

Der BGH räumt ein, dass der Norm damit nur ein enger Anwendungsbereich verbleibt.⁶⁵² Erstens könne sie „eher theoretisch“ relevant werden, wenn vor der Zahlung auf eine bestehende Verbindlichkeit schon eine Liquiditätslücke bestand, diese allerdings noch nicht größer als 10 % gewesen sei.⁶⁵³ Zweitens greife sie ein, wenn das Gesellschafterdarlehen nicht in die Liquiditätsbilanz aufgenommen worden sei (z.B. mangels „ernsthaften Einforderns“⁶⁵⁴ oder aufgrund einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre),⁶⁵⁵ dann nämlich könne eine gleichwohl erfolgte Befriedigung die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen.⁶⁵⁶ Das Gleiche würde übrigens auch bei einer Zahlung auf eine gar nicht bestehende Forderung gelten.⁶⁵⁷ Drittens kann die Zahlung auf eine Verbindlichkeit nach Ansicht des BGH haftungsschädlich sein, wenn infolge einer Zahlung an den Gesellschafter auch andere Geldgeber ihre Mittel (berechtigterweise) abziehen.⁶⁵⁸ Der damit insgesamt sehr enge Anwendungsbereich des § 64 Satz 3 GmbHG sei allerdings unproblematisch; es handle sich um eine Ausnahmenvorschrift und Schutzlücken entstünden aufgrund der anderen Haftungstatbestände nicht.⁶⁵⁹

Sind allerdings die Voraussetzungen des § 64 Satz 3 GmbHG im Einzelfall einmal erfüllt, kann die Gesellschaft nach Ansicht des BGH eine Zahlung an den Gesellschafter verweigern; die Norm gibt der Gesellschaft eine Einrede.⁶⁶⁰

4. Verschulden

Die Haftung des Geschäftsführers setzt Verschulden voraus, wobei Fahrlässigkeit genügt.⁶⁶¹ Das Verschulden wird nach der Formulierung in Satz 3 vermutet. Es fehlt, wenn auch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns nicht erkennbar war, dass die Leistung zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen musste. Die Entlastung durch den Geschäftsführer verlangt i.d.R., dass der Geschäftsführer eine kontinuierliche Finanzplanung erstellt und sich daraus kein Anhalt für eine drohende Zahlungsunfähigkeit ergibt.⁶⁶²

Eine Weisung der Gesellschafter entlastet den Geschäftsführer nicht (§§ 64 Satz 4, 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG).⁶⁶³

5. Umfang des Anspruchs

Der Geschäftsführer hat der Gesellschaft die geleistete Zahlung, bei anderen als Geldleistungen deren Wert, zu ersetzen. Die Ersatzpflicht des Geschäftsführers besteht aber nur in dem Umfang, wie der Gesellschaft tatsächlich liquide Vermögensmittel entzogen wurden; erbrachte Gegenleistungen des Zahlungsempfängers sind – wie gesagt⁶⁶⁴ – anzurechnen.

(Der Beitrag wird im nächsten Heft fortgesetzt.)

652 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13); dazu kritisch Casper, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 144 f.

653 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13); vgl. dazu Haas, NZG 2013, 41 ff.; Haas, in: Baumbach/Hueck (Fn. 25), § 64 Rn. 129; Casper, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 142 f.; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 134), § 64 Rn. 56 mit Beispielsrechnung; Jost, ZInsO 2014, 2471, 2476; berechtigte Kritik bei Altmeyen, in: Roth/Altmeyen (Fn. 14), § 64 Rn. 78.

654 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13); damit wird auf die oben in Fn. 338 zitierte Rechtsprechung des IX. Zivilsenats Bezug genommen.

655 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13) spricht von „Rangrücktritt“ (kritisch Casper, in: Ulmer [Fn. 95], § 64 Rn. 145), meint damit jedoch die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre; vgl. zur begrifflichen Unterscheidung Scholz/Bitter (Fn. 95), Anh. § 64 Rn. 363 ff.; Bitter, ZHR 181 (2017), 428, 437 f.; ausführlich Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1007 ff.

656 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13).

657 Bitter/Heim, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 152.

658 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13); vgl. auch Bitter/Heim, GesR (Fn. 3), § 4 Rn. 152.

659 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 13).

660 BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Leitsatz 3 und Rn. 18); Jost, ZInsO 2014, 2471, 2475; Casper, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 146 m.w.N., auch zur Gegenansicht.

661 Näher Casper, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 152 ff.

662 Meyer, BB 2008, 1742, 1746; siehe auch Kleindiek, GWR 2010, 75, 77; Hoffmann, GmbHR 2010, 203 f.; zurückhaltend Jost, ZInsO 2014, 2471, 2477; Prognosezeitraum von 3 bis höchstens 6 Monaten.

663 Dazu BGHZ 195, 42 = ZInsO 2013, 104 = ZIP 2012, 2391 (Rn. 18); Casper, in: Ulmer (Fn. 95), § 64 Rn. 154; zu § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG siehe oben Ziff. B. I. 3. insbes. bei Fn. 62 und Fn. 79 ff.

664 Oben bei Fn. 629.

EU-Restrukturierungsverfahren: Fortschritte in den Verhandlungen

Von der Schuldnerknechtschaft¹ zur Schuldnerherrschaft

von Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht Dr. Alexander Jacobi, Leipzig*

Nachfolgend werden die wichtigsten Eckpunkte zur aktuellen Entwicklung der Umsetzung des EU-Restrukturierungs-Richtlinienvorschlags COM(2016) 723 aufgeführt.²

* Der Autor ist Partner der Sozietät STAPPER | JACOBI | SCHÄDLICH RECHTSANWÄLTE, Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht und Lehrbeauftragter der Universität Leipzig.

1 Pape, ZInsO 2017, 2717 ff., zum Thema Schuldnerknechtschaft (Obnoxiation) in den verschiedenen Formen; über viele Jahrhunderte (erstmalig schriftlich bekannt aus dem Codex Hammurabi, 18. Jahrhundert v. Chr.) war die Versklavung des Schuldners nach Belieben des Gläubigers ein Mittel der Wahl, neben noch grausameren Folgen der Insolvenz für Person, Besitz und Ansehen des Schuldners.

2 Ausführlich zum EU-Richtlinienentwurf COM(2016) 723 final: Jacobi, ZInsO 2017, 1 ff.; Blankenburg, ZInsO 2017, 241 ff.; Thole, ZIP 2017, 101 ff.; Madaus, NZI 2017, 329 ff.; Hölzle, ZIP 2017, 1307 ff.; Kayser, ZIP 2017, 1393 ff.; Bork, ZIP 2017, 1441 ff.

I. Aktueller niederländischer Entwurf zu einem Restrukturierungsgesetz: Sanierungsturbo nebst Universal-Restrukturierungsgericht

1. Suspendierung des Insolvenzantrags³

Legt der Schuldner einen Restrukturierungsplan vor, wird ein Insolvenzantrag (Fremdantrag), der hinsichtlich des Vermögens des Schuldners gestellt wird, für maximal 2 Monate gesperrt. Die Sperrfrist kann einmalig um weitere 2 Monate verlängert werden. Die Verlängerung scheidet aus, wenn der Restrukturierungsplan keine Aussicht auf Erfolg hat oder „andere Gründe vorliegen, die einer Suspendierung entgegen stehen“.

Der Schuldner ist anzuhören, wenn die Sperrfrist verlängert, nicht verlängert oder aufgehoben wird.

Ein während der Sperrfrist gestellter Insolvenzantrag (Fremdantrag) verfällt, wenn das Gericht den Restrukturierungsplan bestätigt.

2. Neue Sicherheiten für neue Darlehen⁴

Stellt der Schuldner vor dem Insolvenzantrag neue Sicherheiten für ein neues Darlehen explizit für die Unternehmensfortführung in der Restrukturierungsphase, wird grds. vermutet, dass eine zur Anfechtbarkeit der Sicherheiten führende Kenntnis des Sicherungsnehmers nicht vorliegt.

3. Wiederholte Restrukturierungsverfahren⁵

Leitete der Schuldner in den vergangenen 3 Jahren bereits ein Restrukturierungsverfahren ein und wurde der Plan von den Gläubigern abgelehnt oder vom Gericht nicht bestätigt, kann ein weiteres Verfahren in diesem Zeitraum nicht durchgeführt werden.

Dem Entwurfstext nach kann damit nur alle 3 Jahre ein Restrukturierungsverfahren durchgeführt werden, sofern ein vorangegangenes Verfahren in diesem Zeitraum scheiterte. Erfolgreiche Verfahren können hingegen dem Text nach auch in kürzeren Abständen hintereinander durchlaufen werden.

4. Moratorium⁶

Der Schuldner kann seine Vertragspartner im Zuge des Moratoriums auffordern, laufende Verträge leistungswirtschaftlich den Gegebenheiten der Restrukturierungsplanung anzupassen. Wird dies vom Vertragspartner abgelehnt, kann der Schuldner den Vertrag kündigen, woraus dem Vertragspartner ein Schadensersatzanspruch erwächst, der Bestandteil des Restrukturierungsverfahrens wird.

Das Moratorium soll grds. nicht länger als 2 Monate dauern; verlängerbar um 2 weitere Monate.

5. Vorlage und Bestätigung des Restrukturierungsplans⁷

Beteiligten, die vom Plan tangiert sind, ohne Gläubiger zu sein, dies könnten z.B. Mithaftende oder Inhaber von Aktien-

zertifikaten sein, sollen an der Abstimmung teilnehmen können; Gleiches gilt etwa für Eigentümer von Grundstücken, die zugunsten des Schuldners Grundpfandrechte bestellen.

Auch Gläubiger können nach dem Entwurf ein Restrukturierungsverfahren einleiten, indem sie den Schuldner auffordern, einen Plan vorzulegen. Beginnt der Schuldner mit der Planausarbeitung nicht binnen einer Woche oder legt er den Plan nicht binnen eines Monats vor, kann das Gericht auf Antrag des Gläubigers einen Sachverständigen berufen, der ohne den Schuldner einen Restrukturierungsplan entwirft.

Bei Streit über das Stimmrecht entscheidet das Gericht, ggf. mithilfe eines Sachverständigen.

Die Zustimmung einer Gruppe liegt bei einer Mehrheit von zwei Dritteln vor. Der Plan kann bestätigt werden, wenn zumindest eine Gruppe zugestimmt hat.

6. Schnelles, vertrauliches, schlankes Verfahren nebst Universalgericht

Der niederländische Entwurf erzeugt in den europäischen Reihen Nervosität. Binnen weniger Wochen kann dieses Verfahren nach dem Entwurf mit einer Planbestätigung enden. Es wird nicht öffentlich und unter sehr geringer Einbindung des Gerichts durchgeführt. Hinzu kommt die niederländische Initiative, in Amsterdam ein englischsprachiges Gericht mit Zuständigkeit für alle Sanierungsfälle nach dem Entwurf zu installieren.⁸

Teilweise ist der Entwurf zwar durch die Änderungsanträge des nachfolgenden Berichtsentwurfs überholt, insbesondere was die Mehrheitserfordernisse beim Cross-class Cramdown nach Art. 11 des Richtlinienvorschlags betrifft.

Gleichwohl setzt der niederländische Entwurf Maßstäbe und intensiviert den Konkurrenzdruck um das schuldnerfreundlichste, schnellste, unkomplizierteste Verfahren, bei dem gleichwohl die Gläubigerrechte hinreichend Beachtung finden müssen.

II. Bericht der EU-Kommission vom 24.3.2017 COM(2017) 147 final

Nach dem Bericht der Kommission v. 24.3.2017, S. 14 Punkt 5 (Zusammenfassung) wird abermals, wie bereits im Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 v. 22.11.2016, mit der

³ Art. 3d des niederländischen Entwurfs zu einem Restrukturierungsverfahren: <http://www.resor.nl> mit einer englischen, nichtamtlichen Übersetzung; *Schlegel/Kortmann/Tollenaar*, INDat-Report 2017, 32 ff.

⁴ Art. 42a des niederländischen Entwurfs zu einem Restrukturierungsverfahren.

⁵ Abschn. E/F des niederländischen Entwurfs zu einem Restrukturierungsverfahren.

⁶ Art. 372 und Art. 375 des niederländischen Entwurfs zu einem Restrukturierungsverfahren.

⁷ Zweites Kapitel des niederländischen Entwurfs zu einem Restrukturierungsverfahren.

⁸ *Schlegel/Kortmann/Tollenaar*, INDat-Report 2017, 35.

Rechtfertigung der Aussage auf Seite 11 dieses Berichts, aufgewartet, dass unterschiedliches Insolvenzrecht negative Auswirkungen auf die Kreditvergabe in der Union habe, wofür auf die Antworten „in der Expertengruppe“ verwiesen wird. Danach seien die Unterschiede im Insolvenzrecht die am häufigsten genannten Hindernisse neben drei weiteren, ebenso häufigen Hindernissen von gesamt acht ausgewerteten, laut dem Bericht v. 24.3.2017.

Nachweise zu den Angaben der Expertengruppe werden nicht aufgeführt. Es ist zu bezweifeln, dass diesen Angaben der (nicht näher benannten) Expertengruppe valide Daten zugrunde lagen. Würden, insbesondere empirische, Daten existieren, wären diese in einem der Dokumente, die sich mit der Thematik Kapitalmarktunion und Insolvenzrecht befassen, genannt worden, vor allem:

- in den Empfehlungen der Kommission v. 12.3.2014 C(2014) 1500 final,
- im Grünbuch der Kommission zur Schaffung einer Kapitalmarktunion v. 18.2.2015 COM(2015) 63 final (Hierauf verweist der Bericht v. 24.3.2017 auf Seite 2 Fn. 2. Das Grünbuch beschäftigt sich sehr kurz auf den Seiten 27 f. mit den unterschiedlichen Insolvenzregeln.),
- im Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion v. 30.9.2015 COM(2015) 468 final,
- in der Note v. 18.4.2016 Ref. Ares(2016)1616825-05/04/2016,
- in der Mitteilung der Kommission v. 14.9.2016 COM(2016) 601 final (Hierauf verweist der Bericht v. 24.3.2017 auf Seite 2 Fn. 2. Die Mitteilung v. 14.9.2016 beschäftigt sich auf Seite 4 sehr kurz mit den unterschiedlichen Insolvenzregeln.),
- im Richtlinienvorschlag v. 22.11.2016 COM(2016) 723 final,
- in der Mitteilung der Kommission v. 23.11.2016 COM(2016) 855 final (Hierauf verweist der Bericht v. 24.3.2017 auf Seite 11 Fn. 20. Die Mitteilung v. 23.11.2016 beschäftigt sich nicht mit den unterschiedlichen Insolvenzregeln.),
- oder im Bericht der EU-Kommission v. 24.3.2017 COM(2017) 147 final.

Insofern darf konstatiert werden: Dass die These der europäisch divergierenden Insolvenzregeln als Hindernis für den freien Kapitalverkehr und damit als Hürde für mehr Investitionen frei erfunden, jedoch durch die fortwährende Wiederholung in suggestiver Wirkung zur Wahrheit erwachsen ist, die gerade durch ihre Simplizität die Stärke aufweist, auch künftige EU-Regelwerke zu tragen.

III. Berichtentwurf der Berichterstatterin im Rechtsausschuss des Europaparlaments Prof. Dr. Angelika Niebler vom 22.9.2017⁹

Der Berichtentwurf enthält 85 Änderungsanträge zum Richtlinienentwurf COM(2016) 723. Für die Struktur des Re-

strukturierungsverfahrens sind die folgenden Änderungen die wichtigsten:

1. Rentabilitätsprüfung

Nach wie vor ist eine Eingangsentscheidung im Sinne einer Zulässigkeitshürde im Verfahren nicht vorgesehen. Vielmehr erfolgt eine Prüfung nachgelagert im Zuge der Bestätigung eines Restrukturierungsplans. Lediglich die Befolgung von Buchführungsvorschriften soll nach der Fassung des Berichtsentwurfs zur möglichen Voraussetzung erhoben werden.¹⁰

2. Art. 1 – Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich für Unternehmer soll nur dann eröffnet werden, wenn diese zuvor ein Insolvenzverfahren durchliefen.

3. Art. 2 – Begriffsbestimmungen

Die drohende Zahlungsunfähigkeit als Eingangsvoraussetzung wird präzisiert und damit § 18 InsO angenähert. Die Gefahr eine zu frühzeitigen „Flucht“ ins Restrukturierungsverfahren ist damit nicht mehr gegeben. Das Risiko einer Insolvenzverschleppung durch Einleitung eines Restrukturierungsverfahrens bleibt.

Die Begrifflichkeit der wesentlichen Verträge wird präzisiert, was im Rahmen des Moratoriums und der während dessen fortzusetzenden Kontrakte relevant ist. In der Tendenz bedeutet die aktuelle Formulierung „Fortsetzung, wenn betrieblich erforderlich, da sonst Stillstand“ einen Schritt in Richtung der Grundsätze zur Fortführung in Insolvenzeröffnungsverfahren.

4. Art. 3 – Frühwarnsystem

Auch Arbeitnehmervertreter, die im Berichtsentwurf informativ generell mehr einbezogen werden, sollen vom Frühwarnsystem profitieren und (noch) nicht näher bestimmte Informationen von Dritten zur Verfügung gestellt bekommen. Dritte sind vor allem Kreditinstitute, Finanzämter, Krankenkassen und Wirtschaftsprüfer.

5. Art. 4 – Verfügbarkeit präventiver Restrukturierungsrahmen

Mit einem neuen Abs. 4a sollen die Mitgliedstaaten auch Gläubigern ermöglichen können – mit Zustimmung des Schuldners – Restrukturierungsverfahren einzuleiten.

An diesem, als einem der wenigen, Punkt bleibt der Richtlinienvorschlag schuldnerfreundlicher als der niederländische Restrukturierungsentwurf, der Gläubigern die Einleitung des Verfahrens, wie geschildert, direkter ermöglicht.

⁹ <http://www.europarl.europa.eu> bzw. findet sich der Berichtsentwurf unter Eingabe der Überschrift im Browser.

¹⁰ Erwägungsgrund 17a des Berichtsentwurfs v. 22.9.2017 sowie dort Art. 1a.

6. Art. 5 – Schuldner in Eigenverwaltung

Stärker als bislang soll die Einbindung eines Verwalters erfolgen, wenn auch nach wie vor nur in der Form, dass die Mitgliedstaaten diese Einbindung nicht nur in bestimmten, sondern in allen Fällen regeln können. In jedem Fall soll ein Verwalter bestellt werden, wenn Maßnahmen im Rahmen des Moratoriums zulasten der Gläubiger beantragt werden.

7. Art. 6 – Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen (Moratorium)

Diese sollen nur noch dann möglich sein, wenn noch keine Insolvenzantragspflicht besteht.

Des Weiteren sollen Aussetzungen gegenüber allen Arten von Gläubigern möglich sein, aber nur, sofern diese an den Restrukturierungsverhandlungen teilnehmen.

Die Dauer des Moratoriums ist auf 2 Monate begrenzt, mit Verlängerung maximal 6 Monate. Nach dem neuen Art. 7 Satz 2 ist die Gesamtdauer auf 2 Monate begrenzt, wenn der Sitz des Unternehmens in den 3 Monaten vor der Beantragung des Verfahrens in einen anderen Mitgliedstaat verlegt wurde, was das Forum-Shopping eindämmen soll.

8. Art. 7 – Folgen des Moratoriums

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht während des Moratoriums und des gläubigerseitig korrespondierenden Rechts ist vom Tisch, zumindest nach dem Berichtsentwurf. Es ergibt sich künftig daher folgende Restrukturierungs-Kaskade: Außergerichtliche Sanierungsverhandlungen > Präventives Restrukturierungsverfahren > ggf. Eigenverwaltungs-/Schutzschirmverfahren, ggf. reguläres Insolvenzverfahren in Aufhebung der Eigenverwaltung.

Nach wie vor ist maßgeblicher Inhalt des Moratoriums, dass die für den Geschäftsablauf wesentlichen Verträge wegen Schulden vor dem Moratorium nicht geändert, vor allem nicht gekündigt oder fällig gestellt werden dürfen und deswegen kein Leistungsverweigerungsrecht besteht. Auch nach diesen Änderungen, und auch der Klarstellung in Art. 2 Nr. 5 zum Begriff des wesentlichen Vertrags, bleibt für die Praxis die Frage, wie im Detail mit einzelnen Verträgen umzugehen ist, insbesondere was Kreditverträge betrifft, die dem ersten Anschein nach nicht unter die Begrifflichkeit des wesentlichen Vertrags fallen. Anderes könnte und sollte dann gelten, wenn etwa ein Kontokorrent oder die sicherungsübereigneten Gegenstände weiter genutzt werden. Um dann nicht in die Insolvenzantragspflicht zu laufen, würde aus der Konstruktion des Richtlinienvorschlags folgen, dass während des Moratoriums auch alle während dessen fällig werdenden Bankverbindlichkeiten zu bezahlen sind. Und diejenigen vor dem Moratorium berechtigten die Bank nicht zur Kündigung oder Fälligestellung des Gesamtkredits.

9. Art. 8 – Inhalt von Restrukturierungsplänen

Der Stellungnahme des Planverantwortlichen kann durch eine Begutachtung eines externen Sachverständigen ergänzt

werden, so die neue Option für die Mitgliedstaaten. Derartige Schritte können das Vertrauen in Pläne erhöhen, ebenso den Aufwand. Auch an diesem Punkt werden sich die europäischen Staaten entscheiden müssen, welchen Weg sie mit Blick auf die Konkurrenz der für die Wirtschaft attraktivsten Restrukturierungsverfahren gehen.

Der Musterplan wird auf eine Checkliste reduziert.

10. Art. 9 – Annahme von Restrukturierungsplänen

Die Stimmrechte und damit die Forderungen werden nunmehr nach dem Berichtsentwurf ergänzend zur Klassenbildung geprüft, in jedem Fall bei einem Antrag auf Planbestätigung, nach Wahl der Mitgliedstaaten auch unabhängig davon.

Neben der Summen- ist die Planannahme um die Notwendigkeit einer Kopfmehrheit ergänzt; weiterhin mit maximal 75 % der Summenmehrheit.

11. Art. 10 – Bestätigung von Restrukturierungsplänen

Neue Finanzierungen sollen nicht nur erforderlich, sondern auch angemessen sein, womit ggf. zu hohe neue Verbindlichkeiten vermieden werden sollen.

12. Cross-class Cram-down

Entscheidende Neuerung ist die Notwendigkeit der Klassenmehrheit für die Planannahme anstelle von nur einer Klasse, ähnlich dem Vorbild von § 245 InsO und vieler anderer europäischer Rechtsordnungen.

13. Art. 15 – Rechtsbehelfe

Die aufschiebende Wirkung soll nur mehr dann entfallen, wenn ein finanzieller Ausgleich zugunsten der ablehnenden Gläubiger Inhalt des Plans ist und diese Gläubiger nachweisen konnten, dass das Kriterium des Gläubigerinteresses (Vergleichsrechnung) nicht erfüllt wurde.

IV. Erste Positionierung des Rats „Justiz und Inneres“ der Europäischen Union vom 30.11.2017

Drei Aspekten des Richtlinienvorschlags COM(2016) 723 widmet sich die Positionierung des Rats.

Der Rat wird in der Positionierung ersucht, zu erörtern, ob die Mitgliedstaaten eine Rentabilitätsprüfung einführen. Hierdurch könnten nicht rentable Unternehmen von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Restrukturierungsverfahrens ausgenommen werden.

Der Rat wird ersucht, dem Prinzip des klassenübergreifenden (Cross-class) Cram-down zuzustimmen. Aus deutscher Sicht

entspricht der Richtlinienvorschlag nach den Änderungsanträgen des Berichtsentwurfs v. 22.9.2017 weitgehend § 245 InsO. Andere europäische Staaten kennen indes bislang eine solche Möglichkeit, Gruppen zu überstimmen, nicht.

Schließlich wird der Rat ersuchen, zu erörtern, ob eine harmonisierte Entschuldungsfrist für Unternehmer von maximal 3 Jahren eingeführt wird. In der Positionierung wird diese Regelung unterstützt.

V. Nächste Schritte im Jahr 2018

Von den gesamt 382 Änderungsanträgen, davon 85 im Berichtsentwurf v. 22.9.2017, werden im nächsten Schritt, nach der JURI-Sitzung v. 7.12.2017, Anträge ausgewählt, die weiter diskussionswürdig sind. Im Rahmen des „International Restructuring Symposium“ am 19.1.2018 in Paris erwähnte die verantwortliche Mitarbeiterin der Kommission einen neuen, bislang vertraulichen Entwurf des Richtlinienvorschlags, der in die Ratsarbeitsgruppen eingebracht wurde.

Aus Sicht der Kommission werden spätestens im Januar 2019 die Trilog-Verhandlungen beginnen. Spannend wird die zweite Jahreshälfte 2018 unter der Ratspräsidentschaft Österreichs, dessen Vertreter z.T. – ähnlich dem Verband In-

solvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID) – sehr kritische Aspekte des Verfahrens diskutieren.

VI. Fazit

Der Konkurrenzdruck um das schnellste und unkomplizierteste Restrukturierungsverfahren steigt. Die deutschen Insolvenzexperten werden sich von der Idee einer ausgefeilten Dogmatik als Grundlage europäischer Restrukturierungspraxis und Teilen der dominierenden, gläubigerschützenden Verfahrensgedanken verabschieden müssen – ebenso wie andere Staaten, die aktuell deutlich schuldnerfreundlicher sind, den Gläubigerschutz erhöhen müssen. Aus deutscher Sicht wird – auch nach Diskussion der Änderungsanträge – die Unternehmensrestrukturierung mit der Umsetzung des Richtlinienvorschlags COM(2016) 723 schuldnerfreundlicher werden.

Bereits vor Umsetzung des Richtlinienvorschlags ist der deutsche Gesetzgeber gehalten, sich konkreten Ausarbeitungen eines Restrukturierungsgesetzes zu widmen, um nicht erst am Ende der Umsetzungsfrist der Richtlinie das Nachsehen gegenüber deutlich schnelleren Gesetzgebungsvorhaben, wie denen der Niederlande, zu haben. Die Wirtschaft wird nicht auf den deutschen Gesetzgeber warten.

Der BGH erteilt der Bugwellentheorie eine Absage

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.12.2017 – II ZR 88/16, ZInsO 2018, 381

von Wirtschaftsprüfer/Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenz- und für Steuerrecht Dr. Christian Frystatzki, Köln/Bonn

I. Mit Leitsatz 1 der Entscheidung bekräftigt der II. ZS seine Rechtsprechung zur Darlegungslast des in der Insolvenz in Anspruch genommenen Geschäftsführers, wenn der Insolvenzverwalter sich zur Klagebegründung auf ein Zahlenwerk der Gesellschaft stützt. Der Geschäftsführer kann sich dann nicht auf die Behauptung beschränken, die Buchhaltung sei im fraglichen Zeitraum nicht ordnungsgemäß geführt worden. Da er mit den finanziellen Verhältnissen der Gesellschaft aufgrund seiner Tätigkeit vertraut ist, ist er vielmehr gehalten, im Einzelnen substantiiert darzulegen und ggf. zu beweisen, welche der in der Buchhaltung vorhandenen Buchungen in welcher Hinsicht unrichtig sein sollen.¹ Dem ist vollumfänglich zuzustimmen.

II.1. Auf Leitsatz 2 der Entscheidung hat die Praxis über 12 Jahre gewartet. Zumindest die beratende Praxis hat allerdings aus Gründen der Vorsicht auch schon bisher davon ausgehen müssen, dass die Passiva II in den zeitraumbezogenen Liquiditätsstatus bzw. – vom BGH synonym gebraucht – die Liquiditätsbilanz einzubeziehen sind. Der IX. ZS hatte die Frage in seinem grundlegenden Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, BGHZ 163, 134 = ZInsO 2005, 807, letztlich jedenfalls nicht eindeutig beantwortet. Die Formulierungen des BGH in dieser Entscheidung konnten vielmehr auch dahin interpretiert werden, dass die Passiva II nicht berücksichtigt werden sollen, der IX. ZS also der sog. „Bugwellentheorie“

folgt.² Der Umstand, dass der IX. ZS in sämtlichen seitdem ergangenen Entscheidungen die Formulierungen aus der vorzitierten Grundsatzentscheidung wiederholt hat,³ obwohl ihm der sich daran entzündende Streit um die Passiva II bewusst sein musste, konnte dahin interpretiert werden, dass seine Formulierungen beim Wortlaut zu nehmen sind und nicht etwa lediglich eine redaktionelle Unklarheit darstellen.⁴ Der II. ZS räumt in der Besprechungsentscheidung ein, dass ein solches Verständnis möglich sei, kann letztlich aber der Rechtsprechung des IX. ZS keine klare Aussage – sei es in den tragenden Erwägungen oder in einem obiter dictum – entnehmen.⁵ Zudem weist der II. ZS darauf hin, dass auch er diese Frage

1 Vgl. BGH, Urt. v. 19.11.2013 – II ZR 229/11, ZInsO 2014, 197 Rn. 17; Urt. v. 26.1.2016 – II ZR 394/13, ZInsO 2016, 1118 Rn. 30.

2 Vgl. hierzu etwa K. Schmidt/K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 17 Rn. 27 f.

3 Vgl. BGH, Urt. v. 27.7.2006 – IX ZB 204/04, BGHZ 169, 17 = ZInsO 2007, 29 Rn. 28; Urt. v. 14.5.2009 – IX ZR 63/08, ZInsO 2009, 1254 Rn. 37; Urt. v. 29.3.2012 – IX ZR 40/10, ZInsO 2012, 976 Rn. 8; Urt. v. 6.12.2012 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190 Rn. 19; Urt. v. 7.5.2013 – IX ZR 113/10, ZInsO 2013, 1419 Rn. 15; Urt. v. 8.1.2015 – IX ZR 203/12, ZInsO 2015, 396 Rn. 13; Urt. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 Rn. 18.

4 So im Ergebnis K. Schmidt/K. Schmidt (Fn. 2), § 17 Rn. 28, der die Frage aber als noch nicht ausdiskutiert bezeichnet.

5 Rn. 36.