

# Chance auf Rettung – Neuanfang zwischen Insolvenz- und Sanierungsrecht

Dr. Johannes Richter, Bonn\*

*Seit Jahrzehnten scheint das Insolvenzrecht in einer stetigen Entwicklung zu sein, weg vom verhängnisvoll und unbarmherzig wirkenden Gesamtvollstreckungsrecht, hin zum – deutlich attraktiver klingenden – Sanierungsrecht; weg von der Zerschlagung von Unternehmen und der Zerstörung von Arbeitsplätzen, hin zur Rettung aus der Krise. Insbesondere vor dem Hintergrund der jüngsten Reform des Insolvenz- und Sanierungsrechts stellt sich die Frage, ob diese Vorstellung gerechtfertigt ist und inwiefern sich eine „Kultur der zweiten Chance“ tatsächlich allgemein durchsetzt und durchsetzen sollte.*

## A. Einleitung

Die Frage, inwieweit das deutsche (Insolvenz-)Recht eine echte Chance zum Neuanfang bieten kann, wird derzeit aus zwei prominenten Gründen auf die Tagesordnung gerückt: Zum einen hat der deutsche Gesetzgeber in diesem Bereich eine europäische Richtlinie umgesetzt und im Dezember 2020 das „Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen“, das StaRUG, verabschiedet. Zum anderen bieten die Coronapandemie und ihre wirtschaftlichen Folgen einen zweiten Anlass, sich mit dem Verhältnis von Insolvenz- und Sanierungsrecht zu befassen. Gerade die dramatischen Folgen der Pandemie machen deutlich, dass der wirtschaftliche Ruin nicht immer, vielleicht sogar nur selten, (allein) auf das persönliche Versagen des Schuldners zurückzuführen ist. Häufig sind es äußere, vom Schuldner nicht zu beeinflussende Faktoren, die zu dessen finanzieller Krise und letztlich zur Insolvenz führen. Wer aber wollte es bspw. dem Reisebüroinhaber oder der Diskothekenbetreiberin verübeln, dass sie nach einem Jahr des „Lockdowns“ und des faktischen Reisestopps Probleme haben, die Miete zu begleichen. Den Schuldnern in derartigen Fällen eine zweite Chance zu gewähren, scheint naheliegend und geradezu geboten.<sup>1</sup> Eine „Kultur der zweiten Chance“ könnte diese Schuldner vor einer Stigmatisierung und dem Makel der Insolvenz schützen (B.).

Doch auch wenn die Entwicklung vom Insolvenz- zum Sanierungsrecht vor diesem Hintergrund überzeugend und geradezu verlockend erscheint, wurde vielfach nicht zu Unrecht vor einer übertriebenen Sanierungseuphorie gewarnt.<sup>2</sup> Die Rettung von Unternehmen ist kein primäres Ziel des Insolvenzverfahrens, sondern lediglich einer von verschiedenen Wegen zur Gläubigerbefriedigung. Einen fundamental anderen Ansatz zur „zweiten Chance“ wählt die Insolvenzordnung, wenn es um die Insolvenz natürlicher Personen geht. In beiden Bereichen hat die jüngste Rechtsreform entscheidende Weichen neu gestellt (C.). Mit dem StaRUG richtet sich das Interesse schließlich auf den Neuanfang *vor* der Insolvenz: Das neue Gesetz zielt, wie die zugrundeliegende Richtlinie, auf die Phase vor Eintritt der materiellen Insolvenz, also auf den *turn-around* zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens (D.).

## B. Mitleid statt Makel – Sanierung statt Stigmatisierung

Ausgangspunkt der Überlegungen ist zunächst der „Makel des Konkurses“ bzw. das „Insolvenzstigma“. Bei einem Blick auf die historischen Vorläufer des modernen Insolvenzverfahrens zeigt sich an vielen Ecken der „Schrecken“ der Insolvenz. So verband sich mit dem Vollstreckungsverfahren des römischen Rechts nicht nur die Verwertung des Schuldnervermögens, es drohte auch der Zugriff auf die Person des Schuldners; konnte dieser seine Schulden nicht begleichen, sah das Recht die Möglichkeit eines körperlichen Racheakts vor,<sup>3</sup> aber auch den Verkauf des Schuldners in die Sklaverei.<sup>4</sup> Das späte römische Recht war hiervon zwar abgerückt, kannte aber neben der Vermögensverwertung eine persönliche Folge für den Schuldner: Mit der sog. „Infamie“ starb der Schuldner den „bürgerlichen Tod“<sup>5</sup>, er wurde gesellschaftlich wie ein Krimineller

\* Der Autor ist Habilitand am Lehrstuhl von Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M. (McGill), Institut für deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht der Universität Bonn.

<sup>1</sup> So *Fechner* i. R. d. jüngsten Rechtsreform: „Jeder Bürger hat eine zweite Chance verdient.“, BT-Plenarprotokoll 19/202, 25376 (C).

<sup>2</sup> *Brinkmann*, ZIP 2014, 197 (199 f.); *Thole*, JZ 2011, 765 (771 f.); im früheren Reformprozess bspw. *Meyer-Cording*, NJW 1981, 1242; *Stürner*, ZIP 1982, 761.

<sup>3</sup> Ob die in den Zwölf Tafelgesetzen beschriebene Tötung und Zerstückelung des Schuldners tatsächlich umgesetzt wurde, ist unklar, s. hierzu *Uhlenbruck*, DZWIR, 2007, 1 (2); *Vallender*, NZI 2010, 838 (839); *Zipperer*, NJW 2016, 750.

<sup>4</sup> *Uhlenbruck*, (Fn. 3), 2.

<sup>5</sup> *Paulus*, KTS 2000, 239 (240).

geächtet und verlor neben Ansehen und Ehre bspw. auch die Möglichkeit, (Staats-)Ämter wahrzunehmen.<sup>6</sup>

Die Ächtung des Schuldners, dessen wirtschaftliches Versagen als Schande angesehen wurde, findet sich in praktisch allen folgenden Jahrhunderten und Rechtsordnungen.<sup>7</sup> Die prominente literarische Aufarbeitung des „Bankrotts“ und der hiermit verbundenen gesellschaftlichen Ächtung, die Thomas Mann in den Buddenbrooks vornimmt, bringt das Stigma der Insolvenz auf den Punkt: „Bankerott“ ... das war etwas Gräßlicheres als der Tod, das war Tumult, Zusammenbruch, Ruin, Schmach, Schande und Verzweiflung und Elend.“<sup>8</sup>

Von diesem Makel, der dem Schuldner persönlich anhaftet, müssen solche negativen Konnotationen unterschieden werden, die sich auf das Insolvenzverfahren beziehen. Ausdruck dieser Stigmatisierung ist die weitverbreitete Auffassung, das Insolvenzverfahren um jeden Preis umgehen zu müssen. Nach dieser Vorstellung gilt es nicht nur, den Eintritt der materiellen Insolvenz, also die Zahlungsunfähigkeit bzw. die Überschuldung zu vermeiden. Vielmehr müsse auch – falls ein solcher Insolvenzgrund akut droht oder gar vorliegt – unbedingt das Insolvenzverfahren verhindert werden: Mit der Insolvenzeröffnung droht dem Schuldner der Verlust der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über sein eigenes Vermögen und dessen vollständige Verwertung. Die Angst vor den drohenden Konsequenzen führt dazu, dass der Weg in das Insolvenzverfahren nicht frühzeitig gesucht wird, zu einem Zeitpunkt an dem noch eine Restliquidität, also Geld in der Unternehmenskasse, vorhanden ist. In der Praxis wird vielmehr oft „weitergewirtschaftet bis zum letzten Cent“<sup>9</sup>. Schon mit der Einführung der InsO, vor allem aber auch in späteren Reformen, war der Gesetzgeber bestrebt, gegen diese Situation vorzugehen und der Insolvenz ihren Schrecken zu nehmen. Gefordert wurde eine neue Insolvtenzkultur, die dem Insolvenzverfahren ihr Stigma nimmt und dazu führen sollte, dass Insolvenzanträge früher gestellt und auf diesem Wege Sanierungschancen genutzt würden. Anders als bisher sollte der Insolvenzverwalter auch in der Öffentlichkeit nicht mehr als „Bestatter“, sondern als „Lebensretter“ wahrgenommen werden.<sup>10</sup>

Bevor die beiden einschlägigen Gesetze – die InsO und das StaRUG – konkret danach abgeklöpft werden, welche „Rettungswerkzeuge“ diese jeweils bereithalten, bleibt zunächst festzuhalten, dass die Frage nach der „zweiten Chance“ auf zwei Ebenen gestellt und beantwortet werden muss: Zum einen geht es um die Frage, inwiefern ein Schuldner vom persönlichen „Makel“ der Insolvenz befreit wird und unter welchen Umständen ihm die Gelegen-

heit zum echten Neuanfang gegeben wird. Hiervon gelöst stellt sich zum anderen die Frage, ob auch das Insolvenzverfahren selbst seinen schlechten Ruf ablegen und sein Stigma verlieren kann.

### C. Die InsO – Aufbruch in eine neue Sanierungskultur

Mit der Schaffung der InsO sollte ein modernes Vollstreckungsrecht geschaffen werden, das dem Sanierungsgedanken einen deutlich größeren Stellenwert einräumen sollte, als dies die zuvor geltende Konkursordnung getan hatte. Schon § 1 InsO greift unter der Überschrift des Verfahrensziels den „Erhalt des Unternehmens“ auf; die Möglichkeit, das schuldnerische Unternehmen zu sanieren, sollte gleichrangig neben den Weg der Unternehmenszerlegung gestellt werden.<sup>11</sup> Noch deutlicher wurde der Gesetzgeber, als er in einer großen Insolvenzrechtsreform explizit ein „Gesetz zur [...] Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“, das ESUG, erließ. Kerngedanke dieser Reform war das Anliegen, dem Schuldner im Insolvenzverfahren besondere Sicherheiten und Freiheiten anzubieten und die (möglichst frühe) Verfahrenseinleitung dadurch attraktiv zu machen.

### I. Die zweite Chance als Mittel zum Zweck

Auch wenn das Ziel der Sanierung von Unternehmen in den letzten Jahrzehnten immer klarer in den gesetzlichen Fokus gerückt wurde, ist es richtigerweise nie zum primären und eigenständigen Verfahrensziel gemacht worden: Eine Unternehmenssanierung in der Insolvenz dient letztlich einzig der Befriedigung der Gläubiger. Wenn diese sich von der Rettung des Unternehmens mehr Ertrag versprechen als von der Zerschlagung und Liquidation, kann der Sanierungsweg beschritten werden. Anderenfalls gibt es für das Unternehmen keine zweite Chance.

Das konkrete, einzelne Insolvenzverfahren dient primär der gleichmäßigen Befriedigung der betroffenen Gläubiger, sodass eine Unternehmensrettung stets lediglich *Mittel zum Zweck* ist. Spiegelbildlich lässt sich festhalten, dass auch das Insolvenzrecht allgemein nicht primär der Sanierung von Unternehmen oder dem Erhalt von Arbeitsplätzen dienen soll und kann. Innerhalb des marktwirtschaftlichen Systems bietet das Insolvenzrecht einen „neutralen Rechtsrahmen“<sup>12</sup>, es hat nur koordinierende Funktion, sodass insbes. Sanierungen „gegen den Markt“ durch Subventionen oder ähnliche Sondervorteile ausscheiden müs-

<sup>6</sup> Thole, (Fn. 2), 766 f.; s. auch Paulus, (Fn. 5), 240 f.

<sup>7</sup> Vgl. die Beispiele bei Thole, (Fn. 2), 767 f.

<sup>8</sup> Thomas Mann, Buddenbrooks (1909), 145; s. hierzu Zipperer, (Fn. 3), 752 f.

<sup>9</sup> Frind, ZInsO 2016, 2337.

<sup>10</sup> So Leutheusser-Schnarrenberger, s. BB 17/2010, „Die erste Seite“; s. hierzu Vallender, (Fn. 3); Thole, (Fn. 2): „vom Totengräber zum Heilsbringer“.

<sup>11</sup> RegE InsO, BT-Drs. 12/2443, 77 f.

<sup>12</sup> RegE InsO, (Fn. 11), 78. Auch bei Schaffung des ESUG hielt man fest, dass Sanierung in der „marktwirtschaftlichen Ordnung kein Selbstzweck“ sei, RegE ESUG, BT-Drs. 17/5712, 17.

sen.<sup>13</sup> Auch in der aktuellen Insolvenzrechtsreform hat der Gesetzgeber ausdrücklich an der marktkonformen Ausrichtung festgehalten: „Die Sanierung bleibt ein Instrument zur Verwirklichung der auf die Befriedigung der Gläubiger gerichteten Ziele des Insolvenzrechts.“<sup>14</sup> Ein Ansatz, nach dem Unternehmen generell eine „zweite Chance“ erhalten, wird richtigerweise abgelehnt – auch das Ausscheiden von nicht wettbewerbsfähigen Unternehmen aus dem Markt ist notwendiger Bestandteil des Wirtschaftssystems.<sup>15</sup>

## II. Übertragung statt zweiter Chance

Die Frage danach, wie das Ziel der Gläubigerbefriedigung bestmöglich erreicht werden kann, muss für jeden konkreten Einzelfall gesondert beantwortet werden – und zwar durch die unmittelbar Betroffenen, die Gläubiger.<sup>16</sup> So wird es nicht selten Fälle geben, in denen sich mit der Zerschlagung eines Unternehmens und der separaten Verwertung aller „Einzelteile“ – der *Assets* – die beste Quote für die Gläubiger erreichen lässt. Besteht aber ein noch laufender Betrieb beim Insolvenzschuldner, so kann es für die Gläubiger ertragreicher sein, für die Betriebsfortführung zu sorgen und diese mitzufinanzieren. So wird die Chance erhalten, den Betrieb (im Ganzen oder in Teilen) als „lebende Einheit“ zu verwerten. Da nicht selten das zusammenhängende, funktionierende Unternehmen mehr wert ist als die Summe seiner Einzelteile, rückt die sog. „übertragende Sanierung“ als Alternative zur Zerschlagung in den Fokus. Gerettet und saniert wird hierbei aber nicht der Schuldner, also der insolvente Rechtsträger, vielmehr wird ein Bündel von *Assets* verkauft und übertragen und die Gläubiger aus dem Kaufpreis befriedigt.<sup>17</sup> Auch auf diesem Weg verliert der Schuldner also sein Vermögen und sein Unternehmen; handelt es sich bei diesem um eine juristische Person, so wird diese mit der Übertragung zur leeren Hülle und letztlich abgewickelt. Die Befriedigung der Gläubiger mittels der Unternehmensübertragung verhindert (zumindest aus Schuldnersicht)<sup>18</sup> also die echte „zweite Chance“.

<sup>13</sup> S. Korch, ZHR 182 (2018), 440 (446 f., 450); Stöhr, JZ 2020, 1036 (1038 ff.). Auch die subventionierenden Effekte des (vorfinanzierten) Insolvenzgelds stellen sich vor diesem Hintergrund als systemwidriger Sondervorteil dar, s. hierzu Richter, Verschleppte Eröffnung, 2018, 149 ff. sowie ders., NJW 2018, 982.

<sup>14</sup> RegE SanInsFoG, BT-Drs. 19/24181, 82 f. Die Marktkonformität wird an dieser Stelle explizit auch für das neue StaRUG in Anspruch genommen.

<sup>15</sup> Eine solche Marktberreinigung sei Grundvoraussetzung „für unternehmerische Innovationen, für die erfolgreiche Bewältigung allfälligen Strukturwandels und [...] die Zukunftsfähigkeit des Wirtschaftsganzen“, RegE SanInsFoG, (Fn. 14), 83.

<sup>16</sup> RegE InsO, (Fn. 11), 76, 78.

<sup>17</sup> S. hierzu bspw. Zipperer, NZI 2008, 206.

<sup>18</sup> Wird der Betrieb vom Erwerber fortgeführt, ergibt sich hieraus für „den Betrieb“ und ggf. auch für die Arbeitnehmer eine neue Chance; zur Anwendbarkeit von § 613a BGB und allgemein zum *Asset-Deal* in der Insolvenz Hoffmann/Danylak, NZI 2020, 705.

## III. Die Möglichkeit der „echten“ Sanierung

Während die „übertragende Sanierung“ ihrem Namen wohl nicht vollumfänglich gerecht werden kann, bietet das Insolvenzverfahren auch den Weg einer „echten“ (bei juristischen Personen: rechtsträgererhaltenden) Sanierung. Im Optimalfall können sich der Schuldner und die Gläubiger darüber einigen, wie sie den schuldnerischen Betrieb aus der Krise führen und sanieren können. In einem solchen Szenario werden die Vermögensgegenstände des Unternehmens nicht veräußert, sondern verbleiben beim bisherigen Schuldner, die Gläubiger werden aus den künftigen Unternehmensgewinnen befriedigt. Besonders vorteilhaft kann eine solche Sanierung sein, wenn bestimmte Berechtigungen an den Rechtsträger selbst gebunden sind, sodass diese nicht im Wege der Übertragung „zu Geld“ gemacht werden könnten.<sup>19</sup> Wenn und weil sich die (Mehrheit der) Gläubiger von einer solchen „Rettung“ des Schuldners mehr verspricht als von anderen Verwertungsarten, gewähren *diese* ihm eine zweite Chance.

### 1. Sanierung über den Insolvenzplan

Der typische Weg, den die InsO für eine solche Sanierung vorsieht, ist der Insolvenzplan, der für den „Restrukturierungsplan“ des neuen StaRUG (s. noch D. I.) erkennbar Pate gestanden hat.<sup>20</sup> Mit diesem kann, abweichend von den sonst geltenden gesetzlichen Verwertungsbestimmungen, bspw. vorgesehen werden, dass die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten oder diese stunden, dass besondere Kredite bereitgestellt werden, sogar dass durch einen sog. *debt-equity-swap* Ansprüche der Gläubiger in Unternehmensanteile umgewandelt werden. Damit die Sanierungsoption nicht bloße Theorie bleibt, setzt die Verabschiedung eines solchen Plans nicht voraus, dass *alle* betroffenen Gläubiger zustimmen. Vielmehr stimmen die Gläubiger in bestimmten Gruppen über den Plan ab; eine Annahme setzt grds. voraus, dass alle Gruppen zustimmen; innerhalb der Gruppen bedarf es aber nur einer Zustimmung der Stimmen- und der Forderungsmehrheit. Schließlich besteht sogar unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, den Plan gegen das Veto einer Gruppe durchzusetzen. So lässt sich verhindern, dass einzelne Gruppen (und hier ggf. einzelne Gläubiger) die Sanierung verhindern, obwohl sie selbst durch den Insolvenzplan nicht schlechter gestellt werden, als sie bei einer anderen Verwertungsart stünden.

<sup>19</sup> Brinkmann, Eigentum an Gesellschaftsbeteiligungen, in: ders./Shirvani (Hrsg.), Privatrecht und Eigentumsgrundrecht, 2016, S. 155 (157 ff.).

<sup>20</sup> Die deutschen Regelungen zum Insolvenzplan haben schon die dem StaRUG zugrundeliegende europäische Richtlinie geprägt, vgl. Thole, ZIP 2017, 101 (107).

## 2. Sanierung in Eigenverwaltung

Die dargestellte Möglichkeit, den Schuldner über einen Insolvenzplan zu sanieren und die Gläubiger aus den Gewinnen zu befriedigen, sah die InsO bereits bei ihrem Inkrafttreten vor. Mit der Reform des Insolvenzrechts durch das ESUG sollte der Sanierungsoption zu ihrem praktischen Durchbruch verholfen werden, wobei insbes. der Sanierungszeitpunkt im Fokus stand: Eine Unternehmensrettung kann praktisch nur gelingen, wenn Sanierungsmaßnahmen frühzeitig ergriffen werden, setzt also voraus, dass das Verfahren bereits zu einem Zeitpunkt eingeleitet wird, in dem die Zahlungsunfähigkeit schon am Horizont zu erkennen, aber noch nicht eingetreten ist. Aus diesem Grund wurden neue Anreize geschaffen, die den Schuldner zur rechtzeitigen Verfahrenseinleitung bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit motivieren sollten.<sup>21</sup> Ein wesentliches Element war hierbei die *Ausweitung der Eigenverwaltung*: Unter bestimmten Voraussetzungen wird dem Schuldner die Möglichkeit gegeben, das vorläufige (oder auch das eröffnete) Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung durchzuführen. In diesen Fällen (besonders prominent im sog. „Schutzschirmverfahren“) wird ihm gewissermaßen zugesagt, dass er mit der Stellung des Insolvenzantrags noch nicht seine Kontrolle und seine Befugnisse verliert, sondern weiterhin „Herr im Haus“<sup>22</sup> bleibt. Das Insolvenzverfahren sollte auch für den Schuldner an Attraktivität gewinnen und so entstigmatisiert werden: Es sollte nicht mehr (nur) für Zerschlagung und Liquidation, sondern (zumindest auch) für frühe Sanierungsbemühungen, erhaltene Arbeitsplätze und erfolgreiche Betriebsfortführungen stehen.

## 3. Neuerungen in der jüngsten Insolvenzrechtsreform

Die Hoffnung, die in die Eigenverwaltung und das Schutzschirmverfahren gesetzt worden waren, haben sich wohl eher nicht erfüllt, insbes. lässt sich keine frühzeitigere Antragstellung feststellen.<sup>23</sup> Die Erkenntnis, dass sehr viele „ungeeignete Verfahren“ mit einer vorläufigen *Eigenverwaltung* beginnen, letztlich aber nicht zu echten Sanierungen führen,<sup>24</sup> hat den Gesetzgeber nun dazu bewogen, die gesetzlichen Voraussetzungen enger zu fassen: Wesentliche Bedingung ist nun eine spezielle Eigenverwaltungsplanung des Schuldners, aus der sich bspw. ergibt, wie er die Insolvenz und das Verfahren bewältigen will und dass die Unternehmensfortführung in den nächsten sechs Monaten durchfinanziert ist.<sup>25</sup> M. a. W. ist der Vertrauensvorschuss, der in der Anordnung der Eigenverwaltung liegt

„insbesondere dann gerechtfertigt, wenn der Schuldner das Eigenverwaltungsverfahren rechtzeitig und gewissenhaft vorbereitet, bevor er unter den von einer akuten Zahlungsunfähigkeit ausgehenden Handlungsdruck gerät.“<sup>26</sup> Gleichzeitig muss der Schuldner nunmehr aber auch auf einige finanzielle Sondervorteile, die bisher für die vorläufige Eigenverwaltung bestanden, verzichten: Insbesondere kann er die Masse nicht mehr bewusst auf Kosten des Fiskus anreichern.<sup>27</sup> Auch der Rückgriff auf die Insolvenzgeldkasse als „Finanzierungsquelle“ i. S. d. § 270a Abs. 1 Nr. 1 InsO n.F. erscheint zumindest systemwidrig.<sup>28</sup>

Der neue gesetzliche Ansatz ist aus vielen Gründen zu begrüßen, nicht zuletzt, weil die Sanierungsoption noch klarer auf echte, nachhaltige Sanierungen konzentriert wird. Das erhoffte positive Bild der Eigenverwaltung war zuvor ins Wanken geraten,<sup>29</sup> das Stigma der Insolvenz wurde durch das ESUG nur leicht abgeschwächt.<sup>30</sup> Nach dem neuen Konzept wird die Eigenverwaltung einem engeren Kreis vorbehalten sein, nämlich für solche Verfahren, die *realistische* Sanierungschancen mitbringen.<sup>31</sup>

Mit dem Insolvenzverfahren kann sich für kriselnde Unternehmen also durchaus eine „zweite Chance“ verbinden; eine realistische Aussicht auf Sanierung besteht aber nur bei solchen Schuldnern, die sich frühzeitig und bewusst dafür entscheiden, das Instrumentarium der InsO für sich zu nutzen – praktisch also nur in absoluten Ausnahmefällen.

## IV. Neustart trotz Insolvenz

Die InsO bietet neben der dargestellten Sanierungsoption für Unternehmen noch eine gänzlich andere Art der „zweiten Chance“: Nach heutiger Vorstellung darf die Insolvenz einer natürlichen Person weder den „wirtschaftlichen Tod“ bedeuten, noch zu einem unauslöschlichen Makel führen, der dem Schuldner zeitlebens anhaftet. Neben dem Insolvenzverfahren sieht die InsO deshalb ein Verfahren zur *Restschuldbefreiung* (RSB) vor. Durch die Verwertung des schuldnerischen Vermögens im Insolvenzverfahren lässt sich die (ggf. immense) Schuldenlast einer natürlichen

<sup>26</sup> RegE SanInsFoG, (Fn. 14), 2.

<sup>27</sup> S. zu der Neufassung von § 55 Abs. 4 InsO den Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 19/25353, 13.

<sup>28</sup> Eine Finanzierungsplanung, die ausdrücklich vorsieht, im Eröffnungsverfahren die Arbeitnehmeransprüche ausfallen zu lassen, widerspricht dem allgemeinen Ansatz, das Eigenverwaltungsverfahren grds. nur für „durchfinanzierte“ Verfahren vorzusehen; deutlich wird dies auch vor dem Hintergrund des neuen § 270b Abs. 2 Nr. 1 InsO. Gleichwohl wurde die nicht unproblematische Insolvenzgeldvorfinanzierung gesetzgeberisch erneut nicht angegangen, vgl. nur den neuen § 274 Abs. 2 S. 1 InsO.

<sup>29</sup> *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole*, (Fn. 23), 97.

<sup>30</sup> *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole*, (Fn. 23), 11, 78 f.; etwas anders jedoch mit Blick auf „strategische Insolvenzen“ auf S. 217.

<sup>31</sup> Allgemein darf der Fokus nicht (mehr) darauf liegen, zu späte Verfahren zu unterstützen und dort das „Strohfeuer der kurzzeitigen Betriebsfortführungen“ zu nähren; vielmehr gilt es, frühzeitige, vorbereitete Reaktion auf die Krise zu fördern und zu unterstützen, s. hierzu *Richter*, Verschleppte Eröffnung, 2018, 283.

<sup>21</sup> S. bspw. RegE ESUG, (Fn. 12), 19, 40.

<sup>22</sup> *Brinkmann/Zipperer*, ZIP 2011, 1337, (1342).

<sup>23</sup> S. die umfassende Auswertung von *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole*, ESUG-Evaluierung, BT-Drs. 19/4880, 12 f., 16 f., 337.

<sup>24</sup> Vgl. *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole*, (Fn. 23), 16 f., 91, 337 f.

<sup>25</sup> RegE SanInsFoG, (Fn. 14), 203 ff.

Person häufig kaum verringern. Oft ist absehbar, dass der Schuldner die Gläubiger auch in Zukunft nicht durch seine Einkünfte befriedigen können. Der redliche Schuldner kann deshalb mit der Insolvenzeröffnung gleichzeitig auch die RSB beantragen. Nach einer mehrjährigen „Wohlverhaltensperiode“ wird er – wenn keine Versagungsgründe vorliegen – von seinen restlichen Schulden befreit (s. §§ 286 ff. InsO).

## 1. Chancen und Risiken der Restschuldbefreiung

Hinter der Restschuldbefreiung stehen mehrere Ziele und Gedanken. Zum einen schafft die Aussicht auf den *fresh start* einen Anreiz für den Schuldner, tatsächlich über mehrere Jahre hinweg Geld „für seine Gläubiger“ zu verdienen. Ein typischer Schuldner würde seine Arbeitskraft und Energie nur selten in die Befriedigung der Gläubiger stecken, wenn er nicht die Hoffnung hat, in absehbarer Zeit auch wieder persönlich hiervon profitieren zu können. Weder die konkret betroffenen Gläubiger noch die gesamte Volkswirtschaft haben ein Interesse daran, den Schuldner in die Schattenwirtschaft und in die Schwarzarbeit zu drängen.<sup>32</sup> Daneben lässt sich die RSB aber auch vor dem Hintergrund der schuldnerischen Menschenwürde rechtfertigen: Eine lebenslange (Nach-)Haftung, die dem Schuldner dauerhaft den Erwerb eigenen Vermögens unmöglich macht, lässt sich mit dem Menschenbild des Grundgesetzes kaum vereinbaren.<sup>33</sup>

Dass mit dem schuldnerischen *fresh start* auch immense Nachteile und Risiken verbunden sind, wird insbes. deutlich, wenn man die Gläubigerperspektive einnimmt. Durch die RSB wird den Gläubigern ein Teil ihres Vermögens entzogen, die Erfüllung ihrer Ansprüche lässt sich nicht mehr erzwingen. Auf gesamtgesellschaftlicher Ebene wird vor der Gefahr gewarnt, ein zu laxer Umgang mit der RSB könnte zu einer unverhältnismäßigen Einschränkung der persönlichen Verantwortung führen: Wer weiß, dass er sich vergleichsweise einfach aller Schulden entledigen kann, geht ggf. – zulasten anderer – zu hohe Risiken ein. Die RSB steht deshalb unter bestimmten Voraussetzungen: Sie kommt zunächst nur dem „redlichen“ Schuldner zugute (§ 1 S. 2 InsO), wird also aus bestimmten Gründen versagt (§ 290 Abs. 1 InsO), bspw. wenn Insolvenzstraftaten begangen wurden.<sup>34</sup> Voraussetzung ist weiterhin der Ablauf der sog. „Wohlverhaltensperiode“, in der der Schuldner über mehrere Jahre hinweg eine angemessene Erwerbstätigkeit ausüben und sein pfändbares Einkommen an seine Gläubiger abtreten muss.<sup>35</sup> Erst nachdem er mehrere Jahre mit dem Minimum des Pfändungsfreibetrags gelebt hat, kommt er in den Genuss der Schuldbefreiung. Eine wiederholte RSB ist zwar möglich, wird jedoch schwieriger:

Erstens ist ein entsprechender Antrag erst nach dem Ablauf einer mehrjährigen Sperrfrist möglich und zweitens gilt – seit neustem – eine verlängerte Wohlverhaltensperiode.

## 2. Reform der Restschuldbefreiung

Vor dem Hintergrund einer europäischen Richtlinie wurde 2020 das Recht der RSB erheblich verändert: Die Dauer der Wohlverhaltensperiode (bzw. die „Abtretungsfrist“) wurde von zuvor sechs auf nunmehr nur drei Jahre reduziert. Von dieser Verkürzung kann grds. jede natürliche Person profitieren und nicht nur, wie europarechtlich vorgegeben, ein unternehmerisch tätiger Schuldner. Um die mit der RSB einhergehenden Risiken zu begrenzen und um „Fehlanreize für eine leichtfertige Verschuldung“<sup>36</sup> zu verhindern, hat der Gesetzgeber die Vorgaben für einen wiederholten Antrag auf RSB verschärft: Für diesen besteht zunächst eine Sperrfrist von nunmehr elf statt zehn Jahren; zudem beträgt die Wohlverhaltens- bzw. Abtretungsfrist in diesem Fall nicht nur drei, sondern fünf Jahre. Kurz gefasst: Natürliche Personen erhalten bereits nach drei Jahren eine echte *zweite Chance* zum wirtschaftlichen Neustart; eine dritte (oder weitere) Chance wird jedoch erst nach 16 Jahren zugestanden.

## D. Das StaRUG – Sanierung statt Insolvenz

Angestoßen von der europäischen Restrukturierungsrichtlinie<sup>37</sup> hat der Gesetzgeber im StaRUG ganz neue Mechanismen vorgesehen, um eine vorinsolvenzliche, besser noch: *eine insolvenzabwendende Sanierung von Unternehmen* zu fördern.

Der naheliegendste Ansatz zur Restrukturierung eines kriselnden Unternehmens ist regelmäßig die „freie Sanierung“. Hierbei verhandeln Schuldner und Gläubiger privatautonom darüber, ob und wie durch gemeinsame Anstrengungen und (finanzielle) Beiträge verhindert werden kann, dass der Schuldner insolvent und die Gläubigerforderungen wertlos werden. Eine solche „einvernehmliche“ Restrukturierung droht insbes. dann zu scheitern, wenn einzelne Gläubiger opponieren, also nicht „mitziehen“ wollen. Das StaRUG bietet u. a. für derartige Situationen besondere Werkzeuge, um gleichwohl die Sanierung möglich zu machen.

## I. Die Werkzeuge des StaRUG

Das wesentliche Element des StaRUG ist der sog. *Restrukturierungsplan*, der die Sanierungsmaßnahmen, also neue Finanzierungen, die Kürzung oder Stundung bestimmter Forderungen etc. regelt; sowohl Gläubiger- als auch Gesellschafterrechte können so gestaltet werden. Nachdem

<sup>32</sup> RegE InsO, (Fn. 11), 81 f.

<sup>33</sup> Vgl. auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 26.02.

<sup>34</sup> S. hierzu *Bork*, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2014, § 33 Rn. 448 f.

<sup>35</sup> *Bork*, (Fn. 34), 450 f.

<sup>36</sup> RegE RSBVerfahrensverkürzungsG, BT-Drs. 19/21981, 19.

<sup>37</sup> Richtlinie (EU) 2019/1023.

der Schuldner seinen Gläubigern (bzw. einem sachgerecht von ihm ausgewählten Kreis bestimmter Gläubiger) den Plan vorgelegt hat, stimmen die Planbetroffenen über dessen Annahme ab. Die Abstimmung findet in Gruppen statt, wobei grds. in jeder Gruppe eine (Forderungs-)Mehrheit von mind. 75 % zustimmen muss. Stimmt eine Gruppe nicht mit der erforderlichen Mehrheit zu, kann die Zustimmung – ähnlich zum Insolvenzplanverfahren (s. o.) – unter bestimmten Voraussetzungen fingiert werden. Mit der gerichtlichen Bestätigung des so beschlossenen Plans wird dessen Inhalt gegenüber allen Planbetroffenen wirksam. Die Restrukturierung kann über dieses Verfahren auch gegen den Willen von „destruktiven Akkordstörern“ durchgesetzt werden, sodass im Erfolgsfall eine Insolvenz abgewandt, Unternehmen und Arbeitsplätze erhalten bleiben und die Gläubiger besser (zumindest aber nicht schlechter) als im Insolvenzverfahren stehen. Anders gewandt heißt dies aber auch, dass es schon vor bzw. außerhalb einer Insolvenz möglich ist, in das „Forderungseigentum“ von Gläubigern gegen deren Willen einzugreifen und deren Beitrag an der Sanierung des Schuldners zu erzwingen. Damit das Planungsverfahren nicht bereits zu Beginn torpediert werden kann, sieht das StaRUG Absicherungsmechanismen vor. Der Schuldner kann eine gerichtliche *Stabilisierungsanordnung* beantragen und so für mehrere Monate Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verhindern und eine Verwertungssperre für von ihm gestellte Sicherheiten erwirken (§§ 49 ff. StaRUG). Zudem wird das laufende Restrukturierungsverfahren davor geschützt, durch Insolvenzantrag und -eröffnung unterminiert zu werden (§§ 42 Abs. 1, 58 StaRUG).

Neben diesen ggf. entscheidenden Absicherungen bietet das StaRUG weitere Vorteile gegenüber einer freien Sanierung. Besonders wichtig ist hierbei die Möglichkeit, den Inhalt des Restrukturierungsplans gegen eine später drohende Insolvenzanfechtung abzusichern (§ 90 StaRUG), sodass bspw. trotz drohender Insolvenz neue „Rettungskredite“ für die Sanierung vorgesehen werden können.<sup>38</sup> Anders als im Insolvenzverfahren und anders als zunächst im Gesetzentwurf geplant sieht das StaRUG hingegen keine Möglichkeit vor, laufende Verträge außerordentlich zu beenden.<sup>39</sup>

## II. Die Voraussetzungen des StaRUG

Ein Restrukturierungsverfahren nach dem StaRUG kann grds. ohne jede Voraussetzung eingeleitet und betrieben werden. Anders als in der InsO gibt es keinen „Eröffnungsantrag“ und auch keine gerichtliche Entscheidung, in der bestimmte Bedingungen geprüft und festgestellt würden. Das StaRUG sieht vielmehr eine Reihe unterschiedlicher Gestaltungsarten und Mechanismen vor, die unabhängig

voneinander eingesetzt werden können.<sup>40</sup> Der Schuldner kann – zunächst völlig unabhängig davon, wie weit seine Krise bereits fortgeschritten ist – einen Restrukturierungsplan erarbeiten und ohne gerichtliche Begleitung den Abstimmungsprozess (ein-)leiten.

Allerdings setzen all diejenigen Instrumente, die das Restrukturierungsverfahren erst attraktiv machen, formell die Entscheidung des zuständigen Gerichts und materiell u. a. die drohende Zahlungsunfähigkeit voraus; so bspw. der Rückgriff auf die Vollstreckungs- und Verwertungssperre oder die gerichtliche Bestätigung des Plans (s. auch § 29 StaRUG).

## III. Hohe Erwartung und drohende Enttäuschung

Ob sich das neu geschaffene Restrukturierungsverfahren tatsächlich in der Praxis als effizientes Mittel zur Unternehmenssanierung durchsetzen kann, wird sich erst in den kommenden Jahren zeigen. Die besonderen Instrumente, die das StaRUG bereithält, geben auf jeden Fall Grund zu der Hoffnung, dass eine Unternehmenskrise in Zukunft tatsächlich häufiger vorinsolvenzlich bewältigt werden kann.

Gleichzeitig gibt es jedoch auch Hinweise darauf, dass bzw. in welchen Fällen das neue Verfahren die hohen Erwartungen nicht erfüllen können. So ist bspw. zu befürchten, dass die Anteilshaber einer schuldnerischen Gesellschaft das Restrukturierungsverfahren verhindern könnten, sobald diese fürchten, selbst entrechtet zu werden.<sup>41</sup> Während im Gesetzentwurf zunächst angelegt war, dass die Geschäftsleiter auch gegen den Willen der Gesellschafter ein Restrukturierungsverfahren einleiten könnten,<sup>42</sup> sieht das StaRUG dies nun nicht mehr vor. Verstünde man die (wenig überzeugende) Streichung des § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 StaRUG-RegE als eine *Privilegierung der Gesellschafterrechte*, so ließe sich hiermit eine entsprechende Einflussnahmemöglichkeit auf die Geschäftsleitung rechtfertigen. Eine Sanierung wäre gegen den Willen der Anteilshaber nicht umsetzbar – und diese dürften häufig versucht sein, eher eine freie Sanierung als ein Restrukturierungsverfahren anzustreben, selbst wenn hierbei geringere Erfolgsaussichten bestehen.<sup>43</sup>

Ein ganz anderes (jedoch angemessenes) Manko des StaRUG gegenüber dem Insolvenzverfahren liegt in der Tatsache, dass Eingriffe in bestehende Schuldverhältnisse nicht möglich sind, sodass operative Sanierungen eher nur über das Insolvenz- und nicht das Restrukturierungsverfahren

<sup>38</sup> Allgemeiner hierzu *Bork*, ZInsO 2020, 2177; *Thole*, ZIP 2020, 1985 (1999 f.).

<sup>39</sup> Vgl. bspw. *Bork*, ZRI 2020, 457; *Hofmann*, NZI 2020, 871; *Thole*, (Fn. 38), 1994 f.

<sup>40</sup> Vgl. zu diesem modularen Ansatz auch den RegE SanInsFoG, (Fn. 14), 89.

<sup>41</sup> *Müller*, ZIP 2020, 2253 (2555); *Korch*, NZG 2020, 1299 (1303).

<sup>42</sup> S. hierzu *Brinkmann*, ZIP 2020, 2361 (2365) sowie *Korch*, (Fn. 41).

<sup>43</sup> S. zu dieser Problematik *Korch*, ZIP 2020, 446 (448).

erfolgen müssen.<sup>44</sup> Der Restrukturierungsrahmen wird, so zumindest die Befürchtung, „auf ein Instrument zur rein bilanziellen Restrukturierung von Stichtagsverbindlichkeiten reduziert“<sup>45</sup>. Ob wegen dieser (oder anderer)<sup>46</sup> Gründe ein „forum shopping“ droht und robustere Instrumente anderer Rechtsordnungen dem StaRUG den Rang ablaufen, wird sich schon bald herausstellen.

## E. Abschlussbemerkungen

Das deutsche Recht kennt richtigerweise kein absolutes Primat der Sanierung und keine Garantie einer „zweiten Chance“. Die persönliche Haftung eines Schuldners ist notwendiges Korrelat seiner Privatautonomie und seiner Selbstverantwortung.<sup>47</sup>

Gleichwohl wird der besondere Nutzen und auch das Bedürfnis nach „Rettung“ vom Gesetz anerkannt: Nimmt man den Schuldner (als natürliche Person) in seinen Grundrechten ernst, muss man ihm den Weg zum wirtschaftlichen Neustart bereiten; der „Makel“ des Scheiterns darf nicht sein ganzes weiteres Leben bestimmen. Die nun vergleichsweise schnell zu erreichende Restschuldbefreiung bietet diese zweite Chance – und zwar nicht nur dem „schuldlosen Schuldner“<sup>48</sup>: Auch derjenige, der seine Insolvenz verschuldet hat, profitiert – wenn er sich redlich verhält – von der Regelung. Während die verkürzte Wohlverhaltensperiode angemessen erscheint, ist die (Sperr-) Frist für eine erneute Restschuldbefreiung zumindest überdenkenswert.<sup>49</sup> Gerade die COVID-Pandemie zeigt dies deutlich: Wer vor einigen Jahren (aus welchen Gründen auch immer) von seinen (Rest-)Schulden befreit wurde, darf nicht auf einen baldigen *fresh start* hoffen, wenn er in Folge der Pandemie erneut in die Privatinsolvenz gerutscht ist.

Während dem Schuldner der persönliche Makel des wirtschaftlichen Scheiterns auf diese Weise nun bereits nach drei Jahren genommen wird, stellt sich die Frage nach der Stigmatisierung des Insolvenzverfahrens mit neuer Dringlichkeit: Der Ansatz des ESUG war es, kriselnde Unternehmen möglichst so frühzeitig in das Insolvenzverfahren zu „locken“, dass noch zeitliche und finanzielle Spielräume zur Sanierung bestehen. Das Insolvenzverfahren sollte nicht nur für Zerschlagung, sondern auch für erfolgreiche Rettung stehen und so seinen schlechten Ruf, sein Stigma

verlieren. Wenn aber Unternehmen in Zukunft bei drohender Zahlungsunfähigkeit regelmäßig das StaRUG-Verfahren nutzen werden und nur dann in das Insolvenzverfahren wechseln, wenn es für eine Sanierung faktisch zu spät ist, dann droht die Re-Stigmatisierung der Insolvenz; im schlechtesten Fall käme der InsO nur noch die Auffangfunktion zur Verwertung zu.<sup>50</sup>

Ein sinnvolles Nebeneinander der verschiedenen Sanierungsregime ergibt sich nur dann, wenn jede Verfahrensart (die im konkreten Fall entscheidenden) Vorteile gegenüber den Alternativen bietet: Für eine freie Sanierung spricht insbes. die (werterhaltende) „Makellosigkeit“ eines solchen Vorgehens. Das StaRUG-Verfahren bietet demgegenüber erhebliche Vorteile bspw. mit dem Mehrheitsprinzip und den Stabilisierungsmechanismen. Aber auch das Insolvenzverfahren bietet dem sanierungswilligen Unternehmen positive Anreize und exklusive Möglichkeiten: Da das volle Instrumentarium der InsO nicht schon im StaRUG-Verfahren zur Verfügung steht – zu denken ist bspw. an die Möglichkeit zur außerordentlichen Vertragsbeendigung –, besteht zumindest die Hoffnung, dass auch dem Insolvenzrecht das Attribut „Sanierungsrecht“ erhalten bleibt.

<sup>44</sup> Hierzu bereits *Brinkmann*, Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz, in: Ebke/Seagon/Blatz (Hrsg.), Restrukturierung und Transformation, 2020, S. 41 (43).

<sup>45</sup> *Madaus*, Blogbeitrag v. 17.12.2020, <https://stephanmadaus.de/2020/12/17/die-finale-fassung-des-saninsfог-steht-und-tritt-zum-1-1-2021-in-kraft>, Abruf v. 14.1.2021.

<sup>46</sup> *Proske/Streit*, NZI 2020, 969 (975).

<sup>47</sup> Vgl. hierzu *Häsemeyer*, (Fn. 33), Rn. 1.13; *Windel*, Selbstverantwortung und Insolvenzrecht, in: Riesenhuber (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung, 2011, S. 449.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu *Uhlenbruck*, (Fn. 3), 3 ff.

<sup>49</sup> Vgl. bspw. die Stellungnahmen des VID und des DAV i. R. d. jüngsten Reformprozesses.

<sup>50</sup> *S. Flöther/Wilke*, NZI-Beilage 2019, 80 (81); *Hölzle*, ZIP 2020, 585; *ders.*, ZIP 2017, 1307; *Thole*, (Fn. 2), 769.