

## ZInsO-Aufsätze

### Das Präventive Restrukturierungsverfahren

#### Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22. 11. 2016 COM(2016) 723 final

von Dr. Christoph Alexander Jacobi, Leipzig\*

Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren kommt. Die EU-Kommission hat mit Datum v. 22.11.2016 ihre Empfehlungen v. 12.3.2014 zu einem Richtlinienvorschlag aufgearbeitet. Es handelt sich um ein Verfahren zur Regulierung der Passivseite der Bilanz, auch gegen den Willen einer Gläubigerminderheit, ohne dass weitere Elemente eines Insolvenzverfahrens, wie ein Vertragswahlrecht (§§ 103 ff. InsO) oder Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) Bestandteil sind. Die Details zur Umsetzung werden nun innerhalb der EU diskutiert. Der schlussendliche Grad der Harmonisierung der Verfahren ist offen, vor allem die Nähe zu den jeweiligen Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten, auch ob das Wort „Insolvenz“ in die Verfahrensbezeichnung Eingang finden soll. Der Text der Kommission v. 22.11.2016 verwendet für das Verfahren den Begriff des „Präventiven Restrukturierungsrahmens“.<sup>1</sup>

Einige Eckpunkte werden die Diskussionen um das Verfahren besonders befeuern. Dies betrifft die mitgliedstaatlichen Entscheidungen, (1) wann genau ein Unternehmen ein Präventives Restrukturierungsverfahren einleiten kann, (2) unter welchen Voraussetzungen Gläubiger überstimmt werden dürfen und (3) in welchem Umfang das Gericht die rechtlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten des Restrukturierungsverfahrens und des Plans zu verantworten hat (Prüfungstiefe).

Nachfolgend wird das Präventive Restrukturierungsverfahren auf Basis des Richtlinienvorschlags der Europäischen Kommission v. 22.11.2016 und dem bisherigen Stand der Diskussionen hierzu erläutert. Wesentlich für ein Verständnis zur Umsetzung der Richtlinie sind die Erwägungsgründe der Europäischen Initiativen zur Vereinheitlichung des Insolvenzrechts (I.), gefolgt von einer kurzen Anmerkung zum Trend einer dem Insolvenzverfahren vorgelagerten Restrukturierung (II.), und schließlich der Analyse des Richtlinienvorschlags (III.).

#### I. Europäische Initiativen zur Vereinheitlichung des Insolvenzrechts als Teilbereich der Kapitalmarktunion

##### 1. Empfehlung der Kommission v. 12.3.2014

Ziel der Empfehlung der EU-Kommission ist es, „zu gewährleisten, dass in finanziellen Schwierigkeiten befindliche wirtschaftlich bestandsfähige Unternehmen [...] Zugang zu nationalen Insolvenzrahmen haben, die ihnen ermöglichen, frühzeitig eine Restrukturierung vorzunehmen, um eine Insolvenz zu verhindern und dadurch ein für Gläubiger, Beschäftigte, Anteilseigner und die Wirtschaft insgesamt ein Höchstmaß an Wert sicherzustellen.“<sup>2</sup>

Darüber hinaus soll mit der Empfehlung redlichen Unternehmen, die von einem Konkurs betroffen sind, eine zweite Chance in der Union gegeben werden.“<sup>2</sup>

Die EU-Kommission benennt die z.T. erheblichen *Unterschiede der „nationalen Restrukturierungsrahmen“*, mithin der Insolvenzverfahren und der vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahren als Manko innerhalb der EU. Gleiches gilt für die Dauer und die Bedingungen der Restschuldbefreiung für Unternehmer. Diese Diskrepanzen können nach den Ausführungen der EU-Kommission abschreckend auf Unternehmen wirken, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen wollen. Denn die unterschiedlichen Ausgestaltungen der Insolvenz- bzw. Restrukturierungsverfahren bedingen erhöhte Kosten und Unsicherheit bei der Bewertung von Investitionsrisiken, einschließlich der daraus folgenden unterschiedlichen Praxis der Kreditinstitute zur

Vergabe von Krediten. Als Beispiel hierfür nennt die EU-Kommission unterschiedliche Rückzahlungsquoten für die Gläubiger.<sup>3</sup>

Die EU-Kommission verspricht sich von der Vereinheitlichung der Restrukturierungsrahmen im Sinne der Schaffung eines in allen Mitgliedstaaten möglichst homogenen vorinsolvenzlichen, präventiven Verfahrens:<sup>4</sup>

- a) einheitliche Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen und Unternehmer,<sup>5</sup>
- b) wachsendes Vertrauen der Unternehmen und Unternehmer in die Systeme anderer Mitgliedstaaten mit der Folge der Förderung von Kreditbeschaffung und Investition,<sup>6</sup>
- c) Senkung der Kosten einer Restrukturierung für Schuldner und Gläubiger,<sup>7</sup>

\* Der Autor ist Partner der Kanzlei Stapper Insolvenz- und Zwangsverwaltung, Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht und Lehrbeauftragter der Universität Leipzig. Der Artikel beruht auf dem Vortrag des Autors v. 8.12.2016 vor dem Fachkreis Insolvenzrecht des Leipziger Anwaltvereins.

1 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, „on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU“, Titel II; so auch die Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014 „für einen neuen Ansatz im Umgang mit unternehmerischem Scheitern und Unternehmensinsolvenzen“, Rn. 6 ff.

2 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (1).

3 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgründe (2 – 4).

4 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgründe (1 – 20).

5 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (7).

6 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (8).

7 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (11).

- d) Erleichterung der Restrukturierung von grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen,<sup>8</sup>
- e) Erhalt von Arbeitsplätzen,<sup>9</sup>
- f) Steigerung der Rückzahlungsquoten,<sup>10</sup>
- g) Steigerung des Anteils der selbstständigen Erwerbstätigkeit,<sup>11</sup>
- h) Minimierung der wirtschaftlichen und sozialen Kosten beim Verschuldensabbau,<sup>12</sup>
- i) verbesserte Sicherstellung der Erhebung und Beitreibung von Steuern, auch indem wirtschaftlich bestandsfähige Unternehmen ein effizientes Restrukturierungsverfahren durchlaufen können,<sup>13</sup>
- j) Regelung wirtschaftlicher Schwierigkeiten in einer frühen Phase zur Vermeidung der Insolvenz,<sup>14</sup>
- k) durch Verhinderung der Insolvenz, Vermeidung des damit verbundenen negativen, sozialen Stigmas.<sup>15</sup>

## 2. Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion v. 30.9.2015

Ähnliche Erwägungsgründe tragen in diesem Kontext die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen als Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion v. 30.9.2015.

Zielstellung des Aktionsplans zur Schaffung einer Kapitalmarktunion ist dabei:<sup>16</sup>

- den europäischen Unternehmen, insbesondere den kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), mehr Finanzierungsoptionen zu bieten,
- Sicherstellung eines angemessenen Rechtsrahmens für langfristige und nachhaltige Investitionen sowie für die Finanzierung der europäischen Infrastruktur,
- Investitionen und Wahlmöglichkeiten für private und institutionelle Anleger zu vermehren,
- Erhöhung der Kreditvergabekapazitäten der Banken,
- Beseitigung grenzüberschreitender Hindernisse.

Hinsichtlich der grenzüberschreitenden Hindernisse sind verschiedenen Bereiche des Wirtschaftsrechts angesprochen. Dies betrifft die mögliche Vereinheitlichung:

- der Eigentumsrechte,
- der Rechte an Wertpapieren,
- die Verbesserung der Aufsicht über die Instrumente und die Institute des europäischen Kapitalmarkts und schließlich
- die Vereinheitlichung insolvenzrechtlicher Regelungen.<sup>17</sup>

Es wird darauf verwiesen, dass sowohl die Ineffizienz als auch die Divergenz der Insolvenzgesetze Anlegern eine Bewertung des Kreditrisikos, insbesondere bei grenzübergrei-

fenden Investitionen, erschweren. Moniert wird im Aktionsplan die *fehlende Umsetzung der Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014*, weshalb der Richtlinienvorschlag für das 4. Quartal 2016 angekündigt wurde.<sup>18</sup>

Die *Notwendigkeit der Verbesserung und Vereinheitlichung der Restrukturierungsrahmen* schließt die EU-Kommission im Aktionsplan v. 30.9.2015 auch aus dem internationalen Ranking der Insolvenzvorschriften. Im „Doing-Business“-Bericht 2015 der Weltbank werden Länder nach der Stärke ihrer Insolvenzrahmen auf einer Skala von 0 – 16 eingestuft. Der einfache EU-Durchschnitt liegt mit 11,6 um 5 % unter dem OECD-Durchschnitt für Länder mit hohem Einkommen (12,2). Einige Mitgliedstaaten wurden im Weltbankbericht mit weniger als 8 Punkten bewertet.<sup>19</sup> Deutschland belegt im Ranking hinter Finnland und Japan Platz 3. Andere Nationen wie England (Platz 13) oder Frankreich (Platz 24) sind trotz ihrer recht populären Restrukturierungsverfahren, wie dem gesellschaftsrechtlichen *Scheme of Arrangement* oder dem *Procédure de conciliation*,<sup>20</sup> vergleichsweise abgeschlagen.<sup>21</sup>

## 3. EuInsVO v. 20.5.2015 mit Geltung 26.6.2017

Die Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rats v. 20.5.2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung) regelt die Abwicklung von grenzüberschreitenden Konzerninsolvenzen grundlegend neu. Es findet sich dabei eine starke Übereinstimmung zu Teilregelungen des deutschen Entwurfs zu einem Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen v. 30.1.2014.<sup>22</sup>

Die seit ihrem Inkrafttreten bereits mehrfach geänderte Eu-InsVO greift mit der Neufassung v. 20.5.2015 im Sinne der Thematik der Kapitalmarktunion die einheitliche Regelung von grenzüberschreitenden Insolvenzen auf. Konzerninsolvenzen werden europäisch künftig transparenter und einheitlicher mit folgender Grundrichtung abgewickelt:

8 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (11).

9 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (12).

10 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Rn. 2 (b).

11 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (12).

12 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (12).

13 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (14).

14 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (16).

15 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (20): Das soziale Stigma stellt „bedeutende Negativanreize für Unternehmer dar, die ein Unternehmen gründen oder eine zweite Chance erhalten wollen, obwohl erwiesen ist, dass Unternehmer, die Konkurs erlitten haben, beim zweiten Versuch mehr Chancen auf Erfolg haben“. (Hervorhebung des Verfassers).

16 Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion v. 30.9.2015, S. 5 – 7.

17 Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion v. 30.9.2015, S. 7.

18 Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion v. 30.9.2015, S. 28, S. 35.

19 Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion v. 30.9.2015, S. 28.

20 Zu diesen Verfahren *Beissenhirtz*, ZInsO 2011, 57, 62 ff.

21 Pressemitteilung des Verbands Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID) v. 19.11.2015.

22 BT-Drucks. 18/407.

- keine formelle und materielle Konsolidierung der Insolvenzmassen (Ausnahme bzgl. formell: einheitlicher Gerichtsstand bei COMI in einem Mitgliedstaat),
- Pflicht zur Kooperation von Verwaltern und Gerichten,
- Antragsrecht der Verwalter auf Aussetzung der Verwertung,
- Koordinationsverfahren mit (unverbindlichem) Plan möglich,
- Anwendungsbereich:
  - Vermögensverfügungsgewalt (teilweise) entzogen mit bestelltem Verwalter,
  - Durchführung einer gerichtlichen Kontrolle oder Aufsicht, oder
  - Aussetzung von Zwangsvollstreckungen für Zwecke von Verhandlungen.<sup>23</sup>

Allein hinsichtlich dieses Anwendungsbereichs sei die Neufassung der EuInsVO erwähnt, da nach Art. 1 Abs. 1 a.E. ein nach h.M. *konstitutiver Katalog als Anh. A* regelt, welche Verfahren dem Geltungsbereich der EuInsVO unterfallen, wie das dort genannte Insolvenzverfahren. Insofern wird zu beachten sein, ob das Präventive Restrukturierungsverfahren im Katalog aufgenommen wird.

#### 4. Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016 (Erwägungsgründe)

Der Richtlinienvorschlag v. 22.11.2016 arbeitet die Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014 auf. Die dortigen Regelungsinhalte werden präzisiert. Einige Neuerungen kommen hinzu. Über die Erwägungsgründe der Empfehlungen des Jahres 2014 hinaus sind folgende Punkte zu nennen:

- Einführung eines „Frühwarnsystems“ vor allem für KMU,<sup>24</sup>
- kein gerichtlicher Eröffnungsbeschluss zur Einleitung des Verfahrens; allerdings ein gewisses Maß an gerichtlicher Kontrolle, wenn die Interessen der Gläubiger/Dritter es erfordern, vor allem bei
  - der Anordnung von Aussetzungsmaßnahmen,
  - der Bestätigung des Plans, dem nicht alle Gläubiger zustimmen;<sup>25</sup>
- Dauer des Restrukturierungsrahmens grds. 4 Monate, maximal 12, wenn hohe Aussicht der Planannahme besteht, und die Ursache der Verzögerung in den Verhandlungen zum Plan zu finden ist,<sup>26</sup>
- Gesellschafter können in den Plan mit einbezogen werden und sollen diesen nicht behindern können,<sup>27</sup>
- Präzisierung der „safe harbours“ für Restrukturierungshandlungen,<sup>28</sup>
- Hervorhebung der Arbeitnehmerschutzrechte,<sup>29</sup>
- Qualifikationsanforderungen für Restrukturierungsgerichte und Anforderungen hinsichtlich der Qualifikation,

Auswahl, Aufsicht, Haftung und Vergütung der Praktiker (vor allem der Verwalter).<sup>30</sup>

Die EU-Kommission hat zu jedem Land ein *Country fact sheet* mit den wesentlichen Neuerungen und Verbesserungen des Präventiven Restrukturierungsverfahrens im Vergleich zur jeweilig aktuellen Rechtslage erstellt. Deutschland nimmt, nach Finnland, bei der Bewertung der Effektivität der Insolvenzverfahren Platz 2 ein.

## II. Trend zur Unternehmensrestrukturierung außerhalb der klassischen Insolvenz

Das *Vergleichsverfahren* nach der VerglO und der danach grds. vorrangige Vergleich vor dem Konkurs beruhen auf der bekannten Annahme, Fortführung und Restrukturierung seien für die durchschnittliche Mehrheit der Beteiligten i.a.R. wirtschaftlich und sozial vorteilhafter. Das *Verbraucherinsolvenzverfahren* sieht vor allem mit der Zustimmungsersetzung nach § 309 InsO ein vorinsolvenzliches Schuldenbereinigungsverfahren vor, welches in kleinen Teilen durchaus an die aktuellen Überlegungen zu einem Präventiven Restrukturierungsverfahren erinnert. Mit dem *Schuldverschreibungsgesetz 2009* und dem *Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz 2010* findet eine vor- bzw. außerinsolvenzliche Schuldenbereinigung für Schuldverschreibungen (mit 75 % Mehrheit) bzw. Kreditinstitute (entsprechend §§ 244, 245 InsO) statt. Europaweit, nicht nur in England und Frankreich, existieren und mehren sich die vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahren.<sup>31</sup>

Schließlich führte das *ESUG 2012* einen Wahrnehmungswandel bei Beratern, Gerichten und Verwaltern herbei, was das Selbstverständnis manch vormaliger autokratischer Verfahrensführung, vor allem aber auch die Auswahl der Verwalter betrifft.

Mit dem Präventiven Restrukturierungsverfahren wird das klassische Insolvenzverfahren weiter in den Hintergrund gedrängt werden, sodass jedem Marktteilnehmer neue Wege, Positionen und Strategien ermöglicht werden.

<sup>23</sup> EuInsVO v. 20.5.2015, Art. 1 ff.

<sup>24</sup> Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (13, 16), Art. 3; hierbei wird es sich im Wesentlichen um Informationsströme im Unternehmen und zwischen diesem und Behörden oder Steuerberatern handeln.

<sup>25</sup> Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (17, 18).

<sup>26</sup> Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (19), Art. 6.

<sup>27</sup> Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (26, 29).

<sup>28</sup> Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (31, 33).

<sup>29</sup> Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (34 – 35).

<sup>30</sup> Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (40).

<sup>31</sup> *Beissenhirtz*, ZInsO 2011, 57 ff., mit einem Überblick hierzu.

### III. Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016

Die Kommission hält Regelungen fest zu den Themen: (1) welche Art von Restrukturierung Gegenstand des Verfahrens ist, (2) welche Voraussetzungen für die Beantragung des Präventiven Restrukturierungsverfahrens gegeben sein müssen, (3) wie sich der Verfahrensverlauf gestaltet, (4) welchen Inhalt der Restrukturierungsplan hat, (5) wie der Plan angenommen und bestätigt wird, (6) unter welchen Voraussetzungen Gläubiger überstimmt werden dürfen, (7) welche Prüfungspflichten das Gericht hierbei treffen, (8) welche Rechtsmittel gegen den Plan bestehen, (9) innerhalb welchen Zeitraums der Unternehmer Restschuldbefreiung erlangen soll und (10) welche Restrukturierungshandlungen geschützt werden. Zudem weist die Kommission (11) auf die Notwendigkeit der Qualitätssicherung von Insolvenzverwaltern, Sanierungsberatern und Gerichten hin.

Die Ausführungen der Kommission lassen notwendigerweise Spielraum für die einzelnen, nationalen Umsetzungen. Sprachliche und inhaltliche Unklarheiten im Text der Kommission sind dabei nicht zu vermeiden. Entsprechend reg wird die Diskussion um die konkrete Ausgestaltung ausfallen. Offen ist der schlussendliche Grad an Harmonie, nachdem die Mitgliedstaaten die Regelungen umgesetzt haben werden.

#### 1. Gegenstand des Präventiven Restrukturierungsverfahrens

Die EU-Kommission beschreibt im Richtlinienvorschlag v. 22.11.2016 die „Restrukturierung“ als Änderung der Zusammensetzung, der Bedingungen oder der Struktur der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten von Schuldern oder anderer Kapitalstrukturen, inklusive der Anteilsrechte, oder eine Kombination dieser Elemente, einschließlich des Verkaufs von Vermögensgegenständen oder Teilen des Unternehmens, mit dem Ziel, der Fortführung des Unternehmens in vollem Umfang oder teilweise.<sup>32</sup>

##### a) Finanz- und leistungswirtschaftliche Restrukturierung

Diese „Änderung der Zusammensetzung, der Bedingungen oder der Struktur der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten“ wird derzeit von der Fachöffentlichkeit primär in Richtung einer *rein finanzwirtschaftlichen Restrukturierung* interpretiert. Die Erwähnung der „Vermögenswerte“ und vor allem des „Teilverkaufs“ zeigt in der Richtlinie nunmehr, deutlicher noch als in den Empfehlungen 2014, die mögliche Änderung der Aktiva an. Eine Beschränkung im Sinne eines Verbots von leistungswirtschaftlichen Sanierungsmaßnahmen als Bestandteil des Plans ist dem Text der Kommission nicht zu entnehmen. Es wäre lebensfremd anzunehmen, keinerlei leistungswirtschaftliche Maßnahmen wären Gegenstand von Sanierungsbemühungen, zumal beide Bereiche nur theoretisch, aber oft nicht *in praxi* klar voneinander getrennt sind.

Dass eine erfolgreiche Sanierung ausschließlich durch eine Verringerung der Passiva ohne jegliche leistungswirtschaftliche Maßnahme in die Wege geleitet werden kann, wird zu Recht auch vom BGH im Kontext von Sanierungskrediten als „ungewöhnlich“ erkannt.<sup>33</sup>

Dass leistungswirtschaftliche Maßnahmen daher im Präventiven Restrukturierungsplan erwähnt und den Gläubigern erläutert werden müssen, ist sachgerecht.<sup>34</sup>

Denn isolierte finanzwirtschaftliche Maßnahmen begründen das Misstrauen, dass die eigentlichen – die leistungswirtschaftlichen – Probleme nicht behoben wurden und daher ein dauerhafter Unternehmensbestand nicht gesichert ist. Es ist in solchen Fällen reiner Finanzrestrukturierung naheliegend, den Gläubigern darzulegen, weshalb ausnahmsweise keine leistungswirtschaftlichen Maßnahmen umgesetzt werden müssen.<sup>35</sup>

Eine andere Frage – neben tatsächlich umgesetzten Leistungsmaßnahmen – ist, ob Verfahrensregeln geschaffen werden sollen, die eine operative, leistungswirtschaftliche Sanierung erleichtern, etwa in Anlehnung an § 103 InsO. Derartige Regelungen sind im Richtlinienvorschlag der Kommission nicht enthalten, erschienen unter Abgrenzungsgesichtspunkten gegenüber dem Insolvenzverfahren und auch verfassungsrechtlich wegen des frühen Krisenstadiums nicht sachgerecht und werden derzeit von der Fachöffentlichkeit nicht befürwortet.<sup>36</sup>

##### b) Vom fehlfinanzierten Großunternehmen bis zum Einzelhändler

Ein wichtiger Aspekt ist der von der Kommission grds. angedachte Kreis der Unternehmen, für welche das Verfahren angewandt werden soll. Gelegentlich wurden im Kontext vorinsolvenzlicher Sanierungsverfahren Spezialfälle wie fehlgeschlagene Unternehmensübernahmen mittels *Leveraged Buyout (LBO)* diskutiert. Im Kern gesunde Wirtschaftsbetriebe, oftmals eher die größeren (mittelständischen) Unternehmen, können auf diesem Weg z.B. überteuerte Kredite teilweise „loswerden“, ohne ein ansonsten nachteiliges Insolvenzverfahren durchlaufen zu müssen.<sup>37</sup> Die Kommission bezieht ihre Ausführungen im Richtlinienvorschlag jedoch ausdrücklich auch auf *KMU*.<sup>38</sup> Der übrige Text der

32 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 2 (2).

33 BGH v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, ZInsO 2016, 1251 ff. Rn. 33

34 *Frind/Pollmächer*, ZInsO 2016, 1290, 1291, für die Möglichkeit auch „operativer Restrukturierungselemente“; *Brömmekamp*, ZInsO 2016, 500, 503, für operative Maßnahmen neben reiner Bilanzsanierung.

35 BGH v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14, ZInsO 2016, 1251 ff. Rn. 34 – 38.

36 Die Äußerungen von *Frind/Pollmächer*, ZInsO 2016, 1290, 1291; *Brömmekamp*, ZInsO 2016, 500, 503, zielen nach meinem Verständnis nicht in Richtung einer notwendigen rechtlichen Regelung leistungswirtschaftlicher Optionen im Restrukturierungsverfahren, sondern darauf, leistungswirtschaftliche Maßnahmen nicht auszublenden.

37 *Siemon*, NZI 2016, 57 ff. ausführlich zu LBO-Fällen, die prädestiniert für ein vorinsolvenzliches Verfahren sind.

38 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (13), zum „Frühwarnsystem“ vor allem für diese Unternehmen.

Kommission enthält keine Einschränkungen des Präventiven Restrukturierungsverfahrens auf Spezialfinanzierungen wie LBO-Fälle oder etwa Großunternehmen, sodass dem Grundsatz nach jede unternehmerische Einheit das Verfahren nutzen kann, auch der Einzelunternehmer.

### c) Verbandsstellungen

Der VID erwähnt die Notwendigkeit auch leistungswirtschaftlicher Sanierungsmaßnahmen, um eine nachhaltige Unternehmenssanierung sicherzustellen. Rechtliche Regeln im Rahmen des Restrukturierungsverfahrens werden nicht gefordert.<sup>39</sup>

Der *Gravenbrucher Kreis* sieht die „Restrukturierung der Passivseite der Bilanz“ im Vordergrund. Allein „Geldkreditgläubiger“ sollen betroffen sein, insbesondere Arbeitnehmerrechte nicht. Sanierungswerkzeuge wie Insolvenzanfechtung, Insolvenzzugeld, Vertragsablehnungs- und Sonderkündigungsrechte sollen im Verfahren nicht zur Verfügung stehen.<sup>40</sup>

Der DAV erwähnt neben der finanziellen, auch die operative Sanierung als Ziel eines Präventiven Restrukturierungsverfahrens.<sup>41</sup>

## 2. Voraussetzungen des Präventiven Restrukturierungsverfahrens

### a) Schwierigkeit eines präzisen Eingangsmerkmals

Die Kommission führt zu den Eingangsvoraussetzungen recht spartanisch aus, dass den Unternehmen die Regelung ihrer finanziellen Schwierigkeiten in einer Phase möglich sein soll, in der sie die Insolvenz noch verhindern können. Um potenzielle Risiken eines Missbrauchs des Verfahrens zu vermeiden, muss gemäß den Empfehlungen v. 12.3.2014 gewährleistet sein, dass die finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners

- „wahrscheinlich zu einer Insolvenz führen“,
- der Restrukturierungsplan muss die Insolvenz des Schuldners verhindern und
- die Bestandsfähigkeit des Unternehmens sichern können.<sup>42</sup>

Das Stichwort der „Vermeidung“ bzw. „Verhinderung“ der Insolvenz ist maßgeblich. Der Schuldner<sup>43</sup> soll die Option der Restrukturierung haben,

- „sobald offensichtlich ist, dass die Möglichkeit einer Insolvenz besteht“.<sup>44</sup>

Die Fachwelt stellt hierzu – derzeit noch im Wesentlichen in Form von Vorträgen auf Kongressen<sup>45</sup> – die naheliegenden Fragen, unter welchen genauen Voraussetzungen die Insolvenz „wahrscheinlich“ oder „offensichtlich“ ist.

Mit dem Richtlinienvorschlag v. 22.11.2016 hat sich der diesbezügliche Text geringfügig geändert hin zu einer Formulierung, die lediglich noch die

### Wahrscheinlichkeit

einer Insolvenz benennt. Danach sollen Schuldner in einer frühen Phase Zugang zu einem Restrukturierungsrahmen haben,

- „wenn es wahrscheinlich erscheint, dass die Insolvenz verhindert werden kann“<sup>46</sup>
- bzw. wenn eine „Wahrscheinlichkeit der Insolvenz“ gegeben ist.<sup>47</sup>

Damit ist dieser Formulierung nach der Zugang zum Verfahren sprachlich vorverlegt auf die bloße Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz, auch wenn im Ergebnis die Mitgliedstaaten unabhängig von diesen Entwicklungen der Kommissionstexte ihre eigene sachlich richtige und verfassungsrechtlich vertretbare Position finden müssen.

Gleichwohl ruft die Frage nach dem konkreten Zeitpunkt des Einstiegs in ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren eine Armada von speziell insolvenzrechtlichen bis zu verfassungswissenschaftlichen Überlegungen hervor. Eine Angleichung der Insolvenzgründe ist von der EU-Kommission nicht vorgesehen. Folglich fehlen auch Bezüge zu einzelnen Rechtsordnungen, wie etwa zu § 18 InsO. Ob erst die drohende Zahlungsfähigkeit den Zugang zum Präventiven Restrukturierungsverfahren ermöglicht, ist fraglich. Vorausschauende Restrukturierungen z.B. infolge eines prognostizierten Markteinbruchs wären dann nicht möglich, sofern im Prüfungszeitraum nach den maßgeblichen Kriterien die Zahlungsunfähigkeit noch nicht droht. Nach IDW S 11 liegt drohende Zahlungsunfähigkeit bei einer negativen Fortbestehensprognose vor.<sup>48</sup> Aus dieser folgt nicht zwingend die Überschuldung; dies vielmehr nur dann, wenn das sich aus

39 Stellungnahme des VID v. 16.2.2016 zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Vorbem.

40 Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises v. 23.5.2016 zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Pkt. 1. und 2. Dass leistungswirtschaftliche Maßnahmen nicht vorgenommen werden, ist durch diese Formulierung des GK kaum ausgeschlossen; vielmehr dürfte diese Äußerung lediglich dahin gehend zu verstehen sein, dass in das Restrukturierungsverfahren keine Regelungen wie §§ 103 ff., 129 ff. InsO aufgenommen werden sollen, was Konsens sein sollte. Auch ist der Begriff „Geldkreditgläubiger“ m.E. nicht zu eng zu verstehen und dürfte im betriebswirtschaftlichen Verständnis des GK z.B. auch Warenkreditversicherer erfassen.

41 Stellungnahme des DAV zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, ZInsO 2016, 1197 f., Pkt. 1 (1).

42 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Erwägungsgrund (16).

43 Dass das Präventive Restrukturierungsverfahren nur auf Antrag des Schuldners und nicht von Gläubigerseite her möglich ist, folgt aus dem frühen Krisenstadium, in dem noch keine Insolvenzgründe nach §§ 17, 19 InsO vorliegen; dazu etwa *Brömmekamp*, ZInsO 2016, 500, 501.

44 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Rn. 6 (a).

45 Im Herbst 2016 etwa auf der BDU-Sanierungskonferenz am 11.11.2016 *Flöther* und *Madaus* zu dieser Thematik.

46 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (17). Das Fehlen einer (frühzeitigen) Eingangsentscheidung gemäß diesem Erwägungsgrund führt bei der Überlegung des Startpunkts des Verfahrens nicht weiter, da dies vielmehr die Frage betrifft, wann das Gericht was zu prüfen hat.

47 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 4 Abs. 1.

48 IDW S 11 v. 29.1.2015, Rn. 93, Rn. 57 – 59.

dem Überschuldungsstatus ergebende Reinvermögen negativ ist.<sup>49</sup>

### b) Präventives Restrukturierungsverfahren erst bei drohender Zahlungsunfähigkeit?

Die *drohende Zahlungsunfähigkeit* stellt den spätest möglichen Zeitpunkt für die Option eines Präventiven Restrukturierungsverfahrens dar. Denn in einem solchen Stadium liegen – zumindest im deutschen Insolvenzrecht – die Phasen von Insolvenzantragsrecht (§ 18 InsO) und Insolvenzantragspflicht (§§ 17, 19 InsO) i.d.R. nah beieinander und lassen sich in der Praxis meist nicht messerscharf voneinander trennen. Die Intention der Kommission, basierend auf den Erwägungsgründen der Empfehlung v. 12.3.2014, weist den Beginn des Restrukturierungsverfahrens in ein früheres Stadium der wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Unternehmens.<sup>50</sup> Dass dies sowohl aktuell als auch im Verlauf der anstehenden Umsetzungsverhandlungen der Mitgliedstaaten streitig ist bzw. sein wird, versteht sich angesichts der verfassungsrechtlichen Brisanz dieses Aspekts von selbst.<sup>51</sup>

Orientierend an den Krisenstadien<sup>52</sup> von Stakeholderkrise über Strategiekrise, Produkt- und Absatzkrise, Erfolgskrise, Liquiditätskrise bis zur Insolvenzreife dürfte eine Verortung des *Präventiven Restrukturierungsverfahrens im Bereich der Strategiekrise* und damit doch recht deutlich vor der (drohenden) Liquiditätskrise zu verorten sein. Die Strategiekrise bedeutet z.B. das Erkennen eines sich anbahnenden Markt- oder Auftragseinbruchs bzw. dessen Prognose, die Feststellung, dass hinsichtlich zurückgegangener oder zurückgehender Umsätze die Kostenstruktur noch nicht ausreichend angepasst wurde, oder die Erkenntnis einer notwendigen Änderung der Wettbewerbsstrategie infolge Wandels der Branchenstruktur.<sup>53</sup>

### c) Präventives Restrukturierungsverfahren als milderer Mittel

Geht mit dieser unternehmerischen Einschätzung auf Basis ausgewerteter Finanzpläne die Feststellung einher, dass trotz Anpassungsmaßnahmen bspw. in einem Zeitraum 6 Monate nach dem aktuellen Planungszeitpunkt die betrieblichen Kosten nicht mehr gedeckt sind bzw. Kredite nicht mehr vollständig bedient werden können, würde der umsichtige Unternehmer einen außergerichtlichen Sanierungsprozess initiieren. Ist ein Konsens hier nicht zu erzielen, bliebe die Einleitung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung nach §§ 270a, 270b InsO. Die „Lücke“ zwischen gescheiterter außergerichtlicher Sanierung und Insolvenzverfahren kann das *Präventive Restrukturierungsverfahren als milderes Mittel (Übermaßverbot)* gegenüber dem eingriffsstärkeren Insolvenzverfahren schließen.

### d) Verzicht auf jedes schuldnerseitig nachzuweisende Eingangsmerkmal

Diametral gegenüber stünde dem Versuch der Fixierung eines Eingangskriteriums der *Verzicht auf jeden Auslösetatbestand*.

Argumentativ ließe sich ein quasi voraussetzungsloses Präventives Restrukturierungsverfahren dadurch stützen, dass die *freiwillige Einleitung* eines solchen Verfahrens die *Wahrscheinlichkeit* einer sonst gegebenen Insolvenz *indiziert*. Dies trifft zumindest auf die Fälle eines wirtschaftlich vernünftig und grds. rechtmäßig handelnden Unternehmers zu. Niemand würde sich „normalerweise“ die Querelen eines Restrukturierungsverfahrens aufbürden, aus dem in jedem Fall, wenn auch noch so präventiv, Unsicherheiten aus der Perspektive der Kunden, Lieferanten und Geschäftspartner folgen, es also ein Risiko bedeutet, dieses Verfahren zu initiieren. Folglich wird man annehmen dürfen, dass diesem bewussten Risiko tatsächliche wirtschaftliche Schwierigkeiten im Unternehmen gegenüberstehen, welche es rechtfertigen, dieses Risiko einzugehen.

Materiell-rechtlich würde für das Präventive Restrukturierungsverfahren damit zwar eine Krisensituation vorausgesetzt. Allerdings wäre das Verfahren erst zu stoppen, wenn sich dem Gericht – z.B. informiert durch Gläubiger – Anhaltspunkte aufdrängen, die auf das tatsächliche Fehlen einer wirtschaftlichen Schieflage schließen lassen. Betrügerische Tendenzen oder Motive, die zumindest nicht unmittelbar finanzwirtschaftlich begründet sind, würden dann dem Verfahren ferngehalten. Das Präventive Verfahren bspw. mit dem alleinigen Ziel der Auswechslung von Anteilsinhabern ohne jede absehbare wirtschaftliche Krise wäre, im Idealfall einer möglichen gerichtlichen Prüfung, nicht durchführbar.

Andererseits existiert Art. 14 GG. Die Gläubiger des schuldnerischen Unternehmens sind durch diese Norm vor Eingriffen in ihre Forderung geschützt.<sup>54</sup> Der Eingriff in Form des teilweisen Forderungserlasses bedarf damit, sofern gegen den Willen des dem Plan nicht zustimmenden Gläubigers, einer sachlichen Rechtfertigung, die grundrechtlichen Erwägungen standhält. Die „*Umkehr der Beweislast*“ von *Schuldner auf Gläubiger bzw. Gericht* hinsichtlich der wirtschaftlichen Notwendigkeit einer Restrukturierung bedürfte im Rahmen der Richtlinienumsetzung eines argumentativen Fundaments, um einer Prüfung durch das BVerfG standzuhalten.<sup>55</sup>

49 IDW S 11 v. 29.1.2015, Rn. 53 Pkt. 2.

50 *Frind/Pollmächer*, ZInsO 2016, 1290, 1291 ff., für einen früheren Zugang zum Restrukturierungsverfahren als dem Zeitpunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit.

51 *Brömmekamp*, ZInsO 2016, 500, 502, gegen das frühe Stadium einer Strategie- oder Erfolgskrise, für die drohende Zahlungsunfähigkeit als Verfahrensvoraussetzung.

52 IDW S 6 v. 20.8.2012, Rn. 62 ff.

53 IDW S 6 v. 20.8.2012, Rn. 69 – 72 zur Strategiekrise; *Frind/Pollmächer*, ZInsO 2016, 1290, 1292 zu Fn. 38, für das gegenüber drohender Zahlungsunfähigkeit frühere Stadium der Ergebniskrise.

54 Die Inhalts- und Schrankenbestimmungen (in Form von Eingriffen) unterliegen nach Maßgabe des Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG dem Gesetzgeber, sodass dieser befugt ist, Eingriffe zum legitimen Zweck des Unternehmenserhalts vorzunehmen. Lediglich der Kernbereich des Eigentumsrechts muss Bestand haben, der aber selbst bei einem sehr frühen und wenig voraussetzungsintensiven Restrukturierungsverfahren kaum unangemessen (im Sinne einer Verhältnismäßigkeit) beschränkt würde. Der politische Spielraum ist hinsichtlich der Art. 3 Abs. 1, 14 Abs. 1 Satz 1 GG vergleichsweise weit; zu dieser streitigen Thematik BVerfGE 58, 137 (Pflichtexemplarentscheidung), Stichwort *Sozialbindung des Eigentums*.

55 Prüfung durch das BVerfG vor allem im konkreten Normenkontrollverfahren, Art. 100 Abs. 1 GG.

### e) Verbandsstellungennahmen

Der VID erwähnt in seiner Stellungnahme zu den Empfehlungen der EU-Kommission v. 12.3.2014, dass der Schuldner nachzuweisen habe, (1) noch mindestens 6 Monate zahlungsfähig zu sein. Weiter müssten sich (2) wirtschaftliche Schwierigkeiten abzeichnen, die kurz- bis mittelfristig geeignet sind, den Bestand des Unternehmens zu gefährden. Als weitere Eingangsvoraussetzung nennt der VID die (3) ordnungsgemäße Einhaltung der Buchführungspflichten und das (4) Fehlen von Rückständen gegenüber Fiskus oder Sozialversicherungsträgern. Selbstverständlich wären (5) laufende Zwangsvollstreckungsmaßnahmen i.a.R. ein Ausschlusskriterium für ein Restrukturierungsverfahren.<sup>56</sup>

Der *Gravenbrucher Kreis* nennt in seiner Stellungnahme zu den Empfehlungen der EU-Kommission v. 12.3.2014 die drohende Zahlungsunfähigkeit als Voraussetzung für eine gerichtliche Bestätigung des Restrukturierungsplans im Fall nicht zustimmender Gläubiger.<sup>57</sup>

Der DAV führt zu den Empfehlungen der EU-Kommission aus, es solle den Mitgliedstaaten freistehen, zu regeln, ob ein Präventives Restrukturierungsverfahren nicht mehr durchgeführt werden könne, wenn bereits Insolvenzgründe bzw. Antragspflichten vorliegen.<sup>58</sup>

## 3. Verfahrensverlauf

Der Verfahrensverlauf ist nach dem Stand des Richtlinienentwurfs der EU-Kommission dem deutschen Insolvenzplanverfahren ähnlich.

### a) Eckpunkte

Nach den Vorstellungen der Kommission gestaltet sich der Gang des Verfahrens wie folgt:

- (1) Verfahrenseinleitung („Antrag“), ohne dass ein gerichtliches Verfahren eröffnet werden bzw. eine gerichtliche Vorprüfung stattfinden muss,<sup>59</sup>
- (2) Schuldner behält vollständige Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (Eigenverwaltung),<sup>60</sup>
- (3) notwendigerweise Vorlage von Unterlagen zu den aufgeworfenen Behauptungen des Schuldners: teilnehmende Gläubiger, Sanierungsbedürftigkeit und -fähigkeit, Zahlungsfähigkeit,<sup>61</sup>
- (4) gerichtliche Bestellung eines Praktikers („Sachwalters“), wenn:<sup>62</sup>
  - a) Aussetzungsmaßnahmen nach Art. 6 beantragt werden,
  - b) der Plan gegen den Willen von Gläubigern bestätigt werden muss.
- (5) auf Antrag des Schuldners gerichtlicher Erlass zur Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen (Moratorium), für 4 bzw. maximal 12 Monate; Aufhebung, wenn nicht mehr erforderlich,<sup>63</sup>

(6) Aussetzung der schuldnerischen Insolvenzantragspflicht sowie des Insolvenzantragsrechts der Gläubiger,<sup>64</sup>

(7) Planeinreichung – gerichtliche Vorprüfung (Insolvenzgericht, Handelsgericht oder OLG) – schriftliche (online)<sup>65</sup> Abstimmung der Gläubiger – gerichtliche Planbestätigung und Verfahrensaufhebung – ggf. Rechtsmittel seitens Gläubigern.<sup>66</sup>

### b) Heikle Aspekte des Verfahrensverlaufs

Ausgangspunkt des Verfahrens ist der Umstand, dass der Schuldner folgende hoheitliche Maßnahmen begehrt, da er mit seinen Gläubigern außergerichtlich keinen Konsens erzielen konnte:

- Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen,
- Aussetzung der eigenen Insolvenzantragspflicht und des Insolvenzantragsrechts der Gläubiger,
- Geltung des Restrukturierungsplans bezogen auf alle planbetroffenen Gläubiger, auch gegen deren Willen.

### (1) Gerichtliches Verfahren ohne Zugangsprüfung

Je nachdem, was der Schuldner für Intentionen hat, beginnt das Verfahren in einem Stadium, in dem noch kein Restrukturierungsplan vorgelegt wird, sondern zunächst nur die „Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen“ Gegenstand des Verfahrens sind. Dies betrifft wesentlich vor allem die gerichtliche Anordnung, dass Kreditgeber Kredite nicht kündigen und Sicherheiten nicht verwerten bzw. allgemein Verträge nicht gekündigt werden dürfen und Gläubiger ihre Forderungen nicht gegen den Schuldner durchsetzen, vor allem nicht im Wege der Zwangsvollstreckung.<sup>67</sup>

56 Stellungnahme des VID v. 16.2.2016 zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Pkt. 1 (1 – 4).

57 Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises v. 23.5.2016 zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Pkt. 4.

58 Stellungnahme des DAV zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, ZInsO 2016, 1197 f., Pkt. 1 (3).

59 Richtlinienentwurf der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (17); Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Rn. 8.

60 Richtlinienentwurf der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 5 Abs. 1.

61 Stellungnahme des VID v. 16.2.2016 zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Pkt. 3 (1 – 4).

62 Richtlinienentwurf der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 5 Abs. 2 – 3; die Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Rn. 9, sahen die Bestellung eines „Mediators“ oder „Beauftragten“ vor.

63 Richtlinienentwurf der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 6; Verlängerung (auf maximal 12 Monate) nur, wenn hohe Wahrscheinlichkeit der Planannahme.

64 Richtlinienentwurf der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 7.

65 Richtlinienentwurf der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 28, sodass es grds. keines mündlichen Gerichtstermins bedarf.

66 Richtlinienentwurf der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 15.

67 Richtlinienentwurf der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 2 (4), Art. 6.; Stellungnahme des VID v. 16.2.2016 zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Pkt. 3 (8).

Auch kann das Verfahren ohne diese „Aussetzungen“ und stattdessen direkt mit der Planeinreichung oder kombiniert damit beginnen. Ein gerichtlicher Beschluss ist mindestens erforderlich für:

- den Erlass zu beantragten „Aussetzungen einzelner Durchsetzungsmaßnahmen“,
- die Bestätigung des Restrukturierungsplans.

Ob trotz Erwägungsgrund (17) des Richtlinienvorschlags v. 22.11.2016, der sich gegen eine Zugangsprüfung ausspricht, der Antrag des Schuldners auf Einleitung des Restrukturierungsverfahrens einer gerichtlichen Zulassung bedarf, was aus deutscher Sicht naheliegend wäre, müssen die Mitgliedstaaten erörtern.<sup>68</sup>

Auch wenn die Kommission ein Restrukturierungsverfahren mit möglichst geringer gerichtlicher Beteiligung anstrebt und in ihren Empfehlungen v. 12.3.2014 erwähnte, dass für das Restrukturierungsverfahren kein „gerichtliches Verfahren eröffnet werden muss“,<sup>69</sup> ist das Gericht involviert in die Prüfung von Antrags- und Planvoraussetzungen sowie den Erlass von Beschlüssen, womit *per definitionem* ein Gerichtsverfahren eröffnet ist.<sup>70</sup>

## (2 – 4) Prüfung von Schuldnerangaben, Bestellung eines Praktikers und Erlass von Aussetzungsbeschlüssen

Die auf Antrag des Schuldners jeweils anstehenden Verfahrenspunkte: Die Bestellung eines Praktikers und die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen werden in ihren Details die Mitgliedstaaten nicht zu knapp beschäftigen.

Ob die Antragsunterlagen des Schuldners – sofern dieser (zunächst) keinen gerichtlichen Beschluss begehrt – überhaupt zu prüfen sind, steht dabei wie erwähnt am Anfang der Überlegungen. Anschließend muss das Gericht nach den Vorstellungen der EU-Kommission über die Bestellung von Praktikern befinden;<sup>71</sup> ggf. auch infolge einer Information eines Gläubigers.<sup>72</sup>

Ein sensibles Thema wird unabhängig von der konkreten gesetzlichen Umsetzung immer das Thema der gerichtlichen Prüfungstiefe zu den jeweiligen Beschlüssen sein. Die gerichtliche Beteiligung im Restrukturierungsverfahren soll auf ein verhältnismäßiges Maß begrenzt sein. Insbesondere die gerichtliche *Ablehnung der Bestätigung von Restrukturierungsplänen*, soll nur möglich sein, wenn diese

„keine begründete Aussicht darauf haben, die Insolvenz des Schuldners abzuwenden und die Bestandsfähigkeit des Unternehmens zu sichern.“<sup>73</sup>

Die Begrenzung der gerichtlichen Prüfungstätigkeit auf dieserart Fälle lässt jedem Gericht den Spielraum, den es nach eigener Vernunft für angezeigt erachtet, gibt aber doch eine gedankliche Linie vor, die ähnlich wie bei der Prüfung von

Insolvenzplänen (§ 231 Abs. 1 Nr. 2 InsO) eine nur grobe Befassung vor allem mit den wirtschaftlichen Planannahmen notwendig macht.

## (5) Suspendierung von Insolvenzantragspflicht und -recht

Zumindest bezogen auf das deutsche Recht werden die Überlegungen der EU-Kommission zur Insolvenzantrags-suspendierung von Widersprüchen zu befreien sein. Denn soll das Verfahren

- frühzeitig vor einer Insolvenz angesiedelt werden,<sup>74</sup> und
- steht – mangels Insolvenz – auch bspw. das Sanierungsmittel des Insolvenzgeldes nicht zur Verfügung, sodass neben den Löhnen die Krankenkassenbeiträge und Lohnsteuer weiter bezahlt werden, und
- werden auch sonst alle Verbindlichkeiten regulär bedient, da gerade (noch) kein aktuelles Liquiditätsproblem besteht,

sollte die wirtschaftliche Phase einer Insolvenzantragspflicht recht fernliegen. Eine Suspendierung wäre dann nicht nur überflüssig, sondern vor allem auch ein falsches Signal an tatsächlich bereits zahlungsunfähige Unternehmen, die sich in vermeintlicher Sicherheit zunächst in das Präventive Restrukturierungsverfahren zu flüchten versuchen.

Wird das Restrukturierungsverfahren indes erst im Bereich der drohenden Zahlungsunfähigkeit als *starting point* angesiedelt, kann das Unternehmen leicht in die Insolvenzantragspflicht schliddern. Um hier einen Einklang mit den Regeln der InsO herzustellen, bedürfte es der Normierung, dass die

68 Stellungnahme des VID v. 16.2.2016 zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Pkt. 3 (5) führt den Zulassungsbeschluss als Verfahrensbestandteil auf.

69 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Rn. 8; entsprechend der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (17), wonach eine Überprüfung der Planangaben zunächst keine Eingangsvoraussetzung für das Verfahren ist.

70 Über bloße Wortklauberei hinaus hat dies Auswirkungen auf die damit implementierten gerichtsstaatlichen Regelungen wie der Geltung des GVG, des GKG, der Geltung von (grundrechtlichen) Prozessmaximen usw.

71 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 2 (4), Art. 2 (15), zu dessen Aufgaben (Unterstützung/Überwachung des Schuldners; partielle Vermögens-/Verwaltungskontrolle).

72 Stellungnahme des VID v. 16.2.2016 zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Pkt. 4 (1), nennt im Kontext der Bestellung den naheliegenden § 56 InsO, was ersichtlich macht, dass wiederum das konkrete Auswahlverfahren des Mediators/Beauftragten geregelt werden muss, vor allem bei einer Beteiligung der Gläubiger, ob also Regelungen wie § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a InsO i.V.m. § 67 Abs. 2 InsO gelten sollen und ab welcher Unternehmensgröße (§ 22a InsO).

73 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 10 Abs. 3.

74 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Erwägungsgrund (17).

- Einleitung des Präventiven Restrukturierungsverfahrens den Pflichten nach § 15a InsO genügt, und
- das Antragsrecht der Gläubiger nach § 14 InsO während der Dauer des Präventiven Restrukturierungsverfahrens suspendiert ist, da es anderenfalls zur gläubigerschädigenden Kollision von Restrukturierungs- und Insolvenz-antragsverfahren käme.

Dies mit Blick auf Art. 3 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG zu rechtfertigen, wird die Aufgabe des deutschen Gesetzgebers auf Basis der Diskussionen der Fachöffentlichkeit hierzu sein.<sup>75</sup>

#### 4. Inhalt des Restrukturierungsplans

Die EU-Kommission führt zum Mindestinhalt der Restrukturierungspläne aus:<sup>76</sup>

- genaue Angabe des Schuldners/des Unternehmens,
- Angabe von Unternehmenswert und der finanziellen Schwierigkeiten/Ursachen,
- klare und vollständige Identifizierung der Gläubiger, die der Plan betrifft (keine Forderungsprüfung i.S.v. §§ 174 ff. InsO), und derjenigen, die *nicht* betroffen sind und weshalb nicht,
- Auswirkungen der Restrukturierung auf die Forderungen der Gläubiger,
- Standpunkt der betroffenen Gläubiger zum Restrukturierungsplan,
- ggf. die Bedingungen neuer Finanzierungsmöglichkeiten,
- Darstellung, wie die Insolvenz des Schuldners abgewendet und die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gesichert wird,
- Bildung von Gläubigergruppen mit Begründung (mindestens gesicherte/ungesicherte Gläubiger und ggf. Arbeitnehmer),
- Plandauer, Änderung der Passiva (z.B. auch Debt Equity Swap), neue Finanzmittel,
- Stellungnahme des Planverantwortlichen.

I.Ü. ist der Plan naheliegenderweise in einen darstellenden und einen gestaltenden Teil unterteilt. Es werden nicht alle Gläubiger erfasst, sondern nur diejenigen, denen ein „Beitrag“ abverlangt wird, also i.d.R. ein teilweiser Forderungserlass. Alle übrigen Gläubiger sind nicht Gegenstand des Plans, was dem Insolvenzplanrecht entspricht, wonach gem. § 237 Abs. 2 InsO nicht beeinträchtigte Gläubiger kein Stimmrecht haben.

#### 5. Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplans (Art. 9 – 10)

Ein wesentlicher Verfahrenspunkt ist die konkrete Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten,

- mit welcher Mehrheit der Plan,
  - dieser unter welchen weiteren Voraussetzungen
- gegen den Willen einer Gläubigerminderheit – durch Gerichtsbeschluss bestätigt werden kann. Die EU-Kommission führt hierzu aus:

##### a) Struktur der Mehrheit für die Annahme des Plans

- Annahme des Plans mit der *Summenmehrheit*,
  - dem „mehrheitlichen Anteil der Gläubigerforderungen in jeder Klasse“,
  - wobei die Mitgliedstaaten maximal eine Summenmehrheit von 75 % regeln dürfen.<sup>77</sup>

##### b) Weitere Mindestvoraussetzungen für eine Planbestätigung

- Pläne, die Interessen nicht zustimmender Gläubiger beeinträchtigen und Pläne, die neue Finanzmittel vorsehen, bedürfen gerichtlicher Bestätigung.
- Der Plan wurde allen voraussichtlich betroffenen Gläubigern mitgeteilt.
- Die Rechte der Gläubiger, die mit dem Plan nicht einverstanden sind, werden nicht derart eingeschränkt,
  - dass sich dadurch die Ansprüche, die ihnen ohne eine Restrukturierung im Fall der Liquidierung (im Sinne von Teilverkauf),
  - oder der Veräußerung des Unternehmens
- zum Unternehmenswert erwartungsgemäß zustünden, verringern würden („*best interest of creditors test*“, *Vergleichsrechnung*).
- Neue Finanzierungsmittel sind zur Planumsetzung notwendig und schaden nicht in ungebührlicher Weise den Gläubigern.<sup>78</sup>

75 Nach der Stellungnahme des VID v. 16.2.2016 zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Pkt. 4 (2) ist das Restrukturierungsverfahren bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit zu beenden; nach der Stellungnahme des DAV zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Pkt. 2 (11) kommt eine Suspendierung infrage; nach *Brömmekamp*, ZInsO 2016, 500, 504, ist einer Aussetzung zumindest der schuldnerischen Insolvenzantragspflicht „tunlich nicht zu folgen“.

76 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 8, Art. 9 Abs. 2.

77 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 9 Abs. 4.

78 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 10 Abs. 1 – 2, Art. 2 (9). Die Notwendigkeit der Finanzmittel dürfte sich dabei regelmäßig als Unterfall der allgemeinen Regel darstellen, dass die Gläubiger zumindest nicht schlechter gestellt werden dürfen als ohne Restrukturierungsverfahren. Ob mit „Liquidation“ und „Teilverkauf“ auf den Zerschlagungswert im engeren Sinne abgestellt wird oder auch bei dieserart Teilveräußerung ein going-concern-Wert zugrunde zu legen ist, geht aus dem Kommissionstext nicht sicher hervor. Die Planbestätigung soll i.Ü. binnen 30 Tagen nach Planvorlage erfolgen.

### c) Verbandsstellungennahmen

VID und Gravenbrucher Kreis vertreten auf Basis der Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014 für die Planannahme eine *qualifizierte Mehrheit von 75 %* nach Summen der Forderungen innerhalb einer Gruppe.<sup>79</sup>

## 6. Cross-class cram-down (Art. 11) – Obstruktionsregelung

Essenziell für jedes Verfahren, in dem Gläubiger überstimmt werden sollen, ist die ganz konkrete Ausgestaltung der Voraussetzungen für diese Obstruktionsregelung.

### a) Voraussetzungen der Überstimmung von Gläubigern

Die EU-Kommission sieht für den Fall, dass nicht alle Gläubigergruppen mit der erforderlichen Mehrheit zustimmen, eine Planbestätigung gleichwohl vor, wenn neben den genannten Voraussetzungen der Art. 9 – 10 des Richtlinienvorschlags:

- mindestens eine nicht-nachrangige Gläubigergruppe zustimmt (Art. 11 Abs. 1b),
- nachrangige Gläubiger und Anteilshaber keine Zahlungen oder Leistungen vor den nicht zustimmenden Gläubigern erhalten (Art. 11 Abs. 1c, Art. 2 [10] „absolute priority rule“).

Die Mitgliedstaaten können die *Minimalanzahl der Gruppen* bestimmen, die nach Art. 11 Abs. 1b notwendig sind, um die übrigen, nicht zustimmenden Gruppen zu überstimmen (Art. 11 Abs. 2). Die Empfehlungen der EU-Kommission v. 12.3.2014 sahen die Erforderlichkeit einer Gruppenmehrheit vor.<sup>80</sup> Es wäre außerordentlich erstaunlich, wenn Deutschland oder ein anderer Mitgliedstaat eine Gruppenminorität für die Planannahme genügen lassen würden.

### b) Analyse der Voraussetzungen für Planbestätigung und Überstimmung

Die von der EU-Kommission benannte *Summenmehrheit in jeder Gläubigerklasse* und der geregelten Voraussetzungen für die Überstimmung von Gläubigergruppen lässt den Mitgliedstaaten Spielraum,

- ob 51 % der Forderungssummen für die Planannahme genügen oder maximal 75 %,
- ggf. regelbar, ob darüber hinaus eine Kopfmehrheit notwendig ist,
- ob gegenüber der Abstimmung innerhalb einer Gruppe qualifizierte Anforderungen dann gelten, wenn eine oder mehrere Gruppen überstimmt werden sollen.

Der Gedanke, bei der Gruppenüberstimmung höhere Anforderungen zu stellen (so § 245 InsO) als bei Abstimmung der einzelnen Gläubiger *innerhalb* einer Gruppe (§ 244 InsO), liegt nicht fern, da bei einer Gruppenmehrheit von bspw. 2 gegen 1 in der überstimmt Gruppe die höchsten Forderungen

vereinigt sein können und für diesen Fall ein Schutzmechanismus zumindest diskutabel ist.

Das Schlechterstellungsverbot im Sinne der Vergleichsrechnung des „best interest of creditors test“ (Art. 10 Abs. 2b) entspricht § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO, mit dem Unterschied, dass nach der Formulierung des Art. 10 Abs. 2b diese Voraussetzung generell bei der Bestätigung und nicht nur bei einer notwendigen Gruppenüberstimmung zu prüfen ist. Das Verbot der vorrangigen Verteilung an *nachrangige* Gläubiger nach der „absolute priority rule“ (Art. 11 Abs. 1c) entspricht § 245 Abs. 2 Nr. 2 InsO.

Weitere Obstruktionsvoraussetzungen nennt die Kommission nicht. Trotz der werthaltigeren und damit dem ersten Gedanken nach schutzwürdigeren Gläubigerforderungen bietet das frühere Restrukturierungsverfahren weniger Gläubigerschutz als das spätere Insolvenzverfahren.<sup>81</sup>

Die Planannahme bzw. -bestätigung ist danach unter leichteren Voraussetzungen möglich als im Insolvenzplanverfahren. Insbesondere ist (derzeit) *keine Regelung entsprechend § 245 Abs. 1 Nr. 2 InsO i.V.m. § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO* vorgesehen.

Der Gläubiger hat im Gesamtvollstreckungsverfahren nach der InsO gem. § 1 InsO Anspruch auf gleichberechtigte Teilhabe an der zum Zeitpunkt der Verteilung vorhandenen Insolvenzmasse. Infolge der Anwendung des § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO hat ein gruppeninterner Mehrheitsgläubiger darüber hinaus einen „Anspruch“<sup>82</sup> auf gleichberechtigte Teilhabe an einer gegenüber der Regelquote erhöhten Ausschüttung aufgrund eines Insolvenzplans. D.h., alles, was als zusätzliche Leistung auf der Grundlage eines Insolvenzplans (Fortführungserlöse/Zuschüsse von Investoren) zur Verfügung steht, kann unter der Maßgabe des § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO jeder einzelne Gläubiger für sich quotale beanspruchen. Stellt ein Gläubiger also die – nach Kopf *und/oder* Summe bemessene – Mehrheit einer Gruppe dar,<sup>83</sup> kann dieser Gläubiger (gruppeninterner Mehrheitsgläubiger) einer ungleichen Verteilung entgegnetreten (Abbildung):

In der Konsequenz kann das Obstruktionsverbot nach § 245 InsO in dieser Konstellation eines gegen den Plan stimmenden gruppeninternen Mehrheitsgläubigers nur bemüht werden,

79 Stellungnahme des VID v. 16.2.2016 zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Pkt. 5 (3); Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises v. 23.5.2016 zu den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Pkt. 4; *Brömmekamp*, ZInsO 2016, 500, 503 für die „einfache Summenmehrheit in jeder Gruppe“.

80 Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014, Rn. 18.

81 Argumentativ lässt sich entgegenhalten, die Anforderungen des Planverfahrens, vor allem bzgl. gleichrangiger Gläubiger seien mit § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO überzogen.

82 Wenn auch kein materieller oder prozessualer Anspruch, ist dies doch taktisch ggf. durchsetzbar, wenn ein Gläubiger seine Zustimmung nur unter der Bedingung erteilt, an der erhöhten Quote teilzunehmen.

83 Nur in diesem Fall wird das Obstruktionsverbot überhaupt relevant. Wird der die Zustimmung verweigende Gläubiger hingegen von den übrigen Gläubigern seiner Gruppe überstimmt, ist bereits das Mehrheitserfordernis des § 244 Abs. 1 Nr. 1 InsO erfüllt.

Quote bei Abwicklung im Insolvenzverfahren ohne Insolvenzplan für alle Insolvenzgläubiger: 5,0 %		
Gruppe 1	Gruppe 2	Gruppe 3
mehrheitliche Zustimmung	mehrheitliche Zustimmung	Bank 1: Forderung i.H.v. 20.000 € ⇒ stimmt zu Bank 2: Forderung i.H.v. 50.000 € ⇒ stimmt zu Bank 3: Forderung i.H.v. 200.000 € ⇒ stimmt dagegen
Quote mit Plan: 10,0 %	Quote mit Plan: 10,0 %	Quote mit Plan: 7,0 %
<b>Insolvenzplan nicht angenommen: Obstruktionsverbot greift nicht wegen § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO.</b>		

Abb.: § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO gewährt gruppeninternen Mehrheitsgläubigern die Möglichkeit, die Fiktion der Gruppenzustimmung zu verhindern.

wenn den Gläubigern der verschiedenen Gruppen jeweils dieselbe Quote angeboten wird bzw. der gegen den Plan votierenden Gruppe (in der Abbildung Gruppe 3) eine höhere Quote.

Diese Einschränkung für *gleichrangige Gläubiger* sieht der Kommissionstext nicht vor. Solange also den Gläubigern zumindest so viel angeboten wird, wie sie auch ohne Restrukturierungsplan voraussichtlich erhielten, können Gläubiger bzw. Gläubigergruppen von der Mehrheit überstimmt und der Plan bestätigt werden. Im Fall der obigen Abbildung wäre ein Präventiver Restrukturierungsplan daher – im Gegensatz zu einem Insolvenzplan – angenommen.<sup>84</sup>

## 7. Prüfungstiefe des Restrukturierungsgerichts

Maßgeblich hält die EU-Kommission zu Prüfungsumfang und -tiefe durch das Gericht fest, dass Pläne abgelehnt werden sollen, die

„keine begründete Aussicht darauf haben, die Insolvenz des Schuldners abzuwenden und die Bestandsfähigkeit des Unternehmens zu sichern.“<sup>85</sup>

Neben den übrigen Regelungen und den Erwägungsgründen der Kommission zu einer zurückhaltenden gerichtlichen Beteiligung spricht dies für eine auf *offensichtliche Fälle begrenzte Prüfungstiefe*. Ob die auch bei Insolvenzplänen kontroverse Frage nach der konkreten Prüfungstiefe durch die Mitgliedstaaten im Zuge der Gesetzgebung beantwortet wird, darf bezweifelt werden. Mutmaßlich wird sich gerichtsseitig eine Praxis herausbilden, die der Unterscheidung des BGH folgen könnte, wonach die rechtlichen Planinhalte voll, die wirtschaftlichen Planungsgrundlagen aber nur grob zu prüfen sind.<sup>86</sup>

An folgenden Verfahrensabschnitten des Restrukturierungsverfahrens stellt sich die Frage nach der Prüfungstiefe:

### 1. Sofern entgegen dem Richtlinienvorschlag eine Eröffnungsentscheidung geregelt wird: Zulassung des Antrags auf Einleitung des Restrukturierungsverfahrens,

- ob/mit welcher Genauigkeit das Gericht die rechtlichen und wirtschaftlichen Planinhalte und Plangrundlagen zu prüfen hat;

- ob dabei die Antragsvoraussetzungen mit einer Bescheinigung zu untermauern sind (entsprechend § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO);

- ob das Gericht i.d.R. zur Prüfung einen Sachverständigen beauftragen soll;

### 2. Anordnung und Aufhebung gerichtlicher Maßnahmen zum Moratorium: welche rechtlichen/wirtschaftlichen Angaben des Schuldners notwendig sind, z.B. für einen gerichtlichen Beschluss zur Aussetzung einer Sicherheitenverwertung oder Vertragskündigung; wie detailliert das Gericht diese rechtlichen/wirtschaftlichen Angaben prüft;

### 3. Ablehnung des Restrukturierungsplans: Obige Formulierung der Kommission zu Ablehnung offensichtlich aussichtsloser Pläne erinnert an die Insolvenzplanregelungen (§ 231 Abs. 1 Nr. 2 InsO); i.Ü. ist wie im Insolvenzplanrecht zu diskutieren, in welcher Tiefe die rechtlichen/wirtschaftlichen Angaben des Plans zu prüfen sind;

### 4. Bestätigung des Restrukturierungsplans: Ist der Plan vor allem gegen eine Minderheit zu bestätigen,<sup>87</sup> ist ganz wesentlich, mit welcher Genauigkeit das Gericht insbesondere zu überprüfen hat, ob die überstimmt Gläubiger mit dem Plan zumindest das erhalten, was sie prognostisch ohne Plan bekämen (Vergleichsrechnung);

- als Unterfall dieses Prüfungsstadiums sind die übrigen von der Kommission in diesem Kontext genannten Punkte zu verorten:

84 Auf den gruppeninternen Mehrheitsgläubiger Bank 3 entfallen reichlich 75 % der Forderungssumme der Gruppe 3. Auf die beiden gruppeninternen Minderheitsgläubiger entfallen rd. 25 % der Forderungssumme der Gruppe 3, weshalb im Insolvenzplanverfahren die Überstimmung der Bank 3 innerhalb der Gruppe 3 trotz Kopfmehrheit an § 244 Abs. 1 Nr. 2 InsO scheitert. Die Überstimmung der gesamten Gruppe 3 durch Gruppe 1 und 2 scheitert ihrerseits wie erläutert an § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO.

85 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 10 Abs. 3.

86 BGH v. 7.5.2015 – IX ZB 75/14, ZInsO 2015, 1398 ff.; Stapper/Jacobi, ZInsO 2014, 1821 ff., zur Prüfungstiefe.

87 Dieses Motiv – eine Minderheit zu überstimmen – wird der regelmäßige Anlass sein, von der gescheiterten einvernehmlichen außergerichtlichen Sanierung zum gerichtlichen Präventiven Restrukturierungsverfahren zu wechseln.

- Die im Plan vorgesehenen neuen Finanzierungsmöglichkeiten sind zur Planumsetzung notwendig und schaden nicht den Gläubigern;
- gerichtliche Festlegung von Liquidations- und Fortführungswert für die Vergleichsrechnung im Sinne des „*best interest of creditors test*“ bzw. bei Überstimmung von Gläubigergruppen und Anwendung der „*absolute priority rule*“ (Art. 13).

Grds. lässt sich die Frage stellen, ob das Gericht überhaupt in die Prüfung involviert wird. Vorstellbar wäre auch ein Modell, welches zwar die menschliche Gerichtskompetenz, damit aber auch gewisse Unwägbarkeiten, ausklammert. Dann wäre der Restrukturierungsplan per gesetzlicher Regelung bspw. angenommen, wenn ein Votum von 75 % in der Mehrheit der Gruppen für den Plan zustande kommt. Eine gerichtliche Prüfung im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Planumsetzung fände dann nicht statt.<sup>88</sup> Ähnlich verläuft z.B. eine Zustimmung der Gläubigerversammlung nach § 160 InsO zum Unternehmensverkauf, der wirtschaftlich einer Sanierung über Insolvenzplan gleichkommt. Jedoch ist bei dieser Maßnahme das Gericht nicht in die Prüfung involviert (Unternehmenskaufvertrag), bei jener aber zu einem nicht unerheblichen Teil (Insolvenzplan).

Das gedankliche Gegenstück ist die gerichtliche Vollprüfung der rechtlichen und wirtschaftlichen Planinhalte, wie es für ein Gerichtsurteil notwendig wäre. Dann bedürfte es umfangreicher Begutachtung der wirtschaftlichen Planimplikationen, vor allem der Bewertung der Aktiva und der prognostischen Finanzplanung.

Diese Entscheidung ist – unter den Vorgaben der Kommission – maßgeblich politisch auszuloten und weniger rechtlich determiniert. Je weniger aber das Gericht in eine Prüfung einbezogen ist, desto mehr Verantwortung trifft die beteiligten Gläubiger im eigenen Interesse. Diese müssten also, mit allen Einsichtsmöglichkeiten in die Planungsgrundlagen, über eine Kommunikationsplattform verfügen, um den Plan vor der Planentscheidung diskutieren zu können. Die Gläubiger müssten die Option haben, eine Art „Wahlkampf um den Plan“ zu initiieren.

Sofern in der gerichtlichen Praxis die Vorgaben zur Prüfungstiefe bei Insolvenzplänen für das Restrukturierungsverfahren übernommen werden, wäre ein *Insolvenzplan ohne Insolvenzverfahren* das Ergebnis.

## 8. Rechtsmittel gegen den Restrukturierungsplan

Die EU-Kommission sieht Rechtsmittel gegen den Plan *ohne Suspensiveffekt* vor; Bestätigungsvoraussetzung ist dann die Sicherstellung einer Entschädigung i.S.d. §§ 253, 251 InsO.<sup>89</sup>

## 9. Restschuldbefreiung des Unternehmers

Grds. – „unredliche oder bösgläubige“ Unternehmer ausgenommen – soll in einem Verfahren, ohne neuen Antrag, der

Unternehmer nach 3 Jahren hinsichtlich unternehmerischer und privater Verbindlichkeiten schuldenfrei sein. Eine Erstreckung dieser zeitlichen Schiene auf Verbraucher ist den Mitgliedstaaten anheimgestellt.<sup>90</sup>

## 10. „Safe harbours“ für Restrukturierungsbeteiligte inklusive Geschäftsführer

Die EU-Kommission sieht, unter gleichzeitiger Verpflichtung der Geschäftsführer zur Anstrengung des Restrukturierungsverfahrens, den *Schutz von Restrukturierungsmaßnahmen* vor, die Teil des Restrukturierungsplans bzw. -verfahrens sind:

- Neufinanzierungen,
- Veräußerungen einzelner Vermögenswerte,
- Kapitalumwandlungen, Debt Equity Swap u.Ä.,
- alle notwendigen und angemessenen Zahlungen im üblichen Geschäftsverlauf, vor allem Zahlungen an Berater, Mitarbeiter und sonstige Restrukturierungskosten.

Diese Maßnahmen sollen, vor allem in einem ggf. späteren Insolvenzverfahren, nicht als anfechtbare, nichtige oder relativ unwirksame Rechtshandlungen erklärt werden können.<sup>91</sup> Der Schutz auch der regulären Zahlungen im Geschäftsablauf wirkt faktisch wie eine *Haftungsfreistellung* (§ 64 GmbHG) für *Geschäftsführer* bei (erfolgsunabhängigem) Durchlaufen des Restrukturierungsverfahrens.

Manch einem wird dabei allein das Unternehmen vor Augen stehen, welches vor der Insolvenz „Family & Friends“ großzügig bedenkt, Rücklagen für Restrukturierungskosten ausgibt, Teilbetriebe noch veräußert, um dann nach gescheitertem Restrukturierungsverfahren (planmäßig) in der Insolvenz zu landen, in der diese Vorgänge nicht mehr angreifbar sind. Inwieweit sich hiergegen Schutzmechanismen installieren lassen, muss diskutiert werden.

## 11. Qualifikation der Beteiligten

Der Richtlinienvorschlag der Kommission sieht Qualifikationsmaßnahmen für die beteiligten Gerichte und Praktiker, die z.T. auch den Gerichten an die Seite gestellt werden sollen,<sup>92</sup> vor. Dies betrifft insbesondere die Qualifikation, Auswahl, Aufsicht, Haftung und Vergütung der Praktiker (vor allem der Verwalter).<sup>93</sup>

88 Alle etwaigen Streitigkeiten zum Plan wären dann auf die Zeit nach Planannahme verlagert und betreffen Schadensersatzforderungen gegen die Beteiligten, vor allem das Unternehmen selbst.

89 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 15.

90 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 20 – 23, Art. 1 Abs. 3.

91 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 16 – 18.

92 Im Verfahren nach Art. 13 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags der EU-Kommission v. 22.11.2016.

93 Richtlinienvorschlag der EU-Kommission v. 22.11.2016, Art. 24 – 26; hierfür dürften die deutschen Standards vor allem in Form der Regelungen nach § 22 Abs. 6 GVG, § 18 Abs. 4 RPfG und VID CERT bereits ausreichen.

#### IV. Fazit

Das Präventive Restrukturierungsverfahren polarisiert trotz des zeitlichen Vorlaufs bis zur innerstaatlichen Umsetzung, die kaum schneller als in 1 – 2 Jahren folgen wird, besieht man allein das europäische Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV.

Die Thematik berührt neben speziell insolvenzrechtlichen Details auch grundlegende verfassungsrechtliche Aspekte bis hin zu politischen und volkswirtschaftlichen Überlegungen. Könnte auf lange Sicht mit der erheblichen Senkung der Hürden für eine Entschuldung – in kürzerer Zeit, ohne Insolvenzanfechtung und ohne Geschäftsführerhaftung – eine Abnahme von unternehmerischer Verantwortung einhergehen und damit eine Abnahme des Vertrauens der Kreditwirtschaft in die Grundvoraussetzung der Kreditvergabe, die Rückzahlung des Kredits? Bis dahin wird in jedem Fall viel Zeit vergehen und soweit erforderlich würde dem mit einem

neuen Kommissionsvorschlag dann entgegengewirkt werden.

Nach dem aktuellen Stand ist das vorinsolvenzliche bzw. Präventive Restrukturierungsverfahren in Deutschland in einem eigenen Gesetz in absehbarer Zukunft zu erwarten. Die kritischsten Punkte für die Mitgliedstaaten der EU werden sein:

1. Fixierung von Zeitpunkt und Voraussetzungen, zu denen ein Unternehmen ein Restrukturierungsverfahren einleiten kann („weder zu früh noch zu spät“),
2. die genauen Bedingungen, nach denen Gläubiger auf Basis des Restrukturierungsplans überstimmt werden dürfen (nach Vorbild der §§ 244, 245 InsO oder geringere Voraussetzungen) und
3. welche Prüfungstiefe und Verantwortung hierbei das Gericht trifft (rechtliche und wirtschaftliche Vollprüfung oder „stichprobenartig“).

### Eine eigene Insolvenzgerichtsbarkeit – zwischen Wunsch und Wirklichkeit

#### Anmerkungen zum Vorschlag von Rechtsanwalt Dr. Gerloff auf der Tagung des NIVD e.V. am 2.9.2016

von Richter am Amtsgericht Dr. Holger Büttner, Leipzig\*

*Braucht Deutschland eine der Arbeitsgerichtsbarkeit vergleichbare eigenständige Insolvenzgerichtsbarkeit, damit sich die Justiz auf Augenhöhe mit den anderen professionellen Beteiligten des Insolvenzverfahrens befindet?*

#### A. Problemstellung

Auf der Tagung der Neuen Insolvenzverwaltervereinigung Deutschland e.V.<sup>1</sup> am 2.9.2016 in Berlin brachte Rechtsanwalt Dr. Gerloff<sup>2</sup> in seinem Vortrag<sup>3</sup> u.a. die provokative Idee nach einem eigenen Instanzenzug für die Insolvenzgerichtsbarkeit nach dem Vorbild der Arbeitsgerichtsbarkeit ins Spiel. Zielrichtung ist die Schaffung einer Justiz auf Augenhöhe mit den anderen professionellen Verfahrensbeteiligten, insbesondere den Insolvenzverwaltern und Beratern. In dieser eigenständigen Gerichtsbarkeit sollen alle Verfahren mit insolvenzrechtlichem Bezug gebündelt werden, d.h., Insolvenzgerichte sollen nicht mehr wie bisher nur die klassischen Insolvenzverfahren bearbeiten, sondern es soll bei den Insolvenzgerichten zu einer Konzentration aller insolvenzrechtlich relevanter Angelegenheiten kommen. Mit dieser Konzentration in einem eigenen Instanzenzug soll insbesondere auch die Tätigkeit der Insolvenzrichter an Attraktivität gewinnen.

Es stellt sich die Frage, ob eine eigene Insolvenzgerichtsbarkeit Sinn macht und ob die angestrebten Ziele nicht bereits mit den vorhandenen Mitteln erreicht werden können.

#### B. Ausgangslage<sup>4</sup>

##### I. Probleme

Als eines der Probleme bei den gegenwärtigen Insolvenzverfahren wird das Fehlen der erforderlichen Augenhöhe bei

einer großen Anzahl von Gerichten ausgemacht. Dadurch sei es nur bedingt möglich ein ordnungsgemäßes und effizientes Insolvenzverfahren durchzuführen. Hinzukäme, dass die Stellen oftmals nicht verantwortungsgerecht besetzt würden, d.h., Insolvenzrichter würden oftmals „zwangsverpflichtet“ und dementsprechend „widerwillig“ zu Werke gehen. Außerdem werden eine fehlende Attraktivität der insolvenzrichterlichen Tätigkeit sowie eine fehlende berufliche Perspektive als Problem angesehen.

##### II. Lösung

Die Lösung für all diese Probleme soll die Einführung neuer Zuständigkeiten bringen, die das gesamte Insolvenzverfahren sowie die insolvenzrechtlichen Anfechtungen und Klagen wegen insolvenzspezifischer Ansprüche und Forderungsfeststellungen umfassen sollen.

Darüber hinaus wird die Schaffung eigener Instanzen für die Insolvenzgerichtsbarkeit als sinnvoll erachtet.

\* Der Autor ist weiterer aufsichtsführender Richter beim Amtsgericht Leipzig.

1 Im Folgenden kurz: NIVD.

2 Rechtsanwalt Dr. Christian Gerloff ist FAInsR und Mitinhaber der Kanzlei Gerloff Liebler Rechtsanwälte in München.

3 Das Thema lautete „Tipps und Tricks der Sanierung mit bestehenden Mitteln“.

4 Hierbei handelt es sich um eine grobe Zusammenfassung des entsprechenden Abschnitts des unter Fn. 3 genannten Vortrags.