

POSITIONSPAPIER

# PRÄVENTIVER RESTRUKTURIERUNGSRAHMEN

UMSETZUNG DER EUROPÄISCHEN RESTRUKTURIERUNGS-  
RICHTLINIE IN NATIONALES RECHT



## INHALT

<b>1. Überblick über den präventiven Restrukturierungsrahmen</b>	<b>3</b>
<b>2. Einschätzung zu ausgewählten Aspekten</b>	<b>5</b>
2.1. Frühwarnsysteme	5
2.2. Präventiver Restrukturierungsrahmen	9
2.2.1. Zugangsvoraussetzung / Abgrenzung zu Insolvenzgründen	9
2.2.2. Restrukturierungsbeauftragter	15
2.2.3. Anforderungen an den Restrukturierungsplan	18
2.2.4. Leistungsverweigerungsrecht / Zurückbehaltungsrecht	21
2.2.5. Überstimmung opponierender Gläubiger	23
<b>3. Überschuldungsbegriff</b>	<b>25</b>
<b>4. Zusammenfassung der wesentlichen Umsetzungsempfehlungen</b>	<b>27</b>



## 1. ÜBERBLICK ÜBER DEN PRÄVENTIVEN RESTRUKTURIERUNGSRAHMEN

Deutschland hat mit dem im März 2012 in Kraft getretenen ESUG die Sanierungsmöglichkeiten von Unternehmen im gerichtlichen Verfahren deutlich gestärkt. Insbesondere wurden neue vorläufige Verfahren geschaffen: zum einen die vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO, zum anderen das sog. Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO. Das gerichtliche Verfahren ist so stärker als bisher auf die Sanierung des Unternehmens in Eigenverwaltung ausgerichtet. Dies darf gleichwohl nicht darüber hinwegtäuschen, dass der primäre Zweck der Insolvenzordnung die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger ist. Eine breit angelegte Evaluierung des ESUG hat zahlreiche und materielle Verbesserungsmöglichkeiten aufgezeigt, gleichwohl wird eine insgesamt vorteilhafte Entwicklung des Insolvenzrechts testiert: Eine Rückkehr zum früheren Recht lässt sich weder aufgrund der Befragungsergebnisse noch aufgrund der rechtswissenschaftlichen Bewertung rechtfertigen.

Mit der verabschiedeten Restrukturierungsrichtlinie möchte die EU die Insolvenzregime in Europa vereinheitlichen und wettbewerbsfähiger ausgestalten. In der Vergangenheit wurden einzelne, dafür aber medienwirksame Fälle des sog. *forum shoppings* bekannt: Unternehmen haben bewusst die Voraussetzungen dafür geschaffen, um die Vorteile ausländischer Sanierungsregime zu nutzen (z.B. Restrukturierungsmaßnahmen für nur einzelne Gläubigergruppen, Verabschiedung des Plans gegen den Willen opponierender Gläubiger, Kürze des Verfahrens etc.). Mit der EU-Richtlinie soll auch dem Insolvenztourismus Einhalt geboten werden und in jedem Mitgliedsstaat sollen Unternehmen eine „zweite Chance“ erhalten.

Hierzu hat die Kommission im Jahr 2016 einen viel beachteten, aber auch intensiv kritisierten Richtlinienentwurf vorgelegt. Am 28.03.2019 wurde auf der Basis der Trilog-Gespräche ein Kompromiss gefunden, der sich durch zahlreiche

Mitgliedstaaten-Wahlrechte auszeichnet. Am 26. Juni 2019 ist die Restrukturierungsrichtlinie im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden und in Kraft getreten. Für die Umsetzung in nationales Recht stehen nun für einen Großteil der Regelungen zwei Jahre zur Verfügung.

Ziel des präventiven Restrukturierungsverfahrens ist es, das Unternehmen zu sanieren und Arbeitsplätze zu erhalten. Liegt bei einem Unternehmen eine Insolvenzwahrscheinlichkeit (*likelihood of insolvency*) vor und ist es gleichwohl bestandsfähig (*viability test*), soll ihm künftig ein vier bis max. 12 Monate andauerndes Moratorium gewährt werden können (Verbot der Einzelzwangsvollstreckung). Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass eine Aussetzung von Einzelvollstreckungsmaßnahmen allgemein gelten und alle Gläubiger umfassen kann oder auf einen oder mehrere Gläubiger beziehungsweise Gläubigergruppen beschränkt sein kann. Schwebende Geschäfte (z.B. mit Lieferanten) sollen – trotz ausstehender Verbindlichkeiten des Schuldners – ausgeführt werden, sofern sie für die Fortführung des Unternehmens erforderlich sind. Die Insolvenzantragspflichten sind weitgehend suspendiert.

Sinnvollerweise sind vor Eintritt in das Verfahren Verhandlungen mit den einzelnen Gläubigergruppen (z.B. alle Banken) geführt und die Grundzüge eines Restrukturierungsplans liegen bereits vor. Die betroffenen Gläubiger stimmen in Gruppen über den Plan ab. Sofern jede Gruppe mit einer qualifizierten Mehrheit (max. 75%; von den Mitgliedstaaten festzulegen) zustimmt, ist der Plan angenommen. Widersprechende Gläubiger müssen sich den Regelungen des Plans gleichwohl stellen (z.B. anteiliger Forde-

rungsverzicht). Voraussetzung ist dabei, dass die opponierenden Gläubiger nicht schlechter gestellt werden als bei der nächstbesten „Verwertungs“-Alternative (z.B. alternativer Restrukturierungsplan, Insolvenzplanverfahren oder Liquidation) (*best-interest-of-creditors-test*).

Unter bestimmten Voraussetzungen ist es möglich, dass der Plan gerichtlich oder behördlich bestätigt werden kann, auch wenn nicht alle Gruppen mit qualifizierter Mehrheit zustimmen, sog. *cross-class cram-down*. Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, festzulegen, wie viele Gruppen dem Plan mindestens zustimmen müssen.

Das Verfahren wird in bestimmten Fällen durch einen Restrukturierungsbeauftragten begleitet, der die Unternehmensleitung überwachen und bei den Verhandlungen sowie bei der Entwicklung des Restrukturierungsplans unterstützen soll.

Mit dem präventiven Restrukturierungsrahmen wird erheblich in die Rechte der Gläubiger (und ggf. auch der Gesellschafter) eingegriffen: Insbesondere lässt es die Richtlinie zu, dass im Rahmen des *cross-class cram-down* eine Minorität der betroffenen Gläubiger der Mehrheit bestimmte Sanierungsmaßnahmen aufzwingt. Zudem stellt sich in Deutschland die besondere Problematik, wie sich der präventive Restrukturierungsrahmen in das bestehende System der nationalen Sanierungsinstrumente (außergerichtliche Sanierung, Insolvenzplanverfahren einschl. Schutzschirmverfahren und übertragende Sanierung, Schuldverschreibungsgesetz) einordnen lässt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der präventive Restrukturierungsrahmen mit der Rettung von Unternehmen und dem Erhalt von Arbeitsplätzen andere Ziele verfolgt

als die Insolvenzordnung, die die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger in den Fokus nimmt.

Bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht sollte sich der deutsche Gesetzgeber daher nicht von den Instrumenten und der Denkweise der Insolvenzordnung leiten lassen, sondern ein – soweit rechtlich möglich – hiervon möglichst unabhängiges Prozedere schaffen, welches deutlich früher als das Insolvenzverfahren greift und die bestehenden Sanierungsinstrumente ergänzt. Um das Stigma des Schei-

terns zu vermeiden, ist es dabei erforderlich, dass der präventive Restrukturierungsrahmen möglichst still, das heißt unter Ausschluss der Öffentlichkeit verläuft; überdies ist eine Regelung außerhalb der Insolvenzordnung geboten. Nur so kann es gelingen, den Sanierungsstandort Deutschland aufzuwerten und ihn wettbewerbsfähiger zu gestalten.

Im vorliegenden Positionspapier werden die Problembereiche bei der nationalen Umsetzung aufgezeigt und es werden Handlungsempfehlungen für die Umsetzung gegeben.



## 2. EINSCHÄTZUNG ZU AUSGEWÄHLTEN ASPEKTEN

### 2.1. Frühwarnsysteme

Nach Artikel 3 der Restrukturierungsrichtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Schuldner Zugang zu einem oder mehreren klaren und transparenten Frühwarnsystemen haben, die Umstände erkennen können, die zu einer wahrscheinlichen Insolvenz führen können, und ihnen signalisieren können, dass unverzüglich gehandelt werden muss. Nach den Erwägungsgründen sind dabei auch die begrenzten kapazitativen und finanziellen Mittel, die KMU für die Beauftragung von Fachleuten zur Verfügung stehen, zu berücksichtigen.

Artikel 3 Abs. 2 der Richtlinie nennt drei mögliche Ausprägungen von Frühwarnsystemen (vgl. Abb. 1).

Unterbliebene Zahlungen	Beratungsdienste	Hinweise durch Dritte
Mechanismen zur Benachrichtigung des Schuldners, wenn dieser bestimmte Arten von Zahlungen nicht getätigt hat	von öffentlichen oder privaten Organisationen angebotene Beratungsdienste	Anreize für Dritte, z.B. Wirtschaftsprüfer, Steuerbehörden oder Sozialversicherungsträger, den Schuldner auf negative Entwicklungen aufmerksam zu machen

Abbildung 1: Mögliche Ausprägungen von Frühwarnsystemen nach der EU-RL

Die zuerst genannte Ausprägung erscheint dabei wenig zielführend: Tätigt der Schuldner bestimmte Arten von Zahlungen nicht – genannt werden in den Erwägungsgründen Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge –, dürfte regelmäßig bereits Zahlungseinstellung und somit Zahlungsunfähigkeit vorliegen. Letztlich ist bereits die Nichtbedienung von jeglicher fälligen Verbindlichkeit zum Zeitpunkt ihrer Fälligkeit von der BGH-Rechtsprechung erkannter Kriseneintritt (sog. retrograde Methode zur Ermittlung des Zeitpunkts der Zahlungsunfähigkeit). Als Frühindikator eignet sich dieses Kriterium nicht. Zweifelsohne ist es sinnvoll, die gesetzlichen Vertreter auf die prekäre Unternehmenslage hinzuweisen. Dies wird in Deutschland – wie im Folgenden weiter ausgeführt wird – durch Warnpflichten des Steuerberaters und Abschlussprüfers schon heute sichergestellt.

Auch die genannten Beratungsdienste werden – zumindest von privater Seite – schon heute z.B. mit den Schuldnerberatungen durch die Industrie- und Handelskammern oder durch Wirtschaftsauskunfteien (z.B. Creditreform) angeboten. Insgesamt dürfte in Deutschland kein Mangel an öffentlich verfügbaren Informationsangeboten bestehen. Vielmehr ist zu beobachten, dass Unternehmen in einer fortgeschrittenen Krise solche Angebote bewusst oder unbewusst nicht wahrnehmen. Ein Ausbau solcher Angebote wäre daher nicht zielführend.

Nach Art. 3 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie können Frühwarnsysteme Anreize für Dritte umfassen (z.B. Wirtschaftsprüfer, Steuerbehörden oder Sozialversicherungsträger), um den Schuldner auf negative Entwicklungen aufmerksam zu machen (Art. 3 Abs. 2 Buchst. c).

Der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer nimmt in diesem Zusammenhang eine zentrale Rolle ein (vgl. Abb. 2).

### Beurteilung Fortführungsannahme

Im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses hat der Abschlussprüfer auch die Angemessenheit der Annahme der Fortführungsfähigkeit nach § 252 HGB zu prüfen. Ist die Einschätzung der gesetzlichen Vertreter fehlerhaft, ist das Testat zu versagen.

### Bestandsgefährdende Risiken

Der Abschlussprüfer muss in dem offenzulegenden Bestätigungsvermerk auf Risiken, die den Fortbestand des Unternehmens oder eines Konzernunternehmens gefährden, gesondert eingehen (§ 322 Abs. 2 HGB).

### Entwicklungsbeeinträchtigende Risiken

Im Prüfungsbericht ist über Tatsachen zu berichten, die den Bestand des geprüften Unternehmens oder des Konzerns gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können.

### Prüfung Lagebericht

Der Abschlussprüfer hat zu prüfen, ob die Chancen und Risiken der zukünftigen Entwicklung im Lagebericht zutreffend dargestellt sind (§ 317 Abs. 2 S. 2 HGB).

### Beurteilung Risikofrüherkennungssystem

Bei einer börsennotierten Aktiengesellschaft ist außerdem im Rahmen der Prüfung zu beurteilen, ob der Vorstand die ihm nach § 91 Abs. 2 AktG obliegenden Maßnahmen zur Risikofrüherkennung in einer geeigneten Form getroffen hat und ob das danach einzurichtende Überwachungssystem seine Aufgaben erfüllen kann (§ 317 Abs. 4 HGB).

### Hinweispflicht bei Insolvenzreife

Erkennt der Abschlussprüfer auf Grundlage seiner Prüfung Anhaltspunkte für eine Insolvenzgefahr, ist er nach *IDW PS 270 n.F.*, Rn. A 12 dazu verpflichtet, die gesetzlichen Vertreter auf ihre insolvenzrechtlichen Verpflichtungen hinzuweisen.

### Keine unzulässigen Wertansätze

Ist die Fortführung des Unternehmens nicht mehr wahrscheinlich, darf der Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Erstellung eines Jahresabschlusses keine Fortführungswerte zu Grunde legen, selbst wenn der Mandant dies wünscht (*IDW S 7*, Tz. 29). Damit sind die berufsständischen Regelungen strenger als die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Abbildung 2: Rolle der Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Risikofrüherkennung

Der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer begrüßt, dass die Anforderungen an die Risikoerkennung durch Gesetz und Rechtsprechung stetig steigen. Die zunehmende und an Bedeutung gewinnende Einbeziehung zukunftsorientierter Aussagen in die Abschlussprüfung schafft für

die Adressaten des Jahresabschlusses bzw. des Bestätigungsvermerks und Prüfungsberichts einen wichtigen Mehrwert und trägt dazu bei, die Risikoüberwachung in den Unternehmen zu verbessern.

Der Berufsstand hat sich mit den Verlautbarungen des IDW auch auf diesem Gebiet umfangreiche zusätzliche Regelungen auferlegt, die regelmäßig aktualisiert werden. Zu nennen sind insb. *IDW PS 270 n.F.* zur Beurteilung der Fortführungsprognose, *IDW PS 350 n.F.* zur Prüfung des Lageberichts sowie *IDW PS 340* zur Beurteilung des Risikofrüherkennungssystems.

Die obigen Ausführungen machen deutlich, dass die in der Richtlinie vorgeschlagenen Maßnahmen zur Risikofrüherkennung in Deutschland weitgehend existieren. In der Richtlinie wird dabei primär auf ein freiwilliges Angebot von öffentlicher oder privater Seite abgestellt.

Die Erfahrungen der letzten Jahre haben indes gezeigt, dass mit einem solchen Angebot das Ziel einer frühzeitigen Sanierung nicht erreicht wird, insbesondere bei Unternehmen, die den oben dargestellten Prüfungen nicht unterliegen.

Der deutsche Gesetzgeber sollte daher deutlich früher ansetzen: Für eine frühzeitige Erkennung bestandsgefährdender Risiken ist eine Unternehmensplanung unerlässlich.

Dies gilt unabhängig von Rechtsform und Unternehmensgröße. Nach dem deutschen Recht gibt es allerdings keine – für alle Gesellschaften geltende – explizite Pflicht zur Unternehmensplanung. Sie lässt sich nur implizit aus verschiedenen Normen ableiten (vgl. Abb. 3).

**§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB**

Handelsrechtliche Fortführungsprognose i.Vm. § 19 InsO (vgl. Abschnitt 3)

**§ 15a InsO**

Insolvenzeröffnungsgründe i.Vm. BGH, Urt. v. 14.05.2007 – II ZR 48/06, Rn. 16:  
laufende Beobachtung des Unternehmens

**§ 289 Abs. 1 S. 4 HGB**

Darstellung der voraussichtlichen Entwicklung des Unternehmens mit ihren  
wesentlichen Chancen und Risiken für bestimmte Unternehmen im Lagebericht

**§ 92 Abs. 1 AktG bzw. § 49 Abs. 3 GmbHG**

Hauptversammlung/Gesellschafterversammlung bei hälftigem Verlust des  
Stammkapitals

**§ 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG**

Bericht über Unternehmensplanung an den Aufsichtsrat

**§ 91 Abs. 2 AktG**

Einrichtung eines Risikofrüherkennungssystems

Abbildung 3: Ableitung einer impliziten Planungspflicht

Insgesamt dürfte es – unabhängig von Rechtsform und Größenklasse – zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten der Geschäftsleitung gehören, eine Unternehmensplanung zu erstellen und bestandsgefährdende Risiken erkennen zu können. In der Praxis ist zu beobachten, dass sich immer mehr Unternehmen mit Planungen befassen, insbesondere kleinere Unternehmen aber immer noch keine regelmäßige Planung aufstellen. Der deutsche Gesetzgeber sollte –

ggf. auch über die Anforderungen der Restrukturierungsrichtlinie hinaus – eine explizite Pflicht zur Unternehmensplanung für das laufende und folgende Geschäftsjahr kodifizieren. Form und Detaillierungsgrad der Planung hängen dabei stark von der Unternehmensgröße und -komplexität ab.

Zudem sollte hinsichtlich § 92 Abs. 1 AktG bzw. § 49 Abs. 3 GmbHG geregelt werden, dass bei



häufigem Kapitalverlust nicht nur eine Hauptversammlung / Gesellschafterversammlung einzuberufen ist, sondern zusätzlich von den gesetzlichen Vertretern aufzuzeigen ist, mit

welchen Maßnahmen das Eigenkapital wieder aufgefüllt werden soll bzw. welche alternativen Schritte eingeleitet werden sollen



## 2.2 PRÄVENTIVER RESTRUKTURIERUNGSRAHMEN

### 2.2.1. Zugangsvoraussetzung / Abgrenzung zu Insolvenzgründen

Die EU-Richtlinie lässt weitgehend offen, wann der neu geschaffene Restrukturierungsrahmen zum Tragen kommt. Zwar wird ausgeführt, dass eine Insolvenzwahrscheinlichkeit vorliegen soll und dass die Mitgliedstaaten einen Bestandstest vorsehen können; allerdings ist es den Mitgliedstaaten weitgehend freigestellt, diese Begriffe zu definieren.

Die Einführung von Zugangsvoraussetzungen wird vor allem gefordert, um einer missbräuchlichen Nutzung des Verfahrens vorzubeugen. Übersehen wird dabei allerdings, dass eine Gläubigermehrheit von bis zu 75% dem Restrukturierungsplan zustimmen muss und diese Zustimmung kaum zu erlangen sein wird, wenn der Schuldner das Verfahren missbrauchen möchte. Darüber hinaus ist gem. Art. 6 Abs. 9a der Richtlinie das Verfahren aufzuheben, wenn eine qualifizierte Minderheit die Verhandlungen über den Plan offensichtlich nicht unterstützt.

Mindestens genauso wichtig wie die Frage nach den Zugangsvoraussetzungen ist die Frage, welchen Anforderungen der Plan am Ende genügen muss. Erfüllt der Plan die Anforderun-

gen an Sanierungskonzepte gem. *IDW S 6 und IDW ES 2 n.F.* dann dürfte es im Zusammenspiel mit der im Rahmen der Gläubigerautonomie nötigen Gläubigermehrheit kaum einen Raum für Missbrauch geben. Daher sollte ein Zugang möglich sein, wenn der Schuldner nachweist, dass keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, er für die geplante Dauer des Verfahrens durchfinanziert ist, ein Grobkonzept der Restrukturierung existiert und die einfache Mehrheit der betroffenen Gläubiger dies unterstützt.

Wichtig für die Beurteilung der Zugangsvoraussetzungen ist weiterhin die Frage der Notwendigkeit eines Moratoriums bei Antragstellung. In vielen Fällen wird ein Moratorium gar nicht erforderlich sein, was das Verfahren deutlich vereinfachen bzw. verkürzen kann.

Sollte ein Moratorium beantragt werden, sollte es sich in Deutschland immer nur auf die von den geplanten Sanierungsmaßnahmen betroffenen Gläubiger beziehen, weil ein allumfassendes Moratorium allein dem Insolvenzverfahren als Gesamtvollstreckungsverfahren vorbehalten bleiben sollte. Da im Falle eines umfassenden Moratoriums zudem alle Gläubiger – und damit oftmals auch die Öffentlichkeit – informiert

werden müsste, könnte das Ziel eines schlichten, schnellen und stillen Verfahrens, das vom Stigma des Scheiterns befreit ist, nicht erreicht werden.

Die folgende Abbildung zeigt, wie der Zugang zu dem Verfahren geregelt werden kann. Die einzelnen Zugangswege werden im Folgenden beschrieben (vgl. Abb. 4).

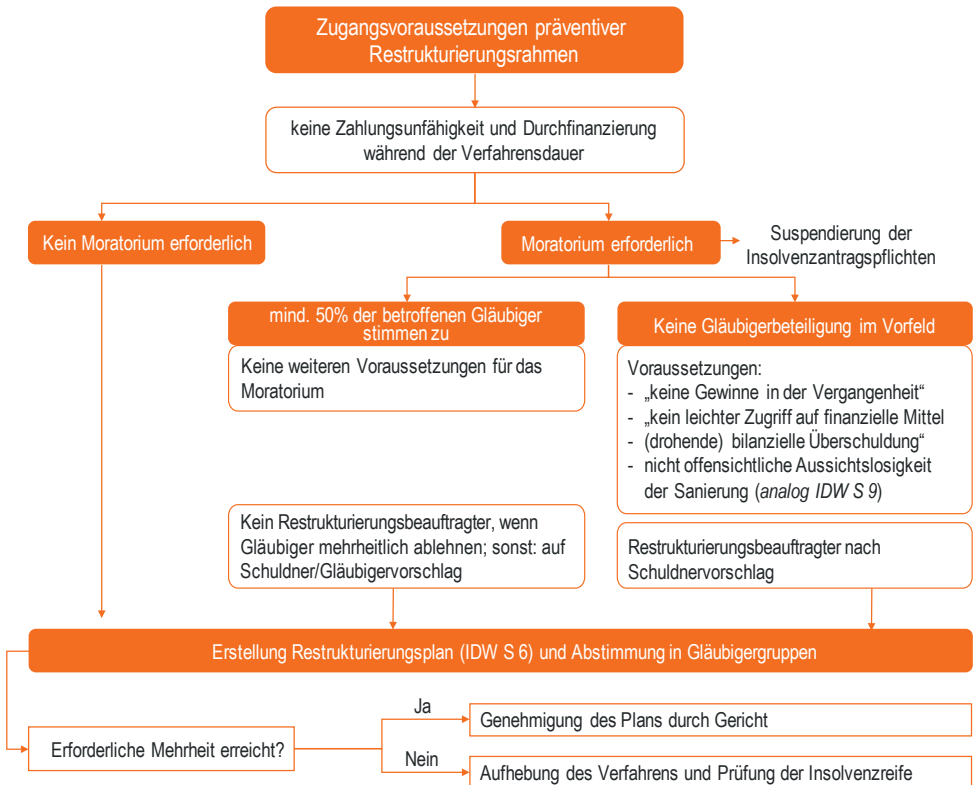


Abbildung 3: Vorschlag des IDW zu den Zugangsvoraussetzungen des präventiven Restrukturierungsrahmens

### a) Zugang nur zur gerichtlichen Bestätigung (ohne Notwendigkeit der Anordnung eines Moratoriums)

Je frühzeitiger die Sanierung eines Unternehmens angegangen wird, desto mehr Handlungsmöglichkeiten bestehen und desto größer sind die Sanierungsaussichten. In einem recht frühen Stadium wird ein Moratorium nicht erforderlich sein: Vielmehr werden Unternehmen und Gläubiger zunächst eine außergerichtliche Sanierung versuchen. Besteht Einigkeit zwischen den Parteien, kann das Sanierungskonzept ohne Beteiligung der Gerichte umgesetzt werden.

Stellt sich bei der Erstellung des Konzepts oder bei der Abstimmung heraus, dass zwar eine große Mehrheit dem Sanierungskonzept zustimmt, aber wenige Gläubiger dagegen sind, kommt der präventive Restrukturierungsrahmen zum Einsatz. Allein die Möglichkeit dieses Verfahrens dürfte disziplinierende Wirkung für die opponierenden Gläubiger haben. Lassen sich die opponierenden Gläubiger nicht überzeugen, reicht das Unternehmen das Sanierungskonzept mit den Abstimmungsergebnissen beim Gericht ein. Das Gericht prüft, ob die Voraussetzungen für die Überstimmung der opponierenden Gläubiger erfüllt sind (ggf. auch für einen cross-class cram-down) und setzt den Plan in Kraft.

Für diesen Fall sollte die Insolvenzwahrscheinlichkeit (*likelihood of insolvency*) vermutet werden, weil jedenfalls dann, wenn die qualifizierte Gläubigermehrheit einem Eingriff in Ihre Rechte zustimmt, davon auszugehen ist, dass die Insolvenzwahrscheinlichkeit vorliegt. Selbstredend dürfen zu keiner Zeit Insolvenzantragspflichten vorliegen. Zur Bestätigung des Plans ist dem Gericht dann lediglich die qualifizierte Gläubigermehrheit, die Gleichbehandlung betroffener Gläubigergruppen (vgl. IDW S 2) und die Erfüllung der Anforderungen an Sanierungskonzepte (vgl. IDW S 6) durch den Plan darzulegen. Für diesen Fall ist – soweit möglich – kein Restrukturierungsbeauftragter zu bestellen, weil der Verfahrensantrag erst bei sich abzeichnendem erfolgreichem Abschluss des Verfahrens nur zur gerichtlichen Bestätigung gestellt wird.

Ein *viability test* ist ebenfalls entbehrlich, weil der Schuldner im Restrukturierungsplan ohnehin darlegen muss, dass er ausreichende Aussichten



auf Abwendung der Insolvenz sowie Wiederherstellung der Rentabilität hat (Artikel 8.1.g).

Insgesamt würde es sich hierbei um einen unkomplizierten und kostengünstigen Zugang handeln, weil auf einen zusätzlichen Nachweis der Insolvenzwahrscheinlichkeit, auf einen *viability test* und auf einen Restrukturierungsbeauftragten regelmäßig verzichtet werden kann. Die Einbindung der Gerichte erfolgt zudem nur punktuell zur Bestätigung des Plans.

### b) Zugang bei benötigtem Moratorium

Benötigt der Schuldner ein Moratorium, sind zwei Fälle zu unterscheiden: Der Schuldner hat bereits mit zumindest der Mehrheit der betroffenen Gläubiger gesprochen, die bei Beantragung des Moratoriums mit einer Mehrheit dem Moratorium und der Erarbeitung des Restrukturierungsplans zugestimmt haben, oder der Schuldner beantragt ohne Gläubigerbeteiligung ein Moratorium. In beiden Fällen ist die Insolvenzantragspflicht für die Dauer des Moratoriums auszusetzen. Insofern sollte der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie nicht von dem Mitgliedstaatenwahlrecht Gebrauch machen, das Moratorium bei eintretender Zahlungsunfähigkeit aufzuheben

#### Ex ante Zustimmung der einfachen Gläubigermehrheit

Der Schuldner hat mit dem Antrag eine vollständige Aufstellung der betroffenen Gläubiger mit Ansprechpartnern und Kontaktdaten vorzulegen. Legt der Schuldner Positivklärungen der einfachen Mehrheit der Gläubiger vor, so ist dem Antrag stattzugeben. In den Erklärungen sollten sich die Gläubiger in Abstimmung mit dem Schuldner dazu äußern, ob und welcher Restrukturierungsbeauftragte bestellt werden soll, soweit eine Bestellung vorgeschrieben ist.



Davon unberührt bleibt die Möglichkeit einer qualifizierten Gläubigerminderheit (>25%), jederzeit die Aufhebung des Verfahrens zu verlangen.

Legt der Schuldner Positivklärungen der Gläubigermehrheit vor, so sollen diese einen Vorschlag für einen Restrukturierungsbeauftragten unterbreiten. Ansonsten hat der Schuldner das Vorschlagsrecht. Das Gericht hat die Bestellung des vom Schuldner Vorgeschlagenen oder den von einer Mehrheit der Gläubiger Genannten vorzunehmen, es sei denn, dem stehen wichtige Gründe entgegen.

#### Ohne ex ante Zustimmung der einfachen Gläubigermehrheit

Da im Gegensatz zu einer ex ante Gläubigerbeteiligung ein Missbrauch im zweiten Fall (keine Gläubigerbeteiligung) nicht weitgehend ausgeschlossen werden kann, sind höhere Hürden an den Zugang zu dem Verfahren und insbesondere an die Bewilligung des Moratoriums zu stellen.

Das Insolvenzrecht gibt in § 270b Abs. 1 InsO eine recht niedrige Eintrittsschwelle für das Schutzschirmverfahren vor, die teilweise übertragbar sein könnte: Der Schuldner muss mit einer Bescheinigung u.a. nachweisen, dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Diesbezüglich liegen mit *IDWS 9* bereits Ausführungen vor, wie eine solche Regelung umzusetzen ist.

Der Schuldner kann durch diese Bescheinigung eines in Sanierungssachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation die Bestandsfähigkeit (*viability*) nachweisen.

Der Schuldner legt mithin eine Bescheinigung analog *IDWS 9* vor, in der die Insolvenzgefährdung, Zahlungsfähigkeit, das Grobkonzept der Restrukturierung wie auch die Durchfinanzierung während des Erstellungszeitraums dargelegt wird. Die betroffenen Gläubiger sind aufzulisten. Als Indikation, dass Gläubigerzustimmung jedenfalls nicht ausgeschlossen ist, kommt auch ein *best interest of creditors test* in Frage.



Hinsichtlich des Nachweises der Insolvenzwahrscheinlichkeit (*likelihood of insolvency*) enthält die Richtlinie keine nähere Definition. Diese fällt nach Artikel 1 Abs. 2 der Richtlinie in die Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers. In der aktuellen Literatur erfolgt bezüglich der Begriffsbestimmung vielfach eine rein juristische Auslegung in Form der drohenden Zahlungsunfähigkeit und somit der engen Begriffsbestimmung des § 18 InsO. Begründet wird dies mit der zielsichereren Handhabbarkeit gegenüber einem alternativen Krisenbegriff und/oder anderer Umschreibungen finanzieller oder sonstiger Schwierigkeiten des Unternehmens.

Die Sanierungschancen eines Unternehmens nehmen mit Fortschreiten der Krise ab. Kurz vor der Insolvenzreife sind zur Sanierung erforderliche leistungswirtschaftliche Maßnahmen regelmäßig nur sehr eingeschränkt umsetzbar, da schlichtweg die Liquidität und die erforderliche Zeit bis zum Wirksamwerden derselben fehlen. Nimmt man das Ziel des präventiven Restrukturierungsrahmens – nämlich die Sanierungschancen von Unternehmen zu erhöhen – ernst, sollte auch der Zugang möglichst frühzeitig erfolgen.

Eine betriebswirtschaftliche Krisendefinition stellt der BGH in seinem bereits oben erwähn-

ten Urteil vom 26.01.2017 zur Verfügung. Danach liegt eine Krise im Sinne einer Insolvenzgefährdung vor, „wenn das Unternehmen in der Vergangenheit keine Gewinne erwirtschaftet hat, nicht leicht auf finanzielle Mittel zurückgreifen kann und eine bilanzielle Überschuldung droht oder sogar schon eingetreten ist“ (vgl. BGH Urt. vom 26.10.2017 IX ZR 285/14, Rn. 28). Übertragen auf die von Unternehmen regelmäßig durchlaufenden Krisenstadien betreffen die „Leitplanken“ des BGH die Erfolgs- und/oder Liquiditätskrise. Spätestens zu diesem Zeitpunkt haben die gesetzlichen Vertreter nach Auffassung des BGH auch eine insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose zu

erstellen (vgl. BGH Ur. vom 26.10.2017 IX ZR 285/14, Rn. 28; so auch *IDW S 11*, Tz. 2).

Ein Blick in die Sanierungspraxis zeigt, dass die weitaus größte Anzahl an Sanierungen von Unternehmen in der Erfolgs- und/oder Liquiditätskrise angegangen und darauf aufbauend Sanierungskonzepte nach *IDW S 6* erarbeitet werden. Wenn nun ein Unternehmen ein solches Sanierungskonzept in der Erfolgskrise erstellt hat, warum soll es dann noch nicht in den Genuss des präventiven Restrukturierungsrahmens kommen können? Warum muss es im Zweifel weitere Substanz verzehren, bis es die

Kriterien der zeitlich regelmäßig nachgelagerten drohenden Zahlungsunfähigkeit des § 18 InsO erfüllt? Das wäre mit dem eigentlichen Ziel der möglichst frühzeitigen Sanierung nicht vereinbar.

Die vom BGH definierten Krisensymptome, die die gesetzlichen Vertretern zur Erstellung einer insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose verpflichten, sind in der Praxis anhand der Ist-Situation (z.B. bilanzielle Überschuldung oder Jahresverluste) und einem Blick in die Zukunft anhand einer Planung leicht feststellbar und zu überprüfen.

Zusätzlich zu den zuvor genannten Nachweisen hat der Schuldner mit dem Antrag eine vollständige Aufstellung der betroffenen Gläubiger mit Ansprechpartnern und Kontaktdaten vorzulegen.

Grundgedanke des Rahmens ist, außerinsolvenzlich bei Vorliegen entsprechender Gläubigermehrheiten in Gläubigerrechte eingreifen zu können. Neben veränderten Fälligkeiten kann dies z.B. Rangrücktritte, Debt to Equity Swaps und Verzichte bedeuten. Zu den letztgenannten Maßnahmen besteht nur Anlass, wenn der Wert des Unternehmens bzw. seiner Vermögensgegenstände die Schulden nicht mehr deckt. Diese Betrachtung deckt sich im Wesentlichen mit dem (negativen) Reinvermögen bei Überschuldung zu Fortführungswerten, wie sie mit der Einführung der Insolvenzzordnung geregelt worden war. Alternativ sollte deshalb auch die Überschuldung zu Fortführungswerten als Zugangsvoraussetzung definiert werden. Sie hätte den Vorteil einer bereits vorliegenden jahrelangen Rechtsprechung und Praxiserfahrung.

Scheitert die Bewilligung des Moratoriums (z.B. Widerspruch einer qualifizierten Minderheit) sollte – falls ausnahmsweise keine zwingenden Insolvenzzgründe gegeben sind – die Aufhebung des Verfahrens oder andernfalls ein Übergang in ein Eigenverwaltungsverfahren erfolgen.

Wird unter dem Schutz des Moratoriums ein Restrukturierungsplan finalisiert, ist dem Gericht (analog zum Fall ohne Moratorium) zur Bestätigung des Plans die qualifizierte Gläubigermehrheit bei der Abstimmung, die Gleichbehandlung betroffener Gläubigergruppen (vgl. *IDW S 2*) und die Erfüllung der Anforderungen an Sanierungskonzepte (vgl. *IDW S 6*) durch den Plan darzulegen.

## 2.2.2. Restrukturierungsbeauftragter

Die finale Fassung der Richtlinie zu den Regelungen des Restrukturierungsbeauftragten (*practitioner in the field of restructuring*) sieht vor, dass in folgenden Fällen zwingend ein Restrukturierungsbeauftragter zu bestellen ist:

- kollektive Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen nach Art. 6,
- Erforderliche Bestätigung des Plans nach Art. 11 wegen eines cross-class cram-downs, sowie
- Beantragung eines Restrukturierungsbeauftragten durch den Schuldner oder durch eine Gläubigermehrheit.

Die EU hat es dabei in allen anderen Fällen den Mitgliedstaaten überlassen, verbindliche Regelbeispiele für die Einsetzung eines Restrukturierungsbeauftragten zu gestalten.

Begrüßenswert wäre es, wenn die Ziele der Richtlinie weiterverfolgt werden und eine pragmatische Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht erfolgt. Idealtypisch wäre hierbei, dass ein gerichtlich bestellter Restrukturierungsbeauftragter nur im Einzelfall – wenn überhaupt – benötigt wird.

Soweit ein Restrukturierungsplan in Zusammenarbeit unter Zustimmung aller Gläubigergruppen verhandelt wird, kann dieser ohne weiteres zur Abstimmung bei dem jeweils zuständigen Gericht gestellt werden. Ein Restrukturierungsbeauftragter wird hierfür nicht benötigt.

Aber auch bei opponierenden Gläubigergruppen stellt sich die Frage der Notwendigkeit eines Restrukturierungsbeauftragten, wenn ein

Restrukturierungsplan bereits im Vorfeld durch das Unternehmen vorbereitet worden ist und eine (qualifizierte) Mehrheit der betroffenen Gläubigergruppen bereits zugestimmt hat (vgl. Abschnitt 2.2.1. a)

Dabei zeigt die heutige Praxis, dass die gerichtliche Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten zumindest in gut vorbereiteten Sanierungsfällen nicht notwendig ist.

Das in die Krise geratene Unternehmen sowie die beteiligten Parteien lassen sich durch erfahrene Restrukturierungs- und Sanierungsexperten beraten und die betroffenen Gläubiger werden vor Einleitung des Verfahrens regelmäßig miteinbezogen. Die Rechte der Gläubiger werden somit gewahrt.

In einzelnen Fällen ist der Einsatz eines Restrukturierungsbeauftragten gleichwohl zwingend. Bei der nationalen Umsetzung der Richtlinie sollte der deutsche Gesetzgeber daher folgende Aspekte beachten:

## A) RESTRUKTURIERUNGSBEAUFTRAGTER ALS JURISTISCHE PERSON?

In der Richtlinie wird der Restrukturierungsbeauftragte gem. Art. 2 Abs. 1 Nr. 12 definiert als Person oder Stelle, welcher von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde bestellt wird. Bei der Umsetzung in nationales Recht wird somit die Frage zu erörtern sein, ob für diese Position auch juristische Personen in Frage kommen oder eine dem Insolvenzrecht angelehnte Regelung des Beauftragten als natürliche Person getroffen werden soll.

Das IDW hat sich schon in seiner Stellungnahme vom 29.10.2010 zu dem Diskussionsentwurf des ESUG dafür ausgesprochen, die Beauftragung einer juristischen Person als Insolvenzverwalter zuzulassen: Das in der Insolvenzordnung verfestigte Leitbild der natürlichen Person, die alle Fähigkeiten eines Insolvenzverwalters in sich vereinigt, ist schon heute kein realistisches Abbild der Wirklichkeit mehr. Alle namhaften Insolvenzrechtskanzleien sind interdisziplinär ausgerichtet.

Für den Restrukturierungsbeauftragten kann nichts anderes gelten, da er nicht minder interdisziplinär tätig werden muss.

Dabei gilt es sicherzustellen, dass die handelnden Personen für ihr Tun oder Unterlassen berufsrechtlich zur Verantwortung gezogen wer-

den können. Diese Regelung findet bereits heute bei der Jahresabschlussprüfung Anwendung: Nach § 319 Abs. 1 S. 1 HGB können Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften Abschlussprüfer sein. Bei der Bestellung und Beauftragung einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft muss festgelegt werden, welcher der für die Gesellschaft tätigen Wirtschaftsprüfer für die jeweilige Auftragsdurchführung verantwortlich ist (§ 319a Abs. 1 S. 4 HGB sowie § 38 Abs. 2 Berufssatzung WP/vBP). Auch wenn sich etwaige Haftungsansprüche gegen die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft richten, trägt der verantwortliche Wirtschaftsprüfer die berufrechtliche Verantwortung für die ordnungsgemäße Durchführung der Prüfung. Unbeschadet bleibt die Verantwortlichkeit der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft selbst.

Das IDW spricht sich dafür aus, dass als Restrukturierungsberater auch eine – entsprechenden Berufspflichten unterworfenen – Berufsgesellschaft (Rechtsanwalts-gesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft, Buchprüfungsgesellschaft oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) beauftragt werden kann, wenn ähnlich wie bei der Abschlussprüfung sichergestellt ist, dass eine hinreichend qualifizierte natürliche Person den Auftrag durchführt.

## B) ANFORDERUNGSPROFIL DES RESTRUKTURIERUNGSBEAUFTRAGTEN

Die Tätigkeit bzw. die Anforderungen an die Rolle sind vielfältig. Einerseits soll die Vermögens- und Verfügungsbefugnis i.W. bei dem Schuldner verbleiben. Andererseits soll es die Aufgabe des Restrukturierungsbeauftragten sein, das Unternehmens bei der Ausarbeitung eines Sanierungskonzepts zu unterstützen, die zeitgleich laufenden Verhandlungen mit Gläubigern zu unterstützen bzw. zu führen, die Tätigkeit des Schuldners während der Verhandlungen zu überwachen sowie die Validierung bzw. Stellungnahme im Falle eines cross-class cram-downs zu erstellen.





Insbesondere durch die Anforderungen einer Validierung der Bestandsfähigkeitprüfung im Sinne eines Sanierungskonzepts (was im Übrigen bereits bei den auf eine konsensuale Lösung gerichteten außerverfahrensmäßigen Sanierungsverhandlungen ohnehin vorbereitet sein sollte) hat der Restrukturierungsbeauftragte weniger das Profil eines treuhänderischen Vermögensverwalters als vielmehr das eines in Sanierung und Restrukturierung erfahrenen und anerkannten Experten und Moderators, der eine für alle Beteiligten valide Fortführungslösung verhandelt, dabei die verschiedenen Interessen der Stakeholder berücksichtigt und übereinander bringt sowie die notwendigen und mit den Stakeholdern abgestimmten Maßnahmen zum Schutz der Betroffenen validiert.

### **C) (TEILWEISE) ÜBERNAHME DER VERMÖGENS- UND VERFÜGUNGSBEFUGNIS**

Interpretation und Auslegung bedarf zudem der Begriff des „take over of partial control“. Vorstellbar ist hier ein Zustimmungsvorbehalt oder der tatsächliche Übergang der Vermögens- und Verfügungsbefugnis.

Der (teilweise) Übergang der Vermögens- und Verfügungsbefugnis sollte jedoch sehr restriktiv gehandhabt werden, wie in den durch die Richtlinie beschriebenen Fällen der Missbrauchs- und Betrugsgefahr durch das bestehende Manage-

ment oder wenn erhebliche (wirtschaftliche) Nachteile für das Unternehmen und dessen Gläubiger zu befürchten sind, wobei in diesen Fällen die Gläubiger selbst schon die Aufhebung des Verfahrens betreiben könnten. Eine weitergehende Regelung würde die Grenzen zu einem Insolvenzverfahren vermischen sowie zu erheblichem Mehraufwand führen, der dem Ziel der Richtlinie – das Verfahren auch für KMU möglichst wenig kostenintensiv zu gestalten – widerspricht.

### **D) BERUFSAUFSICHT**

Die Richtlinie wirft die Frage nach dem Berufsrecht auf, indem eine geeignete Ausbildung, Aufsicht sowie Fortbildung der Restrukturierungsbeauftragten gefordert wird. In Frage käme hier eine an § 270b InsO angelehnte, weite Regelung für einen in Sanierungssachen erfahrenen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation.



**Gemeinsamkeiten der o.g. verkammerten Berufsgruppen sind, dass sie bspw.**

- einer spezifischen berufsrechtlichen Bindung nach Maßgabe der staatlichen Gesetzgebung unterliegen,
- auf der Basis eines gesetzlich definierten Aufgabengebiets tätig werden,
- über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen,
- aufgrund von Berufsgrundsätzen sachkundig, unabhängig, gewissenhaft und unparteilich sind und damit Vertrauen erwecken,
- zum Schutz des Rechtsverkehrs einer gesetzlich verankerten Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung unterliegen und
- gemäß ihrem Berufsbild typischerweise in der Insolvenz- und Sanierungsberatung tätig sind ((Annex-)Kompetenz zur Rechtsberatung).

Hiervon erfasst sind auch die Nicht-Berufsträger in den Berufsgesellschaften (WPG, StBG, Rechtsanwalts-Gesellschaft).

Eine gesonderte Berufsaufsicht erscheint insgesamt nicht erforderlich. Sofern diese indes nicht verzichtbar ist, sollte sie von den bereits bestehenden Berufskammern (BRAK, WPK und StBK) wahrgenommen werden.

Soweit auch nicht kammergeführte Berufsgruppen als Restrukturierungsbeauftragter tätig werden sollen, wäre zusätzlich der Nachweis der Qualifikation dieser Personengruppe sowie die Frage, welche Kammer für diese Berufsgruppe zuständig sein soll, zu regeln.

### **2.2.3. Anforderungen an den Restrukturierungsplan**

Die Erarbeitung eines Restrukturierungsplans sowie die Aufnahme der Verhandlungen mit den betroffenen Gläubigern zum Abschluss einer außergerichtlichen, konsensualen Sanierungskonzeptvereinbarung sollte zu dem Zeitpunkt erfolgen, in dem erkannt wird, dass im Rahmen der Geschäftsplanung eine Insolvenzgefährdung vorliegt – somit bereits weit im Vorfeld einer Insolvenz. Erst bei Scheitern der Verhandlungen sollte sich ein Gericht mit dem Restrukturierungsplan befassen und prüfen, ob die opponierenden Gläubiger z.B. im Wege des cross-class cram-down überstimmt werden können.

Die hierfür in der Richtlinie gestellten Anforderungen an den Restrukturierungsplan (Art. 8) sind im Wesentlichen Gegenstand des *IDW ES 2 n.F.*, der ein Sanierungskonzept nach *IDW S 6* und zusätzliche Regelungen zur Gruppenbildung, zur Vergleichsrechnung (*best-interest-of-creditors-test*) und zu den wirtschaftlichen und rechtlichen Implikationen der Sanierungsmaßnahmen umfasst (vgl. Abb. 5).

Anforderungen RL (Art. 6)	Anforderungen des IDW ES 2 n.F./ IDW S 6
Identität des Schuldners	obligatorisch (u.a. in Schlussbemerkung des IDW S 6)
Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, wirtschaftlichen Situation, Position der AN und Krisenursachen und Umfang der Krise	- Basisinformationen über die wirtschaftliche und rechtliche Ausgangslage des Unternehmens in seinem Umfeld, einschließlich der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage  - Analyse von Krisenstadium und -ursachen sowie Analyse, ob eine Insolvenzgefährdung vorliegt
betroffene Parteien (namentlich oder nach Kategorien) mit ihren betroffenen Forderungen oder Beteiligungen	Beschreibung und Begründung der Gruppenbildung im darstellenden Teil; Zuordnung der einzelnen Gläubiger zu den Gruppen und Eingriffe in ihre Rechtsposition im gestaltenden Teil
ggf. die Klassen [...] und die jeweilige Höhe der Forderungen und Beteiligungen in jeder Klasse	s.o.: Gruppenbildung
ggf. nicht betroffene Parteien	ergibt sich aus Negativabgrenzung zur Begründung der Gruppenbildung
ggf. Identität des Restrukturierungsbeauftragten	n/a
Restrukturierungsmaßnahmen	Darstellung der Sanierungsmaßnahmen einschl. ihrer Auswirkungen
Anhörung der Arbeitnehmer-Vertreter und ggf. Auswirkungen auf die Beschäftigung	n/a
Künftige Finanzströme	integrierter Unternehmensplan (umfasst Cashflow-Planung)
neue Finanzierung und Gründe für deren Erforderlichkeit	s.o.: Sanierungsmaßnahmen
Begründung zu den Erfolgsaussichten der des Restrukturierungsplans und wesentliche Annahmen	zusammenfassende Einschätzung der Sanierungsfähigkeit

Abbildung 5: Vergleich der Anforderungen an den Restrukturierungsplan mit den Anforderungen an einen Insolvenzplan nach *IDW ES 2 n.F.* (einschl. eines Sanierungskonzeptes nach *IDW S 6*)

Nach Art. 8 (1) h) der Richtlinie muss der Restrukturierungsplan eine Begründung beinhalten, in der erläutert wird, warum eine begründete Aussicht besteht, dass der Restrukturierungsplan die Insolvenz des Schuldners verhindern und die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gewährleisten wird, einschließlich der notwendigen Voraussetzungen für den Erfolg des Plans. Wesentlicher Bestandteil des Restrukturierungsplans ist daher ein Sanierungskonzept.

Nach dem BGH (sowie IDW S 6) liegt Sanierungsfähigkeit vor, wenn ein Unternehmen:



- „dauerhaft“ (vgl. BGH, Urt. vom 12.05.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 29) bzw.
- „durchgreifend“ (vgl. BGH, Urt. vom 21.11.2005 – II ZR 277/03, ZIP 2006, S. 279, Rn. 14, m.w.N.) saniert ist, es insoweit nach Umsetzung der Sanierung wieder
- „profitabel“ (vgl. BGH vom 12.05.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 31) arbeitet und somit die
- „Rentabilität der unternehmerischen Tätigkeit“ (vgl. BGH vom 12.05.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 36)
- als Voraussetzung, aus eigener Kraft im Wettbewerb bestehen zu können (vgl. IDW S 6, Tz. 24), wiederhergestellt ist.

Sanierungsfähigkeit setzt mithin eine entsprechende Liquiditätsausstattung (Fortführungsfähigkeit bzw. Stufe 1) und darüber hinaus die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens (Stufe 2) voraus. Letzteres umfasst insb. ein tragfähiges Geschäftsmodell. Ein so aufgestelltes, wettbewerbsfähiges Unternehmen wird letztlich wieder Gewinne erwirtschaften (angemessene Rendite) und dadurch ein angemessenes Eigenkapital aufbauen können. Beide Kriterien sichern die Finanzierbarkeit des Unternehmens am Markt, wodurch das Unternehmen letztlich wieder attraktiv für Eigen- und Fremdkapitalgeber wird.

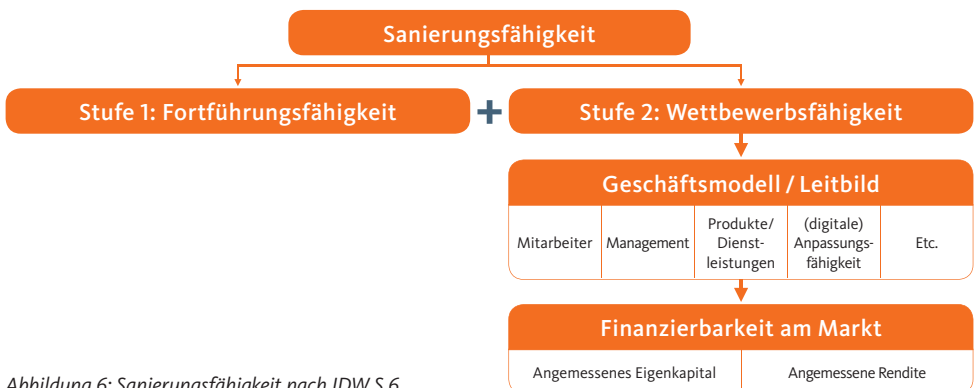


Abbildung 6: Sanierungsfähigkeit nach IDW S 6

Diese Attraktivität ist insbesondere dann gefordert, wenn das Unternehmen frisches Geld benötigt, bspw. weil Kapital für Investitionen beschafft werden muss, Refinanzierungen oder bisherige Fremdkapitalgeber durch neue abgelöst werden sollen. Die Forderung nach Attraktivität bspw. für die Eigenkapitalgeber deckt sich auch mit den Anforderungen der EU-Kommission, für die eine langfristige Rentabilität nur erreicht wird, wenn ein Unternehmen eine angemessene Eigenkapitalrendite erwirtschaftet (vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission: Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (2014/C 249/01) [im Folgenden: Leitlinien der EU], Tz. 52).

Ein Unternehmen, das dauerhaft keine Rendite erwirtschaftet, ist nicht mehr in der Lage, in gleichem Maße zu investieren wie seine Wettbewerber, was zu einem Abfallen gegenüber den Wettbewerbern führt. Ein solches Unternehmen wird sich nicht dauerhaft im Markt halten können. Von einem erfolgversprechenden Sanierungskonzept kann nur ausgegangen werden, wenn die Ursachen der Krise beseitigt werden und diese in der Zukunft somit nicht unverändert fortwirken (vgl. BGH, Urt. vom 12.05.2016 – IX ZR 65/14, Rn. 40; Leitlinien der EU, Tz. 48 und 49). Ein Unternehmen, das ergebnis- oder liquiditätsseitig dauerhaft lediglich eine „schwarze Null“ realisiert, hat seine strukturellen Krisenursachen nicht gelöst und

bewegt sich fortlaufend am wirtschaftlichen und finanziellen Abgrund.

Begrüßenswert ist die Ergänzung des Art. 10 Abs. 1, dass Restrukturierungspläne, die die Forderungen oder Beteiligungen ablehnender betroffener Parteien beeinträchtigen, durch eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde bestätigt werden müssen. Da das Sanierungsverfahren voraussichtlich nur dort Anwendung finden wird, wo Eingriffe in Rechte opponierender Gläubiger erfolgen, wird faktisch jeder Restrukturierungsplan gerichtlich bestätigt. Wird hingegen nicht in die Rechte opponierender Gläubiger eingegriffen, wäre vermutlich eine „normale“ Sanierung effizienter. Positiv ist weiterhin, dass Art. 9 Abs. 2 eine flexible Gruppenbildung zulässt, jedoch als Minimum die Einteilung in gesicherte und ungesicherte Gläubiger vorschreibt.

Der in Artikel 10 formulierte *best-interest-of-creditors-test* gleicht dabei dem deutschen Nicht-Schlechterstellungs-Gebot, nach dem opponierende Gläubiger nicht schlechter gestellt werden dürfen als beim nächstbesten Alternativenzenario, gleichzeitig aber auch keine Besserstellung ggü. anderen Gläubigern erfolgen darf. Streitigkeiten entstehen hier voraussichtlich über die Validierung des anzusetzenden Maßstabs für die nächstbeste Insolvenzvariante (Insolvenzplan, übertragende Sanierung, Liquidation).

## 2.2.4. Leistungsverweigerungsrecht / Zurückbehaltungsrecht

Entsprechend der Richtlinie sollen Gläubiger, deren Vertragsverhältnis mit dem Schuldner vor Eintreten der Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen nach Art. 6 Abs. 1 begründet wurden, nicht von einem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen können.

Der Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechtes knüpft an die Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen an. Der Gegenleistungsanspruch des Gläubigers, etwa auf die Zahlung des vereinbarten Preises, geht demnach nicht etwa unter, seine Durchsetzung wird lediglich auf die Zeit nach der Aussetzung gehemmt. Das zeigt zwei Effekte: Zunächst wird der Schuldner zeitweilig von der Gegenleistungspflicht befreit. Die Aussetzung der Durchsetzungsmaßnahmen wirkt nicht anders als die Einräumung eines Zahlungszieles. Die dadurch eröffneten Spielräume können bei der Sanierung unterstützend wirken. Des Weiteren wird durch die Hemmung der Gegenleistungspflicht durch die Aussetzung des Art. 6 der Einbezug in die Restrukturierungsplanverhandlungen ausgelöst. Um den Erfolg der Sanierung nicht zu gefährden, besteht für die Gläubiger Anreiz, Entschuldungsmaßnahmen im Sinne des Art. 8 Abs. 1 lit. f zuzustimmen. Die Verbindlichkeit der Gegenleistung wird somit in einen Zeitraum verschoben, in dem der Schuldner ggf. auf günstigere Konditionen drängen kann.

Für den Gläubiger stellt es sich naturgemäß anders dar: Er wird zu einer Leistung gezwungen, ohne eine zeitnahe Zahlung des Schuldners erwarten zu können. Die Liquidität des Schuldners wird zu Lasten der Liquidität des Gläubigers geschont. Der Interessenkonflikt wird dabei insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen relevant werden, bei denen der Leistende sonst zurückhalten würde: Während der eine weiter erfüllt, weil er kein Zurückbehaltungsrecht hat, zahlt der andere (außergerichtlich) nicht. Die Richtlinie sieht für derlei keine Ausnahmen vor.

Der Entwurf sucht den Interessenkonflikt dadurch zu entschärfen, dass er den Bedenken der Gläubigerbenachteiligung durch Bestimmungen bzgl. der Dauer des Moratoriums, der Voraussetzungen der Verlängerung und der Bedingungen für dessen Aufhebung entgegenwirkt. Aus Art. 7 Abs. 4 und Art 6 Abs. 9 geht hervor, dass letztgenannter Absatz zur Sicherung der Gläubigerinteressen nicht herangezogen werden kann. Diesen Zweck können demnach lediglich noch Art. 6 Abs. 5 bis 7 erfüllen. Die in Art. 6 Abs. 5 genannten Bedingungen lassen dabei einen weiten Ermessensspielraum, insbesondere die Auslegung der unangemessenen Beeinträchtigung nach Art 6 Abs. 5 lit. b

hilft – wenn er hinreichend weit ausgelegt wird – den Interessen der Gläubiger entgegen zu kommen. Das trifft freilich nur auf den Schutz vor Beeinträchtigung seitens des Gläubigers bei Verlängerung oder erneuter Aussetzung zu. Einen echten Schutz der Gläubigerinteressen in der Zeit der erstmaligen Aussetzung von bis zu vier Monaten bietet die Regelung nicht.

Die Gegenüberstellung der durch Art. 7 Abs. 4 erzwungenen Leistungspflicht und der Schutzmaßnahmen des Art. 6 Abs. 5 bis 7 lässt eine Wertungsfrage zu. Ein derartiger Eingriff in die Verhältnisse ist nur zu rechtfertigen, wenn er das mildeste zur Erreichung seines Zweckes geeignete Mittel ist. Im Vergleich zum Vorschlag der Europäischen Kommission sieht das deutsche Insolvenzrecht eine mildere Gangart für die Zeit der Vorbereitung eines Insolvenzplans vor. Dar- aus ließe sich schließen, dass das System der Insolvenzordnung demjenigen des Kommissionsvorschlags vorzuziehen ist: Statt die Ansprüche des Gläubigers auf die Zeit nach dem Moratorium aufzuschieben, werden Massegläubiger vor den Insolvenzgläubigern befriedigt. Das birgt das Risiko des Haftungsfalls, stellt insgesamt aber ein funktionierendes System dar.

## 2.2.5. Überstimmung opponierender Gläubiger

### A) ANNAHME VON RESTRUKTURIERUNGSPLÄNEN (ART. 9)

Die Richtlinie sieht vor, dass der Schuldner unabhängig davon, wer das Restrukturierungsverfahren beantragt hat, das Recht hat, einen Restrukturierungsplan den betroffenen Parteien zur Annahme vorzulegen. Nach Art. 4 Abs. 8 können die Mitgliedstaaten auch vorsehen, dass das Verfahren (mit Zustimmung des Schuldners) auf Antrag der Gläubiger oder der Arbeitnehmervertretung stattfindet. Die betroffenen Parteien müssen dann das Recht haben, über die Annahme des Plans abzustimmen.

Der Plan gilt als von den betroffenen Parteien angenommen, wenn in jeder Gläubigerklasse die Summenmehrheit erreicht wird; die Mitgliedstaaten können darüber hinaus vorschreiben, dass auch eine Kopfmehrheit erforderlich ist.

Für die erforderliche Mehrheit eröffnet die Richtlinie den Mitgliedstaaten eine Bandbreite von >50% bis 75%. Dem Gesetzgeber ist zu empfehlen, diese Bandbreite im Sinne des strengsten Mehrheitsanfordernisses auszunutzen, da in die Rechte der nicht zustimmenden Gläubiger trotz des Fehlens einer materiellen Insolvenzsituation eingegriffen wird, sodass ansonsten wenigstens „breiter“ Konsens zu fordern ist.

Stimmen alle Beteiligten dem Plan zu, bedarf dieser keiner Bestätigung durch eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde (in der Folge „gerichtliche Bestätigung“). Im Sinne der generell geltenden Vertragsautonomie ist dies folgerichtig und zu begrüßen.

### B) BESTÄTIGUNG VON RESTRUKTURIERUNGSPLÄNEN (ART. 10)

Sind die Mehrheiten in allen Gläubigerklassen erreicht (Annahme des Plans), ist die gerichtliche Bestätigung dann erforderlich,


- wenn Forderungen von Betroffenen Parteien beeinträchtigt werden und diese dem Plan abgelehnt haben,
- der Plan eine neue Finanzierung vorsieht oder
- der Plan zum Verlust von mehr als 25% der Arbeitsplätze führt.

Die Planbestätigung setzt im Fall des Vorhandenseins von ablehnenden Gläubigern voraus, dass das „Kriterium des Gläubigerinteresses“ erfüllt ist. Hierfür ist nach Art. 2 Abs. 6 genügend, dass der ablehnende Gläubiger nicht schlechter gestellt wird als bei Anwendung der normalen Rangfolge der Liquidationsprioritäten nach nationalem Recht bzw. nicht schlechter als im Falle des nächst-

besten Alternativszenarios bei Ablehnung des Plans. Diese Regelung orientiert sich an den deutschen Regelungen des Insolvenzplanverfahrens zum Minderheitenschutz und ist zu begrüßen.

### C) CROSS-CLASS CRAM-DOWN

Auch wenn der Plan nicht die Zustimmung aller Gläubigerklassen erhält (also nicht angenommen wurde), kann er auf Vorschlag des Schuldners oder mit seiner Zustimmung eine gerichtliche Bestätigung erhalten. Dies setzt (mindestens) voraus:

- 
- Wenigstens die Mehrheit der Klassen hat zugestimmt und wenigstens eine dieser Klassen ist eine Klasse gesicherter Gläubiger oder eine Klasse, die gegenüber gewöhnlicher und gesicherter Gläubiger vorrangig ist (Art. 11 Abs. 1b) i)).
  - Soweit der vorgenannte Fall nicht gegeben ist, genügt die Zustimmung bereits einer einzigen Klasse, wenn es sich dabei nicht um Anteilseigner oder um solche Beteiligten handelt, die bei einer Bewertung des Unternehmens als fortgeführtes Unternehmen keine Befriedigung erlangen würde (Art. 11 Abs. 1b) ii)).

Der Schutz der ablehnenden Abstimmungsklassen erschöpft sich für diesen Fall darin, dass die ablehnenden Klassen mindestens so gestellt werden wie andere gleichrangige Klassen und besser als alle nachrangigen Klassen.

Diese Regelung beinhaltet die Gefahr, dass letztlich zulasten der Mehrheit eine Minderheit sich durch den Plan Vorteile verschaffen könnte. Die Richtlinie eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit (Art. 11 Abs. 1 letzter Unterabsatz), die Mindestzahl der Gläubigerklassen, die den Plan genehmigen müssen, zu erhöhen. Dies erscheint zur Vermeidung von sonst unter Umständen drohenden Missbrauchsfällen dringend in dem Sinne angeraten, dass die Mindestzahl eine Mehrheit darstellt.

Es ist nochmals hervorzuheben, dass der cross-class cram-down auch ohne Vorschlag des Schuldners möglich ist. Die Richtlinie eröffnet den Mitgliedstaaten sogar die Möglichkeit, das Erfordernis, wenigstens die Zustimmung des Schuldners einzuholen, auf die Fälle zu beschränken, in denen es sich bei den Schuldnern um KMU handelt. Gerade bei größeren (und bedeutenderen) Unternehmen könnte – wenn der nationale Gesetzgeber diesen Spielraum ausschöpft – dieser dann auch gänzlich ohne Zustimmung des Schuldners erfolgen. Wegen der drohenden Missbrauchsmöglichkeiten sollte der deutsche Gesetzgeber jedoch nicht auf die Zustimmung des Schuldners verzichten.

Zu Diskussionen hat weiterhin die Einführung der relativen Vorrangsregelung des Art. 11 Abs. 1c der Richtlinie geführt. Im Gegensatz zu der aus dem im Insolvenzrecht und in § 245 Abs. 2 Nr. InsO nor-



mierten absoluten Vorrangregelung bietet sie die Möglichkeit, auch nachrangige Klassen (vor allem Gesellschafter) im Rahmen eines cross-class cram-down miteinzubeziehen und ebenfalls mit einer Quote zu befriedigen. Damit steht sie im Gegensatz zu der in Deutschland anerkannten Regelung aus der Insolvenzordnung, dass Gläubiger grundsätzlich vor Gesellschaftern befriedigt werden.

Die Anwendung der relativen Vorrangregel bzw. die Quotenberechnung erfordert dabei eine Bewertung der Gesellschafteranteile, die in einem Krisenstadium zu Streitigkeiten zwischen den Gläubigern und Gesellschaftern führen könnten. Auch ist hierbei unklar, welcher Maßstab und Zeitpunkt für die Bewertung anzusetzen sind (Liquidations- oder Fortführungswerte?).

Die Richtlinie lässt den Mitgliedstaaten jedoch weiterhin die Möglichkeit, optional die absolute Vorrangregel anzuwenden. Deren Anwendung scheint auch vorzuzugswürdig, da bisher keine Erfahrungen gemacht wurden oder Studien zu der relativen Vorrangregel vorliegen und deren Anwendung zu zusätzlichen Unsicherheiten führen würde.



### 3. ÜBERSCHULDUNGSBEGRIFF

Im Rahmen der nationalen Umsetzung der Richtlinie über den präventiven Restrukturierungsrahmen wird in der Literatur teilweise nicht nur grundsätzliche Kritik am Überschuldungstatbestand, sondern darüber hinaus auch die Abschaffung der Antragspflicht bzw. die generelle Abschaffung gefordert.

Ein zwingender Grund, den Überschuldungstatbestand erneut zu verändern oder gar abzuschaffen, ist nicht ersichtlich. Die Relevanz der vorgebrachten, nicht neuen Kritikpunkte am Überschuldungsbegriff hat sich in den letzten Jahren sogar noch vermindert. Auch bei Umsetzung des präventiven Restrukturierungsrahmens besteht keine Notwendigkeit, den Überschul-

dungsbegriff in seinen Inhalten zu verändern oder ihn gar abzuschaffen.

Der Überschuldungsbegriff schützt bestehende und künftige Gläubiger, indem er die gesetzlichen Vertreter anhält, frühzeitig zu untersuchen, ob das Unternehmen seine künftigen Verpflichtungen erfüllen kann und ggf. Gegenmaßnahmen einzuleiten.

Seine praktische Relevanz ist hoch, da u. A. das Ergebnis der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose das Ergebnis der handelsrechtlichen Fortführungsannahme (Going Concern-Prämisse) bestimmt: Nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist bei der Bewertung von Vermögensgegenständen

und Schulden von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Zu den entgegenstehenden Gegebenheiten zählen insb. die Insolvenzeröffnungsgründe. Liegt beispielsweise eine Überschuldung nach § 19 InsO vor, ist i.d.R. vom Grundsatz der Unternehmensfortführung abzuweichen und die Vermögensgegenstände und Schulden sind zu Liquidationswerten zu bilanzieren. Spätestens bei Vorliegen von Indizien (wie einer sich aus dem handelsrechtlichen Jahresabschluss ergebenden bilanziellen Überschuldung) ist eine Unternehmensplanung zur Beurteilung der Fortführungsfähigkeit unverzichtbar.

Mit Urteil vom 26.01.2017 hat der BGH zudem die Ersteller von Jahresabschlüssen (Steuerberater und Wirtschaftsprüfer) dazu verpflichtet, zu prüfen, ob sich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm sonst bekannten Umstände tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können. Basis dieser Beurteilung ist – nicht zuletzt wegen des Insolvenzantragsgrundes der Überschuldung – eine Unternehmensplanung. Mit dem Urteil ging ein Qualitätsschub in den Jahresabschlüssen bezogen auf die Befassung mit der Fortführungsfähigkeit durch das Unternehmen einher.

Würde nun der Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung ersatzlos entfallen, würde regelmäßig der Ausschluss der Zahlungsunfähigkeit ausreichen, um weiterhin von der Fortführung des Unternehmens auszugehen. Eine das laufende und folgende Jahr umfassende Planung wäre hierfür nicht erforderlich. Der mit dem BGH-

Urteil erreichte Qualitätsschub würde mit einem Federstrich rückgängig gemacht, der verbesserte Gläubigerschutz würde ausgehöhlt und in gleicher Weise die „Erwartungslücke“ externer Adressaten an die Qualität und Informationsfunktion von Jahresabschlüssen vergrößert.

Jeder Planung ist immanent, dass die zugrunde gelegten Annahmen aufgrund nicht vorhersehbarer Umstände nicht eintreten oder anders ausfallen können. Naturgemäß ist deshalb auch die insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose mit Unsicherheit behaftet. Bei Verwendung plausibler Planungsprämissen und deren Dokumentation kann der Planersteller auch Jahre nach der Planerstellung darlegen, dass die damalige ex ante-Beurteilung zutreffend war, insbesondere vor dem Hintergrund, dass der BGH dem Beurteilenden einen gewissen Beurteilungsspielraum aufgrund der bei Planungen vorherrschenden Unsicherheit zugesteht. Das Argument, dass eine ex post-Betrachtung zu nicht hinnehmbaren Haftungsrisiken führen kann, ist insoweit letztendlich ein Anwendungsproblem, mit dem bspw. auch bei der Haftung nach § 64 GmbHG umgegangen werden muss.

Der Überschuldungstatbestand ist sanierungsfördernd. Er hat den großen Vorzug, dass sich Unternehmen frühzeitig mit ihrer Restrukturierung bzw. Sanierung vor dem Hintergrund eines möglichen Insolvenzszenarios beschäftigen müssen und sorgt zugleich dafür, dass nicht sanierungsfähige Unternehmen frühzeitig aus dem Markt ausscheiden.

Für das Vorliegen einer „wahrscheinlichen Insolvenz“ beim Zugang zum präventiven Restrukturierungsrahmen mit der drohenden Zahlungsun-

fähigkeit eine rein juristische Definition nach der Insolvenzordnung zugrunde zu legen, sprechen betriebswirtschaftliche Erfordernisse. Warum sollte ein im Krisenstadium der Erfolgskrise befindliches Unternehmen weitere Substanz verbrennen müssen bis es endlich die Kriterien der regelmäßig zeitlich nachgelagerten drohenden Zahlungsunfähigkeit erfüllt? Sinnvollere Maßstäbe bieten vielmehr betriebswirtschaftliche Definitionen wie bspw. der Krisenbegriff des BGH im Urteil vom 26.01.2017, der zeitlich der drohenden Zahlungsunfähigkeit des § 18 InsO vor-

gelagert ist und in der Praxis auch leicht festzustellen sowie zu überprüfen wäre. Aber auch wenn man zu einer rein juristischen Auslegung neigen sollte, würde der bestehende Überschuldungsbegriff mit seiner Antragspflicht einer Umsetzung der Richtlinie nicht im Wege stehen.

Abschließend sei noch erwähnt, dass der Überschuldungsbegriff über das Handelsrecht hinaus vielfältige Anknüpfungspunkte zu anderen Rechtsgebieten hat und eine Abschaffung desselben alles andere als trivial ist.



## 4. ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN UMSETZUNGSEMPFEHLUNGEN

Die Restrukturierungsrichtlinie bietet – richtig umgesetzt – zweckmäßige Möglichkeiten, um die Sanierung von Unternehmen außerhalb des Insolvenzverfahrens zu stärken. Bei der Umsetzung der Richtlinie sollten die Mitgliedstaatenwahlrechte und Ermessensspielräume so ausgeübt werden, dass in Deutschland praktikable und kostengünstige, gleichzeitig aber wirksame Sanierungsinstrumente geschaffen werden. In den vorangegangenen Überlegungen hat das IDW Vorschläge unterbreitet, die Richtlinie in deutsches Recht umzusetzen. Die wesentlichen Aussagen werden im Folgenden kurz zusammengefasst.

Bei den Anforderungen an **Frühwarnsysteme** ist festzustellen, dass in Deutschland bereits zahlreiche freiwillige Informationsangebote bestehen und auch die Berichtspflichtigen Dritter (insb. Wirtschaftsprüfer) bei Bestandsgefährdung und Entwicklungsbeeinträchtigung sehr umfangreich sind. Die in der Richtlinie vorgeschlagene Einführung von Hinweispflichtigen bei Unterbleiben bestimmter Zahlungen setzt deutlich zu spät an,

weil regelmäßig bereits Zahlungsunfähigkeit vorliegen dürfte. Die mit der Richtlinie wohl intendierte Schaffung eines weiteren unverbindlichen staatlichen Informationsangebots ist u.E. nicht zielführend: Schon heute werden freiwillige Angebote nur unzureichend genutzt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Schiefelage des Unternehmens bewusst oder unbewusst nicht erkannt wird. Der deutsche Gesetzgeber sollte daher früher ansetzen

und – als Teil der allg. Buchführungspflicht – auch eine **Planungspflicht explizit kodifizieren**. Sanktionen bräuchten dann nicht gesondert definiert werden: Ein Unterlassen der Planung wäre dann als Verletzung der Buchführungspflichten zu ahnden.

In diesem Zusammenhang muss auch die Bedeutung des **Überschuldungsbegriffs** untermauert werden: Durch die Verknüpfung des Handelsrechts mit dem Insolvenzrecht entfaltet dieser Insolvenzeröffnungsgrund disziplinierende Wirkung. Wie gezeigt ist er ein wesentlicher Motivator für das Management, sich frühzeitig mit einer möglichen Schieflage des Unternehmens auseinanderzusetzen.

Der deutsche Gesetzgeber sollte zudem die Gelegenheit nutzen, § 92 Abs. 1 AktG bzw. § 49 Abs. 3

GmbHG zu verschärfen. Bei **häftigem Kapitalverlust** sollte nicht nur eine Hauptversammlung bzw. Gesellschafterversammlung einberufen werden, es sollte zudem vom gesetzlichen Vertreter verlangt werden, dass dieser Maßnahmen zur Auffüllung des Eigenkapitals oder alternative Sanierungsmaßnahmen aufzeigt.

Der **präventive Restrukturierungsrahmen** sollte weniger als ein am Insolvenzrecht angelehntes Verfahren ausgestaltet sein, sondern vielmehr als ein flexibel einsetzbares Instrument zur Stärkung der außerinsolvenzlichen Sanierung. Wir regen daher an, Zugangs- und Bestätigungskriterien nach betriebswirtschaftlichen und weniger nach aus InsO bekannten verfahrensrechtlichen Kriterien zu definieren.

### Wir regen einen differenzierten Zugang zum Restrukturierungsrahmen an:

- In einem noch **recht frühen Krisenstadium** beabsichtigen Schuldner und einzelne Gläubiger zunächst eine außerinsolvenzliche und außergerichtliche Sanierung. Wenn Einigkeit zwischen allen Beteiligten besteht, sind die Instrumente des präventiven Restrukturierungsrahmens nicht erforderlich. Erst wenn eine Minderheit dem Sanierungskonzept widerspricht, sind entsprechend der Richtlinie Gläubigergruppen zu bilden und unter gerichtlicher Einbindung ist über den Plan abzustimmen. Durch die erforderliche Mehrheit (75%) der betroffenen Gläubiger kann einerseits die Insolvenzwahrscheinlichkeit und andererseits die Bestandsfähigkeit des Unternehmens (ohne Gutachten) fingiert werden. Ein Moratorium ist dann ebenso wenig erforderlich wie ein Restrukturierungsbeauftragter.
- Sofern ein **Moratorium** hingegen für erforderlich erachtet wird, ist dem Gericht die Insolvenzwahrscheinlichkeit darzulegen. Hierbei sollte sich der Gesetzgeber an den vom BGH definierten betriebswirtschaftlichen Kriterien „keine Gewinne in der Vergangenheit“, „kein leichter Zugriff auf finanzielle Mittel“ und (drohende) „bilanzielle Überschuldung“ orientieren. Zudem sollte der Schuldner gem. § 270b InsO nachweisen, dass die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist (Bestandsfähigkeit) (vgl. IDW S 9). Für die Bewilligung des Moratoriums können die Kriterien Insolvenzwahrscheinlichkeit und Bestandsfähigkeit auch durch eine Zustimmung der (Summen-)Mehrheit der voraussichtlich betroffenen Gläubiger ersetzt werden.

In allen Fällen ist sicherzustellen, dass zu Beginn des Verfahrens **keine Zahlungsunfähigkeit** vorliegt und das Unternehmen während der Verfahrensdauer **durchfinanziert** ist. Im Falle eines gewährten Moratoriums sind die Insolvenzantragspflichten zu suspendieren.

Ein **Restrukturierungsbeauftragter** sollte grundsätzlich nur im Einzelfall eingesetzt werden. Dabei sollte es möglich sein, auch juristische Personen beauftragen zu können, wenn sichergestellt ist, dass der für die Auftragsdurchführung Verantwortliche die erforderlichen qualitativen Anforderungen erfüllt und für seine Tätigkeit u.U. haftet. Der (teilweise) Übergang der Vermögens- und Verfügungsbefugnis sollte sehr restriktiv gehandhabt werden. Sofern eine Berufsaufsicht nicht verzichtbar ist, sollte sie von den bereits bestehenden Berufskammern (BRAB, WPK und StBK) wahrgenommen werden.

Bei dem **Restrukturierungsplan** handelt es sich – wie dargelegt – um ein Sanierungskonzept bzw. um einen Insolvenzplan. In der Praxis haben sich mit *IDW S 6* sowie *IDW ES 2 n.F.* etablierte Standards entwickelt, die die gesetzlichen und höchstrichterlichen Anforderungen auslegen und präzisieren.

Die Mitgliedstaaten haben bei größeren Unternehmen die Möglichkeit, auf die **Zustimmung des Schuldners** zu verzichten. Wegen der drohenden Missbrauchsmöglichkeiten sollte der deutsche Gesetzgeber von diesem Wahlrecht kein Gebrauch machen.

Bei der **Überstimmung opponierender Gläubiger** sollte der deutsche Gesetzgeber eine restriktive Umsetzung wählen (75%-Mehrheit innerhalb der Gruppen sowie Mehrheit der Klassen beim cross-class cram-down).

**Dieses Positionspapier wurde vom Fachausschuss Sanierung und Insolvenz (FAS) des IDW erarbeitet.**

Wir freuen uns über Ihre Anmerkungen. Sie können diese direkt an Herrn Dr. Henrik Solmecke, Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., Postfach 320580, 40420 Düsseldorf oder an [solmecke@idw.de](mailto:solmecke@idw.de) senden.

Copyright © Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., Düsseldorf 2019.

Bildrechte: AdobeStock.com

**INSTITUT DER WIRTSCHAFTSPRÜFER IN DEUTSCHLAND E.V.**  
WIRTSCHAFTSPRÜFERHAUS

Tersteegenstr. 14  
40474 Düsseldorf

Postfach 32 05 80  
40420 Düsseldorf

Telefon: +49 (0) 211/4561-0  
Telefax: +49 (0) 211/4561097

E-Mail: [info@idw.de](mailto:info@idw.de)  
Web: [www.idw.de](http://www.idw.de)