

STÄNDIGE DEPUTATION DES DEUTSCHEN RESTRUKTURIERUNGS- UND INSOLVENZGERICHTSTAGS
AUSSCHUSS „DREI JAHRE STARUG – LADENHÜTER ODER SHOOTING STAR ODER FEHLT DA NOCH WAS?“

5 Bericht des Ausschusses

„Drei Jahre StaRUG – Ladenhüter oder Shooting Star oder fehlt da noch was?“

Endfassung: 22.08.2024

10

I. Entstehung und Arbeitsweise der DRIT-Arbeitsgruppe

15 Im Oktober 2023 befasste sich der Vorstand des Deutschen Restrukturierungs- und Insolvenzgerichtstags (DRIT e.V.) perspektivisch mit den möglichen Themen und Fragestellungen für den 3. Insolvenzgerichtstag im September 2024 und hat u.a. die Frage aufgeworfen, ob fast drei Jahre nach In-Kraft-Treten des StaRUG bereits Anpassungsbedarf erkennbar sei, an die Ständige Deputation herangetragen. Diese hat sodann nach dem 2. Deutschen Restrukturierungs- und Insolvenzgerichtstag die Leitung der Arbeitsgruppe RA Dr. Volker **Beissenhartz** und RA Martin **Horstkotte** übertragen, die eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe gebildet haben, die aus folgenden Personen besteht:

20

Mitglieder (in alphabetischer Reihenfolge):

25 RA Dr. Volker **Beissenhartz** (Gunnercooke, Berlin), RinLG Dörte **Bogumil** (LG Düsseldorf), Prof. Dr. Heribert **Hirte** (Universität Hamburg), RA und RiAG a.D. Martin **Horstkotte** (Dentons, Berlin), RiAG Dr. Adrian Sebastian **Kramer** (AG Hannover), RA Dr. Stefan **Proske** (Heuking Kühn Lüer Wojtek, Berlin), RAin Dr. Katrin **Stohrer** (Deutsche Bank), RA Dr. Lars **Westpfahl** (Freshfields Bruckhaus Deringer, Hamburg).

30

Die drei Unterthemen wurden sehr ausführlich und umfassend in einer Vielzahl von Videokonferenzen, aber auch „bilateral“ diskutiert. In Anbetracht der allerdings teilweise antagonistischen Positionen, versucht das Papier den Stand des mit Mehrheit erreichten Kompromisses wiederzugeben.

35

II. Bericht des Ausschusses

35

*„Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen,
dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen.“*

Montesquieu

40 1. „Shift of Fiduciary Duties“ – Erforderliche Ergänzung oder zu weit gehender Eingriff in Gesellschafterrechte?

40

45 **Problemaufriss:** Im deutschen Recht der Kapitalgesellschaften hat die Geschäftsleitung im normalen Geschäftsgang grundsätzlich im Interesse der Gesellschafter zu handeln. Verschlechtert sich die wirtschaftliche Lage des Unternehmens stellt sich die Frage, ob bereits vor dem Eintritt der eine Insolvenzantragspflicht auslösenden Insolvenzgründe der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und Überschuldung (§ 18 InsO) eine Verschiebung dieser Pflichten hin zur (überwiegenden) Berücksichtigung von Gläubigerinteressen stattfinden soll. Die Diskussion dazu wird in Anlehnung an die im anglo-amerikanischen Recht bestehenden Rechtsfiguren unter dem Titel

50 „Shift of Fiduciary Duties“ geführt. Tatsächlich sah § 2 Abs. 1 RegE-StaRUG¹ eine solche Verschiebung bereits ab Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO vor.

55 Die im RegE-StaRUG ursprünglich vorgesehenen §§ 2, 3 StaRUG wurden im Gesetzgebungsverfahren gestrichen. Maßgeblich hierfür war die Einschätzung insbesondere im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, dass durch § 2 eine Pflichtenkonkretisierung der Geschäftsführung erfolgen sollte, während zum Zeitpunkt dieser Konkretisierung im Regelfall eine Tatsachengrundlage (nämlich der Unternehmenswert) noch gar nicht geklärt sein dürfte und dieser
60 zudem unterschiedlich eingeschätzt wird. Dabei sollte auch der unterschiedliche Blick des anglo-amerikanischen und des europäischen Rechtskreises auf die Gesellschafterrechte berücksichtigt werden: Während die Deutschen die Anteile als etwas „anderes“ als Gläubigerrechte ansehen (was zu einem Nebeneinander von Gesellschaftern und Finanzgläubigern führt), sehen gerade die US-Amerikaner in den Gesellschaftern grundsätzlich „nur“ Investoren, d. h. der Gesellschafter nimmt im Ergebnis nur eine (nachrangige) Stellung im Finanzkonstrukt der Gesellschaft ein, was einen Shift von der einen zur anderen Gruppe erleichtert.

65 Dazu kam die Annahme, dass die Norm des § 2 eine Beweislastumkehr zu Lasten der Geschäftsführer vorsehe; sprich der Geschäftsführer hätte sich (mit Vollbeweis!) von einer Pflichtverletzung exkulpieren müssen, und dass, ohne zu wissen, ob und wann ein Shift überhaupt eingetreten ist.

70 Mit der materiell-rechtlich zu ermittelnden Antwort auf die Frage, welche inhaltlichen Kriterien erfüllt sein müssen, um von einem effektiven Shift ausgehen zu können, der Konstellation also, in der die Interessen der Gläubigergesamtheit den Interessen der Anteilseigner vorgehen, korreliert verfahrensrechtlich die Frage, bis zu welchem Grad der Verdichtung eines überwiegenden Gläubigerinteresses eine Mitwirkung der Anteilseigner erforderlich ist, um ein Restrukturierungsverfahren anhängig zu machen.
75

Die entsprechende Praxis zum shift of fiduciary duties hat im anglo-amerikanischen Rechtskreis zu sog. „Takeover Battles“ zumeist zwischen Private Equity „Investoren“ und Alt-Gesellschaftern geführt, in denen das Management mehr oder minder zwischen die Fronten angeblicher Gläubigerinteressen geriet.² US-Gerichte haben teilweise versucht, derartige – als „loan-to-own“-Strategie bekannte – Ansätze, die nicht die Maximierung der Insolvenzmasse, sondern der (möglichst preisgünstigen) Erlangung der Kontrolle über eine Gesellschaft dienen, einzudämmen.³ Im Falle einer gesetzlichen Festlegung des shift of fiduciary duties – wie ihn
80 eben schon § 2 Abs. 1 RegE-StaRUG vorsah – könnten entsprechend interessierte „Investoren“
85 versuchen, diese Regelung zu nutzen, um sich die Kontrolle über deutsche Unternehmen zu verschaffen.⁴

Diskussionsstand: Die aktuelle akademische Praxis stellt – mangels entsprechender Regelung – derzeit auf die Frage ab, ob und inwieweit die Anteilseigner vorab in das Restrukturierungsverfahren einzubinden sind. Sie lässt sich grob zwei „Lagern“ zuordnen: den i.w.S. insolvenz- bzw. restrukturierungsrechtlich ambitionierten Autoren⁵ und den eher aus dem Gesellschaftsrecht stammenden Stimmen.⁶
90

95 Höchstrichterliche Rechtsprechung existiert zur Frage, ob und ggf. in welcher Weise die Anteilseigner Einfluss auf das Anhängigmachen (= Anzeige, § 31 StaRUG) eines Restrukturierungsvorhabens nehmen können, nicht. Dies hat zu einer wahren Phalanx an instanzgerichtlichen

100 Entscheidungen geführt, die den gesamten „Spannungsbogen“ von der selbstverständlichen Verneinung durch mangelnde Thematisierung⁷ über die immerhin begründete Verneinung,⁸ bis hin zur Bejahung durch Erfordernis eines Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafter,⁹ teilweise differenzierend nach der Wirksamkeit der Anzeige im Verhältnis zum Restrukturierungsgericht,¹⁰ der Rechtsform der Schuldnerin (AG oder GmbH) oder der Prognose, ob ein Restrukturierungsplan in die Rechtsstellung von Anteilseignern eingreifen würde, bis hin zur Verneinung der organschaftlichen Vertretungsbefugnis bei fehlender Gesellschafterzustimmung,¹¹ abdecken.

105 So haben die Hamburger Gerichte entschieden, dass der Geschäftsführer einer GmbH eine Restrukturierungsanzeige nicht ohne zustimmenden Gesellschafterbeschluss abgeben könne und – noch weitergehend – sogar keine ausreichende Vertretungsmacht zur Anzeige des Restrukturierungsvorhabens habe, wenn er keinen zustimmenden Gesellschafterbeschluss, der ihm die Anzeige gestatte, herbeigeführt habe. Ein solcher Beschluss sei indes erforderlich. Die
110 grundsätzlich im GmbH-Recht unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht des Geschäftsführers könne nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht eingeschränkt sein. Als Anwendungsfall des Missbrauchs der Vertretungsmacht sei u.a. die Fallgruppe der Vertretung unter Verletzung der internen Zuständigkeitsordnung anerkannt. Es
115 könne nicht dem Sinn und Zweck des StaRUG entsprechen, die gesellschaftsrechtlichen Zustimmungserfordernisse durch Anzeige eines Restrukturierungsvorhabens zu unterlaufen und auszuhöhlen.¹²

120 Die entgegengesetzte Position vertritt das AG Dresden, wonach ein Gesellschafterbeschluss vor Einleitung der Restrukturierungsanzeige nicht erforderlich sei, da er keine satzungsändernde Wirkung habe, wesentliche Unterschiede zur Insolvenzantragstellung bei drohender Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO bestünden und die mit der Herbeiführung eines Gesellschafterbeschlusses verbundene Zeitverzögerung die gesetzgeberische Intention schneller Restrukturierung bei drohender Zahlungsunfähigkeit konterkariere.¹³

125 Aus Beratersicht wird diese Fragestellung als wichtigste Frage des StaRUG identifiziert – da die Sanierung an langwierigen Abstimmungsverfahren mit den Gesellschaftern scheitern kann. Wenn als Alternative zur Sanierung nach dem StaRUG zwingend nur ein Insolvenzverfahren in Betracht komme, dann sei zu erwägen, dass nach dem Prüfungsmaßstab „next best alternative“ ein StaRUG-Verfahren auch ohne Zustimmung der Gesellschafter durch die Geschäftsführung eingeleitet und betrieben werden dürfe. Deswegen wurden auch alternative Szenarien
130 diskutiert, wie etwa die gesetzliche Festlegung von Positiv- oder Negativfallgruppen. So wurde diskutiert, ob man nicht eine gesetzliche Vermutung aufstellen könnte, wonach die Gesellschafter bei Einleitung eines StaRUG-Verfahrens „im Zweifel aus dem Geld“ seien, aber die
135 Verfahrenseinleitung/-betreibung mit einem an § 246a AktG angelehnten Verfahren untersagen könnten.

140 Auch wurde z. B. auf § 49 Abs. 3 GmbHG hingewiesen – wonach bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals unverzüglich eine Gesellschafterversammlung einzuberufen ist. Im Zuge der entsprechenden Gesellschafterversammlung wäre dann auch über die Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens zu diskutieren.

Schlussfolgerung und Empfehlung: Ein Teil der vorbereitenden Arbeitsgruppe hält es für erwägenswert, diese Frage nicht zu sehr zu dramatisieren. Auf Grundlage der sog. *business judgement rule* könnten bereits jetzt angemessene Lösungen erzielt werden. Die Pflicht, die Interessen der Gläubigerschaft zu wahren, bedeutet dabei allerdings nicht, dass sich die Geschäftsführung ausschließlich an den Interessen der Gläubiger auszurichten hätte. Ein absoluter Vorrang der Gläubigerinteressen, der zur vollständigen Verdrängung der Interessen insbesondere der Anteilsinhaber führte, kann in der Regel nicht angenommen werden. Gerade zu Beginn der Krise verlaufen die Interessen der Gläubigerschaft und der Anteilsinhaber häufig parallel. Insoweit ist den vor allem von der Finanzierung geprägten (US-amerikanischen) Stimmen Recht zu geben, die einen gleitenden Übergang zwischen den beiden Kapitalgebern annehmen. Dementsprechend hängt der Grad, zu dem auf die Belange der Gläubigerschaft Rücksicht zu nehmen ist, von der Wahrscheinlichkeit und dem Ausmaß der Gefährdung der Gläubigerinteressen ab, so dass sich in einem früheren Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit aus der Interessenwahrungspflicht je nach den konkreten Umständen mitunter noch keine konkreten Handlungspflichten ableiten lassen. Je näher indessen die Zahlungsunfähigkeit rückt und je mehr sich die Handlungsspielräume verengen, desto mehr werden sich die Interessenwahrungspflichten zu konkreten Handlungspflichten verdichten. Die Geschäftsleiter sind dann gehalten, bei den Geschäftsführungsentscheidungen die Interessen der Gläubigerschaft zu berücksichtigen und Maßnahmen zu unterlassen, welche geeignet sind, die im Zustand der drohenden Zahlungsunfähigkeit angelegte Gefährdung der Gläubigerinteressen weiter zu vertiefen.

Allerdings hat ein solcher „sliding shift“ aus der Sicht der restrukturierungsgerichtlichen Praxis für die in ein enges Zeitfenster gepresste Prüfung der (mindestens) Legitimität einer Anzeige eines Restrukturierungsvorhabens keine ausreichende „Griffigkeit“: Auch den Geschäftsleitern kriselnder Unternehmen ist die aktuelle Rechtsunsicherheit nicht vermittelbar. Daher erscheint auf Grund des derzeitigen „Flickenteppichs“ divergierender Rechtsprechung eine ausdrückliche Regelung durch den Gesetzgeber sinnvoll. U.E. bedarf es daher einer Nachbesserung durch den Gesetzgeber, der in diesem Zusammenhang (erneut) die sich aus Art. 14 GG ergebende, ggf. gegenläufige Pflichtenlage (wer genießt den vorrangigen Schutz – der Anteilseigner oder der Gläubiger?) auszutarieren und bei Bejahung eines Gestaltungsspielraums letztlich die rechtspolitische Frage nach dem „Gewollten“ zu beantworten haben wird. Grundsätzlich könnte es aus Sicht des Ausschusses nicht gegen einen „Shift“ sprechen, wenn sowohl die Pflichtenkreise der Geschäftsleiter nicht weiter ausgedehnt als auch die Anteilsinhaber im Sanierungsprozess eingebunden werden.

Gerade bei einem großen, namentlich vielleicht nicht bekannten, Kreis der Anteilsinhaber, etwa bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft, stellt sich die Frage, wie diese Anteilsinhaber einzubeziehen sind, ohne dass der Sanierungsprozess ins Stocken gerät oder gar von den Anteilsinhabern – im Lichte der „Sanieren-oder-Ausscheiden“-Rechtsprechung – blockiert werden kann. Hierzu könnte der Gesetzgeber Anleihe im WpÜG oder – ganz aktuell – dem „Zukunftsfinanzierungsgesetz“ nehmen,¹⁴ in dem sich auch Regelungen zur „Börsenmantelaktiengesellschaft“ finden, bei denen wichtige Rechte der Gesellschafter durch beschleunigte Verfahren gesichert werden sollen, vgl. dazu § 44 Abs. 1 BörsG. Als Mindestmaß der Beteiligung könnte somit erwogen werden, eine Zustimmung des Aufsichtsrats anstelle der Aktionäre vorzusehen.

190 Ein Lösungsvorschlag könnte etwa sinngemäß lauten:

„§ 31 Anzeige des Restrukturierungsvorhabens:

Die Absätze 3 und 4 bekommen die Gliederungsreihenfolge 4 und 5.

195

Es wird folgender Absatz 3 (neu) eingefügt:

„Das Restrukturierungsgericht prüft unverzüglich nach Eingang der Anzeige, ob

(i.) die internationale und örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts besteht.¹⁵

200

(ii.) bei Anzeigen, die ohne den Nachweis der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Anteilseigner erfolgt sind, die Darlegung, dass als unternehmererhaltende Alternative zu einem Verfahren nach diesem Gesetz nur ein Gesamtverfahren nach den Bestimmungen der Insolvenzordnung in Betracht kommt. Die Erfüllung dieser Bedingungen ist glaubhaft zu machen.

205

Das Ergebnis seiner Prüfung stellt das Gericht in einem Beschluss fest.“

2. „Suhrkamp Reloaded“ – Die Restrukturierung der Softline AG durch das StaRUG

210 **Problemaufriss:** Nach der Entscheidung des AG Dresden¹⁶ können isolierte Eigenkapitalrest-
 215 rukturierungen im Wege des StaRUG zur Überwindung der drohenden Zahlungsunfähigkeit
 und Sicherung der Bestandsfähigkeit den gesetzlichen Vorgaben der §§ 2, 8 und 9 StaRUG an
 die Auswahl der Planbetroffenen genügen. Der Fall der Softline AG dürfte damit ein Novum
 aus Perspektive des deutschen Restrukturierungsrechts darstellen: Wohl zum ersten Mal
 wurde ein Restrukturierungsplan bestätigt, der lediglich Eingriffe in die Rechte von Anteilseig-
 220 ner vorsah und sich damit auf eine isolierte Eigenkapitalrestrukturierung beschränkte.¹⁷ Struk-
 turell ähnelt der Softline-Fall damit der Konstellation im Fall der Suhrkamp-Insolvenz.¹⁸ Im Kern
 geht es somit um die Frage, ob ein Gesellschafterstreit auch mit Mitteln des Insolvenz(- oder
 eben Restrukturierungs-)rechts einseitig entschieden werden kann.¹⁹

220

Diskussionsstand: Das deutsche Insolvenzverfahren dient nach § 1 InsO dazu, die (monetären)
 Gläubigerinteressen zu befriedigen, ggf. ein Unternehmen zu sanieren und natürlichen Perso-
 nen einen „fresh start“ zu ermöglichen. Damit sollte nach dem Gesetzeswortlaut die Durch-
 setzung von Interessen von Gesellschaftern, die zumindest nicht direkt monetär ausgerichtet
 225 sind, nicht Gegenstand von Insolvenzverfahren sein. Wie die sog. „Sanieren-oder-Ausschei-
 den“-Rechtsprechung²⁰ des BGH zeigt, kann das Gesellschafterinteresse an „seinem“ Gesell-
 schaftsanteil allerdings (zumindest) im Falle der Unternehmenskrise hinter das Sanierungsin-
 teresse der Gesellschaft zurücktreten.

230 Gerade deshalb ist aber die eingangs referierte Streitfrage, ob und ab wann eine solche Krise
 vorliegt, von fundamentaler Bedeutung. Sowohl dem Fall Suhrkamp als aus der Entscheidung
 des BGH in Sachen „Sanieren oder Ausscheiden“ lag jeweils ein Insolvenzgrund vor, der die
 Geschäftsführer zur Antragstellung verpflichtete.

235 Der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO wurde dagegen konzi-
 piert, um die Geschäftsleitung zu bewegen, möglichst frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stel-
 len, um die Sanierungschancen für das Unternehmen zu erhöhen. Durch die oben unter 1.

240 skizzierte Tendenz der Rechtsprechung, ein StaRUG-Verfahren auch ohne Zustimmung der Ge-
sellschafter einleiten zu können, verbunden mit einer Verpflichtung der Geschäftsführung,
möglicherweise schon sehr früh Gläubigerinteressen in die Überlegungen einzubeziehen,
könnte im Endeffekt aus dem ursprünglich gewollten Anreiz zur möglichst frühen Einleitung
semi-formaler Verfahren eine (mit Haftungsrisiken verbundene) Verpflichtung werden, die den
Zeitpunkt der formalen Insolvenz weit nach vorne verlagert und zudem bereits in dieser Phase
das Risiko beinhaltet, dass der Gesellschafter seiner Anteile verlustig geht.

245 Aus Bankensicht wurde die Ansicht geäußert, dass das StaRUG für isolierte Eigenkapital-Rest-
rukturierungen genutzt werden könne, allerdings Kontrollmechanismen implementiert wer-
den sollten, die dazu beitragen, reine Gesellschafterstreitigkeiten auszuschließen und auch das
in Deutschland sensible Übernahmethema adressieren. Denn Gläubiger werden zu Sanie-
rungsbeiträgen kaum bereit sein, wenn nicht auch die Anteilseigner Beiträge zu erbringen ha-
ben. In der Praxis gebe es durchaus Fälle, in denen eine wirtschaftlich sinnvolle Restrukturie-
rung von allen Gläubigern mitgetragen werde, diese aber zu scheitern droht, da sich Gesell-
schafter aus sachfremden Gründen sperren. Hier diene es dem gemeinsamen Interesse der
Gläubiger und der Gesellschaft, dass es auch Lösungswege außerhalb eines Insolvenzplanver-
fahrens gebe (Stichwort „Werterhalt“). Ferner sei der Ein-Gruppen-Restrukturierungsplan kein
Thema, das allein die Anteilseigner betreffe, sondern es sind im Anwendungsbereich des Sta-
RUG auch Ein-Gruppen-Pläne unter Einbeziehung allein der Finanzgläubiger möglich. Insofern
bestehe ein Gleichgewicht zu den Eingriffsmöglichkeiten in Gläubigerrechte.

260 Allerdings sollte die Möglichkeit von Ein-Gruppen-Plänen an zusätzliche Erfordernisse bzw.
Kontrollmechanismen gebunden werden. Theoretisch wäre es am sachgerechtesten, den Un-
ternehmenswert als Stellschraube für den zumutbaren Eingriff zu nehmen: Je stärker die Po-
sition der Gesellschafter wirtschaftlich entwertet ist, desto eher ist der Eingriff in die Beteili-
gung gerechtfertigt. Dabei gelte, dass die Entwertung in der vorinsolvenzlichen Restrukturie-
rung nicht immer in gleichem Maße wie im Insolvenzverfahren gegeben ist. Der wirtschaftliche
Wert kann im Einzelfall deutlich variieren und höher liegen als in einem Insolvenzverfahren
und auch die Chance auf Teilhabe am künftigen Unternehmenswert kann eine echte Chance
sein. In der Praxis dürfte es allerdings kaum überwindbare Schwierigkeiten bei der Ermittlung
des Wertes der Beteiligung geben, was seine Eignung als Orientierungsmaßstab fraglich er-
scheinen lässt. Ein umfassender Markttest, bei dem in großem Stil Angebote eingeholt wer-
den, dürfte kaum jemals in Frage kommen. Damit dürfte man wieder auf die – für § 225a InsO
entsprechend beantwortete – Frage des grundrechtlichen Schutzes der Anteile an sich zurück-
geworfen sein.

275 Bei der Beschränkung von Ein-Gruppen-Restrukturierungsplänen sind im Einzelnen noch zu
entwickelnde zusätzlich Erfordernisse und/oder Kontrollmechanismen denkbar, die über die
im Rahmen des § 8 StaRUG gebotene Prüfung der Sachgerechtigkeit der Gruppenauswahl hin-
ausgehen (z.B. Nachweise über die Alternativlosigkeit des Ein-Gruppen-Plans; Abwägung der
Interessen der Gesellschaft, der Gläubiger und der Gesellschafter anhand gesetzlich festgeleg-
ter Kriterien; Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten mit besonderen Prüfungs-kom-
petenzen o.ä.).

285 An die Diskussion zu Ziffer 1. oben anknüpfend sollte in diesem Zusammenhang über ein ge-
sellschaftsrechtliches Zustimmungserfordernis zur Einleitung eines Restrukturierungsverfah-
rens nachgedacht werden. Für Publikumsgesellschaften, wie etwa die Aktiengesellschaft, wäre

zu überlegen, ob an Stelle der Zustimmung der Gesellschafter die Zustimmung des Aufsichtsrats gesetzlich vorzusehen ist. Für eine GmbH oder sonstige Gesellschaften ohne zwingende Aufsichtsorgane wird dieses Vorgehen strukturell nicht passen. Ggfs. lässt sich dort aber mit besonderen Abstimmungsmodalitäten und -mehrheiten arbeiten.

290

Schlussfolgerung und Empfehlung: Grundsätzlich sieht die Arbeitsgruppe eine Koordination des StaRUG mit dem Gesellschaftsrecht als erforderlich an, um die auch in diesem Thesenpapier diskutierten Friktionen aufzulösen. Insoweit empfiehlt es sich, bei der Möglichkeit, in Gesellschafterrechte durch Zwang einzugreifen, Gesellschafts- und Restrukturierungsrecht konkret zu synchronisieren (vgl. dazu auch Art. 32 der EU-Restrukturierungsrichtlinie).

295

3. Restrukturierungsgericht – Waffengleichheit oder „Viel Feind, viel Ehr“?

Problemaufriss: Die ersten Entscheidungen zum StaRUG zeigen, dass den mit den jeweiligen Fällen betrauten Amtsrichtern regelmäßig eine Phalanx von Anwälten gegenübertritt, die ihre jeweiligen Positionen mehr oder weniger deutlich und auf unterschiedlichen Kommunikationskanälen formulieren. Damit stellt sich die Frage, ob die Kommunikation zwischen Restrukturierungsgericht und den anderen Beteiligten auf Augenhöhe verläuft.

300

Die Restrukturierung der LEONIE AG soll hierzu beispielhaft herangezogen werden: Das öffentliche StaRUG-Verfahren betreffend die LEONI AG mit Sitz in Nürnberg (AG Nürnberg, HRB 202) war nach bisherigen Verlautbarungen das bislang mit Abstand größte StaRUG-Verfahren. Zuständig war das Amtsgericht Nürnberg als eines der drei für Bayern zuständigen Restrukturierungsgerichte. Das Verfahren trägt das Geschäftszeichen RES 397/23.

305

a) Verlautbarte gerichtliche Entscheidungen

Das Restrukturierungsportal <https://restrukturierungsbekanntmachung.de/> weist insgesamt 15 gerichtliche Entscheidungen im Laufe des Verfahrens auf.

310

Ausgewählte Entscheidungen in der Chronologie:

- 3.4.2023: Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten nach Schuldnerantrag (§ 74 StaRUG)

320

- 2.5.2023: Umfangreiche Beauftragung/Ermächtigung des Restrukturierungsbeauftragten u.a. mit folgendem Inhalt:

„Zur Beurteilung von rechtlichen und tatsächlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Restrukturierungskonzept wird dem Restrukturierungsbeauftragten die Berechtigung übertragen, zwei Sachverständige zu beauftragen.“

325

„Der Restrukturierungsbeauftragte wird auf Antrag der LEONIE AG beauftragt, geeignete Räumlichkeiten und Dienstleister für die Durchführung eines eventuellen Erörterungs- und Abstimmungstermins zu beauftragen. Dies betrifft die Anmietung eines Saals, die Beauftragung eines Sicherheitsdienstes und die Beauftragung eines Dienstleisters zur Registrierung der Teilnehmer und zur Durchführung der Abstimmung.“

330

- 8.5.2023: Übertragung weiterer Aufgaben an den Restrukturierungsbeauftragten, insbesondere Zustellungen (§§ 77 Abs. 2, 76 Abs. 6 StaRUG), Prüfung der Forderungen, Absonderungsanwartschaften, etc. und deren Mediation (§§ 77 Abs. 2, 76 Abs. 2 Nr. 1

StaRUG), Prüfung der Bestätigungsvoraussetzungen gem. §§ 63, 64 StaRUG (vermutlich insoweit Bestellung von Amts wegen als Sachverständiger gem. § 73 Abs. 3 StaRUG)

- 335 ▪ 9.5.2023: Bestimmung des Termins für den Erörterungs- und Abstimmungstermin auf den 31.5.2023 mit Hinweisen u.a. auf die (wohl damit) gem. §§ 77 Abs. 2, 76 Abs. 4 StaRUG erfolgte Übertragung der Stellungnahme des Restrukturierungsbeauftragten zur Bestandsfähigkeitserklärung (§ 14 StaRUG) bzw. eines etwaigen Streites zu Bestand und Höhe der Rechte.
- 340 ▪ 1.6.2023: Bestimmung eines Verkündungstermins auf den 21.6.2023
- 2.6.2023: Erhöhung des Budgets für den Restrukturierungsbeauftragten auf 100.000 €
- 21.6.2023: Planbestätigung

Die Stakeholder und ihre Vertreter: Es handelt sich im Kern um ein „quasi-kontradiktorisches“ Verfahren: Auf der einen Seite die Schuldnerin in (mehr oder weniger) ausgehandelter Vereinbarung mit mehreren Gruppen von Fremdkapitalgebern; auf der anderen Seite die Altaktionäre. Ziel: vollständiger Austausch der Equity-Holder und weitere Sicherstellung der Finanzierung durch ein komplexes System, bestehend aus Haircut, Prolongation und Besserungsoption. Nach der Berichterstattung von JUVÉ waren folgende Stakeholder wie folgt beraten und vertreten:

Vertreter	Anzahl Berater
Für die Schuldnerin:	30
Für mit Schuldnerin verbundene Gesellschaften:	13
Für Banken und Schuldschein-Gläubiger:	35
Für die Pierer-Gruppe („Erwerber“):	20
Für die Altaktionäre:	1*

*SdK Schutzgemeinschaft der Kapitalanleger e.V.

Bei Vernachlässigung der SdK waren damit 18 Kanzleien aus der „*premier league*“ mit rund 90 (*sic!*) Berufsträgern vertreten

Diskussionsstand: Allein der Umfang der Aufgaben, die das Restrukturierungsgericht Nürnberg dem Restrukturierungsbeauftragten übertragen hat, lässt den Schluss zu, dass das Gericht, bestehend aus einem/einer Richter/in, dem geballten Ansturm der formulierten widerstreitenden Interessen nicht wirklich gewachsen war. Das ist keine Kritik an der Amtsführung, sondern logischer Ausdruck der Reaktion auf eine, nach den ungerechten Kriterien der Geschäftsverteilung nicht überraschende qualitative und quantitative Überforderung der gerichtlichen Entscheidungsinstanz.

b) Die Komplexität des Gesetzes

Nicht nur gesetzestechnisch erweist sich das StaRUG mit seiner Kombination verschiedenster Tools als komplex. Lediglich beispielhaft sind hier zu erwähnen: Der Restrukturierungsplan als ultimates Verfahrensziel mit einer Reihe von Optionen (autonomes und gerichtliches Planabstimmungsverfahren, gerichtliche Planbestätigung) und Zwischenstufen (Vorprüfung und Stabilisierung) nebst unterstützenden Instrumenten wie dem in verschiedenen Formationen auftretenden Restrukturierungsbeauftragten.

Auch inhaltlich werden an die Richterschaft – so sie denn beteiligt wird – erhebliche Aufgaben gestellt, die nicht allein mit dem erlernten juristischen Handwerkszeug zu bewältigen sind. Das

375 betrifft in erster Linie Anforderungen, die das Gesetz an den gerichtlichen Anwender im Kontext der Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte stellt. Erneut und lediglich beispielhaft:

- (prognostischer) Vergleich bei § 8 StaRUG
- 380 ▪ Überprüfung der weiteren Fraktionierung im Rahmen der Bildung von fakultativen Gruppen bei § 9 Abs. 2 StaRUG
- Überprüfung der Bestandsfähigkeitserklärung bei § 14 StaRUG
- Überprüfung der Stimmrechte im Kontext von § 24 StaRUG
- Vorzunehmende Berechnungen bei §§ 26 bis 28 StaRUG, namentlich im Kontext der Prüfung einer „angemessenen wirtschaftlichen Beteiligung“²¹
- 385 ▪ Prüfung der Voraussetzungen für eine Rückausnahme von § 33 Abs. 2 Nr. 1 StaRUG
- Prognose im Rahmen von § 33 Abs. 2 Nr. 2 StaRUG.

c) *Schlussfolgerung:*

390 **aa) Qualifikation:** Die vorstehend dargestellten Aspekte fordern zwingend eine spezialisierte Qualifikation der Restrukturierungsrichter/innen. In Anbetracht der auch volkswirtschaftlich relevanten Auswirkungen von auf eine Restrukturierung und Sanierung ausgerichteten Verfahren ist die gegenwärtige, als *lex imperfecta* degenerierte Bestimmung des § 22 Abs. 6 GVG gänzlich unzureichend.

395 **bb) Organisation:** Mit dem inhaltlich zu erreichenden unverzichtbaren Maß der individuellen Qualifikation korrelieren die Anforderungen an die Organisation der Gerichte. Solange die zur Entscheidungsfindung berufenen Richterinnen und Richter nicht über betriebswirtschaftliche Grundkenntnisse verfügen, die es mindestens ermöglichen, die Prämissen und Schlussfolgerungen der Vorträge der Beteiligten und Stellungnahmen und Berichte eines Restrukturierungsbeauftragten nachzuvollziehen, eignet sich die große Menge der bekannt gewordenen Verfahren nicht für gerichtliche Instanzen, die mit der Materie allenfalls gelegentlich befasst sind. Immerhin hat das Gesetz durch § 34 Abs. 1 StaRUG und haben die Länder von der Möglichkeit der weiteren Konzentration der Restrukturierungsgerichte gem. § 34 Abs. 2 StaRUG
400 Gebrauch gemacht.
405

Das reicht indes nicht aus: Allein das Verhältnis der auf komplexe Restrukturierungsverfahren (ungleich) verteilten Manpower fordert, dass dem Grundsatz „Sechs Augen sehen mehr als zwei“ im Rahmen der Organisation der mit der Materie befassten gerichtlichen Sprucheinheiten der Vorrang einzuräumen ist. Das bedeutet: Zwingende Zuständigkeit einer mit drei qualifizierten Berufsrichter besetzten Kammer am Landgericht, dessen örtliche Zuständigkeit sich aus der sinngemäßen Anwendung von § 34 StaRUG ergibt.²²
410

cc) Alternativ oder kumulativ: Anpassung des Verfahrensrechts: Der zur Regel gewordene hohe Komplexitätsgrad von Restrukturierungssachen und die damit einhergehende Unwucht zwischen dem proportional verstärkten Ressourceneinsatz der Verfahrensbeteiligten einerseits und der unveränderten, ohnehin disproportional bemessenen Ressourcenausstattung des Restrukturierungsgerichts andererseits ist zum Anlass zu nehmen, das Verfahrensrecht des StaRUG an die Rechtspraxis anzupassen. Das derzeitige Verfahrensrecht ist ausgerichtet an der Fremdkapitalrestrukturierung als dem Hauptanwendungsfall. Ausgehend von der öffentlichen Berichterstattung und Wahrnehmung scheint die Rechtspraxis hingegen von der Eigenkapital-
415
420

restrukturierung dominiert zu werden, die gesellschaftsrechtliche Konflikte in das Restrukturierungsverfahren hineinträgt und es der latenten Gefahr rechtsmissbräuchlicher Vorgehensweisen aussetzt. Der im Mehrheitsvotum nach § 25 StaRUG angelegte sog. Marktconformitätstest²³ stellt insoweit aber keine zufriedenstellende Heuristik dar, die es rechtfertigte, aus dem Umstand der Planannahme eine Richtigkeitsgewähr für den Verfahrensausgang zugunsten des Schuldners abzuleiten.

Angesichts des vorbeschriebenen und durch die Rechtspraxis noch verstärkten Ungleichgewichts erscheint es verfahrensrechtlich unter anderem unpassend, dass

- 435 ▪ die Restrukturierungsanzeige die ihr auch zugeordnete Funktion, das Gericht auf ihrer Grundlage auf die Verfahrensführung vorzubereiten,²⁴ mangels einer gesetzlichen Karenzzeit zwischen Anzeigenerstattung und erster Inanspruchnahme von Instrumenten nach § 29 Abs. 2 StaRUG nicht zu erfüllen vermag, wenn Anzeigenerstattung und Antragstellung sogleich kombiniert werden und das Verfahren – wie in der Rechtspraxis nicht selten – seitens des Schuldners und seiner Berater/Bevollmächtigten nach Art eines insolvenzrechtlichen Eigenverwaltungsverfahrens gehandhabt wird,
- 440 ▪ die drohende Zahlungsunfähigkeit als zwar nicht formelle, jedoch materielle Zugangsvoraussetzung zum Restrukturierungsrahmen vom Gericht nicht sofort nach Erstattung der Restrukturierungsanzeige antrags- und anlasslos verfahrensbegleitend und in angemessenem Zeitrahmen geprüft werden kann, um missbräuchliche Zugänge zum Restrukturierungsrahmen alsbald aufzudecken,
- 445 ▪ nicht generell der Beibringungsgrundsatz gilt, sondern das Restrukturierungsgericht eine Amtsermittlungspflicht nach § 39 Abs. 1 StaRUG trifft, obgleich das Restrukturierungsverfahren – seiner thematischen und gesetzgebungstechnischen Nähe zur Insolvenzordnung zum Trotz – kein staatliches Vollstreckungsverfahren darstellt, sondern es am ehesten kontradiktorischen Erkenntnisverfahren ähnelt,
- 450 ▪ den Schuldner als denjenigen, der die ihm günstige Gestaltungswirkung des Restrukturierungsplans begehrt, trotz Versagens des Marktconformitätstests im Verhältnis zu überstimmten Minderheiten nach § 64 StaRUG keine primäre Darlegungslast im Sinne des Zivilprozessrechts trifft und er auch sonst weitgehend keine Beweislast trägt, sondern diese im Wesentlichen in Gestalt von Versagungsstatbeständen nach § 63 StaRUG den Planbetroffenen aufgebürdet wird,
- 455 ▪ das Verfahrensrecht jenseits des Marktconformitätstests keine leicht handhabbaren, aber differenzierte Vermutungsregeln für unterschiedliche häufig vorkommende Sachlagen (reine Fremdkapitalrestrukturierung, reine Eigenkapitalrestrukturierung, Mischfälle) vorsieht und
- 460 ▪ es in kontradiktorisch verlaufenen Restrukturierungsverfahren mit „Siegern“ und „Verlierern“ keine ausdrücklichen Bestimmungen zur Kostentragung gibt.²⁵

III. Fazit

- 465 1. Zum Thema „Shift of Fiduciary Duties“ und den sich daraus ergebenden verfahrensrechtlichen Folgerungen wird eine Ergänzung des § 31 StaRUG empfohlen, die vermeidet, dass die sich aus der schlichten Anbringung einer Anzeige ergebenden Wirkungen auch bei gesellschaftsrechtlich kritischen Anzeigen ohne Weiteres eintreten.

- 470 2. Zum Thema „ausschließliche Restrukturierung des Eigenkapitals als Ergebnis eines Restrukturierungsplans“ rät die Arbeitsgruppe zu einer optimierten Koordination des StaRUG mit dem Gesellschaftsrecht. Insoweit empfiehlt es sich, bei der Möglichkeit, in Gesellschafterrechte durch Zwang einzugreifen, Gesellschafts- und Restrukturierungsrecht konkret zu synchronisieren (vgl. dazu auch Art. 32 der EU-Restrukturierungsrichtlinie).
- 475 3. Zum Thema der Qualifizierung der Restrukturierungsgerichte empfiehlt die Arbeitsgruppe neben einer inhaltlich spürbar verbesserten Kompetenz jedes/r einzelnen Restrukturierungsrichters/in in erster Linie die Verlagerung der Restrukturierungssachen bei einer weiteren örtlichen Konzentration auf spezialisierte, mit drei Berufsrichter/innen besetzte Spruchkörper bei den Landgerichten, zweitrangig, vorzugsweise kumulativ, Änderungen des Verfahrensrechts, die dem Umstand Rechnung tragen, dass die große Mehrzahl der bekannt gewordenen Restrukturierungsverfahren einen quasi-kontradiktorischen Charakter aufweisen.
- 480

-
- 1 Abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_SanInsFoG.pdf?__blob=publication-File&v=3.
 - 2 Bekannte Fälle sind McCarthy & Stone und Crest Nicholson in England (s. FT, „Lloyds to land 25% stake in McCarthy & Stone“; abrufbar unter: <https://www.ft.com/content/aa91dc40-0503-11de-8166-000077b07658>; oder Almatris (bei dem z.B. auch die Schulden der deutschen Gesellschaften über ein US-Chapter-11-Verfahren restrukturiert wurden), vgl. FT, „Almatris lenders agree \$1bn debt shake-up“, abrufbar unter: <https://www.ft.com/content/c233a0f2-2c3c-11df-9187-00144feabdc0>.
 - 3 S. hierzu beispielhaft Partee/Bernstein, „Rulings Impact Hostile Takeovers of Bankrupt Companies' Debt“, [2010] NYLJ, abrufbar unter: <https://www.huntonak.com/images/content/3/4/v3/3499/Rulings-Impact-Hostile-Takeovers.pdf>: „Judge Robert E. Gerber held that a debt purchaser's vote to reject the debtors' Chapter 11 plan should be "designated" and, thus, not counted, under §1126(e) of the Bankruptcy Code because it was cast to gain control of the bankrupt company rather than to maximize the claim holder's returns.“ S. dazu auch Chapeaurouge/Hafner; „Loan-to-Control“ als Strukturalternative des Praxisgebietes „Distressed Mergers and Acquisitions“, abrufbar unter: https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-3-658-04778-8_31-1.
 - 4 Dabei dürften insbesondere die sog. „Hidden Champions“ des deutschen Mittelstandes ins Visier von „Investoren“ geraten, s. Wikipedia, „Hidden Champions“, abrufbar unter: https://de.wikipedia.org/wiki/Hidden_Champion.
 - 5 Lediglich beispielhaft, wenngleich mit dogmatisch unterschiedlichen Ansätzen *Bea/Dressler*, ZRI 2021, 67; *Thole* BB 2021, 1347; *Mock*, Anmerkung zu AG Hamburg, NZI 2023, 584.
 - 6 Auch lediglich beispielhaft *Beyer*, Anmerkung zu AG Hamburg, GmbHR 2023, 918; schon *C. Schäfer*, ZIP 2019, 1645; *Korch*, ZIP 2020, 446.
 - 7 Zuletzt AG Charlottenburg, Beschlüsse vom 30.10.2023 und 4.1.2024 – 36s RES 6525/23 = NZI 2024, 225.
 - 8 Z.B. AG Dresden, Beschluss vom 9.8.2023 – 572 RES 1/23, ZIP 2023, 2316.
 - 9 Z.B. LG Berlin, Beschl. v. 31.5.2023 – 100 O 18/23, GmbHR 2023, 1338.
 - 10 So AG Nürnberg, Beschluss vom 21.6.2023 – RES 397/23, ZIP 2023, 2317.
 - 11 AG Hamburg, Beschl. v. 17.3.2023 – 61c RES 1/23, ZIP 2023, 1038; zustimmend LG Hamburg, Beschluss vom 20.4.2023 – 304 T 15/23, ZIP 2023, 2646.
 - 12 LG Hamburg, Beschluss vom 20.4.2023 – 304 T 15/23, ZIP 2023, 2646; AG Hamburg, Beschl. v. 17.3.2023 – 61c RES 1/23, ZIP 2023, 1038.
 - 13 AG Dresden, Beschluss vom 9.8.2023 – 572 RES 1/23, ZIP 2023, 2316.
 - 14 Abrufbar unter: Bundesfinanzministerium – Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz – ZuFinG).
 - 15 Im Unterschied zu § 33 Abs. 1 Nr. 2 StaRUG handelt es sich um ein Zulässigkeitsmerkmal, wodurch die Rechtsfolgen, die eine zulässige Anzeige voraussetzen (z.B §§ 32, 33 Abs. 3 und 4, 47 ff. StaRUG), nicht ausgelöst werden.
 - 16 AG Dresden, Beschl. v. 27.11.2023 – 572 RES 1/23 = NZI 2023, 968.
 - 17 Vertiefend: *Zehlicke*, Anmerkung zur Entscheidung des AG Dresden, FD-InsR 2024, 801732.
 - 18 S. dazu u.a. BGH, Beschl. v. 17.7.2014 – IX ZB 13/14.
 - 19 S. näher bei *Westermann*, NZG 2015, 134.
 - 20 BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08.
 - 21 Fraglich ist in diesem Zusammenhang die Rationalität von § 27 Abs. 1 Nr. 2 StaRUG, soweit es um die kompensierende „Leistung in das Vermögen des Schuldners“ geht, wenn der Plan einen vollständigen Austausch der Equity-Holder vorsieht. Pflicht zur Bereicherung des eigenen Vermögens?
 - 22 Zu den Details am Beispiel der Insolvenzgerichtsbarkeit darf verwiesen werden auf die Beiträge von *Bogumil*, NZI 2018, 774 und *Beth/Horstkotte*, DRiZ 2023, 244.
 - 23 Vgl. *Skauradzun* in: *Skauradzun/Fridgen*, BeckOK StaRUG, 12. Ed. Stand 1.4.2024, Einleitung Rn. 24 ff.
 - 24 Vgl. nur *Schluck-Amend* in: *Jacoby/Thole*, StaRUG, 1. Aufl. 2023, § 31 Rn. 2.
 - 25 Die Anwendbarkeit der §§ 91 ff. ZPO über § 38 Satz 1 StaRUG in kontradiktorischen Verfahren bislang bejahend nur AG Hannover, Beschluss v. 20.10.2023, 951 RES 1/23 = BeckRS 2023, 30652 Rn. 86 ff.