

Prof. Dr. Stephan Madaus

# Insolvenzrechtliche Prinzipien für Restrukturierungshilfen?

Eine kritische Betrachtung der dogmatischen Grundannahme des StaRUG

WP 2021-1

25.3.2021

## A. Die dogmatische Grundidee des StaRUG

Mit dem StaRUG entstanden in Deutschland Restrukturierungsgerichte, die ausschließlich dafür zuständig sind, Restrukturierungssachen zu bearbeiten. Damit sind Anträge gemeint, mit denen ein Unternehmen die gerichtlichen Verfahrenshilfen des Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmens in Anspruch nehmen will. Diese Hilfen umfassen nach § 29 StaRUG wahlweise, aber unter Umständen auch kumulativ die gerichtliche Bestätigung eines Restrukturierungsplans, die Durchführung eines gerichtlichen Planabstimmungsverfahrens, die gerichtliche Vorprüfung von Fragen, die für die Bestätigung des Restrukturierungsplans erheblich sind oder auch die gerichtliche Anordnung von Regelungen zur Einschränkung von Maßnahmen der individuellen Rechtsdurchsetzung (Stabilisierung). Hinzu kommt die Bestellung eines Sanierungsmoderators nach § 94 StaRUG und die gerichtliche Bestätigung des von ihm vermittelten Sanierungsvergleichs nach § 97 StaRUG.

Gerichtliche Verfahren über Restrukturierungssachen sind in ihren Rechtsquellen wie auch in ihren Zuständigkeiten mithin klar von Insolvenzverfahren abzugrenzen. Dies hinderte das BMJV allerdings nicht daran, die in Restrukturierungssachen verfügbaren Verfahrenshilfen allein nach Maßgabe insolvenzrechtlicher Prinzipien zu gestalten.

### I. Die Insolvenz als Paradigma

Die vom BMJV entworfene Gesetzesbegründung erläutert, dass in jeder gerichtlich unterstützten Unternehmenssanierung ein dem Insolvenzrecht zuzuordnendes Phänomen zu finden sei, bliebe sie doch stets „ein Instrument zur Verwirklichung der auf die Befriedigung der Gläubiger gerichteten Ziele des Insolvenzrechts.“<sup>1</sup> Der Bezug zum Insolvenzrecht wird dabei allerdings nicht klassisch durch die Anknüpfung an eine Insolvenzsituation (Insolvenzreife) hergestellt, sondern funktional definiert. Präventive Verfahren hätten wie Insolvenzverfahren die Funktion, „auf eine Gefährdung der vollständigen Befriedigung der Gläubiger zu reagieren“.<sup>2</sup> Weiter gestützt wird dieser funktionale Ansatz durch die Feststellung, „dass der zu schaffende Rahmen weitgehende funktionale Übereinstimmungen mit den insolvenzrechtlichen Sanierungsoptionen aufweist“, gehe es doch „hier wie dort [...] um die kollektive Bewältigung wirtschaftlicher Schief lagen, welche die vollständige Befriedigung aller Gläubiger gefährden.“<sup>3</sup> Ein Restrukturierungsplan und dessen verfahrensmäßige Behandlung unterscheiden sich dann prinzipiell nicht mehr vom insolvenzverfahrensrechtlichen Vorbild des Insolvenzplans. Tatsächlich ist diese Wesensverwandtschaft kaum zu leugnen; sie liegt aber, wie sich noch zeigen wird, nicht im Insolvenz-, sondern im Vertragsrecht.

---

1 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 85; ebenso schon der RefE auf S. 95.

2 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 86; RefE, S. 95.

3 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 87; RefE, S. 96. Ebenso BT-Drs. 19/24181, S. 90 bzw. RefE, S. 100: „funktionale Übereinstimmung“.

## II. Ein Insolvenzeröffnungsgrund als Zugangskriterium

Geht man mit dem StaRUG-Gesetzgeber davon aus, dass Insolvenzplanverfahren und präventive gerichtliche Hilfen prinzipiell Insolvenzbewältigungsfunktion haben und daher insolvenzrechtlich einzuordnen sind, so führt diese Prämisse bei der Frage nach der Legitimation von Mehrheitsmacht und Vollstreckungshindernissen nahezu zwanglos zum Erfordernis eines Insolvenzeröffnungsstatbestands, markiert ein solcher doch formal das Terrain des Insolvenzrechts. An dieser Stelle musste der deutsche Gesetzgeber nun allerdings auf die Vorgaben der Richtlinie Acht geben, die zwingend vorsieht, dass die Verfahrenshilfen präventiv zur Verfügung stehen, also gerade die formale Eröffnung eines Verfahrens, das nach nationalem Recht ein Insolvenzverfahren ist und regelmäßig einen Vermögensbeschluss samt Fremdverwaltung bewirkt sowie in der Liquidation des Schuldnerunternehmens enden kann, verhindern sollen.<sup>4</sup> Aus Sicht des BMJV war mithin eine Regelung des Anwendungsbereichs präventiver Verfahrenshilfen erforderlich, die einerseits zwar formal die Eröffnung eines Insolvenz(plan)verfahrens vermied, andererseits aber auch nur solchen Schuldern Hilfen gewährte, die nach insolvenzrechtlichen Kriterien bereits so insolvenznah sind, dass sich Zwangseingriffe rechtfertigen lassen.

Das BMJV fand seine Lösung in der zwingenden Anknüpfung aller „präventiven“ gerichtlichen Verfahrenshilfen des Restrukturierungsrahmens des StaRUG an das Vorliegen des insolvenzrechtlichen Eröffnungsgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 29 Abs. 1 StaRUG).<sup>5</sup> Zeitgleich wurde dieser Tatbestand in § 18 Abs. 2 InsO durch einen Regelprognosezeitraum von zwei Jahren präzisiert. Erst eine so definierte „Gefährdung der vollständigen Befriedigung der Gläubigeransprüche“ liefere nach Ansicht des BMJV eine ausreichende sachliche Rechtfertigung für Eingriffe in Gläubigerrechte gegen deren Willen.<sup>6</sup> Die Gläubiger müssten (nur) in der so beschriebenen wirtschaftlichen Situation des Schuldners mit einer unvollständigen Befriedigung rechnen und auch zwangsweise Einbußen hinnehmen, da allein und erst der drohend zahlungsunfähige Schuldner die „freie Wahl“ zwischen der Nutzung neuer präventiver Hilfen und hergebrachter

---

4 Erwägungsgrund 24. Siehe auch Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2019/1023 vom 20.6.2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABl. V. 26.6.2019, L 172/18.

5 Ebenso zuvor schon grundlegend *Brinkmann*, FS Karsten Schmidt, Band I, 2019, 153 ff.; auch *Balthasar*, ZHR 183 (2019), 662, 690 f.; *Blankenburg*, ZInsO 2017, 241, 242; *Freitag*, ZIP 2019, 541, 546 f.; *Frind*, BB 2019, 2381, 2384; **dagegen** aber etwa *Braegelman/Bernsau*, ZInsO 2019, 374; *Fritz/Scholtis*, BB 2019, 2051, 2055; *Gleißner/Haarmeyer*, ZInsO 2019, 2293; *Haas*, ZZPInt 23 (2018), 101, 128; *Harmann*, ZInsO 2019, 1701, 1709 ff.; *Hölzle*, ZIP 2020, 585, 593; *Lange/Swierczok*, BB 2019, 514, 516; *Lau/Schwartz*, NZG 2020, 450, 451; *Skauradszun*, KTS 2019, 161, 166; *Stefan*, ZInsO 2020, 933; *Westpfahl*, ZRI 2020, 157, 166 f.

6 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 90; ebenso schon der RefE auf S. 100.

insolvenzrechtlicher Hilfen hat.<sup>7</sup> Wer als Gläubiger aber mit einem Insolvenzplanverfahren rechnen muss, wird durch ein StaRUG-Verfahren nicht unangemessen behelligt.<sup>8</sup>

### III. Strukturen eines Insolvenzverfahrens (weit) vor der Insolvenz

Im Kern holt der Gesetzgeber so mit dem StaRUG den Insolvenzplan aus dem formalen Korsett des Insolvenzverfahrens, ohne dabei dessen Grundprinzipien abzustreifen. Der „Formalismus“ des Insolvenzverfahrens weiche zwar der „Flexibilität [...] der Praxis der freien und konsensgebundenen Sanierung“.<sup>9</sup> Die Planabstimmung könne nun also ebenfalls privatautonom erfolgen, ja sogar explizit vertragsrechtlichen Mustern von Angebot und Annahme folgen (§§ 17 ff. StaRUG), alternativ aber auch weiter wie in der Insolvenz bei Gericht stattfinden. Was sich an dieser Stelle schon andeutet, wird auch an anderen deutlich. Der Gesetzgeber oszilliert in der Ausgestaltung des präventiven Rahmens zwischen dem Paradigma „Insolvenzverfahren“ und der Anbindung an die freie – vertragliche – Sanierung. Dabei kommt es zu Brüchen und Inkonsistenzen, insbesondere bei folgenden Regelungen.<sup>10</sup>

#### 1. Die Rechtsnatur des Restrukturierungsplans

Schon die Frage nach der Rechtsnatur des Kernstücks des neuen Verfahrensrahmens, des Restrukturierungsplans, lässt sich eigentlich klar aus dem gewählten Paradigma erklären. Kommt ein solcher in der freien Sanierung zustande, wird es sich um einen Vertrag, oft in Form eines Vergleichs (§ 779 BGB) handeln. Gelingt der Plan aber nur im Rahmen eines Insolvenzverfahrens oder mit den dort verfügbaren Hilfen, so liegt nach dem BGH „ein spezifisch insolvenzrechtliches Instrument [vor], mit dem die Gläubigergesamtheit ihre Befriedigung aus dem Schuldnervermögen organisiert.“<sup>11</sup> Vor diesem Hintergrund entspricht es zwar dem Ansatz des BMJV, den Restrukturierungsplan „nicht anders als der Insolvenzplan, [als] ein Instrument zur kollektiv-privatautonomen Bewältigung der schuldnereischen Krise“<sup>12</sup> anzusehen. Doch statt nun konsequent zu folgern, dass auch der Restrukturierungsplan ein insolvenzspezifisches Instrument ist, scheut die Regierungsbegründung eine klare Qualifikation beider Pläne. Ja sie lässt diese Frage sogar explizit dahingestellt, um kurz darauf zu betonen, dass jedenfalls auf das Planangebot und die Erklärungen zur Planannahme die Regelungen über Willenserklärungen anzuwenden seien, sofern sich aus den §§ 17 ff. nichts Abweichendes ergibt, und zwar unabhängig davon, wie die Planannahme

---

7 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 91; RefE, S. 101.

8 Kritisch hierzu etwa *Skauradszun*, KTS 2021, 1, 45 ff.

9 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 91; RefE, S. 102.

10 Weitere Beispiele finden sich bei *Skauradszun*, KTS 2021, 1, 10 ff. und 38.

11 BGH NZI 2015, 697 Rn. 26; BGHZ 199, 344 = NZI 2014, 262 Rn. 25; BGH NZI 2006, 100 Rn. 15 f. Demgegenüber folgt die Literatur weitgehend verschiedenen Formen der Vertragstheorie; vgl. *Madaus*, NZI 2020, 545 mwN.

12 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 109; RefE, S. 117.

organisiert wird. „Stets sind, insbesondere was die Auslegung der Erklärungen angeht, die rechtsgeschäftsrechtlichen Regelungen und Grundsätze zur Anwendung zu bringen. Das gilt grundsätzlich auch für die Behandlung von Willensmängeln, für welche die §§ 116 ff. BGB maßgeblich sind.“<sup>13</sup> Restrukturierungspläne sind also das Produkt von Willenserklärungen, aber kein Vertrag?

## 2. Die Regelungsgegenstände des Restrukturierungsplans

Die Orientierung am insolvenzrechtlichen Vorbild erzeugt nicht nur dogmatische Verständnisprobleme, sondern leider auch wenig schlüssige gesetzliche Grenzen der Planreichweite. Da sich der Gesetzgeber auch hier am insolvenzrechtlichen Regelungsvorbild des Insolvenzplans orientiert, übernimmt er das in § 217 InsO für den Insolvenzplan geschaffene Denkmuster. § 217 InsO unterscheidet für die Reichweite des Insolvenzplans planaugliche Insolvenzforderungen von deren planfester Vertragsgrundlage sowie von ebenso planfesten Masseverbindlichkeiten. Diese Dreiteilung folgt zwanglos aus der Struktur des Regelinsolvenzverfahrens.<sup>14</sup> Masseverbindlichkeiten, also Forderungen, die zeitlich nach der Verfahrenseröffnung durch dieses selbst oder seine Organe (§§ 54, 55 InsO) entstehen, sind – insofern konsistent – trotz Insolvenzplan vollständig zu befriedigen (§ 258 Abs. 2 InsO). Beiderseits noch unerfüllte Verträge unterliegen allein der vorrangigen Regelungsmacht der §§ 103 ff. InsO.

Will man, wie das BMJV, diese Struktur auf Restrukturierungspläne übertragen, so fehlt das Grundmuster aus Insolvenzforderungen, Masseverbindlichkeiten und Vertragseinwirkungsrechten, auf dem § 217 InsO basiert. Eine Replikation desselben erfolgt dann in § 2 Abs. 5 StaRUG nur halbherzig, indem die Regelungsmacht des Plans analog der Abgrenzung von Insolvenzforderungen zu Masseverbindlichkeiten auf im maßgeblichen Zeitpunkt bestehenden Forderungen beschränkt wird, auch wenn diese erst künftig fällig werden (§ 3 Abs. 1 StaRUG). Zugleich sahen die §§ 51 ff. des Referentenentwurfs in Parallelität zu den §§ 103 ff. InsO Vertragseinwirkungsmöglichkeiten vor – allerdings in der Hand des Gerichts, da kein Verwalter existiert. Diese Regelungskompetenz ist nach den Beratungen des Rechtsausschusses allerdings verloren gegangen,<sup>15</sup> sodass dem StaRUG die Option der erleichterten Gestaltung vertraglicher Beziehungen gänzlich fehlt, soweit nicht die engen Fallgruppen des § 2 Abs. 2 und 4 StaRUG (Sicherungsverträge, Intercreditor Agreements, konzerninterne Personalsicherheiten) einschlägig sind, die es dann – zu Recht – zulassen, dass nicht das Gericht, sondern der Restrukturierungsplan und damit die wirtschaftlich Beteiligten Änderungen beschließen. Im Übrigen verbietet aber § 3 Abs. 2 StaRUG explizit jede Planregelung über künftig erst fällig werdende Forderungen aus bestehenden gegenseitigen Verträgen, sodass der Restrukturierungsplan insgesamt in seiner Reichweite sogar hinter dem Insolvenzplan zurückbleibt.<sup>16</sup> Das insolvenzrechtliche Paradigma schaffte hier mehr Verwirrung als Orientierung.

---

13 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 121; RefE, S. 131.

14 Zum sog. Fixierungsprinzip siehe zuletzt etwa *Vulto*, KTS 2021, 75.

15 Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 19/25303, S. 48.

16 Zu Recht kritisch daher *Marotzke*, ZInsO 2021, 353.

### 3. Die Anforderungen an eine Stabilisierungsanordnung

Ähnlich unglückliche Folgen für die Praxis erzeugt das Paradigma in den Regelungen zur Stabilisierungsanordnung, also zum Vollstreckungs- und Verwertungsverbot der §§ 49 ff. StaRUG. Die Anordnungs- und insbesondere die Versagungsgründe des § 51 Abs. 1 StaRUG betrachten allein den Schuldner und dessen wirtschaftliche Situation samt seiner Restrukturierungsbemühungen. Die Schutzbedürftigkeit der von der Anordnung betroffenen Gläubiger spielt keine Rolle.<sup>17</sup> Es fehlt sogar ein hierauf basierender Tatbestand der Aufhebung des Verbots in § 59 StaRUG und sei es gegen Sicherheitsleistung. Eine derartige Ignoranz von Gläubigerinteressen überrascht nur denjenigen nicht, der als Kontrollüberlegung auf die Wirkungen der Insolvenzeröffnung schaut, die ebenfalls unterschiedslos alle Insolvenzgläubiger trifft (§ 89 InsO).

### 4. Das Verständnis von Kollektivität

Insolvenzverfahren sind Kollektivverfahren. Sie erfassen *alle* Gläubiger des Schuldners, ob namentlich bekannt oder nicht, um das Schuldnervermögen zu sichern und eine bestmögliche wie gleichmäßige Gläubigerbefriedigung zu ermöglichen. Sanierungspläne sind demgegenüber nicht zwingend kollektiv. In der freien Sanierung sind nur die Vertragsparteien betroffen und selbst wenn Pläne wie Insolvenzpläne alle Beteiligten eines Insolvenzverfahrens formal binden (§ 254 Abs. 1 InsO) sollen, bleibt es ihnen möglich, ganze Gläubigergruppen mit ihren Rechten unberührt zu lassen (§ 237 Abs. 2 InsO). Die Wirkung ist auch hier nur formal kollektiv, nicht aber materiell. Will der Gesetzgeber nun Restrukturierungsplänen entsprechend der Vorgaben der Richtlinie erlauben, schon formal keineswegs alle (§ 4 StaRUG) und oft nur wenige Gläubiger zu binden, so bleibt von der klassischen Kollektivität insolvenzrechtlicher Instrumente wenig.

Das BMJV erkennt dies und reagiert in der Gesetzesbegründung durch die Etablierung eines weiten Kollektivitätsbegriffs. So werden die Instrumente des § 29 StaRUG als „teilkollektive Verfahrenshilfen“<sup>18</sup> beschrieben, da sie nie alle und typischerweise nur die vom Schuldner ausgewählten Gläubiger (und Gesellschafter) betreffen. Liegt eine solche Kollektivität schon vor, wenn mehr als zwei Personen von einem Plan betroffen werden? Die 2015 reformierte EulnsVO verlangt für ihren Begriff der „Kollektivität“ nach Art. 1 Abs. 1 EulnsVO immerhin die (Kopf- oder Summen-)Mehrheit der Gläubiger als Planbetroffene.<sup>19</sup> Ist das StaRUG-Verfahren mithin nie ein EulnsVO-Insolvenzverfahren? Oder beschränkt sich die Anwendung der EulnsVO auf Konstellationen, in denen das StaRUG-Verfahren „das Gepräge eines insolvenzähnlichen Quasi-Gesamtverfahrens“ annimmt?<sup>20</sup> Wäre es nicht vielleicht sinnvoller gewesen, letztere Gestaltungsoption allein der InsO zu überlassen?<sup>21</sup>

---

17 Dies kritisiert auch *Skauradszun*, KTS 2021, 1, 61 f.

18 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 117; RefE, S. 126.

19 Art. 2 Abs. 1 EulnsVO und Erwägungsgrund 14.

20 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 170; ebenso schon der RefE auf S. 187; nun auch in § 93 StaRUG.

21 So schon *Madaus*, DB 2019, 592, 597.

## 5. Die Aussagekraft drohender Zahlungsunfähigkeit

Schließlich findet sich bei vielen gerichtlichen Entscheidungen im präventiven Rahmen eine unnötig erscheinende Aufladung mit dem Erfordernis der drohenden Zahlungsunfähigkeit. So wird das Vorliegen einer solchen im Moment der Anzeige im Hinblick auf § 29 Abs. 1 StaRUG wohl vorausgesetzt, aber (noch) nicht geprüft, bedarf es doch keiner formalen Eröffnungsentscheidung.<sup>22</sup> Kann man dann nicht auf die Anforderung verzichten? Gerichtlich festzustellen ist die drohende Zahlungsunfähigkeit dann bei der Planbestätigung, ist ihr Fehlen hier doch ein Versagungsgrund (§ 63 Abs. 1 Nr. 1 StaRUG). Ob aber jemals ein Fall denkbar ist, in dem Gläubiger mit der erforderlichen hohen Mehrheit einem Plan zustimmen, der in ihre Rechte eingreift, obwohl der Schuldner dies nicht braucht? Ähnlich sieht es bei der Stabilisierungsanordnung aus. Hier ist deren Erforderlichkeit zur Verwirklichung des Restrukturierungsziels eingehend und unabhängig von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit zu prüfen (§§ 49 Abs. 1 Hs. 1, 51 Abs. 1 Nr. 3 und 4 StaRUG). Unnötige Eingriffe werden also auch ohne letzteres Kriterium vermieden. Irrelevant ist der wirtschaftliche Zustand des Schuldners immerhin bei den Instrumenten der gerichtlichen Planabstimmung und Vorprüfung.

## B. Das Regelungskonzept der Restrukturierungsrichtlinie

Das vom BMJV gewählte Paradigma ist nicht von der umzusetzenden Richtlinie vorgegeben. Die Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz<sup>23</sup> scheint insofern unvoreingenommen. Zwar unterscheidet sie gerichtliche Hilfen in einem neuen präventiven Restrukturierungsrahmen (Art. 1 Abs. 1 lit. a und 4-19) von Entschuldungsverfahren (Restschuldbefreiungsverfahren, Art. 1 Abs. 1 lit. b und 20-24) und Insolvenzverfahren (Art. 25-28). Sie folgt dabei allerdings keinem klaren dogmatischen Konzept. Beispielhaft wird etwa in Erwägungsgrund 4 zunächst das Insolvenzverfahren von Verfahrensarten unterschieden, die frühzeitiger allein die Restrukturierung eines Unternehmens erlauben, um dann hierin insgesamt eine Trend „im Insolvenzrecht“ zu erkennen.

Ähnlich ambivalente Aussagen finden sich in Erwägungsgrund 13, wonach präventive Restrukturierungsverfahren der Richtlinie zwar keinen anderen Ansatz verfolgen als die in Art. 1 Abs. 1 EulnsVO bezeichneten insolvenzvermeidenden Verfahren. Zugleich wird aber hervorgehoben, dass die Richtlinie unbeschadet des so definierten Anwendungsbereichs der EulnsVO gelte und keinesfalls vorschreibe, präventive Verfahren so zu gestalten, dass sie der Definition in Art. 1 EulnsVO entsprechen. Folglich findet sich in Erwägungsgrund 14 die Annahme, dass es auch präventive Verfahren geben wird, die nicht unter die EulnsVO fallen, also keine Insolvenzverfahren sind.

Schließlich stellt Erwägungsgrund 24 heraus, dass die Verfahrenshilfen in einem Restrukturierungsrahmen zur Verfügung stehen sollten, „bevor ein Schuldner nach nationalem Recht insolvent wird, das heißt, bevor der Schuldner nach nationalem Recht die Voraussetzungen für die

---

22 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 93; ebenso schon der RefE auf S. 104.

23 Siehe oben Fn. 4.

Eröffnung eines Gesamtverfahrens erfüllt, das die Insolvenz des Schuldners voraussetzt und in der Regel den vollständigen Vermögensbeschlagnahme gegen den Schuldner sowie die Bestellung eines Verwalters zur Folge hat.“

Aus all diesen Vorgaben wird nur eines deutlich: Der europäische Gesetzgeber wollte ein von den nationalen Insolvenzverfahren unabhängiges, solche Verfahren nach Möglichkeit vermeidendes Regelungssystem schaffen, ohne sich darüber im Klaren zu sein, ob dieses System dem Insolvenzrecht zuzurechnen ist oder aber anderen Rechtsprinzipien folgt.

Klar festzustellen ist dabei, dass eingriffsintensive Maßnahmen wie ein Vollstreckungsstopp (Art. 6 Abs. 1 RL) oder die Planbestätigung (Art. 10 RL) in der Richtlinie nicht davon abhängen, dass der Schuldner drohend zahlungsunfähig ist. Der Zustand einer „wahrscheinlichen Insolvenz“ in Art. 4 Abs. 1 RL beschreibt nur denjenigen, in dem die Hilfen des Rahmens allgemein zur Verfügung stehen sollen. Die Anordnung einzelner Hilfen orientiert sich dann allein an der Notwendigkeit der Unterstützung von laufenden Restrukturierungsverhandlungen (Art. 6 Abs. 1 RL) oder der Annahme des Plans durch die Gläubiger und die Angemessenheit der Planlösung (Art. 10 Abs. 2 RL), also am zu erzielenden Pareto-Optimum für alle Beteiligten und nicht allein oder auch nur ergänzend am wirtschaftlichen Zustand des Schuldners.

## C. Ein einheitliches dogmatisches Konzept für Restrukturierungen

Die dogmatischen Spannungen und Inkonsistenzen der deutschen Richtlinienumsetzung eines präventiven Restrukturierungsrahmens im StaRUG lösen sich auf, wenn man sich vom insolvenzrechtlichen Paradigma löst und stattdessen Restrukturierungen inklusive etwaiger gerichtlicher Hilfen ganz aus dem Paradigma der außergerichtlichen, freien Sanierung entwickelt.

### I. Die freie Sanierung als Paradigma

Die freie Sanierung vertraut gänzlich den allgemeinen zivilrechtlichen Prinzipien und mündet in individuelle Lösungen, die formal durch den Abschluss eines Vergleichs fixiert werden kann. Deswegen Zustandekommen basiert gänzlich auf dem Vertragsprinzip des BGB.<sup>24</sup>

#### 1. Vertragsfreiheit und kollektive Wirkung

Wesentlicher Bestandteil dieses Vertragsprinzips ist der Grundsatz der Privatautonomie. Diesem lässt sich wiederum der Grundsatz der Vertragsfreiheit entnehmen,<sup>25</sup> der für die freie Sanierung und damit auch für den sie begleitenden präventiven Restrukturierungsrahmen zwanglos erklä-

---

24 Siehe etwa *Paulus/Knecht*, in *Paulus/Knecht*, *Gerichtliche Sanierung*, 2018, § 1 Rn. 120.

25 Siehe zum Ganzen etwa *MüKoBGB/Busche*, 8. Aufl. 2018, BGB Vor § 145 Rn. 2.

ren kann, dass der die Verhandlungen initiierende Schuldner den Inhalt seiner Verhandlungslösung (Restrukturierungsplan) und damit auch die dazu erforderlichen Verhandlungspartner frei wählen kann. Der Kreis der Beteiligten ist damit frei bestimmbar und kann klein, aber auch groß und damit „teil-kollektiv“, ja sogar „quasi-kollektiv“ gezogen werden, um die Begrifflichkeiten des Regierungsentwurfs zu verwenden, solange die Vertragsparteien individuell bestimmt sind. Verschiedene Grade an Kollektivität sind also kein Spezifikum des Insolvenzrechts. Sie findet sich bei einer Vielzahl von Personenmehrheiten im Zivilrecht, etwa bei mehrseitigen Verträgen, bei Publikumsgesellschaften oder auch Anleihen. Dabei darf der Begriff der Kollektivität nicht mit dem der generellen Wirkung von Rechtsnormen verwechselt werden. Kollektive Wirkungen treffen einen unveränderbar feststehenden Kreis an Beteiligten, während Normen einen noch unbestimmten Personenkreis erfassen sollen.<sup>26</sup>

## 2. Positive Vertragsfreiheit

Die Ausübung der positiven Vertragsfreiheit eröffnet dann den Anwendungsbereich des Vertragsbegriffs des Zivilrechts (§§ 145 ff. BGB) und der Rechtsgeschäftslehre (§§ 104 ff. BGB). Die Anwendung des Vertragsprinzips auf Restrukturierungspläne kann ohne Brüche erklären, warum auf das Planangebot und die Erklärungen zur Planannahme (§§ 17 ff. StaRUG), wie vom Gesetzgeber gewünscht,<sup>27</sup> die Regelungen über Willenserklärungen anzuwenden sind. Hieraus ergibt sich auch die gewünschte Behandlung von Willensmängeln (§§ 116 ff. BGB).

Aus der positiven Vertragsfreiheit folgt sodann die grundsätzlich unbegrenzte Regelungsmacht des Plans über dispositive Rechte der Verhandlungspartner. Eine Begrenzung dieser Freiheit im Hinblick auf den Zeitpunkt des Entstehens eines Rechts oder des Rechtsgrunds desselben lässt sich jedenfalls nicht aus dem Umstand der Eröffnung eines kollektiv wirkenden Verfahrens herleiten wie in der Insolvenz. Ein solcher Zeitpunkt existiert in der Restrukturierung nicht, weshalb es § 2 Abs. 5 StaRUG auch nicht gelingt, ihn einheitlich gesetzlich zu definieren. Die Begrenzungen des § 3 Abs. 2 StaRUG erscheinen umso willkürlicher.<sup>28</sup> Stattdessen wird sich die Reichweite des Planinhalts wie bei allen Verträgen aus den Umständen des Einzelfalls und den verfügbaren Handlungsalternativen, etwa aus § 313 BGB iVm. Art. 240 § 7 EGBGB, ergeben. Die Restrukturierung von Finanzierungen etwa wird neben der Stundung oder Herabsetzung offener Kreditforderungen auch Anpassungen in Intercreditor- oder Sicherungsverträgen erfordern. Bei Filialisten wird neben offenen Altmieten auch eine Anpassung künftiger Mietzahlungen und ggf. sogar eine Anpassung des Filialnetzes, also die Beendigung einzelner Mietverträge, vorzunehmen sein. Die Vertragsfreiheit lässt all dies in einem zwei- oder auch mehrseitigen Vertrag zu. Die in §§ 2 und 3 Abs. 2 StaRUG normierten Grenzlinien lassen sich demgegenüber auf kein tragfähiges Konzept zurückführen. Sie sollten überdacht werden.

## 3. Negative Vertragsfreiheit

---

26 Eingehend dazu schon *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 168.

27 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 121; RefE, S. 131.

28 Der Willkürvorwurf findet sich in der Tat bei *Marotzke*, ZInsO 2021, 353.

Aus dem Vertragsprinzip, genauer der negativen Vertragsabschlussfreiheit, folgt zudem, dass die Verhandlungslösung nur die Beteiligten, nicht aber Dritte unmittelbar binden kann.<sup>29</sup> Dass die Lösung mittelbar, also insbesondere in ihren wirtschaftlichen Folgen, auch Interessen und Befriedigungserwartungen Dritter beeinflusst, ist bis zur Grenze der Privatautonomie, wie sie etwa in § 138 oder § 826 BGB gezogen wird, unschädlich. Erst kollusive Vermögensverschiebungen, existenzvernichtende Eingriffe oder gläubigergefährdende Kreditverträge etc.<sup>30</sup> sind insofern relevant, soweit nicht das Gesetz selbst solche Handlungen explizit privilegiert (vgl. § 89 StaRUG).

## II. Zwangswirkungen im Vertragsprinzip

Aus der negativen Vertragsabschlussfreiheit scheint aber auch das zentrale Argument gegen die Anwendung des Vertragsprinzips auf Restrukturierungspläne zu folgen, liegt doch ein charakteristisches Merkmal solcher Pläne gerade in dem Umstand, dass sie zwar konsensual zustande kommen können und sollen, zur Not aber auch auf Basis einer Mehrheitsentscheidung dissentierende Verhandlungspartner binden. Der Plan kann also auch gegen den Willen einzelner Beteiligter rechtliche Bindungen gegenüber diesen erzeugen (§ 67 Abs. 1 Satz 2 StaRUG), was die negative Vertragsfreiheit dieser Planbetroffenen negiert und ihre privatautonome Entscheidung gegen den Plan ignoriert.

### 1. Die Vorbildwirkung des US-Reorganisationsrechts

Nun gibt es in der Tat Rechtsordnungen, die angesichts dieses Befundes die Anwendung des Vertragsprinzips ablehnen. Die prominenteste unter ihnen ist die US-amerikanische, wo diese Frage sogar Verfassungsrang hat. Die Gründerväter sahen sich mit der Praxis einzelner Bundestaaten konfrontiert, in ihrem Vertragsrecht Schuldenregulierungen zu ermöglichen, die unter bestimmten Voraussetzungen auch gegen den Gläubigerwillen durchgesetzt werden konnten. In den unterschiedlichen Regelungen erkannten die Gründerväter nicht nur eine Gefährdung der Gläubigerrechte, sondern vor allem ein Hindernis für staatenübergreifende Investitionen, sodass eine bundeseinheitliche Regelung der Frage nicht-konsensualer Schuldenbereinigung angestrebt wurde. Diese wurde erreicht, indem die „Contract Clause“<sup>31</sup> der Verfassung den Bundesstaaten jegliche Schuldenregulierung im Vertragsrecht untersagte, während die „Bankruptcy Clause“<sup>32</sup> als hinreichende Grundlage für eine bundeseinheitliche Regelung dieser Frage angesehen wurde. Im Ergebnis etablierte sich so nicht nur eine restrukturierungsfreundliche Insolvenzgesetzgebung, die weltweit – auch in Deutschland – Vorbildwirkung hat. Der Schuldner kann danach freiwillig

---

29 MüKoBGB/*Emmerich*, 8. Aufl. 2019, BGB § 311 Rn. 2; BeckOGK/*Mäsch*, 1.10.2020, BGB § 328 Rn. 123-125.

30 Siehe dazu etwa MüKoBGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, BGB § 826 Rn. 154 ff., 180 ff.

31 US Constitution, Art. I, s. 10, cl. 1: „No State shall [...] pass any [...] Law impairing the Obligation of Contracts [...].“

32 US Constitution, Art. I, s. 8, cl. 4: „The Congress shall have Power To [...] establish [...] uniform Laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States [...].“

jederzeit, im US-Original auch ohne Insolvenzgrund, eine Schuldenregulierung über das Insolvenzrecht einleiten. Die globale Vorbildwirkung dieser Regelungsidee führte dazu, dass heute Rechtsreformen (zB das StaRUG) und Modellgesetze (etwa das UNCITRAL Modellgesetz für grenzüberschreitende Insolvenzen) jegliche Gesetzgebung zur nicht-konsensualen Schuldenregulierung entsprechend des US-Verständnisses instinktiv als insolvenzrechtliche Thematik begreifen. Dass auch dort diese Verknüpfung lediglich aus einem historisch bedingten Zuständigkeitskonflikt der US-Bundesstaaten mit ihrem Bundesgesetzgeber heraus entstand, der dem einzelstaatlichen Vertragsrecht die Regelungs- und Prinzipienhoheit ohne dogmatische Begründung entzog, ist in Vergessenheit geraten.

## 2. Vertragsabschlusszwang als längst anerkannter Teil des Vertragsprinzips

Verortet man mithin die Frage nach der Vereinbarkeit eines Vertragsabschlusszwangs mit dem Vertragsprinzip zutreffend im Vertragsrecht, so ist jedenfalls für das deutsche Recht festzustellen, dass es einen solchen Vertragsabschlusszwang nicht nur seit langem kennt, sondern auch dogmatisch versteht. Ein solcher Kontrahierungszwang wird als gesetzliche Verpflichtung zur Abgabe einer auf Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung einordnet, wobei diese Verpflichtung ggf. gerichtlich durchgesetzt und die pflichtige Willenserklärung am Ende gem. § 894 ZPO durch gerichtliches Urteil fingiert wird, sodass der Vertragsschluss bereits nach allgemeinen Regeln (§§ 145 ff. BGB) zustande kommt.<sup>33</sup> Ein auf diese Weise durch Kontrahierungszwang gegen den Willen einer Vertragspartei entstandener Vertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag des BGB.<sup>34</sup>

Das Vertragsprinzip ist mithin offen für Konstellationen, in denen der Gesetzgeber einen als gewünscht betrachteten Vertrag dadurch entstehen lässt, dass es (nur) die Vertragserklärung eines Dissentierenden als unter bestimmten Voraussetzungen pflichtig definiert und so über die allgemeinen Regeln (§ 894 ZPO) fingieren lässt. Hier erfolgt, anders als bei vom Gesetz ohne Vertragsabschluss unmittelbar diktierten Verträgen, nicht nur das Ergebnis, sondern auch Abschluss nach Vertragsprinzipien.<sup>35</sup>

## 3. Die Anwendung dieses Mechanismus in Restrukturierungen

Diese Kombination aus gesetzlicher Zustimmungspflicht und deren gerichtlicher Durchsetzung ist nun exakt der Kern jedes Planverfahrens. Der Mechanismus findet sich im Insolvenzplanverfahren der InsO<sup>36</sup> ebenso wie in der gerichtlichen Planbestätigung des StaRUG. Mit den Bestätigungsvoraussetzungen definiert der Gesetzgeber die Zustimmungspflicht dissentierender oder passiver

---

33 Statt vieler MüKoBGB/*Busche*, 8. Aufl. 2018, BGB Vor § 145 Rn. 12, 23; Staudinger/*Bork* (2020) Vorbemerkung zu §§ 145 Rn. 19, 30, 33.

34 Dies scheint unstrittig; vgl. BGH MDR 1952, 155; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 240, 583; *Bydlinski*, JZ 1980, 378; *Flume*, Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 612; *Hedemann*, FS Nipperdey, 1955, 251, 259; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktiertem Vertrag, 1920, S.135.

35 Zum diktierten Vertrag etwa Staudinger/*Bork* (2020) Vorbemerkung zu §§ 145 Rn. 35.

36 So schon *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, S. 276 ff.; *ders.*, NZI 2020, 545, 546.

Planbetroffener. Erkennt das Gericht diese als gegeben, so wird sie mit der rechtskräftigen Bestätigungsentscheidung analog § 894 ZPO durchgesetzt. § 67 Abs. 1 StaRUG verleiht schon der erstinstanzlichen Entscheidung diese Wirkung, sofern nicht infolge einer sofortigen Beschwerde die aufschiebende Wirkung angeordnet wird (§ 66 Abs. 4 StaRUG). Es ist insofern folgerichtig, dass das Bundesverfassungsgericht die gerichtliche Planbestätigung nicht als bloße Maßnahme der richterlichen Rechtsfürsorge ansieht, sondern als einen Akt der Rechtsprechung anerkennt.<sup>37</sup> Tatsächlich ist das Gewicht der Gerichtseteiligung bei nicht-konsensualen Plänen stets beträchtlich; dies ändert allerdings nichts am dogmatischen Befund. Qualitativ bewegen wir uns im Bereich der gerichtlichen Anwendung und Durchsetzung von Vertragsrecht.<sup>38</sup>

Die tatbestandliche Ausgestaltung der Zustimmungspflicht würde auf Basis dessen erfolgen (müssen), was der Gesetzgeber als wünschenswerte und ggf. auch gegen den Willen eines Vertragspartners zu erzwingende vertragliche Lösung definiert. In Restrukturierungen ist dies ein Plan, der ein Pareto-Optimum (Restrukturierungsmehrwert) erreichen kann, also wirtschaftlich vernünftig erscheint, wobei die wirtschaftliche Einschätzung entweder den wirtschaftlich Beteiligten (Gläubigervotum mit Mehrheitserfordernis) oder aber dem Gericht (Cramdown) oder beiden überlassen wird.<sup>39</sup> Der gesetzliche Kontrahierungszwang fungiert insofern als ein Sicherheitsventil, das jeden (auch konsensualen) Vertragsschluss begleitet und nur dann zum Zuge kommt, wenn ein wirtschaftlich vernünftiger Vertragsschluss ungerechtfertigt verweigert wird.<sup>40</sup> Im Restrukturierungskontext beschreibt er zugleich die Treuepflicht des Gläubigers oder Gesellschafters, einer Anpassung seiner Rechte unter engen Voraussetzungen zustimmen zu müssen.<sup>41</sup>

Der Fokus auf das wirtschaftlich gewünschte Ergebnis bei der Ausgestaltung des Kontrahierungszwangs erlaubt zugleich den Verzicht auf zusätzliche Zugangshürden. Tragen die meisten Betroffenen die angenommene Planlösung, so scheint ein zusätzlicher Nachweis einer Krise gegenüber dem Gericht unnötig.

---

37 BVerfG, NZI 2020, 1112 Rn. 49.

38 Anders etwa *Skauradszun*, KTS 2021, 1, 36, wenn einer aufgrund der verfahrensrechtlichen Elemente dem Rahmen insgesamt eine „hybride Rechtsnatur“ zuweist.

39 Dazu eingehend *Madaus*, Eur Bus Org Law Rev (2018) 19 615, 632; zuvor schon *ders.*, FS Wimmer, 2017, 446; ähnlich nun auch *Skauradszun*, KTS 2021, 1, 52 ff. (Beteiligtenautonomie und Schlechterstellungsverbot für Dissidenten). Kritisch *Brinkmann*, FS Karsten Schmidt, Band I, 2019, 153, 157 f., auf Basis der irrigen Annahme, es handle sich um einen Fall des allgemeinen, aus § 826 herzuleitenden Kontrahierungszwangs. Tatsächlich geht es um die Ausgestaltung eines gesetzlichen Abschlusszwangs. Der Gesetzgeber ist bei der Nutzung dieses Instruments gerade in Verfolgung makroökonomischer Ziele weitgehend frei (siehe etwa die Gesetzgebung zur Minderung der Wohnungsnot nach den Weltkriegen).

40 So schon *Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S. 35.

41 In diesem Sinne schon *Eidenmüller*, Unternehmensanierung zwischen Markt und Gesetz, 1999, S. 652 ff., 832 ff.

### III. Begleitende Instrumente als Ausdruck allgemeiner Rechtsausübungsgrenzen

Das Vertragsprinzip ist in der Lage, den Kern des Restrukturierungsrechts zu erfassen, also alle Handlungen der Beteiligten und des Gerichts, die auf das Zustandekommen eines Plans gerichtet sind (Planannahme und –bestätigung; Vorprüfung der hierfür relevanten Rechtsfragen). Das Restrukturierungsrecht im engeren Sinne ist mithin Teil des Vertragsrechts.

Im präventiven Rahmen der Richtlinie wie auch im StaRUG als dessen Umsetzungsgesetz finden sich daneben aber noch andere Instrumente und Beteiligte. Der Schuldner kann über eine Stabilisierungsanordnung eine Vollstreckungs- und Verwertungssperre erreichen (§ 49 Abs. 1 StaRUG) und Gestaltungs- bzw. Verweigerungsrechte eines Vertragspartners suspendieren (§ 55 StaRUG). Schon die Anzeige der Restrukturierungssache bewirkt die Suspendierung von allein hieran anknüpfenden Gestaltungsrechten bei Vertragspartnern (§ 44 StaRUG) sowie eine Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO (§ 42 Abs. 1 StaRUG), die in angepasster Form als Anzeigepflicht gegenüber dem Restrukturierungsgericht fort gilt (§ 32 Abs. 3 StaRUG). Unter Umständen wird das Insolvenzanfechtungsrecht in einem späteren Insolvenzverfahren modifiziert (§§ 89-91 StaRUG). Schließlich kann auch ein Restrukturierungsbeauftragter bestellt werden (§§ 73 ff. StaRUG).

Eine einheitliche Kategorisierung dieser Instrumente ist nicht möglich. Einige dienen der Absicherung des Pareto-Optimums, also des Restrukturierungsmehrwertes, andere der Begrenzung oder Erhaltung von insolvenzrechtlichen Regeln, wieder andere der Unterstützung des Gerichts oder der Beteiligten. Löst man sich vom insolvenzrechtlichen Paradigma, so ist für die konkrete Ausgestaltung solch durchaus zweckmäßiger Begleitinstrumente entscheidend, dass sich ein dabei erfolgreicher Eingriff in Beteiligtenrechte nicht schlicht aus der alternativ möglichen Wirkung eines Insolvenzverfahren rechtfertigen lässt. Allein der Umstand, dass es im Alternativszenario ein kollektives, ausnahmsloses Vollstreckungs- und Verwertungsverbot, ein Verbot von Lösungsklauseln sowie eine Fremdverwaltung oder zumindest Sachwaltung geben würde, besagt für die freie Sanierung nichts und dies unabhängig von wirtschaftliche Zustand des Schuldners, liegt es doch in der Regelungsmacht des Gesetzgebers, die Reichweite des insolvenzrechtlichen Alternativszenarios über die Ausgestaltung der Eröffnungstatbestände selbst zu bestimmen, wie § 18 InsO anschaulich beweist.

Ohne das insolvenzrechtliche Paradigma als Leitmotiv müssen sich die genannten Hilfen auf andere Prinzipien und Legitimationsgrundlagen beziehen. Sie finden sich im Grundsatz unzulässiger Rechtsausübung und damit im allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechts finden sich entsprechende Ausprägungen im Interesse des Schuldnerschutzes in den §§ 712 und 765a ZPO sowie in § 30a ZVG. Eine Begrenzung des Gläubigerrechts verlangt also einen nicht zu ersetzenden Nachteil bzw. eine unbillige Härte, vor allem aber eine Abwägung mit den Interessen des Gläubigers.<sup>42</sup> Zugleich kann das Gericht die Vollstreckung unter Umständen, insbesondere gegen Sicherungsleistung, zulassen.<sup>43</sup> Erst eine

---

42 Siehe § 712 Abs. 2 Satz 1 ZPO und § 30a Abs. 2 ZVG. Für § 765a ZPO: MüKoZPO/Heßler, 6. Aufl. 2020, ZPO § 765a Rn. 41-46.

43 Siehe § 712 Abs. 2 Satz 2 ZPO und § 765a Abs. 1 Satz 2 iVm. § 732 Abs. 2 ZPO.

diesen Prinzipien folgende Ausgestaltung der Stabilisierungsanordnung des StaRUG würde in angemessener und richtlinienkonformer Weise<sup>44</sup> die Interessen von Schuldner und Gläubiger berücksichtigen.

Die Begrenzung vertraglicher und gesetzlicher Rechte in einem Schuldverhältnis, wie sie das Verbot von Lösungsklauseln vorsieht, ist typisch für den Grundsatz unzulässiger Rechtsausübung.<sup>45</sup> Die Gefährdung des Restrukturierungsmehrwertes typisiert insofern ein individuelles Schutzinteresse der Beteiligten, aber auch ein makroökonomisches und damit öffentliches Interesse.

Die StaRUG-Anpassungen mit Bezug zum Insolvenzrecht folgen demgegenüber der dortigen Logik. Bei Eintritt der Insolvenzreife bedarf es daher einer Anzeige bei Gericht und im Zweifel eines Insolvenzverfahrens (§§ 33 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, 59 Abs. 3 StaRUG). Privilegierungen redlicher Sanierungsversuche unterliegen den Wertungen des Insolvenzanfechtungsrechts (§§ 89, 90 StaRUG).

Die Einsatzgebiete des Restrukturierungsbeauftragten sind schließlich in Art. 5 RL vorgegeben und funktional höchst verschieden. Oft wird er als Gehilfe des Gerichts tätig (§§ 73, 75 Abs. 1 StaRUG) und damit als Sachverständiger vor Ort (§ 39 Abs. 1 Satz 2 StaRUG), nur ausnahmsweise im Interesse nur einer Beteiligengruppe (§ 77 StaRUG).

## D. Konsequenzen für eine Reform des StaRUG

Der Gesetzgeber hat für die neuen Regelungen des StaRUG eine Evaluierung vorgesehen.<sup>46</sup> Die Schwächen der Regelung könnten also durchaus zeitnah überwunden werden. Eine Ausrichtung am Paradigma der freien Sanierung würde insbesondere folgende Punkte neu regeln müssen.

### I. Kein Zugangsfenster

Zum einen sollte – wie im US-Vorbild – gänzlich auf das Zugangskriterium der drohenden Zahlungsunfähigkeit, ja auf jedes Kriterium, das den wirtschaftlichen Zustand des Schuldners gerichtlich prüfen lässt, verzichtet werden. Die Beurteilung einer hinreichenden „likelihood of insolvency“, um den Begriff der Richtlinie zu verwenden, sollte ebenso allein den Planbetroffenen überlassen bleiben wie die Fragen nach der Notwendigkeit und Fairness der vom Schuldner verhandelten Zugeständnisse. Erst und allein im Fall des Minderheitenschutzes wird das Gericht auf

---

44 Art. 6 Abs. 4 lit. b und Abs. 7 lit. b RL sieht explizit die Berücksichtigung der Gläubigerinteressen vor und zwar entweder bei der Reichweite oder der Aufhebung des Moratoriums. Beide Gesichtspunkte fehlen in den §§ 49 ff. StaRUG.

45 Statt vieler MüKoBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2019, BGB § 242 Rn. 215.

46 RegE, BT-Drs. 19/24181, S. 102 f.

Basis der vorgetragenen Argumente und Prognosen entscheiden müssen, ob das Planszenario überzeugt.

Die StaRUG-Restrukturierung entspräche dann in ihren Grundzügen weitgehend der Anleiherestrukturierung nach §§ 5, 20 SchVG, bei der ebenfalls weder Insolvenznähe oder wirtschaftliche Schwierigkeit ex ante darzulegen sind. Stattdessen erzeugen ein hohes tatsächliches Gläubigerquorum (75%) und eine nachgelagerte Gerichtskontrolle eine hinreichende Richtigkeitsgewähr.

Lässt man sich gedanklich darauf ein, Restrukturierungsmechanismen von Insolvenzmechanismen zu trennen, so wird deutlich, dass beide weder zeitlich voneinander getrennt noch kumulativ erzeugt werden müssen. Insolvenzmechanismen können vielmehr eng an die Insolvenz des Schuldners selbst anknüpfen, während Restrukturierungen wie alle Vertragsabschlüsse jederzeit möglich sind. Aus Sicht des so etablierten insolvenzunabhängigen Restrukturierungsverständnisses verändert der Eintritt der Insolvenzreife lediglich das Alternativszenario, vor dessen Hintergrund der Plan verhandelt wird.<sup>47</sup> Folgerichtig sollten rein planbezogene Regelungen unverändert weiter gelten. Restrukturierungs- und Insolvenzplan sind insoweit einheitlich zu normieren.

## II. Instrumente unabhängig vom Insolvenzbezug

Die Aufgabe des insolvenzrechtlichen Paradigma bedeutet auch, dass es keiner Prüfung des § 18 Abs. 2 InsO bedarf, um gerichtliche Maßnahmen der Restrukturierungshilfe zu erlangen. Die Tatbestände dieser Hilfen sind vielmehr anhand der allgemeinen Grundsätze des Vertrags- und Vollstreckungsrechts zu entwickeln. Dies bedeutet insbesondere eine Neuausrichtung der Stabilisierungsanordnungsvoraussetzungen, die *de lege ferenda* anhand der Grundprinzipien relevanter Vollstreckungsrechtsbehelfe erfolgen sollte und so eine Abwägung des Vollzugs- gegen das Suspensivinteresse im Einzelfall sowie zu verschiedenen Zeitpunkten (Anordnung/Aufhebungsantrag) ermöglichen kann.

## E. Fazit

Das StaRUG hat in Umsetzung des präventiven Rahmens der Restrukturierungsrichtlinie modular wählbare gerichtliche Hilfsinstrumente geschaffen, die das deutsche Restrukturierungsrecht aus der Dualität von freier und insolvenzrechtlicher Sanierung herausführen. Dieser moderne Regelungsansatz ist zu begrüßen. Das dabei durch das BMJV zugrunde gelegte Regelungskonzept folgt allerdings einem insolvenzrechtlichen Paradigma gerichtlicher Restrukturierungshilfen und basiert so leider auf einer Fehlkonzeption. Die Folgen dieser Sichtweise sind nicht rein akademischer

---

47 Die Restrukturierung insolventer Schuldner kombiniert also zwei Regelungsgebiete, um gleich zwei Probleme zu bewältigen: das Common Pool-Problem einer unzureichenden Haftungsmasse und das Anticommons-Problem einer dissentierenden Minderheit. Die Kritik von *Westpfahl*, ZRI 2020, 157, 161, an einer vertragsrechtlichen Deutung des Restrukturierungsrechts übersieht diese Doppelung.

Natur. Sie führen zu inkonsistenten Regelungen in vielen Bereichen des StaRUG und gefährden so die Praxistauglichkeit des neuen Rechts.

Diese Inkonsistenzen lassen sich mühelos überwinden, wenn der Reformgesetzgeber nach der Evaluation des StaRUG einen echten Paradigmenwechsel wagt und die gerichtliche Restrukturierung im präventiven Rahmen dem Vertragsprinzip der freien Sanierung unterstellt. Dies würde es nicht nur erlauben, alle Instrumente des StaRUG in ihrer wesentlichen Form zu erhalten. Ihre Anwendung wäre einfacher und konsistenter. Der Restrukturierungsplan wäre wirkungsvoller und die Stabilisierungsanordnung interessengerechter.

Nach der Reform ist vor der Reform.