

# AUßERINSOLVENZLICHES SANIERUNGSVERFAHREN ANTE PORTAS

## DARSTELLUNG DES RICHTLINIENVORSCHLAGES DER EU-KOMMISSION ZU EINEM PRÄVENTIVEN RESTRUKTURIERUNGSVERFAHREN

VON DR. UTZ BRÖMMEKAMP

### ABSTRACT

Die EU-Kommission fordert Deutschland mit ihrem Richtlinienvorschlag auf, ein präventives Restrukturierungsverfahren außerhalb der Insolvenz einzuführen. Nachstehend stellt der Verfasser die wesentlichen Regelungsinhalte des Richtlinienvorschlags mit einigen kritischen Anmerkungen vor. Insbesondere die gerichtliche Beteiligung, die Privilegierung von Neu- und Zwischenfinanzierungen sowie die Rechtspflicht zur Sanierung sind zu diskutieren. Mit der Fokussierung auf einzelne Gläubiger betritt das deutsche Insolvenz- und Sanierungsrecht zudem Neuland.

### I. ENTWICKLUNG DES RICHTLINIENENTWURFS

Bereits im Rahmen der letzten Reformüberlegungen zum Insolvenzrecht wurde in Anlehnung an das angloamerikanische Recht im politisch-legislativen Raum die Einführung eines eigenständigen vor- bzw. außergerichtlichen Sanierungsverfahrens diskutiert, letztlich aber verworfen. Stattdessen wurde 2012 im Rahmen des „Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (ESUG) das mit der Insolvenzordnung im Jahre 1999 eingeführte Insolvenzplanverfahren als

Sanierungsinstrument durch eine reformierte Eigenverwaltung und der weiteren Variante des Schutzschirmverfahrens gestärkt (siehe auch FuS 1/2017, S. 17-22). Das Thema eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens sollte während der fünfjährigen Evaluierungsphase des ESUG zunächst zurückgestellt werden.

Am 12. März 2014 hatte die Europäische Kommission eine Empfehlung<sup>1</sup> an die Mitgliedstaaten gerichtet, sich Gedanken zu einem insolvenzvermeidenden Verfahren zur Restrukturierung bestandsfähiger Unternehmen zu machen und gewisse Mindeststandards bereits innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Monaten umzusetzen. Dabei hatte die Kommission schon relativ klare Vorstellungen über die Inhalte eines strukturierten Sanierungsverfahrens außerhalb der Insolvenz entwickelt.

Aufbauend auf den Erfahrungen aus der Empfehlung präzierte die Kommission per Mitteilung vom 30. September 2015<sup>2</sup> an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie den Ausschuss der Regionen die Einbringung eines Legislativentwurfs über Unternehmensinsolvenzen, welche Bestimmungen zu frühen Umstrukturierungen und zur sogenannten „zweiten Chance“ enthalten sein sollten. Am 22. November 2016 präsentierte die EU-Kommission sodann einen Entwurf einer für alle Mitgliedstaaten verbindlichen Richtlinie über die Schaffung eines „Präventiven Restrukturierungsrahmens“. Dieser orientiert sich

### INHALT

- I. Entwicklung des Richtlinienentwurfs
- II. Grundidee
  - 1. Präventiver Leitgedanke
  - 2. Pflicht zur Sanierung?
- III. Verfahren
  - 1. Zugang zum Verfahren
  - 2. Schuldner im Driver's Seat?
  - 3. Gerichtsfernes Verfahren?
  - 4. Moratorium als Flucht ins Verfahren?
- IV. Restrukturierungsplan
  - 1. Planannahme und -bestätigung
  - 2. Planwirkung und Rechtsbehelfe
  - 3. Neu- und Zwischenfinanzierung
- V. Zweite Chance für Unternehmer
- VI. Fazit

<sup>1</sup> COM(2014) 1500  
<sup>2</sup> COM (2015) 468

inhaltlich stark am deutschen ESUG, löst aber gleichwohl beim deutschen Gesetzgeber Handlungsbedarf aus, da außer Deutschland und Tschechien die übrigen EU-Staaten bereits über gesetzliche Instrumente für Sanierungen außerhalb offizieller Insolvenzverfahren verfügen. Das Brüsseler Lob an die deutsche Adresse, über eines der besten Sanierungsverfahren in der EU zu verfügen, nutzt dem deutschen Gesetzgeber nichts, solange dieses Verfahren in der Insolvenzordnung als reguläres Insolvenzverfahren verortet ist.

## II. GRUNDIDEE

### 1. Präventiver Leitgedanke

In ihrer Vorschlagsbegründung stellt die Kommission wie bereits vermehrt in der Vergangenheit klar, dass es ihr bei ihrem Vorhaben um eine Harmonisierung des Sanierungs- und Insolvenzrechts in den Mitgliedstaaten gehe, da unterschiedliche Insolvenzvorschriften grenzüberschreitende Expansionen und Investitionen verminderten. Von einem einheitlichen präventiven Restrukturierungsrahmen verspricht sich die Kommission das früh- und rechtzeitige Ergreifen geeigneter Maßnahmen zur Rettung angeschlagener Unternehmen, den Erhalt von Arbeitsplätzen und auch eine Begrenzung notleidender Bankkredite.

Prävention steht bei den Überlegungen der Kommission an allererster Stelle. So sollen die Mitgliedstaaten ein Frühwarnsystem entwickeln, das für die Unternehmensleitung eine Verschlechterung der Geschäftsentwicklung und damit einen dringenden Handlungsbedarf signalisiert. Da Großunternehmen in der Regel über entsprechende Risikomanagementsysteme verfügen (sollten), bleibt den Mitgliedstaaten freigestellt, dies auf kleine und mittlere Unternehmen zu beschränken.

### 2. Pflicht zur Sanierung?

Erheblichen Sprengstoff beinhaltet die ebenfalls vom Präventivgedanken geleitete Forderung der Kommission nach einer Erweiterung der Managementpflichten in der Krise. Was sich so harmlos und im Lichte üblicher Managerpflichten eher selbstverständlich liest, könnte bei näherem Hinsehen auch eine legislative Haftungsfalle sein. Die Unternehmensleitung soll künftig dazu verpflichtet werden, in der Krise unverzüglich notwendige Schritte einzuleiten, um Verluste von Gläubigern und anderen Stakeholdern zu minimieren, eine Insolvenz zu vermeiden und alles zu unterlassen, was die Rentabilität des Unternehmens gefährden könnte. Wenn es im EU-Vorschlag dort weiter heißt, dabei sei den Interessen der Gläubiger und anderer Stakeholder gebührend Rechnung zu tragen, wird

deutlich, dass dies über die bisherigen, insbesondere gegenüber der eigenen Gesellschaft bzw. den eigenen Gesellschaftern bestehenden Sorgfaltspflichten weit hinausgeht. Aus einem (Wahl-)Recht zur Sanierung würde eine Rechtspflicht zur Sanierung gegenüber Drittbeteiligten. Dies wiederum würde für die betroffenen Geschäftsführer und Vorstände, erst recht für deren Berater, ganz erhebliche Haftungs- und Regressrisiken bergen, sodass der deutsche Gesetzgeber gut daran tun wird, diesen neuen Pflichtenkatalog sehr präzise zu bestimmen beziehungsweise nur bei erhöhtem Verschuldensgrad zu sanktionieren.

## III. VERFAHREN

### 1. Zugang zum Verfahren

Ein präventives Restrukturierungsverfahren ist – ähnlich dem englischen Pendant des *scheme of arrangement* – an keine starren Zugangsvoraussetzungen oder Eintrittsbarrieren gebunden. Aufgrund finanzieller Schwierigkeiten – in welchem Ausmaß auch immer – muss eine Insolvenz drohen oder wahrscheinlich sein, ohne dass Insolvenzreife und eine damit verbundene Antragspflicht bereits eingetreten sind. Wer bereits insolvenzantragspflichtig ist, kann sich nicht mehr präventiv restrukturieren. Diese Chance hat er verpasst.

Der Entwurf lässt keinerlei Zweifel daran, dass das Initiativrecht zum Eintritt in ein außerinsolvenzliches Sanierungsverfahren ausschließlich beim Schuldner liegt, eine Verfahrensaufnahme jedenfalls nicht ohne seine Zustimmung erfolgen kann.

### 2. Schuldner im Driver's Seat?

In Anlehnung an die im deutschen Insolvenzrecht bereits etablierte Eigenverwaltung soll auch im präventiven Restrukturierungsverfahren dem Schuldner grundsätzlich die volle, in Ausnahmefällen jedenfalls die teilweise Kontrolle über seine Vermögenswerte und den täglichen Betrieb verbleiben. Er behält grundsätzlich die Zügel in der Hand; das heißt, er bleibt verfügungsbefugt und Herr über das operative Geschäft. Im Einzelfall kann ihm allerdings vom Gericht ein unabhängiger Restrukturierungsverwalter zur Seite gestellt werden, und zwar mit zum Teil sehr weitreichenden Befugnissen, angefangen von der bloßen Verfahrensbegleitung oder Überwachung bis hin zur Einräumung operativer Eingriffsrechte. Diese Beschneidung oder Einschränkung seiner Geschäftsführungsbefugnisse kann der Schuldner im Zweifel nur vermeiden, wenn er von vornherein alle betroffenen Gläubiger auf seiner Seite hat. Dann wiederum bedarf er aber eigentlich keines strukturierten Sanierungsverfahrens. »

### 3. Gerichtsfernes Verfahren?

Der Kommission schwebt zur Vermeidung unnötiger Komplexität, Kosten und Dauer ein gerichtsfernes Verfahren vor, getreu dem Motto: *so wenig Gericht wie möglich und so viel wie nötig*. Bei näherem Hinsehen wird indes rasch klar, dass es ohne einen recht weitreichenden Katalog richterlicher Befugnisse und Maßnahmen – jedenfalls im Streitfall – nicht funktionieren wird, was schon das Folgende zeigt.

### 4. Moratorium als Flucht ins Verfahren?

Der Schuldner hat die Möglichkeit, zur Unterstützung der Verhandlungen mit seinen Gläubigern beim Gericht die Aussetzung von Vollstreckungshandlungen für bis zu vier Monate und unter gewissen Umständen für bis zu zwölf Monate zu verlangen. Dies hat den für ihn unschätzbaren Vorteil, dass damit u.a. Leistungsverweigerungs- und Kündigungsrechte von Gläubigern suspendiert werden. Wollen allerdings der Schuldner und insbesondere auch dessen Berater auf der sicheren Seite sein, werden sie zumindest ernsthaft erwägen, rein vorsorglich eine Aussetzung zu erwirken, bevor eine erste Ansprache gegenüber den betreffenden Gläubigern erfolgt. Denn dann wäre der Schuldner vor einer Kurzschlusshandlung eines von Beginn an opponierenden und ablehnungsgeneigten Gläubigers zunächst geschützt. Die spätere Praxis wird zeigen, ob ein solches Restrukturierungsverfahren nicht stets mit der Beantragung eines Moratoriums beginnt. Das hehre Ziel der Entwurfsverfasser eines schlanken, raschen, stillen und gerichtsfernen Verfahrens wäre dann bereits in einem frühen Stadium ad absurdum geführt.

Bemerkenswert ist auch, dass unter dem Schutz des Moratoriums bis auf Weiteres etwaige Insolvenzantragspflichten ruhen, die während der Aussetzungsphase entstehen könnten. Ebenso wenig sind Drittanträge durch Gläubiger zulässig, jedenfalls dann nicht, wenn diese auch Betroffene im Verfahren oder Betroffene des Moratoriums sind. Selbst bei Wiederaufleben von Insolvenzantragspflichten nach Beendigung des Moratoriums durch richterliche Aufhebung oder Zeitablauf soll das Restrukturierungsverfahren nicht automatisch beendet sein, sondern noch bis zur Abstimmung über den Restrukturierungsplan fortgesetzt werden können. Wenn der Richtlinienvorschlag in diesem Zusammenhang davon spricht, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens – nicht etwa dessen Beantragung – verschoben werden kann, könnte das am Ende bedeuten, dass sich der Schuldner unversehens in zwei Verfahren befindet, obgleich das präventive Restrukturierungsverfahren ein Insolvenzverfahren gerade verhindern soll. Der deutsche Gesetzgeber wird gut beraten sein, dies bei der legislativen Umsetzung der Richtlinie in den Kontext der deutschen Insolvenzordnung einzubetten und entsprechend zu regeln.

## IV. RESTRUKTURIERUNGSPLAN

Das Kernstück des Verfahrens ist der Restrukturierungsplan. Ganz offensichtlich dienen der EU-Kommission der Insolvenzplan nach deutschem Recht und dessen inhaltliche

Erfordernisse als Blaupause. Im Restrukturierungsplan sind diejenigen Gläubiger mit ihren schuldnerseits erwünschten Sanierungsbeiträgen zu benennen, die letztlich die außerinsolvenzliche Sanierung tragen sollen. Und dies müssen, anders als nach der hierzulande bislang gültigen Insolvenzordnung, keineswegs sämtliche Gläubiger sein. Dieses Verfahren ist eben kein Gesamtverfahren mehr und bedeutet für das deutsche Insolvenz- und Sanierungsrecht einen echten Paradigmenwechsel.

Wie beim Insolvenzplan können und sollen Gruppen (jetzt: Klassen) von Gläubigern mit gleichgerichteten Interessen oder Betroffenheiten gebildet werden. Im Restrukturierungsplan ist zwingend darzustellen, dass das Unternehmen im Kern gesund ist und die vorgeschlagenen Maßnahmen ausreichend finanziert und dazu geeignet sind, eine Insolvenz zu vermeiden und eine nachhaltige Rentabilität wieder zu erlangen. Der Richtlinienvorschlag gebietet es dem Schuldner nicht ausdrücklich, bereits mit einem fertigen Plan ins Verfahren zu starten. Allerdings wird er im Zweifel bei Gericht auf verlorenem Posten stehen, sollte er dort mit gänzlich leeren Händen, und ohne dem Gericht wenigstens die Ahnung einer Sanierungstauglichkeit vermitteln zu können, ein Moratorium beantragen. Deswegen ist ernsthaft zu erwägen, im Zuge des Verfahrenseintritts die Bescheinigung eines unabhängigen Dritten zu fordern, die zumindest eine Insolvenzantragspflicht ausschließt und darüber hinaus bestätigt, dass der Schuldner redlich ist, eine Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos erscheint und auch keine grobe Ungleichbehandlung der betroffenen Gläubiger stattfindet.

### 1. Planannahme und -bestätigung

Der Restrukturierungsplan wird mit den betroffenen Gläubigern verhandelt und nach Abschluss der Verhandlungen, die zeitlich allenfalls mittelbar durch die Laufzeit eines Moratoriums begrenzt sein mögen, zur Abstimmung gestellt. In jeder Klasse muss die jeweilige Summenmehrheit von maximal 75 % erreicht werden. Gelingt dies nicht, ist der Plan keineswegs gescheitert. Vielmehr besteht sowohl bei nicht einstimmiger Planannahme als auch bei vorgesehenen neuen Finanzierungsmitteln ohnehin das Erfordernis einer gerichtlichen Planbestätigung. Das Gericht kann sogar einen mehrheitlich abgelehnten Plan bestätigen, wenn die ranggerechte Befriedigung der Gläubiger gewährleistet ist und auch nur eine einzige Gläubigerklasse zugestimmt hat („klassenübergreifender Cram-down“). Die Vorstellung, mit der Zustimmung nur einer, ggf. interessengesteuerten, Klasse und gegen den Willen sämtlicher anderer Gläubigerklassen den Plan durchzuboxen, klingt abenteuerlich. Immerhin räumt die Richtlinie den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, die Mindestzahl der für die Genehmigung des Plans erforderlichen Klassen zu ändern. Im Vergleich dazu bedarf es im deutschen Insolvenzplanverfahren zur Annahme des Plans grundsätzlich der Zustimmung der – allerdings nur einfachen – Mehrheit aller Gruppen und innerhalb der jeweiligen Gruppen der Kopf- und Summenmehrheit.

Die Planannahme soll im außerinsolvenzlichen Verfahren somit deutlich leichter für den Schuldner zu erreichen sein, was zumindest diskussionswürdig erscheint.

Der in der Insolvenzordnung geltende Minderheitenschutz ist wie im Insolvenzplanverfahren auch in diesem Verfahren gewahrt. Eine Planbestätigung scheidet aus, wenn ein betroffener Gläubiger durch den Plan schlechter stünde als im Falle einer Zerschlagung oder eines Liquidationsverkaufs. Ob die Gerichte in der Lage sein werden, ihren mit der Planbestätigung oder deren Versagung verbundenen Prüfpflichten innerhalb der von der EU-Kommission vorgesehenen 30-Tage-Frist nachzukommen, bleibt abzuwarten. Insofern ist Skepsis geboten. Und eines findet sich hierin erneut bestätigt: Ein gerichtliches Verfahren erwartet uns definitiv nicht.

## 2. Planwirkung und Rechtsbehelfe

Ist der Plan bestätigt, wirkt er konsequenterweise nur gegenüber den betroffenen und involvierten Gläubigern, nicht aber gegenüber denjenigen, die am und im Restrukturierungsverfahren nicht beteiligt waren. Gegen sämtliche gerichtliche Maßnahmen – insbesondere die Anordnung eines Moratoriums oder die Planbestätigung – steht Betroffenen die sofortige Beschwerde offen, die aber wie im deutschen Insolvenzrecht keine aufschiebende Wirkung haben soll. Ist das Rechtsmittel begründet, soll selbst dies nicht zum Scheitern des Restrukturierungsverfahrens führen müssen. Vielmehr soll das Gericht die Möglichkeit haben, statt den Plan aufzuheben, diesen (erneut) zu bestätigen und gleichzeitig dem benachteiligten Rechtsmittelführer einen finanziellen Ausgleich zulasten des Schuldners oder sogar der zustimmenden Plangläubiger zuzusprechen.

## 3. Neu- und Zwischenfinanzierung

Ein Passus des Richtlinienvorschlages verdient noch besondere Erwähnung. Neu- und Zwischenfinanzierungen, soweit sie der Erstellung des Plans, dem Verlauf des Verfahrens oder der Umsetzung des Plans dienen (wie bspw. auch Beraterhonorare), sollen in der Weise privilegiert werden, dass sie in einem etwaigen späteren Officialverfahren/Insolvenzverfahren insolvenzfest sind, d.h. nicht für nichtig, anfechtbar oder nicht durchsetzbar erklärt werden können. Auch dies birgt erheblichen Sprengstoff. In diesen Insolvenzschutz werden nämlich sämtliche Rechtsgeschäfte und damit verbundenen Zahlungen einbezogen, solange sie, selbst abseits des normalen Geschäftsgangs, der Restrukturierung im weitesten Sinne dienen. Eine zeitliche und inhaltliche Ab- und Eingrenzung fällt schwer, wird aber dringend geboten sein; erst recht, wenn man bedenkt, dass der Richtlinienvorschlag zu der Frage, für welche Dauer diese Privilegierung gilt, wie viel Zeit also zwischen Planbestätigung und Neu-Insolvenz maximal liegen darf, gänzlich schweigt.

## V. ZWEITE CHANCE FÜR UNTERNEHMER

Dem redlichen Unternehmer soll im Rahmen einer zweiten Chance die Möglichkeit eröffnet werden, sich innerhalb einer

Frist von bis zu drei Jahren komplett zu entschulden; bemerkenswerterweise ohne zwingend einen Mindestbetrag oder einen bestimmten Prozentsatz seiner Schulden zurückzahlen zu müssen. Anlass für diese Regelung ist für die Kommission nicht nur eine Harmonisierung der sehr unterschiedlichen Restschuldbefreiungsfristen innerhalb der Mitgliedstaaten, sondern auch das Ziel, Unternehmer zu motivieren, frühzeitig die Sanierung ihres Unternehmens anzugehen. Dies betrifft insbesondere inhabergeführte Unternehmen. Denn deren Gesellschafter (Geschäftsführer) haben ihr persönliches Schicksal häufig mit dem ihres Unternehmens verknüpft, indem sie privates Vermögen zur Besicherung von Unternehmenskrediten gestellt haben. Mit der Chance, neben der Sanierung des Unternehmens auch aus der persönlichen Schuldenfalle herauszukommen, sollte die Bereitschaft auf Unternehmerseite wachsen, zu gegebener Zeit und nicht erst auf den letzten Drücker ein präventives Restrukturierungsverfahren anzugehen. Diese Regelung auch auf Nicht-Unternehmer – auf Verbraucher – zu erweitern, stellt die Kommission den Mitgliedstaaten anheim.

## VI. FAZIT

Dass es der EU-Kommission entgegen vieler Prognosen gelungen ist, innerhalb der selbst vorgegebenen und eher knapp bemessenen Zeit einen durchaus vorzeigbaren Richtlinienentwurf für ein außerinsolvenzliches Sanierungsverfahren zu präsentieren, ist begrüßenswert. Seine nationale praktische Relevanz wird stark von der Qualität und Ausrichtung der Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber abhängen. Ob dies wirklich die beabsichtigte Sanierungswelle gerade im Mittelstand auslösen wird, bleibt mit gewisser Skepsis abzuwarten. Aber noch ist das Gesetz nicht da. Nach Inkrafttreten der Richtlinie – dem Bekunden nach spätestens im ersten Quartal 2018 – haben die nationalen Gesetzgeber zwei Jahre Zeit zur legislativen Umsetzung. ◆



**Dr. Utz Brömmekamp**, Rechtsanwalt und Geschäftsführer der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwalts-gesellschaft mbH sowie der Buchalik Brömmekamp Unternehmensberatung GmbH, hat sich auf das Insolvenzrecht und auf Sanierung, Gesellschaftsrecht, Bankrecht sowie Immobilienrecht spezialisiert.

### KEYWORDS

Außerinsolvenzliches Sanierungsverfahren • EU-Kommission • Zweite Chance für Unternehmer