zu definieren. Die digitale Diskussion, an der sich das auch mit weit über 400 eingeloggten Teilnehmern umfassende Fachpublikum im Chat und mit Wortbeiträgen beteiligen konnte, war in drei Blöcke unterteilt, zu denen es jeweils eine kurze Einführung gab: »StaRUG nach Streichung des Shift of Fiduciary Duties«, »§ 313 BGB vs. Vertragsbeendigungsoption im RegE« und »Verhältnis StaRUG zu Restrukturierungsverfahren in anderen Jurisdiktionen, Anerkennung, Reziprozität«.

Der StaRUG-RegE sei von Praktikern als »großer Wurf« begrüßt worden, leitete Kolja von Bismarck in die Onlineveranstaltung ein, doch es habe von verschiedenen Seiten vor allem Kritik an zwei Punkten gegeben: bei den Regelungen zur Haftung der Geschäftsleiter nach Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit (Shift of Fiduciary Duties) und an der Möglichkeit, bestimmte operative Verträge mit Zustimmung des Gerichts zu kündigen, wenn sich keine konsensuale Lösung findet. In diesen beiden Punkten sei der RegE nach der von Insolvenzverwaltern dominierten öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss am 25.11.2020 (siehe dazu auch »Geht gut Ding auch in Eile?«, INDat Report 10\_2020, S. 12 ff.) verändert worden bzw. es seien Streichungen erfolgt. In der Debatte seien Befürchtungen geäußert worden, so fasste es von Bismarck zusammen, dass der Shift zu unabsehbaren Haftungsrisiken für Geschäftsleiter führen kann und die Vertragsbeendigungsoption dem deutschen Recht vor einem eröffneten Insolvenzverfahren fremd ist, zudem kann diese Option erhebliche Folgewirkungen verursachen und das Vertrauen der Vertragsparteien schädigen. Von Bismarck

unterstrich, dass die Kollegen aus England und aus den Niederlanden diese beiden Streichungen im Entwurf mit »überraschender Begeisterung« aufgenommen hätten, da sie sich nun Chancen ausmalten, zum European Restructuring Hub zu werden. Beim Wettbewerb der Systeme spiele auch die grenzüberschreitende Anerkennung von Restrukturierungsverfahren eine Rolle, auch hierzu habe man sich in England für die Post-Brexit-Zeit »einiges ausgedacht«. Um zu diskutieren, was das StaRUG de lege lata kann, in welcher Konstellation es aus Praktikersicht zum Einsatz kommen soll und wann davon abzuraten ist, freute sich die TMA Deutschland, Heribert Hirte zugeschaltet aus Köln begrüßen zu können, der über die Gesetzesgenese berichten soll und was den Rechtsausschuss zu den Änderungen auf den letzten Metern veranlasst hat.



MdB Prof. Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)

In den ersten Themenblock »Shift of Fiduciary Duties – Alone in the Dark beim Krisenmanagement nach dem StaRUG?« führte RA Heiko Schäfer (BBL Brockdorff) ein. Dem Shift habe die Idee zugrunde gelegen, eine vorinsolvenzliche Sanierung anzustoßen, ohne dabei Haftungsansprüchen der Anteilseigner ausgesetzt zu



Moderator RA Kolja von Bismarck



Moderator RA Dr. Christian Heintze

sein, und Blockademaßnahmen der Gesellschafter vorzubeugen. Daher sei diese Regelung im RegE auch zu Recht als mutig bezeichnet und begrüßt worden. Nach deren Streichung gebe es im StaRUG nur noch eine Krisenfrüherkennungspflicht in § 1 StaRUG i. V. m. § 102 StaRUG, den Warn- und Hinweispflichten der Steuerberater/Wirtschaftsprüfer. § 43 StaRUG wiederum habe keine Bedeutung für den Shift, da diese Regelung erst nach Anzeige der Restrukturierungssache gilt. Auch die Sanierungsmoderation könne an dieser Stelle nicht zum Zuge kommen, da sie auf eine konsensuale Lösung abzielt. Fest stehe: Im Krisenstadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit fehlt es an einer angemessenen Handlungsmaxime für Geschäftsleiter zugunsten von StaRUG-Maßnahmen. Als Konsequenzen der »vertanen Chance« sieht Schäfer das Abberufungsrisiko sowie Schadenersatzpflicht für Geschäftsleiter und verschleppte Restrukturierungen auf Kosten der Gläubiger. §§ 93 AktG, 43 GmbHG, 15 b InsO böten keine ausreichende Rechtssicherheit, Gesellschafterinteressen gingen somit Gläubigerinteressen vor, was bedeute, dass nur gesellschaftergetragene Restrukturierungen nach dem StaRUG möglich sein werden. Es bestehe, so sein Fazit, dringender Handlungsbedarf für die Implementierung eines frühen Shift, denn der volkswirtschaftliche Schaden durch die InsO-Instrumente bleibe trotz StaRUG erhalten.

## SanInsFoG: Über längere Umsetzungsfrist ist nachgedacht worden

Gerne werde er die Hintergründe des parlamentarischen Verfahrens näher erläutern, sagte Heribert Hirte, doch wolle er einleitend klarstellen: »Der Deutsche Bundestag entscheidet über Gesetze, nicht die Bundesregierung. Das hört sie nicht gerne, ist aber Lage der Dinge.« Zur Entscheidungslage beim StaRUG bzw. SanInsFoG im Dezember vergangenen Jahres äußerte er sich wie folgt: Das Gesetz sei Corona-bedingt und durch eine damit verbundene Eilbedürftigkeit prädeterniert. Allerdings sei nicht von vornherein klar gewesen, dass dieser Handlungsdruck besteht und man ein Gesetz zum 01.01.2021 braucht; man habe auch über eine längere Umsetzungsfrist nachgedacht, um an das Gesetz »gründlicher« herangehen zu können. Doch getragen von der Überlegung, eine gesetzgeberische Reaktion für betroffene Unternehmen in der jetzigen Wirtschaftskrise zu bieten, habe man sich zu einer kurzfristigen Umsetzung des SanInsFoG entschlossen, dabei sowohl für Ergänzungen unter dem

Stichwort Winterschlafverfahren/erleichterter Schutzschirm ausgesprochen als auch für das StaRUG-Verfahren. Im vorgelegten RegE habe seine Fraktion allerdings viele Fragezeichen und dringenden Handlungsbedarf im Hinblick auf KMUs und den »normalen« Geschäftsleiter ausgemacht, die sich nach der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss auf 100 Fragen und Anmerkungen zum RegE kumuliert hätten. Hirte bezeichnete den weiteren Vorgang als Scheideweg: Gehen die parlamentarischen Beratungen alle offenen Fragen und Anmerkungen dieser Liste durch, somit wäre man dann final zeitlich wohl im Juni 2021 gelandet, oder konzentriert man sich nur auf die wesentlichsten strittigen Punkte – dazu gehörten der in den §§ 2, 3 StaRUG-RegE verankerte Shift und die Vertragsbeendigungsoption –, um ein Inkrafttreten zum 01.01.2021 zu ermöglichen. Für eine ausgeklügelte Modifikation der beiden Regelungen, um Kompromisse auszutarieren, habe auf den letzten Metern schlichtweg die Zeit gefehlt, erläuterte Hirte, sodass nur »ganz oder gar nicht« politisch zur Entscheidung gestanden habe. Dann brachte er das Dilemma seiner gespaltenen Doppelrolle ins Spiel, fachlich im Insolvenz- und Gesellschaftsrecht recht gut verhaftet zu sein, denn die BGH-Rechtsprechung zu § 64 GmbHG zu den Folgen der Insolvenzverschleppung habe er seit 1994 intensiv kommentierend begleitet, und als Politiker unter enormen Zeitdruck Mehrheiten finden zu müssen. Weiterhin betrachtet Hirte die §§ 2, 3 StaRUG-RegE als zu »sportlich«, denn mit diesen Regelungen ab 01.01.2021 hätte jeder Geschäftsleiter »in Anführung mit einem Bein im Gefängnis gestanden«, das Gesetz »wäre uns um die Ohren geflogen«. Er stehe zu seinem Standpunkt in Fachpublikationen, einen Shift zu benötigen, aber nicht in der im RegE gewählten Weise, weil somit eine »Haftung für alles« erfolgt wäre, die sich auch so nicht aus der Richtlinie ergebe. Als »vertane Chance« will Hirte die Streichung dieser Regelung aus dem RegE nicht verstanden wissen, denn es bestehe durchaus ein Shift, argumentierte er, der allerdings nicht »von null auf 100« wirkt. Hier verwies er auf den neuen § 15 b InsO, den er in puncto Geschäftsleiterhaftung als »langsamen Übergang« zur Haftung bei nächster Gelegenheit fachliterarisch kommentieren wolle. Bei Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung greife die Haftung als Ganzes, zeitlich zuvor aber nur Schritt für Schritt. Sein Argument: Die Pflichten des § 64 GmbHG-alt und § 15 b InsO-neu setzen eine kontinuierliche Beobachtung schon im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit voraus, denn ohne diese ständige Prüfung kann der Geschäftsleiter den Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung nicht sicher erkennen. Daher gebe es eine »gewis-

se« Vorverlagerung, aber nicht verbunden mit einer Haftung auf alles, so Hirte. Dann ging er auf die damit eng verbundene Liquiditätsplanung ein, bei deren Pflichtenkonkretisierung nachzulegen sei. Einen Standard zu formulieren, habe man aus Zeitgründen leider im Gesetzgebungsprozess nicht mehr leisten können, doch es gebe die Zusage der Bundesregierung – wohl umzusetzen mit Unterstützung der Wirtschaftsprüfer –, dies innerhalb eines Jahres nachzuholen.

Auf Nachfrage von RA Dr. Leo Plank (Kirkland & Ellis LLP), warum denn die Expertenbesetzung bei der Anhörung im Rechtsausschuss am 25.11.2020 so verwalterlastig ausgefallen sei und z. B. kein Restrukturierungsberater vertreten gewesen sei, erwiderte Hirte, dass jeweils die Fraktionen die Sachverständigen bestimmten, auf CDU/CSU drei der neun Plätze entfallen seien und man als Volkspartei eine gewisse Balance hinbekommen müsse (*Anmerkung des Autors: CDU/CSU benannten RA Prof. Dr. Lucas Flöther, RA Lutz Paschen und Prof. Dr. Christoph Thole, siehe dazu auch INDat Report 10\_2020, S. 14*). Man könne daher nicht von einer objektiven Zusammensetzung des Spektrums in diesen Anhörungen ausgehen, daher veranstalte seine Fraktion zusätzlich interne Anhörungen, der dann bis zu 30 Experten aller Gruppen angehörten. Die Frage von Kolja von Bismarck, ob denn einem Geschäftsleiter derzeit anzuraten sei, gegen den Gesellschafter ein StaRUG-Verfahren zu initiieren, beantwortete Hirte etwas ausweichend damit, dass ein »gewisses Streitpotenzial« bestehen bleibe, doch unabhängig vom StaRUG fehle es an einem europaweiten Verfahren zur Unternehmensbewertung. Im Übrigen bestehe die Unsicherheit für den Geschäftsleiter bereits in § 18 InsO. RA Dr. Matthias Hofmann (Pohlmann Hofmann) widersprach Hirte, dass im neuen § 15 b InsO ein Shift verankert sei, denn diese Regelung greife erst ab der materiellen Insolvenzreife. Der Richtliniengeber habe den Mitgliedstaaten aber aufgeben, einen Shift bei »likelihood of insolvency« zu schaffen, sodass es gelte, diese Lücke im Sinne der Richtlinie noch zu schließen. Eine Lücke erkenne er nicht, sagte Hirte, und unterstrich nochmals, dass es, um den Zeitpunkt der materielle Insolvenz erkennen zu können, ein ständiges »Hingucken« verlange, eine kontinuierliche Beobachtungspflicht. Natürlich hätte er sich gewünscht, führte er weiter aus, über alternative Gesetzesentwurfstexte nachdenken zu können – so wie das bei der erfolgten RSB-Reform über einen Zeitraum von einem halben Jahr geschehen sei –, dazu habe allerdings beim StaRUG aus besagten Gründen die Zeit gefehlt.

Auch RAin Dr. Alexandra Schluck-Amend (CMS Hasche Sigle) schlug in die gleiche »Kerbe«, wie sie es ausdrückte. Derzeit sei es sehr schwer, Geschäftsleiter in dieser Frage zu beraten. In einem konkreten Fall »auf ihrem Schreibtisch« liege drohende Zahlungsunfähigkeit, aber keine rechnerische Überschuldung vor; die Gesellschafter hätten keine zustimmenden Beschlüsse für ein StaRUG-Verfahren gefasst. Nun sei der Geschäftsleiter dazu »verdonnert«, den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit abzu-

warten – dies sei gewiss von der Richtlinie nicht so gewollt, das Ziel sei es vielmehr, Sanierungsmaßnahmen frühzeitig einzuleiten. Man habe mit dem StaRUG nicht das Restrukturierungsinstrument erhalten, das die Praxis erwartet habe, »es hakt«. Auch er habe sich beim StaRUG in einigen Punkten bessere Lösungen vorstellen können, es stimme, es »hakt«, antwortete Hirte aus der Sicht des Rechtsgelehrten, er hätte sich einfach mehr Zeit gewünscht, doch der Zeitlauf bis 01.01.2021 sei die politische Entscheidungslage gewesen; man bewege sich zudem in einem System, das Mehrheiten organisieren muss. Im Übrigen sei der Koalitionspartner SPD mit dem BMJV verhandelt, das mache Verhandlungen nicht einfacher.

## Abwanderung von Restrukturierungsfällen ist zu befürchten

Den zweiten Themenkomplex zur Vertragsbeendigungsoption z. B. von Miet- und Pachtverträgen (§§ 49–52 StaRUG-RegE) leitete Nils Kuhlwein von Rathenow (A.T. Kearney) ein, der die Streichung als sehr bedauerlich bezeichnete, denn somit seien viele Fälle weiterhin nur über das Insolvenzverfahren zu lösen. Im internationalen Vergleich mit Blick auf die Niederlande und England, die diese Option in ihren neuen Restrukturierungsverfahren bieten, müsse man Abwanderungen von Restrukturierungsfällen befürchten. Zudem komme es darauf an, Lasten auf alle Parteien gleichmäßig zu verteilen. Dies sei nicht selten Voraussetzung dafür, dass z. B. Banken weitere Kredite in der Krise gewährten. Würden die Parteien der Miet- und Pachtverträge nicht mitziehen (müssen), könnten weitere Finanzierungen bei vorinsolvenzlichen Lösungen erschwert werden. Die Überlegungen und die politischen Hintergründe für den Verzicht auf diese Option seien ähnlich denen des Shifts, erwiderte Hirte. Den Vergleich zu anderen Jurisdiktionen, den Prof. Dr. Stephan Madaus in der öffentlichen Anhörung mit dem Verweis auf einen Wettbewerbsnachteil betont hatte, und auch Alternativüberlegungen habe man zur Kenntnis genommen, doch für deren einvernehmliche Umsetzung hätte man mehr Zeit gebraucht, und er wiederholte abermals: »Das war Entscheidungslage Ende Dezember.« Zu den Hintergründen gab Hirte noch folgende Ergänzung: In den anderen, mitberatenden Bundestagsausschüssen, Wirtschafts-, Arbeits- und Finanzausschuss, hatte es Widerstand gegen das komplette StaRUG-Verfahren gegeben, man habe es dort als nicht förderungswürdig betrachtet. Ein Argument der Kritiker sei gewesen, dass am Ende weder etwas für Gesellschafter und für Gläubiger noch für Arbeitnehmer übrigbleibt, es habe einen großen politischen Unmut gegen jedwedes Verfahren geben, weil »ein riesiger Teil des Kuchens am Ende bei der Beratung landet«. Diesen Druck gegen die Reform habe man als Rechtspolitiker zu spüren bekommen, daher habe er als ebensolcher immer wieder für die Offenlegung und Transparenz der Kosten und den volks-

wirtschaftlichen Nutzen von Restrukturierungen und Insolvenzverfahren plädiert, um diesem Vorbehalt entgegenzuwirken. Aus dem digitalen Plenum kam der Einwand, dass sich bei den großen, grenzüberschreitenden Restrukturierungen Gläubiger nie über die Beraterkosten beschwert hätten. Hirte konterte, dass er eine politische Stimmungslage zusammengefasst habe, die nicht mit Rationalität und Argumenten gleichzusetzen sei. »Bei Stimmungslagen ist die Sachdiskussion zu Ende.« Das unterscheidet wiederum diese TMA-Diskussion von der letzten Endes aufgeregten StaRUG-Diskussion in der Politik im Dezember 2020. Bei den erwähnten Stakeholdern der großen, grenzüberschreitenden Restrukturierungen spielten Verfahrens- bzw. Beraterkosten keine Rolle, so Hirte, aber bei den KMUs, der politischen Zielgruppe einer Volkspartei, schon.

Zum dritten Themenblock gab RA Dr. Patrick Schulz (Sidley Austin) einen kurzen Impulsvortrag. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten u. a. in puncto rechtssichere Anerkennung gebe es eine Vielzahl offener Fragen, Auslandsbezüge seien mitnichten selten anzutreffen. Die Regelung zu öffentlichen Restrukturierungssachen und damit der automatischen Anerkennung im Ausland trete erst Mitte Juli 2022 in Kraft, daher helfe ein Blick auf die EuInsVO bis dahin nicht weiter. Im Übrigen gehe der Gesetzgeber wohl davon aus, dass jedes nicht öffentliche Verfahren mit Parteiöffentlichkeit automatisch dem Anwendungsbereich der EuInsVO unterliege, doch diese Annahme sei keineswegs als sicher einzustufen. Richtet sich die Anerkennung nicht nach der EuInsVO, so bleibe – unbefriedigend – nur das jeweilige autonome Recht als Bezugspunkt übrig. Sein Fazit: Das Verhältnis des StaRUG zu Restrukturierungsverfahren in anderen Jurisdiktionen und die Anerkennung seien mit vielen Rechtsunsicherheiten behaftet. Man sei intensiv im Gespräch, entgegnete Hirte, dass das StaRUG-Verfahren in Annex A der EuInsVO aufgenommen wird, die gegenseitige Anerkennung befinde sich im »Klärungsprozess«. Um die Komplexität der internationalen Bezüge auch im Hinblick auf das Vereinigte Königreich zu unterstreichen, verwies er auf die Anhörung im Ausschuss für die Angelegenheiten der EU im Bundestag (Hirte ist Vorsitzender dieses Unterausschusses) vom Vortrag (25.01.2021), die die Ergebnisse der Verhandlungen zwischen der EU und dem UK über die künftigen Beziehungen behandelte, denen das Trade and Cooperation Agreement – TCA zugrunde liegt. Dieses Abkommen, so formulierte es Hirte, verhalte sich wie ein »Wackelpudding an der Wand« – seine vorläufige Prognose: Unsicherheit auf Jahre. Der finale Vertragstext zum TCA muss bis 30.04.2021 gefunden sein. Auch äußerte sich Hirte, wie er das bereits auf seinem Twitter-Kanal getan hatte, zu den Übergangsregelungen die neu gefassten §§ 15 b InsO und 313 BGB betreffend. Nach seinem Verständnis gelte gem. ZPO das neue Recht auch für alte Sachverhalte, wie man auch ein neues Mietrecht für alte Mietverträge zur Anwendung bringt – wohl wissend, dass man sich seinerzeit im MoMiG beim Kapitalersatzrecht anders entschieden habe.

## StaRUG-Umfrage während des Online-TMA-Fachgesprächs

### Das StaRUG eignet sich vorwiegend ...

... für große, internationale Unternehmen	17%
... für große, nationale Unternehmen mit wenig Auslandsbezug	69%
... für den deutschen Mittelstand	11%
... für KMUs	1%
... für keine der angegebenen Optionen	3%

### Bei grenzüberschreitenden Bezügen, insbesondere aufgrund der Anwendbarkeit englischen Rechts auf Finanzierungsverträge, bietet das StaRUG ...

... eine optimale Handlungsalternative	6%
... nur sehr begrenzte Möglichkeiten	52%
... keine verlässliche Option	42%

### Die Haftungsrisiken aus dem StaRUG für die Geschäftsleitungen halte ich für ...

... jederzeit beherrschbar	20%
... nicht beherrschbar	80%

### Die Geschäftsleiter sollten gegenüber den Gesellschaftereinflüssen bei Einleitung von Maßnahmen nach dem StaRUG besser geschützt sein ...

... Ja	74%
... Nein	15%
... weiß nicht	12%

### Die Vertragsbeendigung ist eine Option, die in der präventiven Restrukturierung ...

... dringend benötigt wird	48%
... gut, aber nicht notwendig ist	30%
... nicht erforderlich ist und dem Insolvenzverfahren vorbehalten bleiben muss	22%

### Ich habe konkrete Kenntnis von einem Verfahren nach dem StaRUG bzw. dessen Vorbereitung ...

... Ja	16%
... Nein	84%

Während der anderthalbstündigen Veranstaltung richtete die TMA eine Befragung zum StaRUG mit vorgegebenen Antworten an das Fachplenum, deren Umfragewerte Christian Heintze zum Abschluss bekannt gab (siehe sechs Fragen im Infokasten). Co-Moderator Kolja von Bismarck bedankte sich bei Heribert Hirte für seine interessanten Äußerungen, die er in dieser Form von ihm noch nicht vernommen habe. Nicht entgangen seien der TMA und ihm der (in)direkte Hinweis, auf den Bundestag dahingehend einzuwirken, Mehrheiten für den aufgezeigten Reparaturbedarf beim StaRUG zu organisieren. ◀