

Christoph Alexander Jacobi*)

EU-Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023: Wirkungen des bestätigten Plans (Art. 15 – 18 RRL)

Mit COVInsAG und Corona-Staatshilfen bis zur Umsetzung der RRL

Die gesetzgeberische Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie 2019/1023 vom 20. 6. 2019 (RRL) ist in vollem Gange. Für den Unternehmer sind die schlussendlichen Auswirkungen des Restrukturierungsplans nach Art. 15 – 18 der RRL maßgeblich dafür, welche Intentionen die Beteiligten – Financiers, Lieferanten, Gesellschafter – mittels der Restrukturierung umzusetzen gedenken. Diesem Aspekt der Richtlinie soll nachfolgend die Aufmerksamkeit gelten. In der Situation einer aus der Corona-Pandemie folgenden Weltwirtschaftskrise bedarf es neben umfangreichen Staatshilfen einer schnellen Umsetzung der RRL.

Dies gilt umso mehr, als das COVInsAG in vielen Fällen lediglich geeignet sein wird, Insolvenzen kurz- bis mittelfristig bis zur Umsetzung der RRL zu verschleppen. Die Eignung, Insolvenzen flächendeckend zu verhindern, haben die Staatshilfen als Reaktion auf den politisch-medialen COVID-19-Shutdown oder besser gesagt shoot-down nicht, da die Ertragskraft vieler Unternehmen nicht ausreichen wird, die Kredite zurückzuzahlen. „Am Ende bleiben nur Hüllen mit Schulden.“ (Flöther, FAZ v. 28. 3. 2020). Der kurzfristige Ausbau des Schutzschirm- bzw. Eigenverwaltungsverfahrens inklusive Verlängerung des Insolvenzgeldzeitraums wären der bessere Weg. Eine weitere kollaterale Nebenfolge wird stattdessen sein, dass auch finanzkräftige Unternehmen Mietzahlungen in rechtlich konsequenter Weise gemäß COVInsAG drei Monate oder nach Verlängerung (Art. 5 § 4 COVInsAG) sechs Monate bis Juni 2022 aussetzen. Diese Gelder werden ggf. am Kapitalmarkt angelegt, um hieraus eine gegenüber den Verzugszinsen höhere Rendite zu erzielen. Aus diesen und anderen Fällen der Corona-Pandemie werden die ersten Anwendungsfälle für das Restrukturierungsverfahren folgen.

I. Art. 15 RRL – Planverbindlichkeit nur für bekannte und beteiligte Gläubiger

Die Anordnung der Planverbindlichkeit in der RRL für beteiligte Gläubiger sowie die Herausnahme der Unverbindlichkeit für nicht beteiligte entspricht der geltenden Rechtslage beim Insolvenzplan, sofern z. B. Kleingläubigern eine Quote von 100 % bezahlt wird, welche dadurch nicht am Planverfahren beteiligt sind (§ 237 Abs. 2 InsO).

Nach Erwägungsgrund (ErwG) 64 sollen die Mitgliedstaaten festlegen, was unter „Beteiligung“ zu verstehen ist – vor allem im Fall von *unbekannten* oder *künftigen* Gläubigern. Hier kann sich ein nicht unerheblicher Spielraum ergeben, der zu Unterschieden der Einbeziehung von Gläubigern in den europäischen Mitgliedstaaten führt. In der Umsetzung der RRL sollten daher

unter dem Aspekt der Beteiligung mindestens folgende Gläubiger unterschieden werden.¹⁾

1. Beteiligte Gläubiger

Gläubiger, die beteiligt sind, sind solche, denen ein Sanierungsbeitrag abverlangt wird (i. d. R. Forderungsverzicht)²⁾ und denen daher der Restrukturierungsplan übermittelt wird, so dass diese Gläubiger in das Restrukturierungsverfahren und die dortigen Verhandlungen einbezogen sind.³⁾

2. Nicht beteiligte Gläubiger

Was geschieht mit Gläubigern, denen der Plan zwar übermittelt wird, die aber nicht am Verfahren beteiligt sind (ErwG 64 S. 3), wie dies z. B. bei der informativen Übermittlung des Plans an beteiligte Konzernunternehmen der Fall sein kann? Hier bedarf es einer Regelung, ob und welchen dieser Gläubiger der Restrukturierungsplan zu übermitteln ist.⁴⁾

3. Gläubiger von unbekanntem Forderungen

3.1 Planwirkung in Abhängigkeit von der (potentiellen) Plankennntnis

Im Insolvenzverfahren sind unbekanntem Gläubiger ohne Weiteres in die Wirkungen eines Insolvenzplans mit einbezogen.⁵⁾ Dies stellt einen Vorteil im Vergleich zum Schuldenbereinigungsplan dar (§ 308 Abs. 3 Satz 1 InsO). Dieser Gläubigerschutz des Schuldenbereinigungsplans ist ebenso wesentlicher

*) Dr. iur., Partner bei STAPPER | JACOBI | SCHÄDLICH RECHTSANWÄLTE PARTNERSCHAFT, Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht und Honorarprofessor für Unternehmensrestrukturierung an der Universität Leipzig

1) Madaus, in: Flöther, Sanierungsrecht, 2019, F. Rz. 171 ff., zu den Planbetroffenen.

2) Vgl. ErwG 52 S. 4 RRL, wonach öffentlich-rechtliche Forderungen (u. a. Steuern) von den Planwirkungen ausgenommen werden können. Während eines Moratoriums sind laufend fällig werdende Steuern ohnehin zu zahlen, was der Situation zu § 55 Abs. 4 InsO gleicht, die einen Bruch durch das Eigenverwaltungsverfahren erfährt, was ggf. durch die ESUG-Novellierung geändert wird (Erstreckung § 55 Abs. 4 InsO auf die Eigenverwaltung). Würde aber von ErwG 52 S. 4 Gebrauch gemacht, wäre damit ein verfassungsrechtlich nicht tragfähiges Fiskusprivileg eingeführt – dem in Art. 1 § 2 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 COVInsAG hoffentlich nicht abermals der Boden bereitet wird; Jacobi, KTS 2006, 239 ff., zu früheren solcher gesetzgeberischen Versuche.

3) Backes, in: Morgen, Präventive Restrukturierung, 2019, TI. B, Art. 15 Rz. 32 ff., zu den Verbindlichkeitsfolgen. Die Planwirkung bezieht sich insofern auch auf bestrittene Forderungen, wenn diese „betroffen“ i. S. d. Art. 15 RRL sind.

4) Backes (Fußn. 3), Art. 15 Rz. 18, Rz. 40, zu Anteilshabern, die trotz Formulierung von Art. 15 „Gläubiger“ in den Plananwendungsbereich einbezogen sein können.

5) Backes (Fußn. 3), Art. 15 Rz. 27, zu §§ 254, 254b InsO.

Bestandteil des Restrukturierungsplans. Nur Gläubiger, die eine Möglichkeit zur Mitwirkung am Restrukturierungsplan haben, sind von dessen Wirkungen betroffen. Die Möglichkeit zur Mitwirkung ergibt sich im Insolvenz(plan)verfahren aus der öffentlichen Bekanntmachung. Eine solche ist dem Text der RRL für Restrukturierungsverfahren nicht zu entnehmen. Es ist daher in der Umsetzung zur RRL davon abzusehen, unbekannte Gläubiger in die Wirkungen des Restrukturierungsplans einzubeziehen.

3.2 Restrukturierungsverfahren „still“ oder „laut“

Damit nähert sich das Verfahren dem Dreiklang *Karsten Schmidts*, wonach präventive Restrukturierungsmaßnahmen vor allem dann erfolgversprechend sind, wenn sie „früh, schnell und still“ erfolgen.⁶⁾ Dies kann unterdessen nicht für alle Verfahrensvarianten gelten. Denn ist der Restrukturierungserfolg eines Konzernunternehmens von der europaweiten Anerkennung von Entscheidungen innerhalb des Restrukturierungsverfahrens abhängig, muss dieses Verfahren in Anhang A der EuInsVO sowie der Restrukturierungsbeauftragte in Anhang B aufgenommen werden, womit eine Veröffentlichung der Entscheidungen einhergeht (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 EuInsVO: „öffentliche Gesamtverfahren“).⁷⁾ Ohne Veröffentlichung, die oft mangels Konzernbezug nicht notwendig ist, sollte es hingegen beim „stillen“ Verfahren bleiben.⁸⁾

3.3 Unbekannte Gläubiger

Unbekannte Gläubiger sind solche, zu denen keine Anhaltspunkte zur Identität und zur Forderung bestehen und die dadurch nicht von der Absicht der Umsetzung eines Restrukturierungsplans informiert werden können.⁹⁾ Sofern ein Gläubiger in irgendeiner Form fassbar ist, handelt es sich um einen (potentiell) künftigen Gläubiger.

3.4 Künftige Gläubiger

Gläubiger von *möglichen* künftigen oder *sicheren* künftigen Forderungen: Diese Gläubiger sind bekannt, haben aber im Zeitpunkt der Planinitiierung noch keine Forderung. Im Hinblick auf eine prognostisch eintretende Zahlungsunfähigkeit können gerade diese Gläubiger Auslöser eines Restrukturierungsplans sein, z. B. zu erwartende Schadensersatzleistungen, Rückforderungen seitens öffentlicher Stellen (z. B. Investitionszulagen, Steuern) oder Konzernumlagen.¹⁰⁾

II. Art. 16 Abs. 3 RRL – Zurückweisung von Rechtsmitteln gegen den Restrukturierungsplan anstelle von Rechtsmitteln ohne aufschiebende Wirkung

Nach Art. 16 Abs. 3 RRL hat ein Rechtsmittel gegen einen Beschluss zur Bewilligung eines Restrukturierungsplans keine aufschiebende Wirkung in Bezug auf seine Ausführung. Lediglich nach Satz 2 dieses Absatzes können die Mitgliedstaaten dies vorsehen, „wenn dies zur Wahrung der Interessen aller Parteien notwendig und angemessen ist“. Diese Formulierung der Inte-

ressen ist in deren Umsetzung deutlich zu schärfen oder es ist das Regelungsmodell des § 253 Abs. 4 Satz 1 InsO aufzugreifen.¹¹⁾ Nach der aktuellen Formulierung der Richtlinie bleibt ungewiss und unklar, welcher konkrete Nachteil erreicht werden muss, um eine aufschiebende Wirkung zu rechtfertigen. Durch eine Regelung, die sich an § 253 Abs. 4 InsO orientiert, würde deutlich mehr Rechtsklarheit geschaffen und wäre einer schnelleren Planumsetzung bzw. -akzeptanz förderlich. Viele Verwalter kennen die Situation, in der zwar trotz eines monatelang laufenden Beschwerdeverfahrens gegen den Eröffnungsbeschluss Restrukturierungsmaßnahmen umgesetzt werden können, sich jedoch eine Akzeptanz des Verfahrens nicht so recht einstellen will und die Beteiligten die Option der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses nicht ganz ausschließen, was sich z. B. bei der Strukturierung eines irreversiblen Unternehmensverkaufs oder einer Teilbetriebsstilllegung strategisch hinderlich auswirken kann.

Ein Rechtsmittel gegen einen Restrukturierungsplan wäre also besser sofort zurückzuweisen, wenn im Plan Mittel für den Fall bereitgestellt werden, dass der Betroffene eine Schlechterstellung nachweist. Ob der Betroffene auf diese Mittel zurückgreifen kann, ist außerhalb des Restrukturierungsplans/-verfahrens zu klären.¹²⁾

Dass im Restrukturierungsplan Mittel für Gläubiger bereitgestellt werden, die Rechtsmittel gegen den Plan einlegen, ist dann in Umsetzung zu Art. 10 Abs. 2 RRL als ergänzende Bestätigungsvoraussetzung zu normieren. ErwG 65 S. 4 („beschränken“) und S. 8 ermöglichen diese Regelungsoption der Zurückweisung des Rechtsbehelfs.

III. Art. 16 Abs. 4 RRL – Keine Planänderung durch das Gericht

Die Umsetzung zu Art. 16 Abs. 4 b RRL sollte unter Bezug auf ErwG 65 S. 6 eine Planänderung¹³⁾ im Zuge eines Rechtsmittelverfahrens nur auf Vorschlag des Gerichts, nicht aber in dessen Eigenregie zulassen. Sofern infolge Rechtsmitteln gegen den Restrukturierungsplan dieser nach Auffassung des Gerichts eine Änderung erfahren muss, sollte das Gericht es den Parteien anheimstellen, den Plan an der betreffenden Stelle neu zu formulieren und darüber gegebenenfalls neu abzustimmen.

6) *K. Schmidt*, KTS 1982, 613, 624, der diesen Wahlspruch dem Verfasser gegenüber während der Veranstaltung des Fachexpertenforums *Tax & Legal Excellence* am 7. 11. 2019 in Hamburg bekräftigte.

7) *Abel/Herbst*, in: *Morgen, Präventive Restrukturierung*, 2019, Tl. C, Kap. 3, Rz. 16 ff., Rz. 134 ff.

8) *Abel/Herbst* (Fußn. 7), Rz. 69 a. E. a. A. („sollten sämtliche Entscheidungen des präventiven Restrukturierungsrahmens nach der EuInsVO anerkannt werden.“); *Seagon/Naumann*, in: *Flöther, Sanierungsrecht*, 2019, E. Rz. 127.

9) *Backes* (Fußn. 3), Art. 15 Rz. 12, zu unbekanntem Gläubigern unter Bezug auf ErwG 64.

10) *Stellungnahme Gravenbrucher Kreis zur RRL*, <https://www.gravenbrucher-kreis.de/esug20>, v. 19. 12. 2019, S. 4 I. 2. a. E. nennt Produkthaftungsfälle.

11) *Hirschberger*, in: *Morgen, Präventive Restrukturierung*, 2019, Tl. B, Art. 16 Rz. 47 f.

12) *Seagon/Naumann* (Fußn. 8), F. Rz. 427 f., zur Trilog-Fassung v. 17. 12. 2018, die einen finanziellen Ausgleich nicht mehr vorsah; s. jetzt Art. 16 Abs. 4 Unterabs. 2.

13) Hierzu *Hirschberger* (Fußn. 11), Art. 16 Rz. 16.

Eine Planänderung durch das Gericht, ohne Beteiligung der Planinitiatoren und ohne Einbeziehung der Planbetroffenen, birgt die Gefahr einer zu großen Abweichung vom Plankonzept, gerade wenn die in Rede stehende Regelung systematischer Bestandteil eines in sich stimmigen Gesamtkomplexes ist. Ein Vergleich zur ergänzenden Vertragsauslegung, die in die Kompetenz der Gerichte, auch bei umfangreichen Vertragswerken, fällt, greife an dieser Stelle fehl.

Denkbar wäre es natürlich, zu dieser, mit dem ErwG 65 RRL konformen, Position die gegenteilige Auffassung zu vertreten, so dass den Gerichten eine autonome Planänderungsoption zukommt. Dies würde die damit befassten Richter/Richterinnen enorm „aufwerten“ und würde eine dem deutschen Gerichtssystem bekannte Kompetenz in das Verfahren einbringen. Aus Berater- bzw. Unternehmenssicht würde damit indes eine Regelung geschaffen, die sich nach Auffassung des *Verfassers* ausgesprochen negativ auf die Planbarkeit und Beherrschbarkeit des Verfahrens niederschlägt.

IV. Art. 17 Abs. 1 und 2 RRL – Schutzwirkung für Finanzierungen

Ein neuralgischer Punkt des Restrukturierungsverfahrens ist der Zeitpunkt, *ab wann* und *bis wann* dieses Verfahren begonnen werden darf.¹⁴⁾

Ganz maßgeblich hängt davon die Rechtfertigung für eine der Hauptwirkungen ab, die ein Restrukturierungsplan aus Bankensicht bzw. aus Sicht der Kreditgeber hat – die Schutzwirkung für neue Finanzierungen. Diese können zulasten von Gläubigern in einer späteren Insolvenz verfassungsrechtlich nur dann von einer Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit ausgenommen werden, wenn mit Blickrichtung auf ein legitimes Ziel die Schutzwirkung eine geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme ist.¹⁵⁾

1. Durchfinanzierte Restrukturierungsphase

Es muss zum Schutz der aktuellen Gläubiger, die notwendigerweise – selbst die Hausbank – stets einen Informationsrückstand gegenüber dem Unternehmer haben, auch wenn dieser professionell beraten ist, einen limitierten Anwendungsbereich geben. Dieser muss in beide Richtungen schützend wirken: Das Restrukturierungsverfahren darf wegen seiner Wirkungen zulasten der Gläubiger nicht ohne jedes Krisenanzeichen begonnen werden. Ebenso ist ein Abstandsgebot zum Insolvenzverfahren einzuhalten.¹⁶⁾

Zur Umsetzung einer zeitlichen Limitierung, vor allem im Kontext der Insolvenzfestigkeit von Finanzierungen, ist das Erfordernis eines ernsthaften Sanierungsversuchs i. S. d. Rechtsprechung des BGH¹⁷⁾ zu normieren.¹⁸⁾ Wichtigster Bestandteil dieses Konzepts muss eine Liquiditätsplanung sein, die eine Vorschau der gegebenen Liquidität für die Dauer des geplanten Restrukturierungsverfahrens gewährleistet. Diese Liquiditätsplanung muss entweder vor Erlass begehrtter Maßnahmen (Mora-

torium und Planbestätigung) von externer Seite überprüft worden sein;¹⁹⁾ oder die Schutzwirkungen der Art. 17 – 18 RRL werden überhaupt nur dann gewährt, wenn die Liquiditätsplanung einer nachträglichen Überprüfung im späteren Insolvenzverfahren standhält. Dies entspräche letztlich der bisherigen Rechts-situation und sollte die Motivation zur korrekten Aufstellung der Liquiditätsplanung hinreichend fördern. Idealerweise wird beides normiert bzw. wird sich Letzteres im Zuge der Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung ergeben.²⁰⁾

Sind neben dieser Voraussetzung bereits die maßgeblichen Mehrheiten für eine Planzustimmung formiert, wird das Restrukturierungsverfahren ohne Moratorium direkt und erst mit der Planabstimmung beginnen, um damit auch sogleich wieder zu enden.²¹⁾ Rechtlich erinnert dies natürlich an ein Eilverfahren im Stile einer einstweiligen Verfügung, nur dass es sich um eine endgültige Entscheidung handelt, was nicht nur Verfassungsrechtler immer wieder zur Achtsamkeit mahnen lässt.

2. Zugangszeitpunkt

2.1 Drohende Zahlungsunfähigkeit oder früher?

Entgegen zunehmender Stellungnahmen in der Literatur muss sich der Zugangszeitpunkt zum Restrukturierungsverfahren nicht in der – durchaus auch länger anhaltenden – drohenden Zahlungsunfähigkeit erschöpfen²²⁾ bzw. ist die Aufmerksamkeit weg von den Begrifflichkeiten und hin zu den konkreten Verfahrensbedingungen zu wenden. Auch frühere Krisenstadien, selbst die Strategiekrisis,²³⁾ können einen Zugang rechtfertigen, wenn sich infolgedessen am Horizont finanzielle Probleme abzeichnen.²⁴⁾

14) *Pannen*, in: Festschrift Pape, 2019, S. 309, S. 321, bezeichnet dies als „die zentrale Frage der Richtlinie“.

15) Vgl. Pkt. IV. 2.2 a. E. zu dem Bsp. der Corona-Krise und staatlichen Grundrechtseingriffen mit zwar legitimer Zielrichtung, die aber ausreichend wissenschaftlich fundiert sein müssten (z. B. durch Obduktionen), um geeignet, erforderlich und angemessen zu sein. Zu Einschätzungen, nach denen die Corona-Maßnahmen tlw. verfassungswidrige Grundrechtseinschränkungen darstellen, vgl. etwa die Übersicht von *Gaschke*, Die WELT v. 29. 3. 2020 zu Aussagen der Verfassungsrechtler *Christoph Möllers*, *Andrea Edenharter*, *Sebastian Graf*, *Hans Michael Heinig*, *Hans-Jürgen Papier* und *Ulrich Battis*.

16) *Siepmann*, in: Morgen, Präventive Restrukturierung, 2019, TI. B, Art. 4 Rz. 27 ff.

17) BGH v. 14. 6. 2018 – IX ZR 22/15; BGH v. 12. 5. 2016 – IX ZR 65/14.

18) Vgl. Stellungnahme Gravenbrucher Kreis (Fußn. 10), S. 4 f. I. 5.

19) Positionspapier BDU zur RRL, <https://www.bdu.de/media/353849/bdu-positionspapier-restruktuerungsrahmen.pdf>, S. 3 unter Bezug auf § 270b InsO; Positionspapier IDW zur RRL, <https://www.idw.de/blob/120372/3d6ea9f2a8ce115d92f2fd8cddcb7901/down-positionspapier-restruktuerung-data.pdf>, S. 9, S. 11 unter Bezug auf den IDW S 6.

20) *Bork*, in: Morgen, Präventive Restrukturierung, 2019, TI. B, Art. 17 Rz. 48 ff. zur Insolvenzanfechtung im Kontext von Art. 17 Abs. 2 – 3 RRL.

21) Positionspapier IDW (Fußn. 19), S. 9 ff.

22) Vgl. *Goetker*, in: Flöther, Sanierungsrecht, 2019, E. Rz. 68 ff. m. w. N.; *Siepmann* (Fußn. 16), Art. 4 Rz. 10 ff. m. w. N.; *Kayser*, in: Festschrift Pape, 2019, S. 183, S. 190, erwähnt, dass es sehr hilfreich gewesen wäre, „wenn der früheste und der späteste Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung in der Richtlinie möglichst exakt umschrieben wären“.

23) *Jacobi*, ZInsO 2017, 1, 6, zum Kommissions-Entwurf der RRL.

24) *Stohrer*, ZInsO 2018, 660, 662, schließt die Strategiekrisis als Zugangszeitpunkt aus; sie fokussiert auf den Krisenbegriff der Sanierungskreditersprechung, wonach Sanierungsbedürftigkeit vorliegt, wenn ein Unternehmen ohne finanzielle Stützmaßnahmen nicht mehr erfolgreich weitergeführt und die für die Erfüllung der bestehenden Verpflichtungen erforderliche Betriebs-substanz nicht erhalten werden kann; in diese Richtung ebenso: Positionspapier IDW (Fußn. 19), S. 13 zu BGH v. 26. 1. 2017 – IX ZR 285/14, Rz. 28.

Natürlich könnte man begrifflich auch in diesen Stadien von drohender Zahlungsunfähigkeit sprechen. Insofern muss vielleicht gar keine Festlegung erfolgen. Innerhalb der Planbestätigung oder zuvor schon vor Anordnung eines Moratoriums muss ohnehin in irgendeiner Form die Bestandsfähigkeit geprüft werden, um wirtschaftlich vollkommen gesunde Unternehmen vom Verfahren auszuschließen. Dies erfolgt mindestens dadurch, dass zu überstimmende Gläubiger den Prüfungsschutz des *best-interest-of-creditors-Test* von der RRL zur Seite gestellt bekommen. Wer dauerhaft zahlungsfähig ist, erhält keine Planbestätigung, da dann für die Gläubiger die Situation ohne Restrukturierungsplan immer besser ist. Auf diese Weise ist die wahrscheinliche Insolvenz (ErwG 24 S. 3 RRL) in die Prüfung implementiert.

2.2 Vom verlorenen Auftrag bis zur Corona-Pandemie

Dass der Verfahrenszugang durchaus länger vor einer eigentlichen Insolvenzsituation liegen kann, lässt sich der RRL entnehmen. Das Beispiel des „verlorenen Auftrags“ in ErwG 28 S. 3 RRL kann bereits eine spätere Zahlungsschwierigkeit herbeiführen. Ebenso sind dies klassische Beispiele einer Marktveränderung infolge:

- von Gesetzesänderungen, die bestimmte Geschäftsmodelle nicht mehr lukrativ sein lassen oder bestimmte Angebote nicht mehr staatlich gefördert werden,
- der Entstehung großer Konkurrenten, die kleinen bis mittleren Unternehmen die Möglichkeit nehmen, mit Tiefpreisen noch mitzuhalten,
- einer Standortveränderung, in deren Folge Kundschaft ausbleibt,
- einer zunehmenden Vergabe von Aufträgen in andere Länder mit niedrigerem Lohnniveau,
- der Verschlechterung der Gesamtwirtschaftslage mit Niederschlag auf Branchen, die von einem Konsumverhalten leben, das sich durch ausgabefähige und -freudige Konsumenten auszeichnete,
- von Auftragseinbrüchen infolge global-wirksamer Ereignisse wie Kriegen oder einer Pandemie.

Dieserart Umstände können sich kurz- aber auch erst mittelfristig auf die Liquidität auswirken.²⁵⁾ Besteht nach Analyse aller marktwirtschaftlichen Umstände keine Möglichkeit, das Unternehmen so anzupassen, dass ein ursprünglich eingeplanter Jahresumsatz erreicht wird, weil etwa Anlagegüter mit hohen Investitionskosten abgetragen werden müssen, wäre es weder für das Unternehmen noch für die Beteiligten immer sinnvoll, erst die Erfolgs- oder drohende Liquiditätskrise abzuwarten, bevor mittels des Restrukturierungsverfahrens gegengesteuert werden darf. Wenn also bspw. noch 12 Monate Zahlungsunfähigkeit laut Liquiditätsplanung gegeben sind, sollte der Zugang zum Restrukturierungsverfahren nicht verwehrt werden.²⁶⁾

Immanent ist allen dieser Szenarien eine Prognose, mithin eine Unsicherheit, die nur bedingt beseitigt werden kann. Eine Pandemie kann binnen einiger Monate wieder verschwinden. Überdauert sie indes Jahre, was es in früheren Zeiten gab, wie von 1347 – 1352, brechen ganze Wirtschaftszweige zusammen, von furchtbaren humanitären Auswirkungen ganz zu schweigen. Mit den modernen Mitteln vernünftiger Hygiene sind derartige Zeiträume nicht mehr zu erwarten.

Insbesondere mit den modernen Mitteln der Kommunikation kann, als wiederum eigenes Phänomen, die bloße massenweise Information²⁷⁾ – trotz zweifelhafter Grundlage, wie immerhin eine Vielzahl von Virologen, Immunologen und anderen Wissenschaftlern darlegt – dafür sorgen, dass aufgrund von Vorsichtsmaßnahmen Veranstaltungen jeglicher Art flächendeckend abgesagt werden. Reisewarnungen werden ausgesprochen und Grenzen gesperrt, Kontaktverbote gelten oder gar echte Ausgangssperren, Import und Export unterliegen diversen tatsächlichen und rechtlichen Restriktionen. Unternehmen und Einrichtungen dürfen oder können nicht mehr betrieben werden. Das erlebt Europa und die Welt seit den letzten Wochen. Sollte infolgedessen auch die Finanzwirtschaft an empfindlichen Stellen zusammenbrechen und dies, wie schon der „Ausverkauf“ von Staatseigentum in Griechenland zeigte, die südeuropäischen Staaten weiter in die Enge treiben, wird dies die aus dem heutigen Blickwinkel brüchige Europäische Union verändern. So wie die „Erfindung“ auf EU-Ebene zur Schaffung einer sonst nicht gegebenen Richtlinienkompetenz zur RRL führte,²⁸⁾ wird die Wirtschaftspolitik die Corona-Pandemie, wenn sie ohne humanitäre Katastrophen überstanden ist, als Grund für jenen

25) Vgl. ErwG 28 S. 2 RRL.

26) *Flöther/Eckelt*, in: *Flöther, Sanierungsrecht*, 2019, E. Rz. 9; *Flöther*, in: *Festschrift Kayser*, 2019, S. 215, 227, jeweils unter dem Aspekt der Abgrenzung von der Insolvenz.

27) „Uno rechnet mit bis zu 150 Millionen Toten“, veröffentlichte *Der Spiegel* v. 30. 9. 2005 zur Vogelgrippe, in deren Folge weltweit ca. 500 Menschen verstarben. Die Einschätzung in Situationen, wie der aktuellen Corona-Pandemie, ist schwierig. Diese Unsicherheit ist Gift für die Wirtschaft. Anstelle von Langfristplanungen werden unternehmerische Intuition und die Fähigkeit zur schnellen Nutzung neuer Chancen wichtig (Stichwort *Knightsche Unsicherheit*, vgl. *Jordan*, *Geldpolitik und Unsicherheit*, Vortrag v. 15. 01. 2008, www.snb.ch, zur Finanzkrise 2008). Dabei hilft nur Meinungsvielfalt und kritische Aufklärung.

28) *Jacobi*, *ZInsO* 2018, 597, 598 f. Pkt. II, zur erfundenen These der europäisch divergierenden Insolvenzregeln als *kausales* Hindernis für den freien Kapitalverkehr, wodurch – durch diese Verknüpfung – erst die Richtlinienkompetenz entsteht, nämlich wegen des Bezugs zur Kapitalmarktunion, wohingegen eine isolierte Kompetenz für ein gemeinsames Insolvenzrecht fehlt. Diese erfundene, empirisch nicht belegte, Verknüpfung wird geeignet sein, auch andere fehlende Kompetenzen zu schaffen, im Insolvenzanfechtungsrecht, Steuerrecht etc. *Berg*, *EuZW* 2019, 442, 446, sieht in den Art. 53, 114 AEUV ebenfalls keine Kompetenzgrundlage für die RRL, hofft aber im Gegensatz zum *Verfasser*, dass dies nicht weitere Regelwerke tragen wird und dass sich in diesem Punkt Rechtsstaatlichkeit und Wahrheitsliebe in der Politik durchsetzen. Auch wenn sich diese idealistische Hoffnung bzgl. der RRL und folgenden Regelwerken nicht verwirklichen wird, werden die Mitgliedstaaten damit umzugehen lernen und nach Auffassung des *Verfassers* auch irgendwann gegensteuern, gerade um die so wichtige EU als Friedensgrundlage zu erhalten. *Jüchser*, *NZI-Beilage* 2019, 12 ff. zu den Folgen einer fehlenden Kompetenzgrundlage für die RRL; vgl. auch *Würdinger*, *JM* 2018, 90, 92, nach dem „für eine Vereinheitlichung des materiellen Insolvenzrechts keine Kompetenzgrundlage existiert“.

Zusammenbruch aufführen. Dies mag dann partiell²⁹⁾ richtig sein, würde aber die Verantwortung für die wirtschaftspolitischen Maßnahmen der letzten Jahre zu sehr in den Hintergrund rücken, was keine gute Grundlage für neue rechtliche Regeln bietet.³⁰⁾

2.3 Geschätzte Nähe einer Erfolgs- oder Liquiditätskrise

Nun weiß in solcher Situation oder auch einem der anderen aufgeführten Fälle der Unternehmer je nach Geschäftsmodell nicht, wann genau sich diese Szenarien auf das Ergebnis oder die Liquidität niederschlagen, vor allem, wenn unbekannt ist, wie lange bestimmte Situationen anhalten.

Bei kurzfristigen Aufträgen, die sofort wegfallen, ist sehr schnell die Ergebnis- und Liquiditätskrise erreicht. Bei langfristigen Aufträgen stellt sich dies anders dar. Ein laufendes Wirtschaftsjahr kann durch mehrere bestehende und abzuwickelnde Aufträge gesichert sein. Sicher kann aber sein, dass man das Unternehmen „dicht machen kann“, wenn nicht bspw. bis zum Herbst mindestens zwei neue Großaufträge akquiriert werden. Nur wenige Geschäftsmodelle oder Unternehmen erlauben es den Verantwortlichen auf so viele Rücklagen zurückzugreifen, dass länger anhaltende Markteinbrüche überlebt werden. Auch kann der noch so kluge Kopf des Unternehmens nicht immer die Unternehmensstrategie binnen eines Jahres oder kürzer ändern und dies finanzwirtschaftlich umsetzen.

Es lässt sich also liquiditätsseitig, nochmals am Beispiel der Pandemie, ausrechnen, wie lange das Geld noch reicht, wenn weiterhin gar keine oder nur marginal Aufträge akquiriert bzw. ausgeführt werden können. Jedoch lässt sich oft nicht sicher festlegen, wie sich die Situation inklusive staatlicher Hilfsmaßnahmen entwickelt. Und die RRL enthält auch in ErWG 28 sowie den anderen Erwägungsgründen keine ausreichenden Hinweise, ab wann genau in solchen oder ähnlichen Szenarien ein Moratorium oder eine Planbestätigung beantragt werden dürfen.

2.4 Die alte Frage: Wie lang ist der Prognosezeitraum?

Der Geschäftsführer weiß also nicht, wann genau sich bestimmte prognostische Ereignisse auf die BWA auswirken.³¹⁾ Aber er weiß genau, dass sie sich auswirken werden, wenn bestimmte Bedingungen weiter anhalten. Droht in einer solchen Situation bereits die Zahlungsunfähigkeit? Dies wäre eine Art bedingte drohende Zahlungsunfähigkeit. Dem sollte der Unternehmer nach Ausschöpfung anderer Quellen mittels des Restrukturierungsverfahrens entgegenzutreten können.

Wie auch immer man es formuliert oder man sich bemüht, für die drohende Zahlungsunfähigkeit einen Zeitraum von nur einigen Monaten oder bis zu zwei Jahren gelten zu lassen;³²⁾ in diesen Zeiträumen lässt sich die Unternehmenssituation oft genauso in die Begrifflichkeiten früherer Krisenstadien einordnen. Es sollte daher nicht anhand dieser letztlich vagen Begriffe der wichtige Zugang zum Restrukturierungsverfahren festge-

macht und vielleicht versperrt werden, sondern anhand der Maßgaben:

- durchfinanzierte Restrukturierungsphase,
- Bestandsfähigkeit,
- Gläubigerinteresse (*best-interest-of-creditors-Test*).

Der Zugang wiederum ist nicht als Eingangshürde zu verstehen, sondern sollte aufgrund des präventiven Charakters der ganzen Verfahrensidee erst in die vom Unternehmen konkret begehrten Maßnahmen als Prüfungsschritt implementiert werden (Moratorium oder Planbestätigung).

Sind also die zunächst anzusteuernenden Quellen – staatliche Gelder und sei es über Kurzarbeitsgeld, Gesellschafter oder Kreditinstitute – erschöpft bzw. glaubt vielleicht einer der Stakeholder infolge der Marktveränderung nicht mehr an das ursprüngliche Unternehmensziel, sollte die Zufuhr neuen Geldes bzw. freier Mittel auch durch einen Restrukturierungsplan durch Teilverzichte möglich sein. Aber: Selbst vor gänzlicher Erschöpfung dessen muss ein Restrukturierungsverfahren – mit nachfolgender Planvariante – möglich sein, soll gerade im internationalen Verfahrenswettbewerb Deutschland weiterhin ganz vorne mit rangieren.

2.5 Früher Zugang mit gestaffelten Plänen

Es ergibt sich daher für Fälle dieserart für den Zugang zum Verfahren und dessen Umsetzung nichts anderes als bei schon näher liegender, gewissermaßen bedingungslos drohender Zahlungsunfähigkeit. Nur muss auf diese Prüfungspunkte ein weiteres Augenmerk gelegt werden:

- Zugang zum Verfahren zwar vor Ausschöpfung genannter Quellen bspw. unter Beanspruchung von Kurzarbeitergeld, aber unter Integration dieser Ressourcen in die Planung zum Nachweis der durchfinanzierten Restrukturierungsphase;
- Umsetzung des Verfahrens ggf. mit einem Forderungsverzicht, der dann aber nicht sofort gilt, sondern nur unter der Bedingung, dass die Marktverhältnisse so problematisch

29) Sollte sich im Zuge der Aufarbeitung hingegen eine ähnliche Fehleinschätzung bestätigen wie bei der Vogel- oder Schweinegrippe, wäre der Auslöser der sich aktuell anbahnenden Weltwirtschaftskrise keine gesellschaftlich externe Ursache und damit „selbstreferenziell“, was an die Autopoiesis der soziologischen Systemtheorie Niklas Luhmanns erinnert, vgl. *Luhmann, Die Realität der Massenmedien*, 5. Aufl., 2017, Kap. 13, S. 116 ff. Für die Aufarbeitung werden i. Ü. u. a. die schlussendlichen Gesamttodesfälle pro Jahr erste Anhaltspunkte liefern, ob jene also signifikant über dem Durchschnitt etwa von Italien oder der knapp 1 Mio. regulärer Todesfälle in Deutschland liegen.

30) *Schnabl*, Universität Leipzig, Pressemitteilung v. 10. 3. 2020: „Die Corona-Krise könnte dazu führen, dass diese grundlegenden Strukturprobleme [der Wirtschaft] aus dem Blickfeld der Öffentlichkeit rücken und damit ungelöst bleiben.“ <https://www.uni-leipzig.de/newsdetail/artikel/es-droht-eine-schmerzhafteste-krise-2020-03-10/>. Ein dauerhaftes Strukturproblem dürften auf dem Markt realwirtschaftlich abgekoppelte, spekulativ gehandelte Gelder oder Wetten auf (fallende) Kurse ohne Gegenwert sein.

31) Vgl. *Nickert/Nickert/Kühne*, KTS 2019, 29, 36 f., 62 ff., 63, zum durchschnittlichen Prognosezeitraum von 3 – 5 Jahren, was nach Analyse der Autoren/Autorin jedoch auch deutlich längere Zeiträume nicht ausschließt.

32) *Graf-Schlicker/Bremen*, *InsO*, 2020, § 18 Rz. 12; *IDW S 11*, Tz. 92 – 94.

bleiben wie sie sind, mit daraus sicher folgendem Ergebnis- und Liquiditätseinbruch, also bspw. der Bedingung anhaltender Restriktionen infolge globaler Ereignisse und daraus weiterhin folgendem Auftragswegfall in genau quantifizierten Größenordnungen; spricht: Das Unternehmen wird auf einen *rentablen Kernbereich* reduziert. Nur der bedingte Verzicht wird in solchen Fällen dem Gläubigerinteresse gerecht und könnte bestätigt werden (Art. 10 Abs. 2 d RRL). Denn ein sofortiger Verzicht ist anhand der betriebswirtschaftlichen Ergebnisse noch nicht angezeigt, weshalb das zu diesem Zeitpunkt „nächstbeste Alternativszenario“ die uneingeschränkte Fortführung ist.³³⁾

- Dieserart Bedingungen können nun mehrere, also gestaffelt, mit den Gläubigern vereinbart werden, so dass bedingte Verzichte der Gläubiger oder andere Restrukturierungsmaßnahmen stufenweise je nach Lage des Unternehmens eintreten, als eine Art umgekehrter Besserungsschein.

Der Vorteil eines solch frühen Restrukturierungsplans mit bedingtem Verzicht liegt auf der Hand. Das Unternehmen kann in dieser Situation noch ganz anders mit den Beteiligten verhandeln: nämlich stärker.

Essenziell ist dabei, dass die Restrukturierungsphase nachweislich durchfinanziert ist, ob sie nun kürzer oder länger andauern, früher oder später beginnen mag.

3. Abstand zum Insolvenzverfahren durch Art der Verfahrensstruktur

Die Kontroversen um Zugangsvoraussetzungen, Abstandsgebot und Bestandsfähigkeit lassen sich durch die Art der Strukturierung des Verfahrens maßgeblich vereinfachen. Instruktiv entfaltet das Positionspapier des IDW zwei Varianten.³⁴⁾

3.1 Verfahren nur zur Planbestätigung³⁵⁾

Der Zugang zum Verfahren erfolgt dann ohne weitere Voraussetzungen.³⁶⁾ In der Planbestätigung erfolgt die Prüfung nach Art. 10 – 11 RRL:

- **3.1.1** Es erfolgt im Rahmen der Bestätigung die Prüfung, ob das Unternehmen seit Einreichung der Anträge bis zur geschätzten Rechtskraft des Planbestätigungsbeschlusses durchfinanziert ist, wodurch insolvente Unternehmen ausgeschlossen werden. Diesen wird also eine Planbestätigung versagt. Allerdings könnte selbst hier eine Ausnahme gelten, wenn zwar Insolvenz bereits vorliegt, aber nach Einschätzung des Gerichts durch den Plan tatsächlich selbige behoben wird und dies im *allgemeinen* Gläubigerinteresse ist.³⁷⁾ Sofern der Plan dann bestätigt wird, sollten auch in dieser Variante Finanzierung etc. geschützt sein.³⁸⁾ Dies ist ein rechtspolitisch heikler Punkt, da generell fraglich ist, ob bei eintretender Antragspflicht tatsächlich ein Moratorium aufrechterhalten werden kann.³⁹⁾ Nach bisherigen Denkschemen scheidet ein Restrukturierungsverfahren aus, wenn Antragspflichten eintreten.⁴⁰⁾ Ein Wechsel zur nächsten Ver-

fahrensart nach Art des französischen Kaskadensystems steht dann an.⁴¹⁾

- **3.1.2** Mit der Prüfung der Planbestätigung erfolgt zudem diejenige der Bestandsfähigkeit.
- **3.1.3** Prüfung Gläubigerinteresse: Dieser wesentliche Punkt muss zum Schutz der Gläubiger stets geprüft werden (*best-interest-of-creditors-Test*). Gem. Art. 10 Abs. 2 Satz 1 lit. d, Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 RRL ist dabei auf das nächstbeste Szenario abzustellen. Wäre dies die dauerhafte Fortführung, bedeutete das eine Quote von 100 %, mithin erfolgt in der Bestätigung die Prüfung, ob überhaupt eine Insolvenznähe gegeben ist.⁴²⁾ Beim Vergleich mit dem Szenario Insolvenzverfahren ist besonders zu bemerken, dass beim Insolvenzplan in aller Regel nicht nur einige Gläubiger wie im Verfahren nach der RRL, sondern alle Gläubiger einen Forderungsverzicht leisten, folglich der zu erlassende Betrag auf mehr Köpfe verteilt wird, was im Einzelfall zu einer Besserstellung für den ablehnenden Gläubiger führen kann.

3.2 Verfahren mit Moratorium

Wird zuvor ein Moratorium benötigt und beantragt, erfolgen die Prüfungsschritte 3.1.1 und 3.1.2 vor dessen Anordnung, mindestens in der Prüfungstiefe wie es in Verfahren einstweiliger Verfügungen erforderlich ist (§ 294 ZPO). Bei Planbestätigung sind die Art. 10 – 11 RRL abschließend zu prüfen, inklusive des Gläubigerinteresses (3.1.3).

Dass mit dem Antrag auf Zustimmungsersetzung bei Variante 1 (3.1) ohne Moratorium bereits eine Übersicht mit den zustimmenden Gläubigern eingereicht wird,⁴³⁾ entspricht zwar der Praxis bei entsprechenden Vorgängen, ist aber angesichts der Prüfungsmodalitäten, die das Gericht bei Planbestätigung vornehmen muss, nicht erforderlich, um die Rechte der Beteiligten,

33) Vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 RRL.

34) Positionspapier IDW (Fußn. 19), S. 11 ff.

35) Vgl. bereits *Madaus*, *Der Insolvenzplan*, 2011, S. 564 zur sog. Bestätigungsinsolvenz bzw. dem *pre-voted plan*.

36) Positionspapier IDW (Fußn. 19), S. 11, wonach die Insolvenzwahrscheinlichkeit für diesen Fall vermutet werden soll. Nur soweit das Positionspapier des IDW mit dem Verweis auf ein vorliegendes Sanierungskonzept i. S. d. IDW S 6 vertritt, dass dann auch das Gläubigerinteresse (Art. 10 Abs. 2 lit. d RRL) bei Planbestätigung geprüft wird, kann dieser Verfahrensvariante gefolgt werden; *Willeke/Schädlich/Wons*, *StuB* 2018, 104 ff. sowie *Willeke/Schädlich/Wons*, *StuB* 2018, 700 ff., zum IDW S 6 n. F.

37) Über Art. 10 Abs. 2 Satz 1 d RRL hinaus muss bei Aufrechterhaltung der Moratoriums trotz Zahlungsunfähigkeit gem. Art. 7 Abs. 3 Satz 2 RRL nicht nur der *best-interest-of-creditor-Test* erfolgt, sondern das allgemeine Gläubigerinteresse gewahrt sein, *Janjuah*, in: *Morgen, Präventive Restrukturierung*, 2019, TI. B, Art. 7 Rz. 53. Wird der Plan ohne vorheriges Moratorium in solcher Situation bestätigt, muss dies ebenso für die Planbestätigung gelten.

38) Positionspapier IDW (Fußn. 19), S. 11 hingegen: „[Es] dürfen zu keiner Zeit Insolvenzantragspflichten vorliegen.“

39) Stellungnahme TMA zur RRL, *ZInsO* 2020, 488, 490.

40) Anders freilich Positionspapier TMA zur RRL, a. a. O., bei genannter hinreichender Sanierungsaussicht.

41) *Thole*, in: *Flöther, Sanierungsrecht*, 2019, L. Rz. 5 ff. zu den frz. Verfahrensformen.

42) Positionspapier IDW (Fußn. 19), S. 11 geht hingegen von der Vermutung der Insolvenzwahrscheinlichkeit aus.

43) Positionspapier IDW (Fußn. 19), S. 11.

vor allem der zu überstimmenden Gläubiger, zu wahren, gegebenenfalls aber zeitlich von Vorteil.

4. Das CRR-Problem: Auswirkungen der RRL auf NPL's

Ein immer wieder seit Veröffentlichung des Richtlinienvorschlags vom 22. 11. 2016 COM(2016) 723 diskutiertes Bedenken ganz grundsätzlich gegen das Restrukturierungsverfahren oder besser gesagt gegen die Dauer eines Moratoriums über zwei oder drei Monate hinaus ist die CRR-Problematik. Die Deutsche Kreditwirtschaft (DK) äußert auch im aktuellen Positionspapier vom 19. 9. 2019 zur RRL, dass beim Zugangszeitpunkt und der Verfahrensdauer jedenfalls darauf zu achten sei, einen zwingenden Ausfall gem. Art. 178 Abs. 1 Satz 1 lit. a i. V. m. Abs. 3 lit. f CRR zu vermeiden.⁴⁴⁾ Sowohl ein zu später Zugangszeitpunkt als auch eine Moratoriumsdauer über zwei Monate hinaus würde nach dem genannten Bankenregularium Non-Performing Loans (NPL) herbeiführen, anstatt sie – gemäß dem immer wieder genannten, volkswirtschaftlich übergeordneten Ziel der RRL – zu vermeiden.⁴⁵⁾

Eine derartige Auswirkung der RRL müsste notwendigerweise die Intentionen der beteiligten Kreditinstitute leiten, wenn ein Unternehmen mit den Planungen zu einem Restrukturierungsverfahren beginnt.

Doch es stellen sich in diesem Kontext vor allem zwei Fragen zum konkreten Zusammenspiel zwischen RRL und CRR:

- Nach Art. 178 Abs. 1 Satz 1 lit. a i. V. m. Abs. 3 lit. d CRR gilt die Kreditforderung als ausgefallen, wenn das Kreditinstitut einer krisenbedingten Restrukturierung zustimmt und dies zu einer Verringerung der Verbindlichkeit führt. Pkt. 49 der aktuellen Leitlinie der European Banking Authority (EBA) zur Anwendung des Art. 178 CRR (EBA/GL/2016/07 v. 18. 1. 2017), welche die BaFin zum 1. 1. 2021 in ihre Verwaltungspraxis übernimmt, erweitert dies von „Zustimmung“ auf jedes „Zugeständnis“ im Rahmen der Restrukturierung. Führt das Restrukturierungsverfahren im Ergebnis des Restrukturierungsplans dann nicht ohnehin und unabhängig von den 90 Tagen des Art. 178 Abs. 1 Satz 1 lit. b CRR zum Ausfall, wenn das Kreditinstitut vom Plan betroffen ist?
- Nach Art. 178 Abs. 5 CRR i. V. m. Pkt. 73 der Leitlinie der EBA zur Anwendung des Art. 178 CRR kann das Kreditinstitut die Forderung wieder dem nicht-ausgefallenen Status zuordnen, wenn ein Jahr vergangen ist und die dortigen Bedingungen erfüllt sind. Würde dies nicht – zumindest ein Jahr nach einem Restrukturierungsplan – aus dem Dilemma der durch die RRL entstandenen NPL's heraushelfen?

Die Diskussionen zu diesen Aspekten des Art. 178 CRR sind in der Kreditwirtschaft bislang nicht abgeschlossen.⁴⁶⁾ Andere Auslegungskriterien oder neue Leitlinien hierzu sind jedoch nicht zu erwarten.⁴⁷⁾ Wird daher die erste Frage erwartungsgemäß mit Ja und die zweite mit Nein zu beantworten sein, kann eine erste große Welle von Restrukturierungsverfahren zu einem

vermehrten Verkauf derartiger Forderungen durch die Banken führen. Nach einer solchen ersten Verkaufsflut könnten sich außergerichtliche Regularien entwickeln, die ein Restrukturierungsverfahren und daraus folgende NPL's zu vermeiden suchen.⁴⁸⁾ In dieser Hinsicht bietet gerade die aus heutiger Sicht nicht kurzfristig lösbare CRR-Problematik eine Möglichkeit, die Restrukturierungskultur langfristig positiv zu ändern und tatsächlich NPL's abzubauen.

5. Neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen

Die RRL unterscheidet bei dem Schutz nach Art. 17 die *neue Finanzierung* von der *Zwischenfinanzierung* (Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 und 7 RRL):

- Der Anfechtungsschutz i. S. d. Art. 17 RRL für Finanzierungen in einer späteren Insolvenz kann auf *bestätigte* Restrukturierungspläne beschränkt werden. Von dieser Schutzoption sollte im Interesse der Gläubiger Gebrauch gemacht werden.
- Der Anfechtungsschutz für Zwischenfinanzierungen kann gem. Art. 17 Abs. 2 a. E. RRL auf solche beschränkt werden, die einer ex-ante-Kontrolle unterzogen wurden.

Diese ex-ante-Kontrolle wird durch die Voraussetzungen des ernsthaften Sanierungsversuchs i. S. d. BGH gesichert und sollte für neue Finanzierungen und für Zwischenfinanzierungen Bedingung für den Anfechtungsschutz sein.⁴⁹⁾ Dass die ex-ante-Kontrolle nur bei der Zwischenfinanzierung, nicht aber explizit bei der neuen Finanzierung erwähnt ist, bedeutet nach systematischer und teleologischer Auslegung des Art. 17 Abs. 2 RRL nicht, dass diese Kontrolle auf Zwischenfinanzierungen beschränkt wäre. Vielmehr ist diese Kontrolle, mithin ein ernsthafter Sanierungsversuch, ebenso bei den neuen Finanzierungen zu fordern. Nur wenn ein solch dokumentierter Sanierungsversuch vorlag, kommt der Anfechtungsschutz infrage. Die Nennung der ex-ante-Kontrolle allein bei der Zwischenfinanzierung hat seinen Grund darin, dass es für das Gericht, welches den Restrukturierungsplan bestätigt, keinen Anlass gibt, die bereits abgeschlossene Zwischenfinanzierung zu prüfen. Diese unterliegt mithin grundsätzlich keiner externen Prüfung. Das

44) Positionspapier DK zur RRL v. 19. 9. 2019, https://die-dk.de/media/files/2019_09_19_DK_Positionspapier_RestruktRiLi.pdf, S. 3 (Pkt. 1 a. E. u. Pkt. 2. a.).

45) ErWG 3 S. 1 RRL; Positionspapier DK (Fußn. 44), S. 4 (Pkt. 2. a.): „Bei einer Moratoriumsdauer von mehr als 90 Tagen würde die Zielrichtung der Richtlinie, insbesondere die Vermeidung und der Abbau von Forderungsausfällen, in ihr Gegenteil verkehrt werden.“

46) Vgl. *Schluck-Amend*, NZI-Beilage 2019, 14 ff. m. w. N.; *Stohrer*, ZInsO 2018, 660, 663; *Zuleger*, NZI-Beilage 2019, 67 ff. m. w. N.

47) Im Übrigen ergibt sich im Kontext der Corona-Pandemie kein neues Ausfallrisiko nach Art. 178 CRR, sofern sich Verbraucher auf Art. 4 § 3 COVInsAG stützen, in dessen Folge bei Nichtzahlung des Darlehens eine dreimonatige Stundung eintritt. Denn gem. Pkt. 18 EBA/GL/2016/07 v. 18. 1. 2017 tritt bei gesetzlich angeordneter Stundung kein automatischer Ausfall nach Art. 178 Abs. 1 lit. b CRR ein.

48) Insofern ist die Formulierung in ErWG 3 S. 2 RRL, dass die „Verfügbarkeit“ (im engl. Text genauso: „availability“) – und nicht etwa die Durchführung – eines Restrukturierungsverfahrens die Entstehung von NPL's verhindern wird, vielleicht keine versehentliche Ungenauigkeit?

49) Vgl. Fußn. 17.

Gericht befasst sich hingegen für Zwecke der Prüfung der Voraussetzungen der Planbestätigung mit der neuen Finanzierung. Diese Prüfung nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 lit. e RRL inkludiert eine ex-ante-Kontrolle, mithin ob ein ernsthafter Sanierungsversuch vorlag („zur Umsetzung des Restrukturierungsplans erforderlich“).

V. Art. 17 Abs. 3 RRL – Kein Schutz von Zwischenfinanzierungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit

Zwischenfinanzierungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gewährt werden, sollten grundsätzlich nicht in einem späteren Insolvenzverfahren geschützt sein.⁵⁰⁾ Nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sollte unter Beachtung von Art. 7 Abs. 3 Satz 2 RRL ein Insolvenzverfahren, sicherlich dann oft in Eigenverwaltung, eingeleitet werden.

Allerdings sollten Forderungen nicht nur wegen des Restrukturierungsverfahrens fällig gestellt werden können. Es sollte im Verfahrensbeginn vor allem keine „wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse“ i. S. d. Nr. 19 der Bank-AGB gesehen werden. Eine Normierung dessen ist – mit sensiblem Blick auf die CRR-Regeln – im Rahmen der Umsetzung der RRL vorgesehen (Art. 7 Abs. 5 RRL).

VI. Art. 17 Abs. 4 RRL – Kein Vorrang von Finanzierungen in einer späteren Insolvenz

Ein weiterer Schutz von Finanzierungen jeglicher Art i. S. d. ErwG 66 RRL, der über den Anfechtungsschutz nach Art. 17 Abs. 1 und 2 RRL hinausgeht, ist nicht angezeigt.⁵¹⁾ Ein Vorrang für oft umfangreiche Restrukturierungs-Finanzierungen, wie auch Warenkredite, in einer späteren Insolvenz würde das Grundkonzept der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung ins Wanken bringen. Zudem könnte durch einen Vorrang für Kapitalgeber ein falscher Anreiz gesetzt werden, auf ein Restrukturierungsverfahren zu drängen, allein, um einen „Schutzmantel“ in Form von Anfechtungsausschluss nebst Vorrang für eine anstehende Finanzierung zu erlangen.

VII. Fazit

1. Die Wirkungen des Restrukturierungsverfahrens werden dessen Sinnhaftigkeit für die Beteiligten bestimmen. Deswegen ist dieser Abschnitt der RRL so essenziell und bedarf besonderer Aufmerksamkeit in der Schmiede des Gesetzgebers, der nach Beurteilung der wahrgenommenen Fachgespräche der letzten Monate kein grobes Schwert für die einen und gegen die anderen fertigen wird, sondern einen fein justierten Friedensstifter.
2. Die sich aus der Corona-Pandemie ergebenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten werden teilweise durch dieses neue Verfahren aufgefangen werden können. Staatshilfen, die „nur“ als Kredite gewährt werden, verschleppen wie die übrigen staatlichen Maßnahmen die Infektion, können sie aber nicht verhindern. Zudem infizieren die ohnehin schon leicht angeschlagene

nen sowie die Zombie-Unternehmen auf der Grundlage des COVInsAG die gesunden Unternehmen, konkurrieren mit diesen um die Förderkredite und verteuern sie wegen ihres höheren Ausfallrisikos. Die betroffenen Unternehmen werden mithilfe der Staatskredite nicht sofort illiquide, aber viele werden auf Dauer nicht die Ertragskraft haben, diese Kredite zurückzahlen. Die staatlichen Kredite von heute sind die NPL's von morgen.⁵²⁾ Der umsichtige Unternehmensleiter wird auch für diese Situation im Restrukturierungsverfahren ein gegenüber der Insolvenz minimalinvasives Heilmittel für ein ansonsten operativ gesundes Unternehmen finden.

3. Oft wird anstelle der jetzigen Nutzung der COVInsAG-Optionen die Restrukturierung über eine Eigenverwaltung der bessere Weg sein. Die Sanierungsberater müssen für die nächsten Wochen oder Monate ihren Mandanten die Vor- und Nachteile beider Optionen möglichst präzise aufzeigen und vor allem die künftige Ertragskraft des Unternehmens abschätzen. Der Gesetzgeber sollte mit einer Verlängerung des Insolvenzgeldzeitraums auf sechs Monate⁵³⁾ die nicht mehr zu verhindernde Insolvenzwelle eindämmen, damit sich daraus keine Sintflut entwickelt, nach der für viele Unternehmen oder ganze Branchen kein Land mehr in Sicht ist.

4. Mit dem Restrukturierungsverfahren wird den Verfahrensbeteiligten ein Instrument zur Verfügung stehen, mit dessen Hilfe Unternehmen erhalten und optimiert werden können und zwar mit der notwendigen Rücksicht auf die Gläubiger, wie es die RRL vorgibt. Es mag Stimmen geben, die das Verfahren wegen der zunehmenden rechtlichen Komplexität und der gesellschaftsrechtlichen sowie steuerlichen Implikationen für die Praxis in der Versenkung verschwinden sehen. Doch wird jedes Stück Weg, das gesetzgeberisch nach vorn geebnet wird – ob ein wenig oder deutlich entfernt von der Insolvenz – dankbar von den Unternehmern eingeschlagen werden. Der deutsche Restrukturierungsmarkt benötigt dieses Verfahren, um hier nicht weiter den meisten anderen europäischen Staaten hinterherzuhinken,⁵⁴⁾ sondern mit einer ansonsten hervorragend aufgestellten Restrukturierungskultur voranzupreschen.



Selbststudium nach § 15 FAO mit der ZRI:

Zum Beitrag finden Sie einen Multiple-Choice-Test als Lernerfolgskontrolle (Fortbildungsnachweis über eine Zeitstunde) bis zum 7. 11. 2020 unter zri-online.de/15fao/.

- 50) Thesenpapier VID zur RRL, <https://www.vid.de/wp-content/uploads/2019/11/vid-thesenpapier-zur-umsetzung-rl-ueber-restrukturierung-und-insolvenz.pdf>, S. 5; *Stapper/Böhme*, KSI 2018, 197 ff., zu „frischem Geld“ nach der RRL.
- 51) Thesenpapier VID (Fußn. 50), S. 5.
- 52) *Paulus/Undritz/Schulte-Kaubrügger*, ZIP 2020, 699, 700.
- 53) Vgl. *Bitter*, ZIP 2020, 685, 698 Pkt. VIII a. E.; Gravenbrucher Kreis, Stellungnahme v. 23. 3. 2020 zum COVInsAG-Entwurf, <https://www.gravenbrucher-kreis.de/2020/03/23/gravenbrucher-kreis-nimmt-stellung-zum-gesetzentwurf-zur-abmilderung-der-folgen-der-covid-19-pandemie/>.
- 54) *Jacobi*, ZInsO 2018, 597 ff., zum niederländischen Entwurf eines Restrukturierungsgesetzes.