

Stellungnahme des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID)

zum Vorschlag für eine

RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU

Vorgelegt am 22.11.2016 – COM (2016) 723 final

Der VID ist der Berufsverband der Insolvenzverwalter in Deutschland. Seine 470 Mitglieder sind ausschließlich oder überwiegend als Unternehmens-Insolvenzverwalter tätig.

Die Mitglieder des VID sind in Ihrer Arbeit gesetzlich und durch die vom VID entwickelten Grundsätze Ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung (GOI) dem Erhalt von sanierungsfähigen Unternehmen, zum Erhalt von Arbeitsplätzen und zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger verpflichtet. Sie arbeiten im Bewusstsein, dass sie als Teil eines gut funktionierenden Justizsystems eine wichtige volkswirtschaftliche Aufgabe wahrnehmen. Diese besteht vor allem darin, in einem justiziablen und transparenten Verfahren und unter den Verhältnissen des freien Marktes im Interesse der bestmöglichen und gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung sanierungsfähige Unternehmen zu erhalten und nicht sanierbare Unternehmen, möglichst ohne weitere Schäden zu verursachen, vom Markt zu nehmen. Hierzu gehört auch, Haftungsansprüche und in der Krise erhaltene Sondervorteile im Interesse des Unternehmens und der Gläubiger zu ermitteln und diese im Gesamtgläubigerinteresse durchzusetzen. Die jahrelange Erfahrung mit Unternehmen in der Krise und knappen finanziellen Ressourcen lehrt aber auch, dass Gesellschafter und einflussreiche Gläubiger oft zunächst an ihr eigenes und nicht an das Wohl des Unternehmens denken.

Insbesondere wegen des Selbstverständnisses des Berufsstandes ist der VID sehr daran interessiert, dass das Vorhaben der EU insgesamt, aber insbesondere in Deutschland, ein Erfolg werden kann, volkswirtschaftlich zu den gewünschten Verbesserungen führt und nicht das Gegenteil erreicht wird. Unsere oftmals negativen Erfahrungen werden an vielen Stellen dieser kritischen Auseinandersetzung der Grund dafür sein, dass die erstrebten Ziele besser erreichbar sein werden, wenn eine Unterstützung und Überwachung und Kontrolle stattfindet.

Der VID möchte das Vorhaben der EU weiter konstruktiv begleiten. Dazu gehört die kritische Auseinandersetzung mit dem vorgelegten Richtlinienvorschlag (im Folgenden RL-Vorschlag). Eine kritische Haltung scheint dem VID vor allem deshalb angebracht, weil der RL-Vorschlag versucht, Regelungen und Wirkungen eines Insolvenzverfahrens bereits in ein Stadium vor Eintritt der materiellen Insolvenz vorzuverlagern. Bei diesem Ansatz des RL-Vorschlags steht im Vordergrund, dass in vielen Mitgliedstaaten der EU keine (gut) funktionierenden Insol-

venzregularien, -gerichte und -praktiker existieren. Die Begründung des RL-Vorschlags weist auf nationale Unterschiede bei den Beitreibungsraten (S. 3.) hin und sieht in der übermäßig langen Dauer der Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren in verschiedenen Mitgliedstaaten (S. 5) einen maßgeblichen Grund für diese Unterschiede.

Der VID hält die Vereinheitlichung und Verbesserung der Insolvenzregime in den Mitgliedsstaaten für ein – sicherlich schwierigeres – aber das eigentlich wichtige Ziel. Nur weil dies schwieriger zu erreichen ist, sollte nicht ein Parallelverfahren eingeführt werden, das in den Mitgliedsstaaten mit gut funktionierenden, auf langer Tradition, Gesetzgebung und Rechtsprechung beruhenden Insolvenzregimen in das die Marktteilnehmer und die Bevölkerungen vertrauen, konkurriert und dadurch die in Deutschland und anderswo bewährten Anwendungen bestehender Verfahren gefährdet.

Diese Stellungnahme ist deshalb bewusst ausführlich und beschäftigt sich, ebenso und in ähnlicher Reihenfolge wie der RL-Vorschlag selbst, in den Gliederungsziffern 1-3 mit grundsätzlichen Fragestellungen und geht ab Ziffer 4 auf die inhaltlichen Vorschläge im Einzelnen ein. Eine Zusammenfassung findet sich unter Ziffer 18.

Inhaltsverzeichnis

1. Vorbemerkung zu Ziel und Wirkungen des RL-Vorschlags.....	5
a) Der RL-Vorschlag sorgt dafür, dass aus sich heraus nicht lebensfähige Unternehmen am Markt bleiben können:.....	5
b) Der RL-Vorschlag verstärkt das systemische Risiko von Anschlussinsolvenzen in einer vernetzten Wirtschaft:	6
c) Der RL-Vorschrift baut NPL nicht ab, sondern fördert diese:.....	7
d) Der RL-Vorschlag erhöht Missbrauchsgefahren durch Finanzinvestoren:.....	7
2. Zweifel an der Ermächtigungsgrundlage.....	8
3. Mangelnde Einbeziehung des Steuerrechts	10
4. Unklarer Eintrittszeitpunkt beim Restrukturierungsverfahren	12
a) Art. 4 Abs. 1 (RL-Vorschlag).....	12
aa) „finanzielle Schwierigkeiten“	13
bb) „drohende Insolvenz“	13
b) Art. 4 Abs. 2 (RL-Vorschlag).....	17
c) Art. 4 Abs .3 und 4 (RL-Vorschlag)	17
aa) Beteiligung einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde / Antrag des Schuldners.....	17
bb) „parallele Verfahren“	18
5. Notwendige weitere Bedingungen für den Eintritt in ein Restrukturierungsverfahren.....	19
6. Eigenverwaltung im Restrukturierungsverfahren (Art.5 RL-Vorschlag).....	21
7. Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen (Art.6 RL-Vorschlag).....	23
a) Art. 6 Abs. 2 (RL-Vorschlag).....	23
b) Art. 6 Abs. 3 (RL-Vorschlag).....	24
c) Art. 6 Abs. 4 (RL-Vorschlag).....	24
d) Art. 6 Abs. 5 (RL-Vorschlag).....	25
e) Art. 6 Abs. 6-7 (RL-Vorschlag).....	26
f) Art. 6 Abs. 8 (RL-Vorschlag).....	27
g) Art. 6 Abs. 9 (RL-Vorschlag).....	28
8. Folgen der Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen (Art.7 RL-Vorschlag).....	29
a) Art. 7 Abs. 1-3 (RL-Vorschlag)	29
b) Art. 7 Abs. 4 (RL-Vorschlag).....	31

c) Art. 7 Abs. 5 (RL-Vorschlag).....	34
d) Art. 7 Abs. 6 (RL-Vorschlag).....	36
e) Art. 7 Abs. 7 (RL-Vorschlag).....	37
9. Inhalte von Restrukturierungsplänen (Art. 8 RL-Vorschlag).....	38
10. Annahme von Restrukturierungsplänen (Art. 9 RL-Vorschlag).....	42
11. Bestätigung von Restrukturierungsplänen (Art. 10 RL-Vorschlag).....	44
a) Art. 10 Abs. 1 (RL-Vorschlag).....	44
b) Art. 10 Abs. 3 und 4 (RL-Vorschlag).....	46
12. Klassenübergreifender Cram-Down (Art. 11 RL-Vorschlag).....	47
13. Beanstandungen von Restrukturierungsplänen (Art. 13, 15 RL-Vorschlag).....	49
14. Besondere Vorrechte für „Restrukturierungsgläubiger“ (Art. 16 ,17 RL-Vorschlag).....	50
a) Art. 16 (RL-Vorschlag).....	50
b) Art. 17 (RL-Vorschlag).....	53
15. Zweite Chance für Unternehmer (Art. 19-23 RL-Vorschlag).....	54
16. Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierung, Insolvenz und zweiter Chance (Art. 25-27 RL-Vorschlag).....	55
17. Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel (Art. 28 RL-Vorschlag).....	61
18. Zusammenfassung.....	62
a) Kritische Stellungnahme zum Richtlinienentwurf aus allgemeiner und volkswirtschaftlicher Sicht.....	62
b) Kritische Stellungnahme zu den Verfahrensvoraussetzungen.....	63
c) Kritische Stellungnahme zur Eigenverwaltung und zum Moratorium.....	64
d) Kritische Stellungnahme zum Planverfahren.....	65

1. Vorbemerkung zu Ziel und Wirkungen des RL-Vorschlags

„Das Hauptziel des Vorschlags ist es, die wichtigsten Hindernisse für den freien Kapitalverkehr einzudämmen, die sich aus unterschiedlichen Restrukturierungs- und Insolvenzrahmen in den Mitgliedstaaten ergeben.“ (a.a.O. S. 6)

Diese Kernaussage zum Hauptziel des RL-Vorschlags enthält eine Behauptung: Die Unterschiede im jeweiligen nationalen Restrukturierungs- und Insolvenzrecht der EU-Mitgliedstaaten behindern den freien Fluss von Kapital von Finnland bis Portugal.

Hier stellt sich die Frage, ob es wirklich die geschilderten Unterschiede sind, die verhindern, dass ein nordeuropäischer Investor sein Geld nach Südeuropa trägt oder umgekehrt?

Eine zunehmende Vernetzung der Wirtschaft durch Investitionen und Lieferketten quer durch ganz Europa mag für manche arme Region in Europa ein sehnlischer Wunsch sein. Dadurch könnten moderne Arbeitsplätze vor Ort entstehen oder erhalten werden. In der Realität orientieren sich Investment und Ansiedlung aber vor allem an politischen, kulturellen und demographischen Faktoren: stabile politische Rahmenbedingungen, sprachliches und kulturelles Verständnis und das Vorhandensein eines großen Kunden- und Arbeitnehmerpotentials in unmittelbarer Nähe sind wesentliche Faktoren. Niemand investiert in einem anderen Mitgliedsland der EU weil dort ein besonders gutes Restrukturierungs- oder Insolvenzrecht eingeführt wurde. Schließlich möchte man Gewinne und keine Verluste machen. Der Gedanke an Ausweich- oder Rettungsstrategien kreist auch nicht um Fragen des Insolvenzrechts, sondern viel intensiver um Rechtssicherheit, funktionierende Verwaltung und Justiz und materiell rechtlich um das Arbeits-, Steuer-, und Gesellschaftsrecht. Die dort gezogenen Grenzen definieren zuerst den Spielraum von Restrukturierungen.

In diesem größeren Zusammenhang zeigen sich auch bereits eine Reihe von wahrscheinlichen negativen Nebenwirkungen des vorgelegten RL-Vorschlags:

a) Der RL-Vorschlag sorgt dafür, dass aus sich heraus nicht lebensfähige Unternehmen am Markt bleiben können:

Bereits heute werden durch sog. „Evergreening“ (evergreen funding) mit Endloskrediten auch Firmen gestützt, die eigentlich am Markt kaum Chancen haben. Die Zinspolitik der EZB hat in den vergangenen Jahren seit der globalen Finanzkrise 2008 Bedingungen geschaffen, unter denen auch ertragsschwache Unternehmen aufgrund der drastisch gesunkenen Finanzierungskosten überleben können. Unabhängig von der Problematik der sog. non-performing-loans (NPL) baut sich damit ein Krisenpotential auf, das sich bei einer Änderung der Zinspolitik realisieren wird. Eine künstliche Verlängerung dieses Potentials hinein in den Bereich der (trotz günstiger Finanzierungskosten) bereits krisengeschwächten Unternehmen verhindert, dass stärkere Unternehmen durch den Marktaustritt schwächerer Unternehmen wachsen können. Es werden zentrale Marktgesetze außer Kraft gesetzt, die für eine volks-

wirtschaftlich sinnvolle Allokation von Ressourcen sorgen. Dies gilt besonders in den Ländern der Europäischen Union, die heute gesunde Arbeitsmärkte mit hoher Beschäftigung aufweisen.

b) Der RL-Vorschlag verstärkt das systemische Risiko von Anschlussinsolvenzen in einer vernetzten Wirtschaft:

Die vernetzte Wirtschaft des europäischen Wirtschaftsraumes ist bereits heute in besonderem Maß auf eine unterbrechungsfreie und zeitfixierte Belieferung angewiesen (just-in-time). Dies gilt inzwischen nicht mehr nur in der Automobilindustrie, sondern auch in zahlreichen anderen Branchen vom Maschinenbau über die Lebensmittelproduktion bis hin zum Handel und zum Handwerk, ebenso wie im Dienstleistungssektor. Nicht nur die Hersteller des Endproduktes, auch deren Lieferanten, die selbst wieder von nachgeordneten Lieferanten beliefert werden, sind sehr vom Funktionieren der Lieferketten abhängig. In dieser Umgebung kann die Unterbrechung von Lieferketten zu massiven Produktionsausfällen führen. Geringe Margen machen die Unternehmen in Folge der dadurch entstehenden Umsatzausfälle höchst insolvenzanfällig.

In den angesprochenen Lieferketten gehört der Lieferantenkredit, d. h. die Verlängerung von Zahlungszielen, zu den häufigsten Unterstützungsmaßnahmen. Die Übernahme vieler Unternehmen durch angelsächsisch geprägte Investoren hat diesen Effekt dramatisch verstärkt. Der deutsche Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen (BGA) geht heute davon aus, dass allein der Bereich der Warenkreditierung in Deutschland ständig ein Volumen von ca. 400 Milliarden Euro aufweist.¹ Zahlungsziele von 30 bis 60 Tagen waren einmal die Regel, inzwischen sind aber auch 90 oder sogar 180 Tage bei diesen Rahmenbedingungen keine Seltenheit, sondern ein Teil branchentypischer Usancen.

Ein Restrukturierungsverfahren, das Lieferanten zum Stillhalten bei Altschulden und zur Weiterbelieferung unter unveränderten Konditionen zwingt, schafft in diesem Umfeld ein systemisches Insolvenzrisiko für alle beteiligten Lieferanten, wenn das Verfahren scheitert und in einer Insolvenz des Schuldners mündet, bevor sie zumindest für die Weiterbelieferung bezahlt worden sind. Besonders verstärkt wird dieser Effekt noch in Fällen mit Auslandsbezug, in denen die exportorientierte deutsche Wirtschaft typischerweise mit nochmals längeren Zahlungszielen konfrontiert wird (vgl. hierzu und zum – seither nochmals gestiegenen – Gesamtvolumen bereits den Monatsbericht der Deutschen Bundesbank vom Oktober 2012, S. 53 ff.).

¹ Insbesondere Finanzinvestoren und Distressed Debt-Investoren gelingt mit der Unterstützung dieser besonderen Kreditierung durch Lieferanten eine sehr deutliche Maximierung des sog. Return on Equity (RoE), also der Eigenkapitalrentabilität. Dieses Eigenkapital wird gleichzeitig insbesondere bei sog. leveraged buy outs im Verhältnis zum Fremdkapital bewusst gering gehalten um das eigene Verlustrisiko zu begrenzen. Die Fremdfinanzierung wird dagegen nach Möglichkeit forciert um die Ertragsersparung der Investoren zu erfüllen, die als Fonds oftmals selbst von den Anlegern an ihren Erträgen gemessen werden.

c) Der RL-Vorschrift baut NPL nicht ab, sondern fördert diese:

Aufsichtsrechtlich sieht die EZB eine Grenze von 90 Tagen vor, jenseits der eine vom Schuldner nicht bediente Forderung als non-performing loan eingestuft wird.²

Rückt die Grenze der 90 Tage näher, zwingt sie das betroffene Institut entweder zur Bereitstellung höherer Eigenmittel zur Risikovorsorge oder zum Verkauf der Forderung um die höheren Eigenkapitalanforderungen zu umgehen.

In der aktuellen Zinsumgebung tendieren die deutschen Banken regelmäßig zu einer außergerichtlichen Restrukturierung der Verbindlichkeiten des Schuldners, die ihn schnell und möglichst geräuschlos, d. h. ohne öffentliche Aufmerksamkeit, in die Lage versetzt, seinen Schuldendienst wiederaufzunehmen. Hierbei wird die Bereitschaft des Schuldners zu entsprechenden Restrukturierungsmaßnahmen maßgeblich von der Überlegung gesteuert, dass eine Weigerung regelmäßig die umgehende Kündigung von Kreditlinien zur Folge haben wird. Nach Schätzungen von Bankexperten werden derzeit über 80 % aller problematischen Kreditengagements auf diese Weise bereinigt.

Mit dem RL-Vorschlag und seiner Stillhaltepflicht verlieren die Banken die Möglichkeit dieser außergerichtlichen Schuldenbereinigung, weil der (gut beratene) Schuldner die oben erwähnte Zeitgrenze für non-performing loans nun für sich einsetzen kann. Er wird regelmäßig damit drohen, die eigene Restrukturierung über diese Grenze hinaus zu verlängern um eine Einstufung der eigenen Verbindlichkeiten als non-performing loans herbeizuführen. Hierdurch setzt er das finanzierende Institut unter Zugzwang. Um eine aufsichtsrechtliche Abwertung der eigenen Forderung und dadurch eine wesentliche Verteuerung des Engagements zu verhindern, wäre nun die umgehende Beendigung des Engagements angezeigt. Eine solche Beendigung ist aber unter dem Regime des RL-Vorschlags bei einer Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen ausgeschlossen. Damit bleibt als Option nur der Verkauf der Forderung oder das Festhalten am bestehenden Engagement. Ein Verkauf der Forderung wird unter dem Eindruck eines drohenden oder bereits eingeleiteten Restrukturierungsverfahrens nur mit erheblichen Abschlägen vom Nominalwert möglich sein.

Durch den RL-Vorschlag wird nach Ansicht des VID daher die Gefahr des Entstehens von NPL erhöht. Darüber hinaus wird sowohl der so forcierte Verkauf der NPL-Kredite durch die Banken an NPL-Investoren als auch das Halten der NPL-Kredite durch die Banken volkswirtschaftlich als nicht erstrebenswert eingeschätzt.

d) Der RL-Vorschlag erhöht Missbrauchsgefahren durch Finanzinvestoren:

Kommt es aufgrund einer Abwägung der Kosten zu einem Verkauf der Forderung, dann eröffnet dies den Markt für NPL-Investoren, der in Europa derzeit noch nicht so stark ausgeprägt ist wie etwa in den USA. Nicht zuletzt von dort ansässigen Investoren wird seit Jahren eine stärkere regulatorische Öffnung des europäischen Marktes für NPL gefordert. Mit den deutlich unterhalb ihres Nominalwerts eingekauften Forderungen erhält das Restrukturie-

² Vgl. ausführlich: Draft guidance to banks on non-performing loans, September 2016, https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/publiccons/pdf/npl/npl_guidance.en.pdf

rungsregime des RL-Vorschlags eine wirtschaftliche Dimension, die weit über die reine Restrukturierung hinausgeht. Große Investoren können im Rahmen einer sog. loan-to-own-Strategie Forderungspakete erwerben, um sie anschließend in einer Restrukturierung in Anteilsrechte umzuwandeln. Dieser sog. debt-equity-swap soll zwar nach dem Grundkonzept des RL-Vorschlags nicht gegen den Willen der Alteigentümer erzwungen werden können. Besteht aber die Möglichkeit, wie etwa in Deutschland, ein solches Ergebnis jedenfalls in einem nachfolgenden Insolvenzverfahren zu erzwingen, so werden die Alteigentümer regelmäßig geneigt sein, diesen Schritt in die Insolvenz zu vermeiden und den Investoren bereits in einer Restrukturierung entgegenzukommen.

Sind Finanzinvestoren, etwa nach einem leveraged buy out, bereits in Krisenunternehmen engagiert, können sie durch ein Restrukturierungsverfahren Kontrollrechte abgeben und als Minderheitsgesellschafter beteiligt bleiben, um am Restrukturierungserfolg teilzuhaben. Es ist keine Seltenheit, dass betroffene Unternehmen in zwei oder mehr Finanzierungsrunden von Investoren „weitergereicht“ werden. Bei geringem Eigenkapitaleinsatz (s. o.) ist diese Perspektive auch mit deutlich geringerem Verlustrisiko verbunden. Gleichzeitig verstellen solche Verhaltensmuster von Finanzinvestoren den Blick auf die Notwendigkeit oftmals leistungswirtschaftlicher Sanierungsmaßnahmen. Stattdessen wird lediglich die Passivseite der Bilanz umstrukturiert um kurzfristig Erträge zu Lasten der Nicht-Finanzgläubiger zu erzielen. Dieser Perspektive hält der Bundesgerichtshof zu Recht entgegen, dass sie regelmäßig zu kurz greift (vgl. zuletzt IX ZR 65/14 vom 12.5.2016). Die betroffenen Unternehmen werden dabei über den Punkt eines eigentlich notwendigen Marktaustritts hinaus am Leben erhalten.

2. Zweifel an der Ermächtigungsgrundlage

Der Vorschlag stützt sich auf Artikel 53 und Artikel 114 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). (a.a.O. S. 17)³

³ Art. 53 AEUV (ex-Artikel 47 EGV)

(1) Um die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten zu erleichtern, erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß den ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sowie für die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten.

(2) Die schrittweise Aufhebung der Beschränkungen für die ärztlichen, artzähnlichen und pharmazeutischen Berufe setzt die Koordinierung der Bedingungen für die Ausübung dieser Berufe in den einzelnen Mitgliedstaaten voraus.

Artikel 114 AEUV (ex-Artikel 95 EGV)

(1) Soweit in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist, gilt für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 26 die nachstehende Regelung. Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.

(2) Absatz 1 gilt nicht für die Bestimmungen über die Steuern, die Bestimmungen über die Freizügigkeit und die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer.

(3) Die Kommission geht in ihren Vorschlägen nach Absatz 1 in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau aus und berücksichtigt dabei insbesondere alle auf wissenschaftliche Ergebnisse gestützten neuen Entwicklungen. Im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse streben das Europäische Parlament und der Rat dieses Ziel ebenfalls an.

(4) Hält es ein Mitgliedstaat nach dem Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme durch das Europäische Parlament und den Rat beziehungsweise durch den Rat oder die Kommission für erforderlich, einzelstaatliche Bestimmungen beizubehalten, die durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 36 oder in Bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind, so teilt er diese Bestimmungen sowie die Gründe für ihre Beibehaltung der Kommission mit.

(5) Unbeschadet des Absatzes 4 teilt ferner ein Mitgliedstaat, der es nach dem Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme durch das Europäische Parlament und den Rat beziehungsweise durch den Rat oder die Kommission für erforderlich hält, auf neue wissen-

Im Wesentlichen wird der Vorschlag auf Artikel 114 AEUV gestützt, der das Errichten und Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand europäischer Gesetzgebung macht. Diese Rechtsgrundlage erscheint hier zweifelhaft, weil sie unterstellt, dass die aktuelle Situation der Insolvenzrechtsordnungen in der EU eine schwerwiegende Störung oder Behinderung des Binnenmarktes darstellt. Gegen diese Einschätzung bestehen schon wegen der in zahlreichen Mitgliedstaaten seit der Jahrtausendwende eingeführten und nach der Finanzkrise 2008 zum Teil nochmals erweiterten Sanierungsverfahren erhebliche Bedenken. Die in der Begründung des RL-Vorschlags (S. 3) angeführte (und zumindest aus Erfahrung der deutschen Insolvenzverwalter für Deutschland als zu hoch zu bezweifelnde) Zahl von 25 % grenzüberschreitender Insolvenzen in Europa lässt deutlich werden, dass die weit überwiegende Mehrzahl der Insolvenzverfahren in Europa rein nationale Verfahren sind. Das gilt vor allem für Insolvenzverfahren über das Vermögen kleiner und mittelständischer Unternehmen (KMU), die durch die Richtlinie besonders angesprochen werden sollen. Nicht ohne Grund hat der Bayerische Landtag deshalb in einem Beschluss vom 9.2.2017 (Drs. 17/15362) in Anlehnung an die hierzu geäußerte Auffassung der Bayerischen Staatsregierung festgestellt, dass gegen den RL-Vorschlag Subsidiaritätsbedenken bestehen. Der hierzu im Bayerischen Landtag eingebrachte Antrag (Drs. 17/15252) weist in seiner Begründung zu Recht auf erhebliche Zweifel hin, ob die *„Unterschiede im Insolvenzrecht der Mitgliedstaaten tatsächlich den ihnen zugesprochenen Einfluss auf unternehmerische und Anlegerentscheidungen über grenzüberschreitendes Tätigwerden haben.“*

Die Begründung des RL-Vorschlags führt dennoch dazu aus:

„Das Hauptziel des Vorschlags ist es, die wichtigsten Hindernisse für den freien Kapitalverkehr einzudämmen, die sich aus unterschiedlichen Restrukturierungs- und Insolvenzrahmen in den Mitgliedstaaten ergeben.“ (a.a.O. S. 6)

schaftliche Erkenntnisse gestützte einzelstaatliche Bestimmungen zum Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt aufgrund eines spezifischen Problems für diesen Mitgliedstaat, das sich nach dem Erlass der Harmonisierungsmaßnahme ergibt, einzuführen, die in Aussicht genommenen Bestimmungen sowie die Gründe für ihre Einführung der Kommission mit.

(6) Die Kommission beschließt binnen sechs Monaten nach den Mitteilungen nach den Absätzen 4 und 5, die betreffenden einzelstaatlichen Bestimmungen zu billigen oder abzulehnen, nachdem sie geprüft hat, ob sie ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen und ob sie das Funktionieren des Binnenmarkts behindern.

Erlässt die Kommission innerhalb dieses Zeitraums keinen Beschluss, so gelten die in den Absätzen 4 und 5 genannten einzelstaatlichen Bestimmungen als gebilligt.

Die Kommission kann, sofern dies aufgrund des schwierigen Sachverhalts gerechtfertigt ist und keine Gefahr für die menschliche Gesundheit besteht, dem betreffenden Mitgliedstaat mitteilen, dass der in diesem Absatz genannte Zeitraum gegebenenfalls um einen weiteren Zeitraum von bis zu sechs Monaten verlängert wird.

(7) Wird es einem Mitgliedstaat nach Absatz 6 gestattet, von der Harmonisierungsmaßnahme abweichende einzelstaatliche Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, so prüft die Kommission unverzüglich, ob sie eine Anpassung dieser Maßnahme vorschlägt.

(8) Wirft ein Mitgliedstaat in einem Bereich, der zuvor bereits Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen war, ein spezielles Gesundheitsproblem auf, so teilt er dies der Kommission mit, die dann umgehend prüft, ob sie dem Rat entsprechende Maßnahmen vorschlägt.

(9) In Abweichung von dem Verfahren der Artikel 258 und 259 kann die Kommission oder ein Mitgliedstaat den Gerichtshof der Europäischen Union unmittelbar anrufen, wenn die Kommission oder der Staat der Auffassung ist, dass ein anderer Mitgliedstaat die in diesem Artikel vorgesehenen Befugnisse missbraucht.

(10) Die vorgenannten Harmonisierungsmaßnahmen sind in geeigneten Fällen mit einer Schutzklausel verbunden, welche die Mitgliedstaaten ermächtigt, aus einem oder mehreren der in Artikel 36 genannten nicht wirtschaftlichen Gründe vorläufige Maßnahmen zu treffen, die einem Kontrollverfahren der Union unterliegen.

Grundlage einer solchen Analyse sollte eine umfassende statistische Erfassung der Wirkungen und Ergebnisse sein, die dieser unterschiedliche Restrukturierungs- und Insolvenzrahmen in den einzelnen Mitgliedstaaten hervorbringt. **Erwägungsgrund (42)** Satz 1 erklärt dazu:

„Für die Überwachung der Umsetzung und Anwendung dieser Richtlinie ist es wichtig, zuverlässige Daten über die Ergebnisse von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren zu sammeln.“

Ganz offensichtlich gibt es diese zuverlässigen Daten über solche Ergebnisse bislang nach Einschätzung der Kommission nicht im ausreichenden Maße. Sie sieht deshalb in Art. 29 des RL-Vorschlags eine umfassende Ertüchtigung der nationalen Statistiken in den Mitgliedstaaten vor. Dies deckt sich mit dem Befund aus Deutschland, das erst durch das 1.1.2013 in Kraft getretene Insolvenzstatistikgesetz vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2582, 2589) mit der umfassenden Erfassung solcher Daten begonnen hat. Damit ist der zur Begründung angeführte Befund wichtiger Hindernisse für den freien Kapitalverkehr aus unterschiedlichen Restrukturierungs- und Insolvenzrahmen in den Mitgliedstaaten derzeit empirisch nicht belegt. Es verwundert daher, dass eine statistische Erfassung grenzüberschreitender Verfahren in den einschlägigen Regelungen (Art. 29) des RL-Vorschlags nicht vorgesehen ist.

Die Umsetzung des RL-Vorschlags sollte zumindest eine großzügige Umsetzungsfrist vorsehen, die in zeitlicher Staffelung die notwendigen statistischen Rahmen deutlich vor allen übrigen Regeln zur Umsetzung bringt. Dabei sollte Art. 29 des RL-Vorschlags auch um die Erfassung grenzüberschreitender Verfahren ergänzt werden.

3. Mangelnde Einbeziehung des Steuerrechts

Wesentliche Elemente einer europäischen Harmonisierung des Restrukturierungs- und Insolvenzrechts sind im RL-Vorschlag ausgeklammert. Nach den Artikeln 110 ff. AEUV bleibt die Steuerhoheit sehr weitgehend ein nationales Reservat. Damit kann ein wesentliches Element des rechtlichen Restrukturierungsrahmens von vorn herein nicht durch den vorliegenden Vorschlag harmonisiert werden. Ähnliches gilt für das Arbeitsrecht, das in den Artikeln 155 bis 161 AEUV dem harmonisierenden Zugriff des europäischen Gesetzgebers weitgehend entzogen ist. Ganz folgerichtig sind die Angleichung von Steuerrecht und Arbeitsrecht in Europa auch wegen der damit verbundenen politischen Implikationen in den vergangenen beiden Jahrzehnten nur schleppend vorangekommen. Steuerwettbewerb und nationale Eigenheiten des Arbeitsrechts prägen weiterhin die europäische Rechtslandschaft. Ohne eine Harmonisierung dieser beiden Rechtsgebiete mit Blick auf Restrukturierungen muss ein entsprechendes Regelwerk allerdings unvollständig und wirkungsreduziert bleiben.

Besonders sichtbar wird dies durch den nationalstaatlichen Umgang mit sog. Sanierungsgewinnen, der in Deutschland durch den Bundesfinanzhof jüngst in einer Entscheidung des Großen Senats (Beschluss vom 28.11.2016, GrS 1/15) aus verfassungsrechtlichen Gründen korrigiert wurde. Der BFH erklärt dort (Rz. 150), dass er zu den sich im Zusammenhang mit dem sog. Sanierungserlass stellenden beihilferechtlichen Fragen keine Stellung nehmen werde. Diese Fragen werden aber in der Fachliteratur intensiv diskutiert. Sollte, was dort befürchtet wird, eine Regelung in der Art des nun in seiner alten Fassung durch den BFH aufgehobenen deutschen Sanierungserlasses gegen europäisches Beihilferecht verstoßen, so wäre allen Restrukturierungsanstrengungen in der Art des hier vorgelegten RL-Vorschlags von vorneherein die Grundlage entzogen. Jeder Schuldner müsste damit rechnen, im Anschluss an ein Restrukturierungsverfahren den durch Forderungsverzichte seiner Gläubiger entstandenen Sanierungsgewinn zu versteuern. Ein solcher Steuerbescheid würde regelmäßig zur Anschlussinsolvenz des Schuldners führen, dem durch die Forderungsverzichte ja keine neuen liquiden Mittel zufließen. Die ihm abgeforderte Steuerzahlung würde regelmäßig den letzten Rest vorhandener Liquidität des Schuldners aufzehren und seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführen.

Ein weiterer Aspekt, der durch das Beihilferecht hier berührt ist, ist die Frage nach einem Steuerwettbewerb in Europa bei der Behandlung von Sanierungsgewinnen. Nationale Steuerregeln könnten bei entsprechender Großzügigkeit dazu führen, dass die betroffenen Jurisdiktionen ein bevorzugtes Ziel für das sog. forum-shopping werden. Betroffene Unternehmen hätten schon aufgrund der steuerlichen Folgen einer Sanierung starke Anreize zur Sitzverlegung. Die Begründung des RL-Vorschlags (S. 14) betont, dass der Vorschlag die Vorschriften über staatliche Beihilfen unberührt lasse. Es bliebe damit einer langwierigen, am konkreten Einzelfall orientierten gerichtlichen Kontrolle des EuGH überlassen, ob einzelstaatliche Regelungen zum Erlass von Sanierungsgewinnen den Kriterien des europäischen Beihilferechts standhielten.

Es erscheint dringend geboten, die steuerliche Behandlung von Sanierungsgewinnen in den RL-Vorschlag aufzunehmen und sie dort im Sinne von beihilferechtlich unbedenklichen Maßgaben für die Gestaltung entsprechender nationaler Regelungen detailliert zu regeln.

Ebenso klärungsbedürftig wäre die umsatzsteuerliche Situation von Lieferanten im Rahmen eines Restrukturierungsverfahrens. Aufgrund des Prinzips der Soll-Versteuerung müssen Unternehmer Umsatzsteuer auch dann an das Finanzamt abführen, wenn ihre Rechnungen vom Leistungsempfänger noch gar nicht beglichen wurden. Wird das Entgelt schließlich uneinbringlich i. S. d. Umsatzsteuerrechts, kann eine Berichtigung der Umsatzsteuer gegenüber dem Finanzamt nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. Abs. 1 UStG (Erstattung der Umsatzsteuer durch Anmeldung eines Negativumsatzes) erfolgen. In sehr vielen Fällen erfolgt die Umsatzsteuerkorrektur mit Bekanntwerden der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beim Leistungsempfänger. Der Augenblick der Insolvenzeröffnung ist allerdings nur der spätestmögliche Zeitpunkt für eine solche Korrektur. Ob auch ein Restrukturierungsverfahren die Uneinbring-

lichkeit begründen könnte, muss jedenfalls in Bezug auf Lieferungen und Leistungen an durch das Verfahren erfasste Gläubiger als offen angesehen werden. Der betroffene Lieferant wäre ähnlich wie im Insolvenzverfahren an einer Einzelzwangsvollstreckung gehindert. Dieser Zustand könnte aber vorübergehender Natur sein.

Diese steuerrechtlichen Unklarheiten (vgl. zusammenfassend *Kahlert*, NZI 2017, 52 ff.) sind auch deshalb besonders bedeutsam, weil im Bereich der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) sehr viele Insolvenzen durch Verbindlichkeiten gegenüber öffentlichen Gläubigern (Fiskus und Sozialversicherungsträger) ausgelöst werden. Ein konsistentes System des Umgangs mit säumigen Schuldern könnte gerade bei Zahlungsrückständen gegenüber öffentlichen Gläubigern viele Unternehmenskrisen durch präventive Maßnahmen abwenden.

4. Unklarer Eintrittszeitpunkt beim Restrukturierungsverfahren

a) Art. 4 Abs. 1 (RL-Vorschlag)

Art. 4 Abs. 1 des RL-Vorschlages definiert den Zeitpunkt:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten bei einer drohenden Insolvenz Zugang zu einem wirksamen präventiven Restrukturierungsrahmen haben, der es ihnen ermöglicht, ihre Schulden oder ihr Unternehmen zu restrukturieren, ihre Rentabilität wiederherzustellen und eine Insolvenz abzuwenden.“

In **Erwägungsgrund (17)** wird dazu ausgeführt:

„Schuldnern sollte ein Restrukturierungsrahmen zur Verfügung stehen, der es ihnen ermöglicht, ihre finanziellen Schwierigkeiten frühzeitig anzugehen, wenn es sich als wahrscheinlich erweist, dass ihre Insolvenz abgewendet und die Fortsetzung ihrer Geschäftstätigkeit gesichert werden kann. Ein Restrukturierungsrahmen sollte zur Verfügung stehen, bevor ein Schuldner nach nationalem Recht insolvent wird, das heißt, bevor der Schuldner die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Gesamtverfahrens erfüllt, das die Insolvenz des Schuldners voraussetzt und in der Regel den vollständigen Vermögensbeschluss gegen den Schuldner sowie die Bestellung eines Verwalters zur Folge hat. Eine Rentabilitätsprüfung sollte daher nicht zur Vorbedingung für die Aufnahme von Verhandlungen und für die Gewährung einer Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen gemacht werden. Vielmehr sollte die Rentabilität des Unternehmens in den meisten Fällen von den betroffenen Gläubigern geprüft werden, die mehrheitlich einigen Anpassungen ihrer Ansprüche zustimmen. Um jedoch einen Missbrauch der Verfahren zu verhindern, sollten die finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners einer drohenden Insolvenz entsprechen, und der Restrukturierungsplan sollte die Insolvenz des Schuldners abwenden und die Rentabilität des Unternehmens sichern können.“

aa) „finanzielle Schwierigkeiten“

Nach dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 RL-Vorschlag wird der Zugang zu wirksamen präventiven Restrukturierungsrahmen Schuldern in finanziellen Schwierigkeiten eröffnet. Damit ist angedeutet, dass lediglich eine Restrukturierung auf der Passivseite der Bilanz erfolgen soll.

Eine klare Beschränkung auf Finanzgläubiger des Schuldners ist dem Wortlaut des RL-Vorschlags („finanzielle Schwierigkeiten“) nicht zu entnehmen. Die Erwähnung anderer Gläubiger in den Erwägungsgründen (21) und (22) lässt vermuten, dass grundsätzlich alle Gläubiger in ein Restrukturierungsverfahren einbeziehbar sein sollen.

Bei einer Einbeziehung aller Gläubiger in das Verfahren ist allerdings eine größere Regelungstiefe des Verfahrens notwendig. Die Verfahrensgestaltung des RL-Vorschlags ist derzeit nicht dazu geeignet, Verhandlungen aller Gläubigerklassen (Großgläubiger und Kleingläubiger verfügen über sehr unterschiedliche Einfluss- und Informationsmöglichkeiten) auf Augenhöhe zu gewährleisten. Die jetzt mögliche Ausgestaltung der Einbindung aller Gläubiger in Moratorium und Plan ohne neutrale Überwachung ermöglicht damit auch den Missbrauch von Restrukturierungsverfahren. Sie kann dazu führen, dass die gut und teuer beratenden Großgläubiger und der Schuldner die Sanierung massiv zu Lasten der Kleingläubiger und der Arbeitnehmer durchführen.

Es erscheint dringend geboten den Umgriff des Restrukturierungsverfahrens auf Finanzgläubiger zu beschränken.

Die Stellungnahme unterstellt nachfolgend, dass bislang keine Beschränkung auf Finanzgläubiger vorgesehen ist.

bb) „drohende Insolvenz“

Mit den Ausführungen in Erwägungsgrund 17 ist ein Krisenstadium angesprochen, das vor dem Auftreten von Insolvenzgründen, jedenfalls aber vor dem Eintritt einer Insolvenzantragspflicht angesiedelt ist.

Der VID hat hierzu eine Eingrenzung (Grundsätze eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens vom 16.02.2016) vorgeschlagen.⁴

⁴ <http://www.vid.de/initiativen/grundsaeetze-eines-vorinsolvenzlichen-sanierungsverfahrens/>:

„Der Schuldner im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren muss sanierungsbedürftig und sanierungswürdig sein. Dies setzt voraus:
(1) Er darf sich noch nicht in einer Situation materieller Insolvenz (§§ 17, 19 InsO) befinden. Vielmehr muss er nachweisen, noch mindestens sechs Monate zahlungsfähig sein zu können; in diesem Fall wird eine positive Fortführungsprognose vermutet, solange das Verfahren mit Aussicht auf Erfolg betrieben wird.

(2) Sanierungsbedürftigkeit setzt voraus, dass das Unternehmen des Schuldners sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, die kurz- bis mittelfristig geeignet sind, den Bestand des Unternehmens zu gefährden.

(3) Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren steht nur Schuldern offen, deren laufende Buchführungs- und Bilanzierungspflichten ordnungsgemäß erfüllt sind (Sanierungswürdigkeit) und bei denen keine Zahlungsrückstände gegenüber dem Fiskus oder Sozialversicherungsträgern bestehen.

(4) Zwangsvollstreckungsmaßnahmen jeglicher Art finden gegenüber dem Schuldner nicht statt.“

Die Frage der Abgrenzung zur materiellen Insolvenz und die Frage, ob und welche weiteren Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit das Unternehmen in der Krise die sehr weitreichenden Erleichterungen erhalten kann, ist eine der wichtigsten Fragen zum RL-Vorschlag.

Diese Frage, mit der auch verfassungsrechtliche Fragestellungen verbunden sind, denn die Erleichterungen für das Unternehmen in der Krise führen als Kehrseite der Medaille zu Einschränkungen für deren Vertragspartner und Gläubiger, haben zahlreiche Marktteilnehmer und Verbände bereits vor Veröffentlichung des RL-Vorschlages beschäftigt. Der RL-Vorschlag geht mit seiner oben angeführten Begründung deutlich über den engeren Vorschlag des VID vom Februar 2016 (Fn. 4) und anderer Verbände hinaus. Er formuliert nahezu keine Voraussetzungen zum Eintritt in das Verfahren.

Insbesondere setzt er keinerlei Mindestanforderung an den zeitlichen Abstand zum Eintritt einer Insolvenz, insbesondere der Zahlungsunfähigkeit. Im Extremfall kann also auch ein Unternehmen, das noch einen Tag vom Eintritt der Zahlungsunfähigkeit entfernt ist, die Flucht in dieses Verfahren mit den Wohltaten von Aussetzungen antreten.

Es wäre zu erwarten gewesen, dass der RL-Vorschlag dem Verfahren zwei Grenzen setzt: eine Abgrenzung nach innen zur materiellen Insolvenz in dem Sinne, dass ein unmittelbar vor der Zahlungsunfähigkeit stehendes Unternehmen nicht noch in den Genuss des Verfahrens kommen kann und eine äußere Abgrenzung, die verhindert, dass überhaupt nicht von Insolvenz bedrohte Unternehmen nicht in den Genuss des Verfahrens kommen können und damit nicht in Rechte ihrer Gläubiger eingreifen können. Das Fehlen einer Abgrenzung zu bestehenden und effektiven Insolvenzregimen der Mitgliedstaaten in dem Sinne, dass solche durch die Richtlinie nicht berührt werden, ist einer der gravierendsten Mängel des Vorschlages.

Gerade das Fehlen einer „inneren Abgrenzung“ lässt den VID befürchten, dass die Richtlinie (beabsichtigt oder unbeabsichtigt) ein Parallelverfahren zum Insolvenzverfahren einführt. Jedem unmittelbar vor der Zahlungsunfähigkeit stehenden Unternehmen stünde es nach dem RL-Vorschlag zu, ohne die Konsequenzen eines förmlichen Insolvenzverfahrens und trotz im Laufe des Verfahrens eintretender materieller Insolvenz einen weitgehenden Schutz (teilweise über den Schutz den die deutsche Insolvenzordnung zum Erhalt des Unternehmens vorsieht) vor den Gläubigern zu erhalten und ohne zwingende professionelle Unterstützung und Kontrolle weiter zu wirtschaften. Dies wird nach Einschätzung des VID von den deutschen Gläubigern und Marktteilnehmern nicht akzeptiert werden und könnte zu erheblichen volkswirtschaftlichen Gefahren führen.

Da in der Krise befindliche Unternehmen nach der Vorstellung des RL-Vorschlages keinen förmlichen Antrag stellen müssen und nicht die Abwesenheit von Insolvenzgründen nachweisen müssen, steht zu befürchten, dass sich auch materiell insolvente Unternehmen in

das Verfahren zu flüchten versuchen, um in den Genuss der Wirkungen der Art. 6 und 7 des RL-Vorschlages zu kommen. In Deutschland stellen eine Vielzahl von Unternehmen Insolvenzanträge und behaupten drohend zahlungsunfähig zu sein, obwohl Zahlungsunfähigkeit längst eingetreten ist.

Es drängt sich der Verdacht auf, dass der RL-Vorschlag das Ziel verfolgt, die Insolvenzordnungen in Europa zu vereinheitlichen, indem ein „Vorverfahren“ konstruiert wird, welches letztlich nicht insolvenzbedrohten Unternehmen helfen soll, sondern vor allem insolventen Unternehmen. Es steht zu befürchten, dass dies der Versuch ist, letztlich ein paralleles Insolvenzverfahren einzuführen und durch diese Hintertür und durch künftige Ausweitungen ein schuldnerfreundliches Insolvenzverfahren mit wenig Gerichtseteiligung und wenig Überwachung einzuführen.

Ferner sind zur Überraschung der deutschen Insolvenzverwalter, anders als im Verfahren des § 270 b InsO, keinerlei Vorprüfungen hinsichtlich der Rentabilität oder der Sanierbarkeit des Unternehmens vorgesehen. Stattdessen soll es den Gläubigern überlassen bleiben, in den Restrukturierungsverhandlungen die Überlebensfähigkeit (viability) des Schuldners zu beurteilen.

Nur um verfassungsrechtlich in die Rechte, insbesondere in die Vertrags- und Eigentumsrechte der betroffenen Vertragspartner und Gläubiger eingreifen zu können, verlangt der RL-Vorschlag, dass eine „Wahrscheinlichkeit der Insolvenz“ besteht. Die Kommission hat deshalb nur bezüglich der „Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz“ (likelihood of insolvency) eine gewisse Nachweispflicht des Schuldners für seine wirtschaftlichen Schwierigkeiten gefordert. Er hat also nur eine „äußere Abgrenzung“ beschrieben.

Dieser Begriff lässt sich als negative Fortführungsprognose im Sinne des § 19 InsO interpretieren. In der deutschen Fassung wird er mit „drohender Insolvenz“ übersetzt. Er wäre dann mit einer impliziten Suspendierung der Antragspflicht wegen Überschuldung verbunden. Aufgabe des Restrukturierungsverfahrens wäre in diesem Fall die Wiederherstellung einer positiven Fortführungsprognose. In diese Richtung weist auch die in Erwägungsgrund (17) anschließende Forderung, dass ein Restrukturierungsplan geeignet sein müsse, die Überlebensfähigkeit des Unternehmens wiederherzustellen. In seinen Konturen bleibt dieser archimedische Punkt des Verfahrens diffus. Es fehlt eine notwendige Abgrenzung zur drohenden Zahlungsunfähigkeit. Diese verschafft dem Schuldner gezielt die Möglichkeit eines frühzeitigen Eintritts in das Insolvenzverfahren unter Inanspruchnahme der durch das ESUG gestärkten Möglichkeiten der Eigenverwaltung und Sanierung durch Insolvenzplan. Dieses gut funktionierende Institut würde geschwächt, wenn der RL-Vorschlag eine Parallelität der Verfahren mangels klarer Abgrenzung zu den nationalen Rechten zuließe.

Ziel einer notwendigen weiteren Konturierung des RL-Vorschlags muss die genauere Definition des Zeitpunktes sein, ab dem in Gläubigerrechte eingegriffen werden und Gläubigern gleichzeitig noch das Risiko aufgebürdet werden kann,

dass der Schuldner trotz Krise weiterwirtschaftet. In jedem Fall muss zu diesem Zeitpunkt die Zahlungsfähigkeit des Schuldners noch über einen längeren Zeitraum (6 Monate) gewährleistet sein. Diese Vorgabe sollte auch im RL-Vorschlag verankert werden.

Trotz dieser Einschränkungen bleibt die so definierte Eintrittsschwelle anfällig für Missbrauchsversuche gerade dann, wenn eine Zahlungsunfähigkeit bereits unmittelbar bevorsteht. Sie entspricht zwar der auch im deutschen Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO ausgesprochenen Gleichstellung der Überschuldung mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit, die bei aktiven Sanierungsbemühungen des Schuldners im Vergleich zur Zahlungsunfähigkeit eine geringe Gefährdung der Gläubiger impliziert. Im Gegensatz zum Restrukturierungsverfahren nach dem RL-Vorschlag ist im Schutzschirmverfahren allerdings bereits die Grenze zum kollektiven Insolvenzverfahren unter gerichtlicher Aufsicht überschritten. Einer Gefährdung von Gläubigerrechten wird dort zudem durch die zwingende Bestellung eines Sachwalters begegnet. Beides, die Einschaltung des Gerichts und die Bestellung eines Sachwalters, soll dagegen im Restrukturierungsverfahren nur ausnahmsweise und nur unter genau definierten Umständen, die gezielt erst in einem späteren Stadium erfolgen sollen, notwendig sein.

Da ein Insolvenzantrag wegen eingetretener Zahlungsunfähigkeit während des Restrukturierungsverfahrens zwar möglich bleiben, aber gem. Art. 7 Abs. 3 des RL-Vorschlags die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verschoben werden kann, erscheint eine Abgrenzung zu den nach nationalem Recht definierten Insolvenzgründen zwingend geboten. Die in den Insolvenzgründen zum Ausdruck kommende Gefährdungstufe von Gläubigerrechten rechtfertigt nach nationalem Recht regelmäßig die zwangsweise Einleitung eines Kollektivverfahrens unter Einschluss aller Gläubiger. Wird diese Gefährdungstufe durch ein weiterlaufendes Restrukturierungsverfahren überschritten, sind regelmäßig zumindest besondere Sicherungsmaßnahmen geboten sobald sie erreicht wird. Dies gilt jedenfalls beim Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.

Schon das Erreichen des Stadiums einer drohenden Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung sollte während der Dauer eines Restrukturierungsverfahrens die Einschaltung eines Gerichts zwingend machen. Eine entsprechende Öffnungsklausel des RL-Vorschlags für den Umsetzungsgesetzgeber zur Einräumung dieser nationalen Regelungsmöglichkeit ist geboten.

Die Fortdauer eines Restrukturierungsverfahrens nach Erreichen der Zahlungsunfähigkeit bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung einer Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen muss – wenn überhaupt möglich – die Ausnahme bleiben und darf nicht die Regel darstellen. Dies kann nicht durch eine notwendig kursorische gerichtliche Prüfung der Erfolgsaussichten einer Einigung im weiterlaufenden Restrukturierungsverfahren sichergestellt werden. Nach deutschem Recht kann in dieser Situation ein Insolvenzeröffnungsverfahren eingeleitet und ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt werden.

Es sollte klargestellt werden, dass ergänzend zu den in Art. 5 Abs. 3 des RL-Vorschlags geregelten Fällen hier ein Restrukturierungsverwalter bestellt werden kann.

b) Art. 4 Abs. 2 (RL-Vorschlag)

Art. 4 Abs. 2 des RL-Vorschlags („Präventive Restrukturierungsrahmen können aus einem oder mehreren Verfahren oder Maßnahmen bestehen.“) wirft (nicht nur) aus deutscher Perspektive die Frage auf, ob ein Restrukturierungsverfahren in eigenständiger gesetzlicher Fassung außerhalb der Insolvenzordnung etabliert werden sollte. So könnte ein durchgehend antragsgebundenes Verfahren auch als präventive Ergänzung gesetzlich bereits geregelter Insolvenzverfahren eingeführt werden. Ein mögliches Vorbild hierfür existiert in den Regelungen der Schuldenbereinigung nach §§ 305 ff. InsO.

Es sollte dem nationalen Gesetzgeber überlassen werden, ob das geplante Restrukturierungsverfahren innerhalb oder außerhalb der Insolvenzordnung gesetzlich verankert wird.

c) Art. 4 Abs. 3 und 4 (RL-Vorschlag)

aa) Beteiligung einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde / Antrag des Schuldners

Der Wortlaut des anschließenden **Art. 4 Abs. 3** des RL-Vorschlags („Die Mitgliedstaaten erlassen Bestimmungen, mit denen die Beteiligung einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde auf die Fälle beschränkt wird, in denen dies erforderlich und angemessen ist, um die Rechte betroffener Parteien zu wahren.“) scheint auf eine solche eigenständige Form hinzuführen, weil er eine Beteiligung von Gerichten nur unter Einschränkungen vorsieht.

Art. 4 Abs. 4 des RL-Vorschlags („Präventive Restrukturierungsrahmen stehen auf Antrag der Schuldner oder auf Antrag der Gläubiger mit Zustimmung der Schuldner zur Verfügung.“) nimmt diese Einschränkung jedoch gleich wieder zurück.

Erwägungsgrund (18) Satz 4 des RL-Vorschlags hält eine frühe Einschaltung von Gerichten nicht für zwingend geboten, lässt sie im Einzelfall allerdings zu:

„Ferner sollte für die Einleitung des Restrukturierungsprozesses nicht unbedingt ein Gerichtsbeschluss erforderlich sein; sie kann formlos erfolgen, solange keine Rechte Dritter berührt sind.“

Der VID (a.a.O) hat demgegenüber eine ausdrücklich gesetzlich verankerte Antragspflicht gefordert.⁵

⁵ Einleitung des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens
(1) Die Einleitung des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens erfolgt auf Antrag des Schuldners.

Diese Antragspflicht korrespondiert mit der durch den VID als Antragswirkung vorausgesetzten allgemeinen Einstellung von Durchsetzungsmaßnahmen. Sie wird durch den RL-Vorschlag auch gerade für diesen Fall zugelassen, weil hier auch in die Rechte derjenigen Gläubiger eingegriffen wird, die nicht Teil des vom Schuldner angestrebten Vergleichs sind und deshalb noch nicht in die dazu geführten Verhandlungen einbezogen wurden. Bereits die Möglichkeit eines Eingriffs in Gläubigerrechte schafft eine Gefährdungssituation für die betroffenen Gläubiger. Diese Gefährdungssituation muss sich nicht durch konkrete Eingriffe in die Rechte aller betroffenen Gläubiger manifestiert haben. Nicht ohne Grund sieht Art. 6 Abs. 8a) des RL-Vorschlags deshalb eine Aufhebungsmöglichkeit für die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen schon dann vor *„(...) wenn deutlich wird, dass ein Teil der Gläubiger, der nach nationalem Recht die Annahme des Restrukturierungsplans verhindern könnte, die Fortsetzung der Verhandlungen nicht unterstützt (...)“*.

Zur Herstellung der notwendigen Eindeutigkeit sollte der RL-Vorschlag weitergehend klarstellen, dass ein Restrukturierungsverfahren einen Antrag bei dem zuständigen Gericht oder der zuständigen Behörde schon dann voraussetzt, wenn die Möglichkeit eines Eingriffs in Gläubigerrechte gegen deren Willen beabsichtigt ist. Die davon betroffenen Gläubiger müssen im Antrag bezeichnet werden. Der notwendige Antrag sollte zudem die Abwesenheit der Aufhebungsvoraussetzung aus Art. 6 Abs. 8a) des RL-Vorschlages voraussetzen.

bb) „parallele Verfahren“

Der Übergang in ein ebenfalls auf die Sanierung ausgerichtetes Insolvenzverfahren (bspw. das deutsche Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO) sollte deutlicher definiert werden um eine Parallelität zweier, auf das gleiche Ziel gerichteter, Verfahren zu verhindern. Eine solche Parallelität wäre nach Art. 7 Abs. 3 Satz 2 des RL-Vorschlags möglich und würde die Frage aufwerfen, ob die nach dem einen Verfahren möglichen Maßnahmen (z. B. die Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen nach Art 6 und 7 des RL-Vorschlags – insbes. die in Art. 7 genannten disziplinierenden Eingriffe in laufende Vertragsverhältnisse –) auch im nationalen Insolvenzverfahren (z. B. einem Eigenverwaltungsverfahren nach § 270a InsO) An-

(2) In dem Antrag sind die an dem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren teilnehmenden Gläubiger mit ihren Forderungen nach Grund und Höhe anzugeben.

(3) Mit dem Antrag macht der Schuldner durch Vorlage entsprechender Unterlagen das Vorliegen der unter Ziff. 1. aufgeführten Voraussetzungen glaubhaft.

(4) Der Nachweis der Zahlungsfähigkeit über einen Zeitraum von sechs Monaten (ab Antragstellung) erfolgt durch eine aus der aktuellen Buchführung abgeleiteten Liquiditätsrechnung (keine integrierte Unternehmensplanung).

(5) Das Gericht prüft, ob die Antragsvoraussetzungen erfüllt sind. Sind sie erfüllt, ist der Antrag durch Beschluss zuzulassen.

(6) Die Antragstellung und die Zulassung des Antrages werden, soweit der Schuldner dies nicht beantragt, nicht öffentlich bekannt gemacht. Mit der Zulassung des Antrages setzt das Gericht dem Schuldner eine Frist von zwei Monaten zur Vorlage eines Sanierungsplanes. Diese Frist kann auf besonderen Antrag des Schuldners um einen Monat verlängert werden.

(7) Mit der Zulassung des Antrages setzt das Gericht dem Schuldner eine Frist von zwei Monaten zur Vorlage eines Sanierungsplanes. Diese Frist kann auf besonderen Antrag des Schuldners um einen Monat verlängert werden.

(8) Das Gericht kann auf Antrag des Schuldners beschließen, dass am vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren teilnehmende Kreditgeber jeder Art wegen der Verfahrenseinleitung oder wegen der Verschlechterung der Vermögensverhältnisse von ihren Kündigungsrechten keinen Gebrauch machen. Weiter kann das Gericht auf Antrag des Schuldners ein Verbot der Verwertung von Sicherheiten beschließen. Diese Maßnahmen sind längstens auf drei Monate befristet und können jederzeit wieder aufgehoben werden.

wendung finden und dabei die dort eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten additiv ergänzen. Diese additive Ergänzung würde den Eingriff in Gläubigerrechte potenzierend verstärken und wäre verfassungsrechtlich in dieser Funktion nicht tragbar.

Eine Parallelität von Restrukturierungs- und Insolvenzverfahren sollte ausgeschlossen und zugunsten des jeweiligen Insolvenzregimes aufgelöst werden, sobald nach nationalem Recht eine Insolvenzantragspflicht besteht. Bei Vorliegen einer materiellen Insolvenz hat das Insolvenzrecht Vorrang.

5. Notwendige weitere Bedingungen für den Eintritt in ein Restrukturierungsverfahren

In den bereits oben unter Ziff. 4 zitierten Grundsätzen des VID findet sich unter Abschnitt 1 auch die Forderung nach dem Nachweis der Rechtstreue des Schuldners.⁶

Der Grund für diese Forderung des VID liegt in der Erfahrung aus der Praxis, die Insolvenzverwalter sicherlich nicht nur in Deutschland machen. Insbesondere – aber nicht nur – KMU verfügen oftmals, gerade in der Krise, wenn die Unternehmensleitung seit längerer Zeit vorwiegend mit dem „Jonglieren“ mit der wenigen Liquidität und dem „Stopfen von Liquiditätslöchern“, dem Vertrösten von Lieferanten und Kunden, der Auftragsakquisition und dem Abwandern von Mitarbeitern kämpft, nicht mehr über das erforderliche Zahlenwerk. Der RL-Vorschlag verkennt, möglicherweise in Unkenntnis der konkreten Schwierigkeiten und Gegebenheiten von Unternehmen in der Krise, wie desolat oftmals die Buchhaltung ist, dass Bilanzen oftmals nicht oder unter falscher Beurteilung von Vorräten, Halbfertigware und Forderungen erstellt wurden und dass Liquiditätsplanungen nicht vorliegen. Derartig schlecht auf ein Sanierungsverfahren vorbereitete Unternehmen sollten nicht in den Genuss des Verfahrens kommen. Es sollte Ihnen ein Anreiz geboten werden, diese unerlässlichen Voraussetzungen zu erfüllen. Gläubiger selbst können und werden dies nicht fordern, prüfen und beurteilen können. Deshalb sollte dies durch die Gerichte erfolgen und gesetzlich als Eintrittsbedingung in ein Restrukturierungsverfahren verankert werden. Ohne ein aktuelles und vollständiges (und damit belastbares) Rechnungswesen sind nach derzeitiger Konzeption des RL-Vorschlages auch die Gläubiger nicht in der Lage, sich ein Bild von der „likelihood of insolvency“ zu verschaffen, die dem Schuldner die Inanspruchnahme eines präventiven Restrukturierungsrahmens erst ermöglichen soll. Es ist realitätsfern anzunehmen, dass die Gläubiger in einer derartigen Situation die Aufnahme von Verhandlungen innerhalb eines präventiven Restrukturierungsrahmens ablehnen.

⁶ „(3) Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren steht nur Schuldnern offen, deren laufende Buchführungs- und Bilanzierungspflichten ordnungsgemäß erfüllt sind (Sanierungswürdigkeit) und bei denen keine Zahlungsrückstände gegenüber dem Fiskus oder Sozialversicherungsträgern bestehen.“

Zur Erläuterung wird ausgeführt: „Fehlt es hieran, sind verlässliche Schlüsse, welche finanzwirtschaftlichen Maßnahmen zur frühzeitigen Sanierung des Schuldners erforderlich sind, nicht möglich.“

Im vorgelegten RL-Vorschlag fehlen ähnliche Maßgaben. In **Art. 18** des RL-Vorschlags werden zwar Pflichten der Unternehmensleitung im Zusammenhang mit Verhandlungen über einen präventiven Restrukturierungsplan erwähnt:

„Die Mitgliedstaaten erlassen Vorschriften, um sicherzustellen, dass die Unternehmensleitung bei einer drohenden Insolvenz verpflichtet ist,

- a) sofort Schritte einzuleiten, um die Verluste für Gläubiger, Arbeitnehmer, Anteilseigner und sonstige Interessenträger zu minimieren;*
- b) den Interessen der Gläubiger und sonstigen Interessenträger gebührend Rechnung zu tragen;*
- c) angemessene Schritte einzuleiten, um eine Insolvenz abzuwenden;*
- d) vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten zu vermeiden, das die Rentabilität des Unternehmens gefährdet.“*

Dagegen findet man in den Maßgaben für eine Entschuldung von Unternehmern bereits in **Erwägungsgrund (38)** den Hinweis:

„Eine volle Entschuldung oder ein Ende des Berufsverbots nach einer kurzen Frist ist nicht in jedem Fall angemessen, zum Beispiel, wenn der Schuldner unredlich oder bösgläubig gehandelt hat. Die Mitgliedstaaten sollten den Justiz- oder Verwaltungsbehörden klare Leitlinien für die Prüfung der Redlichkeit des Unternehmers an die Hand geben. So könnten die Justiz- oder Verwaltungsbehörden bei der Prüfung, ob der Schuldner unredlich war, Umstände wie die folgenden berücksichtigen: Art und Umfang der Schulden, Zeitpunkt ihres Entstehens, Anstrengungen des Schuldners zur Begleichung der Schulden und zur Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen, insbesondere im Zusammenhang mit öffentlichen Lizenzen und ordnungsgemäßer Buchführung, sowie Handlungen seitens des Schuldners zur Vereitelung einer Inanspruchnahme durch Gläubiger.“

Dieser Hinweis wird in **Art. 22 Abs. 1** des RL-Vorschlags aufgegriffen:

„Abweichend von den Artikeln 19, 20 und 21 können die Mitgliedstaaten Bestimmungen beibehalten oder einführen, mit denen unter bestimmten, genau festgelegten Umständen der Zugang zur Entschuldung beschränkt wird oder längere Fristen für eine volle Entschuldung oder längere Verbotsfristen festgelegt werden, wenn solche Einschränkungen durch ein allgemeines Interesse gerechtfertigt sind, insbesondere wenn

- a) der überschuldete Unternehmer bei seiner Verschuldung oder während der Einziehung der Schulden den Gläubigern gegenüber unredlich oder bösgläubig gehandelt hat;*
- b) der überschuldete Unternehmer einen Tilgungsplan oder eine andere rechtliche Verpflichtung zum Schutz der Interessen der Gläubiger nicht einhält;*
- c) Entschuldungsverfahren missbräuchlich in Anspruch genommen werden;*
- d) Entschuldungsverfahren innerhalb eines bestimmten Zeitraums wiederholt in Anspruch genommen werden.“*

Gleichzeitig soll die Entschuldung von beruflichen und privaten Schulden des Unternehmers nach **Art. 23 Abs. 1** des RL-Vorschlags in einem Verfahren durchgeführt werden:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass, wenn ein überschuldeter Unternehmer sowohl berufliche Schulden hat, die im Rahmen seiner gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder freiberuflichen Tätigkeit entstanden sind, als auch private Schulden, die außerhalb dieser Tätigkeiten entstanden sind, alle Schulden für die Zwecke einer Entschuldung in einem einzigen Verfahren behandelt werden.“

Hier stellt sich schon verfassungsrechtlich ein Problem der Ungleichbehandlung. Unternehmer und Unternehmen sind in den durch Art. 23 Abs. 1 erfassten Fällen kaum zu trennen. Dies rechtfertigt jedoch nicht, den so handelnden Unternehmer durch Maßgaben für Buchführung, Erfüllung von Steuerpflichten etc. schlechter zu stellen als Unternehmen mit einer angestellten Unternehmensleitung, die nach Art. 18 nicht auf den Nachweis der Einhaltung solcher Pflichten verpflichtet wird, wenn sie in Verhandlungen über einen präventiven Restrukturierungsplan eintreten möchte.

Es erscheint dringend geboten, den RL-Vorschlag durch einheitliche und klare Maßgaben für den Nachweis der pünktlichen und vollständigen Einhaltung von Buchhaltungs-, Bilanzierungs- und Steuerpflichten als Eintrittsbedingung in ein Restrukturierungsverfahren für alle Unternehmensarten zu ergänzen.

6. Eigenverwaltung im Restrukturierungsverfahren (Art. 5 RL-Vorschlag)

Art. 5 Abs. 1 des RL-Vorschlags erklärt die Eigenverwaltung zum Regelfall:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Schuldner, die präventive Restrukturierungsverfahren in Anspruch nehmen, ganz oder zumindest teilweise die Kontrolle über ihre Vermögenswerte und den täglichen Betrieb des Unternehmens behalten.“

Art. 5 Abs. 2 des RL-Vorschlags untersetzt dies mit dem Verzicht auf Kontrolle:

„Die Bestellung eines Restrukturierungsverwalters durch eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde ist nicht in jedem Fall zwingend.“

Optional möglich soll diese Kontrolle nach **Art. 5 Abs. 3** des RL-Vorschlags in zwei Konstellationen sein:

„Die Mitgliedstaaten können vorschreiben, dass ein Restrukturierungsverwalter bestellt wird,
a) wenn dem Schuldner eine allgemeine Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen nach Artikel 6 gewährt wird;
b) wenn der Restrukturierungsplan von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde im Wege eines klassenübergreifenden Cram-downs nach Artikel 11 bestätigt werden muss.“

Erwägungsgrund (18) Satz 2 und 3 führen dazu aus:

„Um unnötige Kosten zu vermeiden und dem vorbeugenden Charakter des Verfahrens Rechnung zu tragen, sollten die Schuldner grundsätzlich die Kontrolle über ihre Vermögenswerte und den täglichen Betrieb ihres Unternehmens behalten. Die Bestellung eines Restrukturierungsverwalters, bei dem es sich um einen Mediator zur Unterstützung der Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan oder um einen Insolvenzverwalter zur Überwachung der Maßnahmen des Schuldners handeln kann, sollte nicht in jedem Fall zwingend sein, sondern im Einzelfall je nach den Umständen des Falles und den besonderen Erfordernissen des Schuldners erfolgen.“

Diese Zurückhaltung korrespondiert ebenfalls in **Erwägungsgrund (18) Satz 4 und 5** mit der Einschaltung von gerichtlicher Kontrolle:

„Ferner sollte für die Einleitung des Restrukturierungsprozesses nicht unbedingt ein Gerichtsbeschluss erforderlich sein; sie kann formlos erfolgen, solange keine Rechte Dritter berührt sind. Dennoch sollte ein gewisses Maß an Aufsicht gewährleistet sein, wenn dies notwendig ist, um die berechtigten Interessen eines oder mehrerer Gläubiger oder eines anderen Beteiligten zu wahren. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn die Justiz- oder Verwaltungsbehörde eine allgemeine Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen gewährt oder wenn es notwendig erscheint, einen Restrukturierungsplan gegen ablehnende Gläubigerklassen durchzusetzen.“

Jedenfalls eine allgemeine Unterbrechung von Durchsetzungsmaßnahmen soll die Einschaltung eines Gerichts notwendig machen, das, so darf man schließen, dann auch über die Frage der Einschaltung eines Supervisors (Restrukturierungsverwalters) befinden soll.

Nach Art. 5 Abs. 3 (a) des RL-Vorschlags soll dieser Verwalter ein „Restrukturierungsverwalter“ sein und damit besondere Aufgaben zugewiesen bekommen. Diese sind in **Art. 2 Abs. 15** des RL-Vorschlags erläutert:

„Restrukturierungsverwalter“ eine Person oder Stelle, die von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde bestellt wird, um eine oder mehrere der folgenden Aufgaben zu erfüllen:

- a) Unterstützung des Schuldners oder der Gläubiger bei der Ausarbeitung oder Aushandlung eines Restrukturierungsplans;*
- b) Überwachung der Tätigkeit des Schuldners während der Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan und Berichterstattung an eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde;*
- c) Übernahme der teilweisen Kontrolle über die Vermögenswerte oder Geschäfte des Schuldners während der Verhandlungen.“*

Die mit der Vermeidung unnötiger Kosten begründete Zurückhaltung gerichtlicher Aufsicht vermag jedenfalls dort nicht zu überzeugen, wo die berechtigten Interessen eines oder mehrerer Gläubiger durch die Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen berührt werden. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob eine solche Aussetzung nur mit Bezug auf

einzelne Durchsetzungsmaßnahmen oder in einem allgemeinen, auf alle Gläubiger gerichteten Rahmen erfolgt. Schon durch die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen wird in den Schutzbereich des Eigentumsgrundrechte betroffener Gläubiger eingegriffen (vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss vom 22. März 2012 – 1 BvR 3169/11). Auch wenn dieser Eingriff in Abwägung mit einem Sanierungsziel verhältnismäßig sein kann (vgl. BVerfG, a.a.O. Rz. 20) bleibt eine entsprechende Abwägung notwendig. Ein verfassungsrechtlich unzulässiger Eingriff in die Substanz des Eigentums ist jedenfalls zu vermeiden und die Belastung betroffener Gläubiger ist so gering wie möglich zu halten (BVerfG, a.a.O. Rz. 21).

Der RL-Vorschlag sollte klarstellen, dass in den Fällen des Art. 5 Abs. 3 a) und b) des RL-Vorschlages ein Restrukturierungsverwalter bestellt werden muss und darüber hinaus auch in anderen Fällen bestellt werden kann.

7. Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen (Art. 6 RL-Vorschlag)

Art. 6 und 7 des RL-Vorschlags widmen sich ausführlich der Einstellung von Durchsetzungsmaßnahmen und ihrer Wirkung auf das Restrukturierungsverfahren. Sie bilden damit zusammen mit den Regelungen zum Restrukturierungsplan das Kernstück des Restrukturierungsverfahrens.

a) Art. 6 Abs. 2 (RL-Vorschlag)

Art. 6 Abs. 2 des RL-Vorschlags setzt den Rahmen:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass eine Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen in Bezug auf alle Arten von Gläubigern, auch gesicherte und bevorrechtigte Gläubiger, angeordnet werden kann. Die Aussetzung kann im Einklang mit dem nationalen Recht allgemein gelten und alle Gläubiger umfassen oder auf einen oder mehrere Gläubiger beschränkt sein.“

Art. 6 Abs. 2 Satz 1 des RL-Vorschlags umfasst seinem Wortlaut nach zwar auch die öffentlichen Gläubiger. Schon Satz 2 des Art. 6 Abs. 2 lässt jedoch dem nationalen Recht einen weiten Spielraum, bestimmte Gläubiger auszunehmen. Es bleiben damit nationale Spielräume zur Privilegierung öffentlicher Gläubiger. Eine solche Privilegierung ist im Übrigen auch in Art. 7 Abs. 4-6 des RL-Vorschlags angelegt. Dort werden nur solche Gläubiger, die in einer schuldrechtlichen Verbindung (Vertrag) zum Schuldner stehen, auf ein bestimmtes Verhalten (Vertragstreue, Verzicht auf Kündigungen etc.) verpflichtet. In Abs. 6 wird außerdem dem Schuldner die Möglichkeit geschaffen *„(...) Ansprüche von oder Leistungspflichten gegenüber nicht betroffenen Gläubigern und nach Gewährung der Aussetzung entstandene und während der Aussetzung entstehende Ansprüche betroffener Gläubiger im normalen Geschäftsgang zu erfüllen.“* Diese Möglichkeit umfasst insbesondere die Erfüllung von Steuerverbindlichkeiten durch den Schuldner.

Mit diesem Regelungsansatz ist die Möglichkeit einer sehr weitgehenden nationalen Privilegierung öffentlicher Gläubiger (Fiskus und Sozialversicherungsträger) gegenüber anderen

Gläubigern eröffnet. Eine solche Privilegierung wird jedoch regelmäßig die Zustimmung der übrigen Gläubiger gefährden, die sich durch ein Restrukturierungsverfahren einseitig belastet sehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – so wie in Deutschland – in einem alternativen Insolvenzverfahren keine Privilegien für öffentliche Gläubiger bestehen würden.

Aktuell wurde in Deutschland im Zuge der Reform des Insolvenzanfechtungsrechts erneut eine heftige Debatte zur Privilegierung von Fiskus und Sozialversicherungsträgern geführt.

Eine Diskontinuität der Vorrechte zwischen Restrukturierung und Insolvenz sollte deshalb unbedingt vermieden und durch den RL-Vorschlag ausdrücklich ausgeschlossen werden.

Der RL-Vorschlag sieht einen solchen Ausschluss bislang nur in Art. 11 Abs. 1 c) für den Fall eines sog. klassenübergreifenden Cram-Downs vor. Dort wird die Regel des absoluten Vorrangs (der zwingenden Beachtung vorrangiger Rechte) festgeschrieben.

b) Art. 6 Abs. 3 (RL-Vorschlag)

Art. 6 Abs. 3 des RL-Vorschlags schränkt den weiten Rahmen des Abs. 2 an einer wichtigen Stelle wieder ein:

„Absatz 2 findet keine Anwendung auf nicht erfüllte Ansprüche von Arbeitnehmern; dies gilt nicht, sofern und soweit die Mitgliedstaaten auf andere Weise sicherstellen, dass die Erfüllung solcher Ansprüche auf einem Schutzniveau garantiert ist, das dem in den nationalen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 2008/94/EG vorgesehenen mindestens gleichwertig ist.“

Mit dieser sozialpolitisch durchaus vernünftigen Einschränkung ist allerdings auch eine zentrale Sollbruchstelle künftiger Restrukturierungsverfahren beschrieben. Der vom RL-Vorschlag angesprochene Fall einer Insolvenzsicherung greift jedenfalls dort nicht (so etwa in Deutschland), wo diese Insolvenzsicherung von einem Insolvenzereignis abhängig gemacht wird, das ein Restrukturierungsverfahren gerade vermeiden soll. Bleiben die Arbeitnehmer deshalb pauschal von den Wirkungen eines solchen Verfahrens ausgeklammert, dann stellt sich sofort die Frage, warum Selbständige und Handwerker, oft in deutlich existenziell gravierender Form und ohne soziale Sicherungssysteme von einer Einstellung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen betroffen, nicht ebenfalls ausgenommen werden.

c) Art. 6 Abs. 4 (RL-Vorschlag)

Die **Dauer einer Einstellung** wird durch **Art. 6 Abs. 4** des RL-Vorschlags auf höchstens 4 Monate festgelegt.

Aufgrund der bereits oben (unter Ziff. 1c)) erwähnten Auswirkungen einer Aussetzung von mehr als 90 Tagen für die aufsichtsrechtlich induzierte Eigenkapi-

taluntersetzung von Bankkrediten erscheint eine Verkürzung der Frist auf 3 Monate dringend geboten.

d) Art. 6 Abs. 5 (RL-Vorschlag)

Schon in **Art. 6 Abs. 5** liest man aber eine erweiternde Ausnahme:

„Die Mitgliedstaaten können jedoch Justiz- oder Verwaltungsbehörden gestatten, auf Antrag des Schuldners oder von Gläubigern die ursprüngliche Dauer der Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen zu verlängern oder eine neue Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen zu gewähren. Eine solche Verlängerung oder neue Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen wird nur gewährt, wenn nachgewiesen ist, dass

a) in den Verhandlungen über den Restrukturierungsplan deutliche Fortschritte erzielt wurden und

b) die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen die Rechte beziehungsweise Beteiligungen betroffener Parteien nicht in unangemessener Weise beeinträchtigt.“

Erwägungsgrund (20) führt dazu ergänzend aus:

„Um sicherzustellen, dass den Gläubigern kein Nachteil entsteht, sollte die Aussetzung nicht gewährt beziehungsweise – falls sie gewährt wurde – nicht verlängert oder aufgehoben werden, wenn die Gläubiger durch die Aussetzung der Durchsetzung in unangemessener Weise beeinträchtigt werden. Bei der Prüfung, ob eine unangemessene Beeinträchtigung der Gläubiger vorliegt, können die Justiz- oder Verwaltungsbehörden berücksichtigen, ob im Falle einer Aussetzung der Gesamtwert des Vermögens erhalten bliebe und ob der Schuldner bösgläubig oder in Schädigungsabsicht handelt oder ganz allgemein den berechtigten Erwartungen der Gesamtheit der Gläubiger entgegenhandelt. Einzelne Gläubiger oder eine Gläubigerklasse würden durch die Aussetzung beispielsweise dann in unangemessener Weise beeinträchtigt, wenn ihre Ansprüche infolge der Aussetzung erheblich schlechter gestellt würden, als wenn die Aussetzung nicht gewährt worden wäre, oder wenn der Gläubiger stärker benachteiligt würde als andere Gläubiger in ähnlicher Lage.“

Art. 6 Abs. 5 bleibt in seinen Voraussetzungen dennoch unklar. „Deutliche Fortschritte“ bezeichnet kein konkretes Etappenziel, sondern können im Einzelfall auch bedeuten, dass das Anfangsstadium von Verhandlungen zwar verlassen, eine Einigung jedoch noch weit entfernt ist. „Unangemessene Beeinträchtigung“ nimmt Bezug auf das Ziel der Aussetzung und stellt es in ein Verhältnis zur individuellen Beschwer des betroffenen Gläubigers. Es soll lediglich ein daran orientiertes Übermaß („erheblich schlechtergestellt“) an Beeinträchtigung vermieden werden. Auch diese Maßgabe erscheint wenig greifbar, weil sie enorme Beurteilungsspielräume eröffnet, ohne Andeutungen zu einer Gewichtung zu geben. Unverständlich bleibt zudem, was neben den Rechten mit „Beteiligungen“ gemeint sein könnte.

Art. 6 Abs. 5 des RL-Vorschlags sollte die Voraussetzungen einer Verlängerung von Aussetzungen deutlich enger fassen und auf Fälle begrenzen, in denen sich bereits nachweisbar eine Mehrheit der Gläubiger für den Restrukturierungsplan ausspricht und die Rechte der (noch) dissentierenden Gläubiger durch eine weitere Verlängerung nicht in ihrem Bestand gefährdet werden. Etwa weil bereits eine Insolvenzantragspflicht des Schuldners besteht.

e) Art. 6 Abs. 6-7 (RL-Vorschlag)

Art. 6 Abs. 6 des RL-Vorschlags schränkt demgegenüber wieder ein:

„Weitere Verlängerungen werden nur gewährt, wenn die in Absatz 5 Buchstaben a und b genannten Voraussetzungen erfüllt sind und die Annahme eines Restrukturierungsplans nach den Umständen des Einzelfalls sehr wahrscheinlich ist.“

Art. 6 Abs. 7 des RL-Vorschlags setzt schließlich eine zeitliche Obergrenze:

„Die Gesamtdauer der Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen darf einschließlich Verlängerungen und Erneuerungen zwölf Monate nicht überschreiten.“

Zusammengefasst soll eine Einstellung von Durchsetzungsmaßnahmen über den Zeitraum des Art. 6 Abs. 4 hinaus nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich sein, deren Prüfung im Einzelfall den zuständigen Gerichten obliegt.

Dabei kommt der starken Wahrscheinlichkeit einer Annahme des vorgeschlagenen Restrukturierungsplans entscheidende Bedeutung zu. Hier kann es sich nur um besondere Ausnahmefälle handeln, weil ein Plan mit solchen Qualitäten regelmäßig schon innerhalb der Frist des Art. 6 Abs. 4 die Zustimmung der beteiligten Gläubiger finden sollte. Das deutsche Insolvenzrecht sieht in § 270b Abs. 1 Satz 2 InsO nur eine Frist von höchstens drei Monaten zur Vorlage eines Insolvenzplans vor. Eine Vorgabe, die sich in der Praxis bewährt hat. Sie zwingt die Unternehmen darüber hinaus rechtzeitig, bevor die Notwendigkeit besteht ein Moratorium zu beantragen, mit den Vorbereitungen zu beginnen.

Eine großzügige Öffnung für nationale Erweiterungen (wie sie Art. 6 Abs. 7 zulässt) steht auch in direktem Widerspruch zu der Zielsetzung, einem künftigen europäischen „forum shopping“ keinen Raum zu geben. Die Begründung des RL-Vorschlags (S. 17) führt dazu aus:

„Mehrere Mitgliedstaaten haben selbstständig gehandelt und vor Kurzem neue Vorschriften zur Verbesserung des Rahmens für die präventive Restrukturierung und die zweite Chance erlassen oder mit den Vorarbeiten dazu begonnen. Diese nationalen Vorschriften unterscheiden sich dem Inhalt nach jedoch erheblich voneinander, sodass ein ungleiches Maß an Transparenz und Anlegerschutz besteht.“

Gerade die hier angesprochenen Unterschiede in Transparenz und Anlegerschutz begünstigen missbräuchliche Sitzverlegungen, wie sie auch die Erwägungsgründe 27 ff. der Verordnung (EU) 2015/848 vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (EulnsVO) ansprechen. Es überrascht, dass der hier vorgelegte RL-Vorschlag, anders als die neu gefasste EulnsVO, die im Rahmen von Insolvenzverfahren erkannten Gefahren nicht aufgreift.

Der RL-Vorschlag sollte eigene Vorkehrungen gegen ein „forum shopping“ bei Restrukturierungsverfahren schaffen, die zumindest eine Karenzzeit nach dem Vorbild des Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2015/848 enthalten.

f) Art. 6 Abs. 8 (RL-Vorschlag)

Eine **Aufhebung der Einstellung** von Durchsetzungsmaßnahmen setzt nach **Art. 6 Abs. 8** des RL-Vorschlags voraus:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Justiz- oder Verwaltungsbehörden die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen ganz oder teilweise aufheben können,

a) wenn deutlich wird, dass ein Teil der Gläubiger, der nach nationalem Recht die Annahme des Restrukturierungsplans verhindern könnte, die Fortsetzung der Verhandlungen nicht unterstützt, oder

b) wenn der Schuldner oder der Restrukturierungsverwalter dies beantragt.“

Erwägungsgrund (23) führt hierzu weitgehend redundant aus:

„Die Gläubiger sollten das Recht haben, die Aussetzung zu beanstanden, sobald sie von der Justiz- oder Verwaltungsbehörde gewährt worden ist. Wenn die Aussetzung nicht mehr notwendig ist, um die Annahme eines Restrukturierungsplans zu erleichtern, zum Beispiel weil deutlich ist, dass die Restrukturierung nicht von der nach nationalem Recht erforderlichen Mehrheit der Gläubiger unterstützt wird, sollten die Gläubiger auch die Aufhebung der Aussetzung verlangen können.“

Es fällt zunächst auf, dass die betroffenen Gläubiger hier kein eigenes Antragsrecht zur Aufhebung bekommen sollen.

Ein eigenes Antragsrecht für Gläubiger ist – unabhängig von der Möglichkeit eines Antrags nach Art. 6 Abs. 9 – aus Sicht des VID notwendig und zumindest dort zwingend, wo die Voraussetzung des Art. 6 Abs. 8a) erfüllt sind und dies von antragstellenden Gläubigern nachgewiesen wird.

Ohne ein solches Antragsrecht der Gläubiger entstünden auch erhebliche Haftungsrisiken seitens der Justiz-, bzw. Verwaltungsbehörden.

Die in Art. 6 Abs. 8 des RL-Vorschlags gewählten Voraussetzungen, einschließlich der in Abs. 9 hinzugefügten Ausnahmen für Härtefälle unfair (d. h. im Verhältnis zu andere Gläubigern unverhältnismäßig) betroffener Gläubiger oder Gläubigergruppen, sind zum größeren Teil heute schon geltendes Recht im deutschen Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO. Dort wollte der Gesetzgeber allerdings noch nicht so weit gehen, dem Sachwalter, so wie hier, ein eigenes Antragsrecht für die Aufhebung der Anordnung nach § 270b Abs. 1 InsO zuzugestehen. Hier folgt der europäische Normgeber nun einer durchaus vernünftigen Erwägung zum Schutz der beteiligten Gläubiger. Indem er gleichzeitig in Art. 7 Abs. 3 des RL-Vorschlags auch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit während des Verfahrens nicht zum automatischen Auslöser eines Übergangs ins Insolvenzverfahren macht, entgeht er auch dem Vorwurf, durch ein solches Recht möglicherweise falsche Anreize für Restrukturierungsverwalter zu schaffen, die in einem anschließenden Insolvenzverfahren als Insolvenzverwalter bestellt werden könnten. Ähnliches (kein automatischer Übergang) sehen auch die vom VID entwickelten Grundsätze vom 16.2.2016 vor. Eine Umsetzung gerade dieser Regelung in deutsches Recht setzt jedoch, wie überhaupt die Gesamtheit der vorgesehenen Regelungen zur Einstellung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eine intensive Einbindung und Befassung der zuständigen Gerichte voraus.

g) Art. 6 Abs. 9 (RL-Vorschlag)

Mit **Art. 6 Abs. 9** des RL-Vorschlags wird schließlich ein Auffangtatbestand für die Aufhebung geschaffen:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass, wenn ein einzelner Gläubiger oder eine einzige Gläubigerklasse durch die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen in unangemessener Weise beeinträchtigt wird oder würde, die Justiz- oder Verwaltungsbehörde beschließen kann, die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen nicht zu gewähren, oder dass sie eine bereits in Bezug auf diesen Gläubiger oder diese Gläubigerklasse gewährte Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen auf Antrag der betroffenen Gläubiger aufheben kann.“

Der bereits oben aufgeführte Erwägungsrund (20) darf auch hier zur Interpretation des Regelungsvorschlags herangezogen werden. Er unternimmt den Versuch, die Unangemessenheit der Beeinträchtigung von Gläubigern näher zu erläutern. Als Konzession an verfassungsrechtliche Übermaßverbote ist eine solche Erläuterung, noch mehr jedoch eine Klarstellung der Regelung notwendig.

Die unangemessene Beeinträchtigung von Gläubigern kann nicht nur durch Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen gegenüber bestimmten Gläubigern oder Gläubigergruppen, sondern auch durch die in Art. 7 Abs. 2 des RL-Vorschlags erwähnte alle Gläubiger umfassende allgemeine Aussetzung herbeigeführt werden. Nach seinem Wortlaut erfasst die Aufhebungsmöglichkeit des Art. 6 Abs. 9 des RL-Vorschlags aber nur die erstgenannte Form der Aussetzung. Die zweitgenannte Form der allgemeinen Aussetzung wird wegen ihrer regelmäßig weitaus größeren Eingriffsintensität (alle Gläubiger) nur dann in Frage kommen,

wenn der Schuldner geltend machen kann, dass nur diese Einschränkung seine Restrukturierungsverhandlungen vor dem Scheitern bewahren kann. Eine gerichtliche Aufhebung einzelner Aussetzungsmaßnahmen bei bestimmten Gläubigern oder Gläubigergruppen bedarf deshalb in dieser Situation ebenfalls einer besonderen Begründung. Diesen Unterschied übergeht die Formulierung des Art. 6 Abs. 9 des RL-Vorschlags, indem sie pauschal auf die Unangemessenheit der Beeinträchtigung abhebt.

Es bleibt unklar ob und inwieweit die in Erwägungsgrund (20) genannten Beispiele auch bei der gerichtlichen Aufhebung einer alle Gläubiger umfassenden allgemeinen Aussetzung Anwendung finden können. Die Unangemessenheit der Beeinträchtigung wird in diesen Beispielen regelmäßig auch nur in einer Relation zu anderen Gläubigern erfasst. Sie müsste aber auch in einer absoluten, nur auf den individuellen Gläubiger bezogenen, Dimension erfasst werden. Hier bleibt offen, welche Intensität die „unangemessene Benachteiligung“ für den jeweiligen Gläubiger haben muss.

Der Begriff der „unangemessenen Benachteiligung“ sollte weiter konkretisiert werden. Insbesondere für die Fälle, in denen die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen für den jeweiligen Gläubiger existenzgefährdend ist (zu den systemischen Risiken bei Lieferketten siehe unter Ziff. 1b)) wäre eine Konkretisierung zwingend geboten.

8. Folgen der Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen (Art. 7 RL-Vorschlag)

a) Art. 7 Abs. 1-3 (RL-Vorschlag)

Art. 7 des RL-Vorschlags erweitert die Wirkungen einer Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen über den engen Bereich gerichtlicher Durchsetzung hinaus. Die hierdurch berührte Privatautonomie der betroffenen Gläubiger wird dadurch erheblich, in Teilbereichen sogar übermäßig, eingeschränkt.

Schon **Art. 7 Abs. 1** des RL-Vorschlags schafft durch die Aussetzung von Insolvenzantragspflichten des Schuldners eine schwierige Situation für alle Gläubiger:

„Entsteht während der Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen die Verpflichtung des Schuldners, nach nationalem Recht einen Insolvenzantrag zu stellen, so ruht diese Verpflichtung für die Dauer der Aussetzung.“

Antragspflichten des Schuldners dienen regelmäßig dazu, den Schutz aller Gläubiger vor einer weiteren Verringerung ihres Haftungssubstrats zu gewährleisten. Durch Einschaltung eines Gerichts, dessen Prüfung und die anschließende Bestellung eines Insolvenzverwalters oder Sachwalters werden grundlegende Sicherungsmechanismen aktiviert, die verhindern, dass der Schuldner durch weiteres unkontrolliertes Wirtschaften dieses Haftungssub-

strat zum Schaden der Gläubiger verringert oder aufzehrt. Art. 7 Abs. 1 des RL-Vorschlages unterläuft dieses System.

Art. 7 Abs. 2 des RL-Vorschlages verschärft diese Situation noch weiter:

„Eine alle Gläubiger umfassende allgemeine Aussetzung verhindert die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger.“

Hierdurch wird den Gläubigern nun auch die Möglichkeit genommen, durch einen eigenen Antrag ein gerichtliches Kontrollregime über den Schuldner zu erzwingen und damit ihr Haftungssubstrat zu schützen. **Art. 7 Abs. 3 Satz 1** des RL-Vorschlages nimmt diesen massiven Eingriff in Gläubigerrechte zwar sofort wieder ein Stück weit zurück indem er zumindest bei Zahlungsunfähigkeit nationale Gegenmaßnahmen zulässt. Eine vollständige Gegenmaßnahme möchte **Art. 7 Abs. 2 Satz 3** aber dann doch nicht zulassen:

„Für diesen Fall stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass Restrukturierungsverfahren nicht automatisch beendet werden und dass eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde nach Prüfung der Aussichten, dass während der Aussetzung eine Einigung über einen erfolgreichen Restrukturierungsplan erzielt wird, beschließen kann, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu verschieben und den mit der Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen verbundenen Vorteil aufrechtzuerhalten.“

In ihrer Summe stellen diese Regelungen ohne erkennbare Not einen Paradigmenwechsel und eine Abkehr des europäischen Gesetzgebers von grundlegenden Prinzipien des Insolvenzrechts und des Gläubigerschutzes, hin zu einem schuldnerorientierten Verfahren trotz dessen Insolvenz dar. Ein zentrales Sicherungsinstrument des Gläubigerschutzes wird außer Kraft gesetzt. Eine Prüfung der Insolvenzsituation darf zwar in greifbaren Gefährdungssituationen (Insolvenzgrund) noch stattfinden. Sie soll aber selbst in der unmittelbaren Gefahr einer festgestellten Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht ohne weiteres zur Beendigung des Restrukturierungsverfahrens und Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führen.

Der VID fürchtet, dass der RL-Vorschlag damit im Interesse, die Sanierung einiger weniger Unternehmen in der Krise zu erleichtern, das Vertrauen von Gläubigern in der gesamten EU in ausreichenden prinzipiellen Gläubigerschutz und funktionierende Insolvenzregime insgesamt gefährdet. Dies kann sehr weitreichende negative Folgen für die Bewertung von Forderungen, die Bilanzierung von Forderungen, den Verkauf von Forderungen oder die Besicherung von Krediten mit Forderungen haben. Es steht zu befürchten, dass ein fehlender Gläubigerschutz viel schwerwiegendere Folgen für das Funktionieren der Märkte hat und außer Verhältnis zum erstrebten Ziel steht.

Außerdem hält es der VID für wahrscheinlich, dass Gläubiger, die derart in ihren Rechten beschnitten werden, ihre Verträge und ihr Verhalten in der Praxis dahingehend ändern werden, dass sie frühzeitig Forderungen fällig und eigene Insolvenzanträge gegen den Schuld-

ner stellen, um nicht Gefahr zu laufen, dass Ihnen diese Rechte durch einen Antrag des Schuldners abgeschnitten werden.

Der nach Art. 7 Abs. 3 Satz 1 des RL-Vorschlags aufgrund nationalstaatlicher Ausnahme bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit antragspflichtige Schuldner soll nach Art. 7 Abs. 3 Satz 2 des RL-Vorschlags sein Restrukturierungsverfahren weiter betreiben dürfen, wenn ein Gericht „nach Prüfung der Aussichten“ zu dem Ergebnis kommt, dass die Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg hoch genug sind um den kollektiven Ordnungsbefehl des Insolvenzverfahrens zu verdrängen.

Diese Vorgaben erinnern an die in Art. 6 Abs. 6 des RL-Vorschlags formulierten Voraussetzungen einer weiteren Verlängerung der Aussetzung. Sie bleiben demgegenüber aber auch hier diffus und unbestimmt, verzichten sogar auf eine Bezugnahme auf diese Voraussetzungen. Der Sache nach müssten sie wegen der deutlichen Verschärfung der Gefährdungssituation (Eintritt der Zahlungsunfähigkeit) noch schärfer und enger als Art. 6 Abs. 6 gefasst sein. Stattdessen verzichtet die Regelung vollständig auf weiterführende Maßgaben. Damit setzt sich der RL-Vorschlag in offenen Widerspruch zu den eigenen Regelungsvorschlägen in Art. 6 Abs. 5 und 6.

Der VID hält es für dringend geboten, die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 3 Satz 2 deutlich präziser zu fassen und – wenn überhaupt – dabei eine enge zeitliche Befristung sowie die Aufsicht eines Restrukturierungsverwalters für das Hinausschieben der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vorzusehen. Außerdem sollte eine einheitliche Regelung in allen Mitgliedsstaaten gelten, da ansonsten die vom RL-Vorschlag angestrebte Einheitlichkeit der Insolvenz- und Restrukturierungsregelungen an entscheidender Stelle durchbrochen würde.

b) Art. 7 Abs. 4 (RL-Vorschlag)

Mit den Regelungen des Art. 7 Abs. 4 und 5 greift der RL-Vorschlag über Suspendierung von Antragspflichten hinaus direkt mit Verhaltensregeln in die Privatautonomie der Gläubiger ein.

Bezüglich der Forderung des VID, den Zugang zum Restrukturierungsverfahren grundsätzlich auf Geldkreditgeber und Gesellschafter zu beschränken wird auf Ziff. 4 verwiesen.

Art. 7 Abs. 4 des RL-Vorschlags begrenzt diesen Eingriff zunächst auf Gläubiger, die von einer Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen betroffen sind:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Gläubiger, für die die Aussetzung gilt, während der Aussetzung in Bezug auf vor der Aussetzung entstandene Schulden weder Leistungen aus noch zu erfüllenden Verträgen verweigern noch diese Verträge kündigen, vorzeitig fällig stellen oder in sonstiger Weise zum Nachteil des Schuldners ändern dürfen. Die Mitgliedstaaten können die

Anwendung dieser Bestimmung auf wesentliche Verträge beschränken, die für die Fortsetzung des täglichen Betriebs des Unternehmens erforderlich sind.“

Erwägungsgrund (21) Satz 1-3 führt aus:

„Den Gläubigern, für die die Aussetzung gilt, sollte auch nicht erlaubt sein, während der Aussetzung Leistungen aus noch zu erfüllenden Verträgen zu verweigern oder diese Verträge zu kündigen, vorzeitig fällig zu stellen oder in sonstiger Weise zu ändern, sofern der Schuldner seinen bestehenden Verpflichtungen aus diesen Verträgen weiter nachkommt. Eine vorzeitige Kündigung würde die Fähigkeit des Unternehmens gefährden, seinen Betrieb während der Restrukturierungsverhandlungen fortzusetzen, insbesondere wenn sie Verträge über wesentliche Versorgungsgüter wie Gas, Strom, Wasser, Telekommunikation und Kartenzahlungsdienste betrifft. Um jedoch die berechtigten Interessen der Gläubiger zu schützen und den Betrieb der Gläubiger in der Lieferkette so wenig wie möglich zu stören, sollte die Aussetzung nur für vor ihrer Gewährung entstandene Ansprüche gelten“

Hier bestehen erhebliche systemische Risiken von Folgeinsolvenzen betroffener Gläubiger (siehe dazu auch oben unter Ziff. 1 b)).

In eng verzahnten Lieferketten, wie beispielsweise in der Produktion langlebiger Wirtschaftsgüter (Maschinenbau, Automobilbau, Bauindustrie) sind Unternehmen i.d.R. auf den Zukauf diverser Teile angewiesen. Ihre eigene Wertschöpfung ist wegen der Komplexität und der in der arbeitsteiligen Welt erforderlichen Spezialkenntnisse oft nur gering. Der Zukauf von Teilen in der gesamten Kette ist unerlässlich. Wenn in derartigen Situationen ein Kunde in den Genuss einer Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen kommt, kann dies die Existenz des Lieferanten in vielfacher Weise gefährden: er selber muss i.d.R. Ware zukaufen und bezahlen bevor er selber Bezahlung vom kriselnden Kunden erhält. In dieser Situation wäre es ihm wegen der Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen verwehrt, Leistungsverweigerungsrechte geltend zu machen oder auf Vorkasse zu bestehen. Dies kommt dem kriselnden Unternehmen und dessen Finanzgläubigern zu Gute, allerdings zu Lasten des Lieferanten. Dessen Bank wird seine Bonität negativer beurteilen und die Forderung gegen den kriselnden Kunden möglicherweise nicht mehr als Sicherheit akzeptieren. Auch im Factoring wird die Forderung möglicherweise nicht mehr akzeptiert. Wenn ihm dadurch die Liquidität fehlt um seine eigenen Lieferanten oder Arbeitnehmer zu bezahlen, wird er selbst gefährdet. Außerdem könnten in Fällen in denen der Kunde in der Krise der wichtigste Kunde des Lieferanten ist, auch dessen Lieferanten auf Vorkasse bestehen, wenn sie wissen, dass er selber nicht sicher sein kann, dass sein kriselnder Kunde bezahlt. Er selber kann sich gegenüber seinen Lieferanten aber nicht auf eine Durchsetzungssperre berufen, es sei denn, er beantragt dieses selber. Auch andere Kreditsicherungsmittel wie der Eigentumsvorbehalt helfen Lieferantengläubigern in dieser Situation nur unzureichend, da das zu liefernde Teil oft nicht anderweitig verwendbar ist und vom Kunden sofort verarbeitet oder in eine größere Einheit verbaut wird.

Selbiges gilt selbstverständlich auch für Dienstleister des kriselnden Unternehmens die nicht einmal Eigentumsvorbehaltsrechte geltend machen können oder für die im RL-Vorschlag explizit erwähnten Lieferanten von Strom, Gas, Wasser, deren geliefertes Produkt sofort verbraucht wird.

Der RL-Vorschlag greift mit Art. 7 Abs. 4 sehr weit in das Zivil- und Handelsrecht der Mitgliedstaaten ein. Insbesondere die in Deutschland fein austarierten gesetzlichen und vertraglichen Sicherungsrechte, wie bspw. das Werkunternehmerpfandrecht, das Zurückbehaltungsrecht, das Vermieterpfandrecht oder Bauhandwerkersicherheiten werden vom RL-Vorschlag berührt. Dieser schränkt die Vertragsfreiheit der am Wirtschaftsleben teilnehmenden Unternehmen und den Grundsatz *pacta sunt servanda* ein. So ist selbst im Insolvenzfall ein Eingriff in Sicherungsrechte, wenn überhaupt, nur sehr eingeschränkt möglich.

Gegen die vorgeschlagene Gestaltung des Art. 7 Abs. 4 des RL-Vorschlags bestehen gravierende verfassungsrechtliche Bedenken.

Für die betroffenen Gläubiger stellen die Einschränkungen ihrer vertraglichen Rechte einen massiven Eingriff in ihre Privatautonomie, ihre Berufsfreiheit sowie (jedenfalls bei einer hieraus folgenden eigenen Insolvenzgefahr – vgl. zuletzt 1 BvR 2821/11, Rz. 240 m. w. N.) ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar.

Die Privatautonomie wird nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt und äußert sich in der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit (vgl. 1 BvR 48/94 – Rz. 142 ff. m. w. N.). Das Bundesverfassungsgericht (a.a.O.) formuliert hierzu:

„Art. 2 Abs. 1 GG schützt die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Sie umfaßt neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auch die allgemeine Handlungsfreiheit (vgl. BVerfGE 6, 32 [36 ff.]; 80, 137 [152 f.]). Teil dieser umfassenden Garantie, die jede menschliche Betätigung einschließt, welche nicht den Schutz eines speziellen Grundrechts genießt, ist die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit und in ihrem Rahmen wiederum die Vertragsfreiheit (vgl. BVerfGE 8, 274 [328]; stRspr). Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet dem Einzelnen nicht nur das Recht, Verträge grundsätzlich so abzuschließen, wie er BVerfGE 95, 267 (303) BVerfGE 95, 267 (304) es wünscht. Vielmehr schützt er ihn auch davor, daß die öffentliche Gewalt bereits abgeschlossene Verträge nachträglich einer Änderung unterzieht (vgl. BVerfGE 89, 48 [61]; stRspr).“

In dieser Entscheidung (Rz. 150) führt das Bundesverfassungsgericht weiter aus:

„Die aus der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG folgende Vertragsfreiheit ist nicht vorbehaltlos gewährleistet. Sie findet ihre Schranken gemäß Art. 2 Abs. 1 GG vielmehr unter anderem in der verfassungsmäßigen Ordnung. Darunter sind alle Rechtsnormen zu verstehen, die formell und materiell mit der Verfassung übereinstimmen (vgl. BVerfGE 6, 32 [38]; stRspr). Eine gerichtliche Entscheidung, die die Vertragsfreiheit beeinträchtigt, verletzt folglich Art. 2 Abs. 1 GG nur dann, wenn sie sich nicht auf eine gesetzliche Grundlage stützen kann, die

ihreseite verfassungsmäßig ist, insbesondere den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt, oder wenn eine diesen Anforderungen genügende Regelung nicht in verfassungsmäßiger Weise, also insbesondere unter Beachtung des eingeschränkten Grundrechts, ausgelegt und angewandt worden ist (vgl. BVerfGE 7, 198 [206]).“

Im konkreten Fall bestehen erhebliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Regelung. Die von Art. 7 Abs. 4 des RL-Vorschlags genannten Fälle sind nach dem Wortlaut der Regelung („...oder in sonstiger Weise zum Nachteil des Schuldners ändern ...“) nur eine beispielhafte Aufzählung. Damit wird der Umfang der getroffenen Einschränkung nicht hinreichend konkret. Auch wenn man hierin ausnahmsweise noch keinen Verstoß gegen das rechtsstaatlich verankerte Bestimmtheitsgebot sehen mag, so kann die Formulierung aber den Ansprüchen an das Gebot des geringstmöglichen Eingriffs nicht genügen. Nicht jede nachteilige Ausübung vertraglicher oder gesetzlicher Gestaltungsrechte wird *„die Fähigkeit des Unternehmens gefährden, seinen Betrieb während der Restrukturierungsverhandlungen fortzusetzen.“*

Der VID kann sich kaum vorstellen, dass selbst eine stark einschränkende Formulierung des Art. 7 Abs. 4 RL-Vorschlag dem Übermaßverbot genügen würde. Diese dürfte sich nicht im Sinne des Art. 7 Abs. 4 Satz 2 darin erschöpfen, lediglich „wesentliche“ Verträge zu erfassen, sondern müsste auch bei diesen Verträgen durch klare Definitionen die verfassungsrechtlichen Grenzen der Bestimmtheit und des Übermaßverbots beachten.

c) Art. 7 Abs. 5 (RL-Vorschlag)

Art. 7 Abs. 5 des RL-Vorschlags erweitert den Umgriff auf alle Gläubiger:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Gläubiger aufgrund einer Vertragsklausel, die entsprechende Maßnahmen vorsieht, nicht allein wegen der Aufnahme von Restrukturierungsverhandlungen durch den Schuldner, eines Antrags auf Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen, der Anordnung der Aussetzung als solcher oder eines ähnlichen Ereignisses im Zusammenhang mit der Aussetzung Leistungen aus noch zu erfüllenden Verträgen verweigern oder diese Verträge kündigen, vorzeitig fällig stellen oder in sonstiger Weise zum Nachteil des Schuldners ändern dürfen.“

Erwägungsgrund (22) führt dazu aus:

„Wenn gegen einen Schuldner ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, verfügen einige Lieferanten möglicherweise über vertragliche Rechte, die es ihnen gestatten, den Liefervertrag allein wegen der Insolvenz zu kündigen (sogenannte Ipso-facto-Klauseln). Dies kann auch der Fall sein, wenn ein Schuldner präventive Restrukturierungsmaßnahmen beantragt. Werden solche Klauseln geltend gemacht, wenn der Schuldner lediglich über einen Restrukturierungsplan verhandelt oder eine Aussetzung der Durchsetzung beantragt, oder in Verbindung mit einem mit der Aus-

setzung zusammenhängenden Ereignis, könnte sich eine vorzeitige Kündigung negativ auf das Unternehmen des Schuldners und die erfolgreiche Rettung des Unternehmens auswirken. Wenn die Aussetzung von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde gewährt wird, muss daher sichergestellt sein, dass die Gläubiger, für die die Aussetzung gilt, keine Ipso-facto-Klauseln geltend machen dürfen, die auf Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan, auf eine Aussetzung oder auf mit der Aussetzung zusammenhängende Ereignisse Bezug nehmen.“

Hier fällt zunächst ein Widerspruch zwischen Regelung und Erwägungsgrund auf. Art. 7 Abs. 5 des RL-Vorschlags umfasst nach seinem Wortlaut alle Gläubiger. Eine Einschränkung auf die von einer Aussetzung betroffenen Gläubiger wie in Abs. 4 soll hier offenbar nicht gelten. Da bereits die Aufnahme von Restrukturierungsverhandlungen durch den Schuldner die Einschränkungen des Abs. 5 auslösen soll, wäre dies auch nicht sinnvoll. In diesem Stadium muss und soll eine solche Aussetzung nach dem Konzept des RL-Vorschlags regelmäßig noch nicht unbedingt stattfinden. In Erwägungsgrund (22) Satz 3 wird dann jedoch impliziert, dass nur Gläubiger, für die eine Aussetzung gilt, auch von den Wirkungen des Art. 7 Abs. 5 erfasst sein sollen. In Abwesenheit einer klaren Abgrenzung muss man nach dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 5 von einer Erfassung aller Gläubiger ausgehen. Dieser weite Umgriff verschärft die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den vorgeschlagenen Eingriff in die Privatautonomie der betroffenen Gläubiger.

Im konkreten Fall bestehen wie schon bei Art. 7 Abs. 4 erhebliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Regelung. Die von Art. 7 Abs. 5 des RL-Vorschlags genannten Fälle sind nach dem Wortlaut der Regelung („...oder eines ähnlichen Ereignisses im Zusammenhang mit der Aussetzung...“) wieder nur eine beispielhafte Aufzählung. Damit wird der Umfang der getroffenen Einschränkung nicht hinreichend konkret. Auch ihre zeitliche Ausdehnung wird nicht erkennbar. Offenbar unabhängig von einer gerichtlichen Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen (s. o.) kann sie überdies allein durch die Aufnahme von Restrukturierungsverhandlungen durch den Schuldner ausgelöst werden und bedarf demnach keiner gerichtlichen Entscheidung. Es fällt deshalb nicht schwer, diesen Eingriff in die Privatautonomie schon wegen seiner diffusen Formulierung als verfassungsrechtlich unhaltbar einzustufen. In seiner Wirkung geht er auch weit über das gebotene Maß hinaus, weil er alle Gläubiger umfasst und keine zeitliche und inhaltliche Beschränkung enthält. Eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Formulierung erscheint schwer vorstellbar, müsste sie doch alle Spielarten der Vertragsgestaltung diskriminierungsfrei und ohne Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (s. o.) erfassen. Den Wirkungen der Ausübung vertraglicher Gestaltungsrechte durch Gläubiger sollte, soweit dies für die Aufrechterhaltung der Restrukturierungsverhandlungen über die Fälle des Art. 7 Abs. 4 hinaus geboten und notwendig erscheint, durch eine entsprechende gerichtliche Aussetzung von nachfolgenden Durchsetzungsmaßnahmen begegnet werden.

Art. 7 Abs. 5 des RL-Vorschlags sollte deshalb ersatzlos gestrichen werden.

d) Art. 7 Abs. 6 (RL-Vorschlag)

Mit **Art. 7 Abs. 6** des RL-Vorschlags soll schließlich eine Behinderung des Schuldners ausgeschlossen werden:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass der Schuldner durch nichts daran gehindert wird, Ansprüche von oder Leistungspflichten gegenüber nicht betroffenen Gläubigern und nach Gewährung der Aussetzung entstandene und während der Aussetzung entstehende Ansprüche betroffener Gläubiger im normalen Geschäftsgang zu erfüllen.“

Erwägungsgrund (21) Satz 4 führt dazu aus:

„Im Hinblick auf eine erfolgreiche Restrukturierung sollte der Schuldner Ansprüche von oder Leistungspflichten gegenüber Gläubigern, die von der Aussetzung nicht betroffen sind, und nach Gewährung der Aussetzung entstandene Ansprüche von Gläubigern, die von der Aussetzung betroffen sind, im normalen Geschäftsgang erfüllen.“

Der hier postulierte Fortbestand eines normalen Geschäftsgangs soll nicht durch staatliche Eingriffe gestört werden. Unklar bleibt, ob auch aktive staatliche (Zwangs-)Maßnahmen von dieser Forderung umfasst sind.

Sie könnten etwa in staatlichen Zwangsmitteln zur Sicherung einer Zahlungsfähigkeit bestehen, wenn Lieferanten aus offen gehaltenen Kreditlinien bezahlt werden sollen und die kreditierende Bank mit Hinweis auf andere Außenstände die Freigabe der Mittel verweigert. Ein solches Verhalten könnte zwar bereits durch eine Aussetzung nach Art. 7 Abs. 4 des RL-Vorschlags ausgeschlossen sein. Nach den Ausführungen in Erwägungsgrund (21) Satz 3 (s. o.) soll die Aussetzung gem. Art. 7 Abs. 4 aber nur für vor ihrer Gewährung entstandene Ansprüche gelten. Ausbleibende Zinszahlungen des Schuldners aus langfristig laufenden Krediten würden danach ein solches Verweigerungsrecht der Bank auch nach einer Aussetzung begründen. Als Kreditgeber kann und wird in vielen Fällen auch ein Warenkreditgeber betroffen sein. Dieser Fall kann nicht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führen. Staatliche Zwangsmittel zur Sicherung der Zahlungsfähigkeit oder Belieferung müssen in beiden Fällen ausgeschlossen sein.

Zusammenfassend und wegen der geschilderten gravierenden Folgen für Lieferanten fordert der VID, dass die Sperre der Durchsetzungsmaßnahmen ausschließlich Kreditgläubiger betreffen darf, alle anderen Gläubiger aber nicht von einer Durchsetzungssperre betroffen werden. Der VID ist grundsätzlich der Ansicht, dass das Verfahren nur zur Restrukturierung der Finanzverbindlichkeiten dienen kann und weder die Aussetzung der Durchsetzungsmaßnahmen noch die Wirkungen des Planes andere als Finanzgläubiger treffen sollte. In Summa sehen Aussetzungen und Art. 7 Abs. 5, 6 des RL-Vorschlags vor, dass Gläubiger sämtlicher vertraglicher und gesetzlicher Maßnahmen, die ihnen für den Fall einer Krise des Schuldners zur Verfügung stehen, im präventiven Restrukturierungsrah-

men verlustig gehen. An einer gesetzlichen, insbesondere verfassungsrechtlich gebotenen Rechtfertigung fehlt es.

Die deutschen Insolvenzverwalter wissen aus der Praxis, dass Kreditgläubiger, Lieferanten und sonstige Gläubiger, wie Arbeitnehmer, sehr ungleich starke Positionen in der Krise eines Unternehmens haben. Beide Gläubigergruppen wären aber in ein und derselben Weise von der Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen betroffen. Während Kreditgläubiger regelmäßig über rechtliche und betriebswirtschaftliche Beratung verfügen, die Kosten dafür auf Grund von Regelungen in den Kreditverträgen sogar oftmals auf den Kreditnehmer abwälzen können, verfügen andere Gläubiger darüber regelmäßig nicht. Nur ausnahmsweise und nur wenn ihre Forderung eine signifikante Höhe erreicht, nehmen sie überhaupt rechtliche Hilfe in Anspruch. Ein umfassendes Informationsrecht gegen ihren Kunden steht ihnen aber weder vertraglich noch gesetzlich zu. Der RL-Vorschlag ändert daran nichts. Während Kreditgläubiger oftmals gut über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens informiert sind, bei Kreditvergabe und in der laufenden Geschäftsbeziehung auch auf Grund regulatorischer Bestimmungen umfassenden Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kunden haben, besteht für andere Gläubiger in der Regel ein Informationsdefizit. Für beide Gläubigergruppen besteht also eine Informationsasymetrie.

Der VID befürchtet daher, dass es durch die gleichermaßen starke Auswirkung des Verfahrens sowohl im Falle der Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen als auch im Planverfahren zu erheblichen Nachteilen für die Nicht-Kreditgläubiger kommen wird. Davon betroffen sind Lieferanten, Kleingläubiger und öffentliche Gläubiger.

Probates Mittel zur Absicherung von Lieferantengläubigern in der Krise ist entweder eine ausreichende Liquidität bzw. deren Zurverfügungstellung durch die Finanzgläubiger und erforderlichenfalls die Einschaltung eines Restrukturierungsverwalters mit der Aufgabe die Eingehung von Verbindlichkeiten und deren Bezahlung zu überwachen. Ohne dies dürfte den Beteiligten regelmäßig das Vertrauen in die Bezahlung ihrer Lieferungen und Dienstleistungen fehlen.

e) Art. 7 Abs. 7 (RL-Vorschlag)

In **Art. 7 Abs. 7** des RL-Vorschlags wird zuletzt eine Regelung für den Übergang in ein Insolvenzverfahren getroffen:

„Die Mitgliedstaaten schreiben nicht vor, dass Schuldner Insolvenzverfahren beantragen müssen, wenn die Aussetzung ohne Einigung über einen Restrukturierungsplan endet, es sei denn, die im nationalen Recht festgelegten Voraussetzungen für einen Insolvenzantrag sind erfüllt.“

Diese Regelung wird besonders in den Mitgliedstaaten der EU bedeutsam, wo (wie z. B. in Deutschland) neben der Zahlungsunfähigkeit auch andere Insolvenzgründe (insb. die Überschuldung) zu einem Insolvenzantrag verpflichten. Hier wird sich nach gescheiterten Ver-

handlungen über einen Restrukturierungsplan eine positive Fortführungsprognose (die während der Verhandlungen noch möglich erscheint) nicht mehr aufrechterhalten lassen. Es erscheint deshalb zwingend, den Schuldner zumindest in den Fällen auf eine Insolvenzantragspflicht zu verweisen, in denen bereits ein Gericht zur Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen eingeschaltet ist. Es sollte den Mitgliedstaaten möglich sein, das Scheitern eines Restrukturierungsverfahrens jedenfalls dann zum Anlass für eine unmittelbar anschließende Insolvenzantragspflicht des Schuldners zu nehmen, wenn die Situation des Schuldners zuvor nur noch mit Hilfe der Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen stabilisiert werden konnte. Die im nationalen Recht für Insolvenzanträge vorgeschriebenen Angaben sollten in diesem Fall verzichtbar sein. Mit den im Rahmen eines Restrukturierungsplans notwendigen Angaben (vgl. Art. 8 Abs. 1 des RL-Vorschlags) hat der Schuldner auch regelmäßig die notwendigen Angaben für die Insolvenzantragstellung präsent. Die Gerichte sind bei vorhergehenden Anträgen zur Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen ebenfalls bereits über Inhalt und Verlauf des Restrukturierungsverfahrens informiert.

Im unmittelbaren Anschluss an ein gescheitertes Restrukturierungsverfahren, in dessen Verlauf die Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen gerichtlich angeordnet wurde, sollte eine Insolvenzantragstellung unter deutlich erleichterten Bedingungen möglich sein, die von den üblichen nationalen Maßgaben solcher Anträge abweichen können.

9. Inhalte von Restrukturierungsplänen (Art. 8 RL-Vorschlag)

Art. 8 des RL-Vorschlags enthält eine Reihe von Vorgaben für den Inhalt eines Restrukturierungsplans. Die inhaltliche Gestaltung folgt dabei im Wesentlichen den in Deutschland aus § 219 ff. InsO bekannten Darstellungserfordernissen und steht damit auch in Übereinstimmung mit den VID-Grundsätzen (s. o.).

In **Art. 8 Abs. 1 f)** beschreibt der RL-Vorschlag die inhaltlichen Vorgaben für die gestaltenden Maßnahmen des Restrukturierungsplans. Der Plan muss dazu enthalten:

„die Bedingungen des Plans, unter anderem

i) die vorgeschlagene Laufzeit;

ii) Vorschläge für eine Umschuldung, einen Schuldenerlass oder eine Umwandlung von Schulden in andere Formen von Verbindlichkeiten;

iii) eine neue Finanzierung, die als Teil des Restrukturierungsplans erwartet wird;“

Hier bleibt zunächst unklar, was mit der Formulierung *„...Umwandlung von Schulden in andere Formen von Verbindlichkeiten;“* angesprochen sein soll. Da hierzu keine Ausführungen in den Erwägungsgründen gemacht werden, darf man unterstellen, dass die Möglichkeiten einer solchen Umwandlung durch das jeweilige nationale Recht definiert werden sollen. Art. 8 Abs. 1 c) deutet an, dass auch Beteiligungen unter den Restrukturierungsplan fallen können.

In Deutschland gehört zu diesen Möglichkeiten seit Inkrafttreten des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) am 1.3.2012 auch der sog. debt-equity-swap, also die Umwandlung von Forderungen in Kapitalbeteiligungen. Diese Gestaltungsmöglichkeit ist jedoch verfassungsrechtlich an die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und die damit verbundenen rechtsstaatlichen Sicherungsmechanismen gekoppelt. Hierzu zählen insbesondere eine gutachterliche Untersuchung der tatsächlichen Vermögenssituation des Schuldners, eine Prüfung angemeldeter Forderungen und eine intensiv gerichtliche Prüfung der Inhalte von Insolvenzplänen über die unter gerichtlicher Aufsicht abgestimmt wurde. Die sehr weitgehende Gestaltungsmöglichkeit des deutschen Insolvenzrechts (§ 225a Abs. 2 Satz 1 InsO: „Im gestaltenden Teil des Plans kann vorgesehen werden, dass Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner umgewandelt werden.“) korrespondiert mit diesen Sicherungsmechanismen.

Der RL-Vorschlag sollte ausdrücklich klarstellen, dass Eingriffe in die Rechte von Anteilseignern nicht durch ein Restrukturierungsverfahren erfolgen können.

Die im RL-Vorschlag gänzlich fehlende Regelung zur Prüfung des Bestehens von Gläubigerforderungen macht das angesprochene Missverhältnis zwischen den nach dem Wortlaut des RL-Vorschlags eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten in Restrukturierungsplänen und ihrer Absicherung durch ein rechtsstaatliches Verfahren besonders deutlich. Eine Forderungsprüfung kann auf der Grundlage der gem. Art. 8 Abs. 1 des RL-Vorschlages vorgesehenen Angaben (in Abs. 1c) und e) werden keine Angaben zu Umfang und Bestand der Verbindlichkeiten eingefordert – der in b) erwähnte Zeitwert muss nicht begründet werden) nicht durchgeführt werden. Sie wäre aber die Voraussetzung für eine Beurteilung der tatsächlichen wirtschaftlichen Lage des Schuldners. Ohne eine solche Beurteilung kann sich kein Gläubiger ein Urteil darüber bilden, ob der von ihm eingeforderte Beitrag zu einer Restrukturierung des Schuldners tatsächlich notwendig oder angemessen ist. Ein Missbrauch von Restrukturierungsplänen, etwa durch das „Erfinden“ von Verbindlichkeiten, wird nach der Konzeption des RL-Vorschlags auch nicht durch die gerichtliche Prüfung des Plans verhindert.

Die Erfahrung der deutschen Insolvenzverwalter zeigt, dass es in der Praxis nicht selten vorkommt, dass Gläubigerforderungen bei der Gestaltung der Gläubigergruppen und zur Erreichung der erforderlichen Zustimmung nicht korrekt angegeben werden. Einerseits werden Forderungen von freundlich gesinnten Gläubigern „hinzuerfunden“, andererseits wird ihre Angabe in anderen Fällen „vergessen“. Oftmals weichen auch die Vorstellungen von Gläubigern und Schuldnern über die Berechtigung von Forderungen und ihren Rang eklatant voneinander ab.

Die anderen Gläubiger haben in der Regel keine Möglichkeit, die Berechtigung von Forderungen und deren Höhe zu prüfen. Manipulationen durch den Schuldner und möglicherweise durch einzelne Gläubiger sind daher zu befürchten. Außerdem sollte eine Bewertung der Sicherheiten erfolgen, um prüfen zu können, ob beispielsweise ein Kreditgläubiger über

dem Wert seiner Sicherheit hinaus überhaupt eine ungesicherte Forderung gehen das Unternehmen zusteht.

Nach Art. 10 Abs. 1a) des RL-Vorschlags wird eine verbindliche Wirkung von Restrukturierungsplänen nur in den Fällen von einer gerichtlichen Bestätigung abhängig gemacht, in denen diese Pläne die Interessen ablehnender betroffener Parteien beeinträchtigen. Eine solche Beeinträchtigung wird von den Gerichten nach dem Regelungskonzept des Art. 10 des RL-Vorschlags jedoch nur implizit bei Art. 10 Abs. 2b) im Rahmen des sog. best interest of creditors test (Kriterium des Gläubigerinteresses) geprüft. Dieser Test basiert auf den Angaben des vom Schuldner eingereichten Restrukturierungsplans.

Eine eigenständige Wertermittlung durch das Gericht soll nach Art. 13 Abs. 1 und 2 des RL-Vorschlags nur bei Beanstandungen oder bei einem klassenübergreifenden Cram Down i. S. d. Art. 11 des RL-Vorschlags stattfinden. In beiden Fällen bezieht sie sich nur auf den Wert des Unternehmens. Eine Ermittlung dieses Wertes umfasst regelmäßig keine Forderungsprüfung, die in der kurzen Frist des Art. 10 Abs. 4 auch bei der Einschaltung von Sachverständigen (Art. 13 Abs. 3) nicht möglich ist.

Für die Beanstandung eines Missbrauchs wie im oben genannten Beispielsfall fehlt den Gläubigern selbst regelmäßig jeder Anhaltspunkt. Sie können die tatsächliche Vermögenslage des Schuldners nach Struktur und Umfang nicht überblicken. Gleiches gilt für den tatsächlichen rechtlichen Bestand von Verbindlichkeiten des Schuldners.

In Art. 8 Abs. 1 c) und e) des RL-Vorschlags sollten die Angaben zur Identität der Parteien um notwendige Angaben zum jeweiligen Rechtsgrund, Umfang und Bestand ihrer Forderungen ergänzt werden. Ferner sollte der Richtlinienvorschlag zwingend vorsehen, dass eine gerichtliche Prüfung der Berechtigung der bei der Planabstimmung stimmberechtigten Gläubigerforderungen stattfindet.

Aus rechtlichen Erwägungen sollte der nach Art. 8 Abs. 1 gebotene Inhalt von Restrukturierungsplänen noch um weitere notwendige Angaben des Schuldners ergänzt werden.

Im Unterschied zu einem Insolvenzplan (z. B. nach §§ 217 ff InsO) muss ein präventiver Restrukturierungsplan den Fall einer möglichen Anschlussinsolvenz und der daraus erwachsenden Anfechtungsgefahren für die teilnehmenden Gläubiger mitbedenken. Ansonsten wird die Mitwirkungsbereitschaft der betroffenen Gläubiger erheblich geringer ausfallen und das Gelingen der Restrukturierung gefährden. Der RL-Vorschlag sieht diese Gefahr in einem sehr engen Teilbereich, bei den sog. neuen Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen gem. **Art. 16**. Dort stellt er in Abs. 1 die betroffenen Finanzgläubiger von Anfechtungsgefahren frei:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen in geeigneter Weise gefördert und geschützt werden. Insbesondere dürfen neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen in späteren Insolvenzverfahren nicht als die Gesamtheit der Gläu-

biger benachteiligende Handlungen für nichtig, anfechtbar oder nicht durchsetzbar erklärt werden, es sei denn, die Transaktionen wurden in betrügerischer Absicht oder bösgläubig vorgenommen.“

Andere Gläubiger wie etwa die Warenkreditgläubiger, Lieferanten und Energieversorger werden nicht in dieser Weise geschützt. Diese Ungleichbehandlung schafft im Falle einer späteren Insolvenz des Schuldners erhebliche Nachteile für diese Gläubiger, weil sie sich aufgrund ihrer Kenntnis von den wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Schuldners bei einer Teilnahme am Restrukturierungsplan möglichen Anfechtungsansprüchen des Insolvenzverwalters ausgesetzt sehen. Für das deutsche Recht hat der **BGH (IX ZR 65/14)** zwar im Jahr 2016 die näheren Voraussetzungen definiert, unter denen die Teilnahme an einem Sanierungskonzept bei späterer Insolvenz des Schuldners für den Gläubiger gefahrlos bleibt. Er betont in diesem Zusammenhang allerdings, dass ein entsprechendes Sanierungskonzept eine Reihe von inhaltlichen Bedingungen erfüllen muss. Hierzu gehören:

- a) Die wesentlichen Grundlagen des Konzepts, insbesondere die Ursachen der Insolvenz, die Maßnahmen zu deren Beseitigung und eine positive Fortführungsprognose.
- b) Die Angabe, ob die Krise des Schuldners allein auf Finanzierungsproblemen beruht oder noch weitere Ursachen hat.
- c) Bei weiteren Krisenursachen die Schilderung der leistungswirtschaftlichen Maßnahmen, mit denen das Unternehmen seine Rentabilität wiedererlangen will.

Da eine vollständige europäische Harmonisierung des Insolvenzanfechtungsrechts mit dem RL-Vorschlag nicht verbunden sein soll (vgl. hierzu die einschränkenden Erwägungen in Erwägungsgrund 31), erscheint es zumindest geboten, die hier durch den BGH (s. o.) skizzierten inhaltlichen Vorgaben in Art. 8 Abs. 1 (f) aufzunehmen. Sie dürfen als Mindestvoraussetzungen für die Beurteilung von Restrukturierungskonzepten gelten und werden deshalb für Schuldner keine unverhältnismäßige Belastung darstellen.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch **Art. 8 Abs. 1 (g)** des RL-Vorschlages. Danach gehört zum notwendigen Inhalt des Plans:

“(…) eine Stellungnahme oder begründete Erklärung der für die Unterbreitung des Restrukturierungsplans verantwortlichen Person, in der erläutert wird, warum das Unternehmen rentabel ist und wie die Umsetzung des unterbreiteten Plans voraussichtlich zur Abwendung der Insolvenz des Schuldners führen und seine langfristige Rentabilität wiederherstellen wird, und in der die absehbaren notwendigen Voraussetzungen für seinen Erfolg aufgeführt sind.“

Diese Vorgabe erinnert an die in § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO geforderte Bescheinigung im deutschen Schutzschirmverfahren. Anders als im Schutzschirmverfahren soll hier aber der Schuldner selbst und nicht nur ein in Insolvenzsachen erfahrener Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt oder eine Person mit vergleichbarer Qualifikation als „Bescheiniger“ auftreten dürfen. Diese, offensichtlich dem Ziel einer Reduzierung von Verfah-

renskosten folgende Möglichkeit des Schuldners, sich selbst eine solche Bescheinigung auszustellen, erscheint in der Umsetzung realitätsfern. Schon die Erstellung des Plans wird der üblicherweise unerfahrene Schuldner nicht ohne professionelle Hilfe umsetzen können. Damit wird auch die mit dem statement geforderte Begründung kaum durch den Schuldner selbst formuliert werden, der sich durch den Inhalt allerdings in mögliche Haftungsgefahren begibt. Diese Haftungsgefahren werden auch nicht durch die in Art. 8 Abs. 2 des RL-Vorschlags erwähnten Musterpläne entschärft, die regelmäßig auf den Einzelfall angepasst werden müssen.

Im RL-Vorschlag sollte zur Vervollständigung des notwendigen Planinhalts auf die vom BGH (IX ZR 65/14) entwickelten inhaltlichen Vorgaben für Sanierungskonzepte abgestellt werden, deren vollständige und richtige Darstellung durch eine verantwortliche Person zu versichern wäre.

10. Annahme von Restrukturierungsplänen (Art. 9 RL-Vorschlag)

Annahme (Art. 9 des RL-Vorschlags) und Bestätigung (Art. 10 des RL-Vorschlags) des Restrukturierungsplans folgen weitgehend den aus dem deutschen Insolvenzplan bekannten Vorgaben der Gruppenbildung, Abstimmung und gerichtlichen Bestätigung. Gravierende Unterschiede bestehen allerdings bei Umfang und Intensität der gerichtlichen Überprüfung.

Art. 9 Abs. 1 des RL-Vorschlags bekräftigt mit dem Abstimmungsrecht der betroffenen Gläubiger ein Recht, dessen verfassungsrechtliche Verankerung eigentlich nicht zweifelhaft sein kann:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass betroffene Gläubiger das Recht haben, über die Annahme eines Restrukturierungsplans abzustimmen. Die Mitgliedstaaten können ein solches Stimmrecht nach Artikel 12 Absatz 2 auch betroffenen Anteilseignern gewähren.“

Erwägungsgrund (24) führt hierzu aus:

„Die von dem Restrukturierungsplan betroffenen Gläubiger und – wenn nach nationalem Recht zulässig – die Anteilseigner sollten das Recht haben, über die Annahme eines Restrukturierungsplans abzustimmen. Die von dem Restrukturierungsplan nicht betroffenen Parteien sollten weder Stimmrechte in Bezug auf den Plan haben, noch sollte ihre Unterstützung für die Annahme eines Plans erforderlich sein. Die Abstimmung kann in Form eines förmlichen Abstimmungsverfahrens oder einer Konsultation und Zustimmung der erforderlichen Mehrheit betroffener Parteien durchgeführt werden. Wenn die Abstimmung in Form einer Konsultation und Zustimmung durchgeführt wird, sollten die betroffenen Parteien, deren Zustimmung nicht erforderlich war, jedoch die Möglichkeit erhalten, sich dem Restrukturierungsplan anzuschließen.“

Art. 9 Abs. 2 des RL-Vorschlags nimmt mit der Bildung von Abstimmungsklassen eine zentrale Gestaltungsfrage auf:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die betroffenen Parteien in unterschiedlichen Klassen behandelt werden, die den Kriterien für die Klassenbildung entsprechen. Die Klassen werden so gebildet, dass jede Klasse Ansprüche oder Beteiligungen mit Rechten umfasst, die so ähnlich sind, dass es gerechtfertigt ist, die Mitglieder der Klasse als eine homogene Gruppe mit gemeinsamen Interessen zu betrachten. Zumindest gesicherte und ungesicherte Ansprüche werden für die Zwecke der Annahme eines Restrukturierungsplans in unterschiedlichen Klassen behandelt. Die Mitgliedstaaten können darüber hinaus festlegen, dass Arbeitnehmer in einer eigenen Klasse behandelt werden.“

Erwägungsgrund (25) führt dazu aus:

„Um zu gewährleisten, dass im Wesentlichen ähnliche Rechte fair behandelt werden und dass Restrukturierungspläne angenommen werden können, ohne die Rechte betroffener Parteien in unangemessener Weise zu beeinträchtigen, sollten die betroffenen Parteien in unterschiedlichen Klassen behandelt werden, die den Kriterien für die Klassenbildung nach nationalem Recht entsprechen. Zumindest gesicherte und ungesicherte Gläubiger sollten stets in unterschiedlichen Klassen behandelt werden. Das nationale Recht kann vorsehen, gesicherte Ansprüche auf der Grundlage einer Bewertung der Sicherheiten in gesicherte und ungesicherte Ansprüche zu unterteilen. Im nationalen Recht können auch besondere Vorschriften festgelegt werden, mit denen eine Klassenbildung unterstützt wird, wenn nicht diversifizierte oder aus anderen Gründen besonders schutzbedürftige Gläubiger wie Arbeitnehmer oder kleine Lieferanten von der Klassenbildung profitieren würden. Das nationale Recht sollte auf jeden Fall gewährleisten, dass Fragen, die für die Klassenbildung von besonderer Bedeutung sind, zum Beispiel Ansprüche verbundener Parteien, in geeigneter Weise behandelt werden, und Vorschriften enthalten, die sich mit Eventualanprüchen und streitigen Ansprüchen befassen. Die Justiz- oder Verwaltungsbehörde sollte die Klassenbildung prüfen, wenn ein Restrukturierungsplan zur Bestätigung vorgelegt wird; die Mitgliedstaaten könnten jedoch vorsehen, dass die Behörde die Klassenbildung auch zu einem früheren Zeitpunkt prüfen kann, falls derjenige, der den Plan vorschlägt, vorab um eine Validierung oder um Orientierungshilfen ersucht.“

Art. 9 Abs. 4-6 regeln die Mehrheitsverhältnisse und wie sie die bei einer Abstimmung über Pläne den Ausschlag geben sollen:

„(4) Ein Restrukturierungsplan gilt als von den betroffenen Parteien angenommen, wenn bezogen auf den Betrag ihrer Ansprüche oder Beteiligungen in jeder Klasse eine Mehrheit erreicht wird. Die Mitgliedstaaten legen die für die Annahme eines Restrukturierungsplans erforderlichen Mehrheiten fest, die in keinem Fall über 75 % des Betrags der Ansprüche oder Beteiligungen in jeder Klasse liegen dürfen.

(5) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die Abstimmung über die Annahme eines Restrukturierungsplans in Form einer Konsultation und Zustimmung der erforderlichen Mehrheit betroffener Parteien in jeder Klasse durchgeführt wird.

(6) Wird die erforderliche Mehrheit in einer oder mehreren ablehnenden Abstimmungsklassen nicht erreicht, so kann der Plan dennoch bestätigt werden, wenn die Voraussetzungen für einen klassenübergreifenden Cram-down nach Artikel 11 erfüllt sind.“

Erwägungsgrund (26) führt dazu aus:

„Die erforderlichen Mehrheiten sollten im nationalen Recht festgelegt werden, um zu gewährleisten, dass nicht eine Minderheit betroffener Parteien in jeder Klasse die Annahme eines Restrukturierungsplans, der ihre Rechte und Interessen nicht in unangemessener Weise beeinträchtigt, vereiteln kann. Ohne das Mehrheitsprinzip, das ablehnende gesicherte Gläubiger bindet, wäre eine frühzeitige Restrukturierung in vielen Fällen nicht möglich, zum Beispiel wenn eine finanzielle Restrukturierung notwendig, das Unternehmen im Übrigen aber rentabel ist. Um sicherzustellen, dass die Parteien in dem Maße Einfluss auf die Annahme von Restrukturierungsplänen haben, in dem sie an dem Unternehmen beteiligt sind, sollte die erforderliche Mehrheit auf dem Betrag der Ansprüche der Gläubiger beziehungsweise der Beteiligungen der Anteilseigner in jeder Klasse beruhen.“

Der Verweis auf den nationalen Gesetzgeber in Art. 9 des RL-Vorschlags sollte bei der Festlegung erforderlicher Mehrheiten in einer strikteren Vorgabe konkretisiert werden, um einen europäischen Wettlauf um das schuldnerfreundlichste Verfahren und anschließendes „forum shopping“ zu verhindern.

11. Bestätigung von Restrukturierungsplänen (Art. 10 RL-Vorschlag)

a) Art. 10 Abs. 1 (RL-Vorschlag)

Art. 10 Abs. 1 des RL-Vorschlags lässt für bestimmte Restrukturierungspläne eine Verbindlichkeit nur unter der Voraussetzung gerichtlicher Bestätigung zu:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass folgende Restrukturierungspläne für die Parteien nur verbindlich werden können, wenn sie von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde bestätigt werden:

- a) Restrukturierungspläne, die die Interessen ablehnender betroffener Parteien beeinträchtigen;*
- b) Restrukturierungspläne, die eine neue Finanzierung vorsehen.“*

Erwägungsgrund (30) führt dazu aus:

„Die Bestätigung eines Restrukturierungsplans durch eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde ist notwendig, um sicherzustellen, dass die Minderung der Rechte der Gläubiger beziehungsweise der Beteiligungen der Anteilseigner in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Restrukturierung verbundenen Vorteilen steht und dass die Gläubiger und die Anteilseigner Zugang zu einem wirksamen Rechtsbehelf haben. Die Justiz- oder Verwaltungsbehörde sollte daher einen Plan zurückweisen, wenn feststeht, dass die angestrebte Restrukturierung die Rechte ablehnen-

der Gläubiger oder Anteilseigner so stark mindert, dass diese weniger erhalten würden, als sie nach vernünftigem Ermessen im Falle der Liquidation des Unternehmens des Schuldners unabhängig davon, ob diese stückweise oder in Form eines Verkaufs als laufendes Unternehmen erfolgen würde, je nach den besonderen Umständen des einzelnen Schuldners erwarten konnten. Wenn jedoch der Restrukturierungsplan im Wege eines klassenübergreifenden Cram-downs bestätigt wird, sollte die Regel des absoluten Vorrangs unter Bezugnahme auf die Bewertung des Unternehmens angewandt werden, bei der der Wert des Unternehmens des Schuldners – anders als bei der Ermittlung des Wertes als laufendes Unternehmen für die Zwecke der Liquidation – längerfristig betrachtet wird. Der Unternehmenswert ist in Regel höher als der Liquidationswert, da er der Tatsache Rechnung trägt, dass das Unternehmen seine Tätigkeit und seine Verträge mit der geringstmöglichen Störung fortsetzt, das Vertrauen der finanziellen Gläubiger, Anteilseigner und Kunden genießt, weiter Einnahmen erzielt und die Auswirkungen auf die Arbeitnehmer begrenzt.“

Problematisch erscheint hier die Regelung des **Art. 10 Abs. 1 a)** RL-Vorschlag. Die Frage einer Beeinträchtigung von Interessen sollte aufgrund der Ablehnung eigentlich keiner weiteren Begründung bedürfen.

Gemeint ist deshalb wohl eine Beeinträchtigung von Ansprüchen, die sich die eine betroffene Partei aus einem gesetzlichen oder vertraglichen Schuldverhältnis gegen den Schuldner ableitet. Dies (möglicherweise eine Schwäche der deutschen Übersetzung) sollte klargestellt werden.

Schwerer wiegt ein rechtlicher Einwand gegen die Ermittlung dieser Beeinträchtigung. Sie stellt mit dem Kriterium des Gläubigerinteresses in Art. 10 Abs. 2 b) RL-Vorschlag maßgeblich auf einen Wertvergleich ab. Der Liquidationswert des schuldnerischen Unternehmens und sein Fortführungswert, hier (vgl. Erwägungsgrund 30) als „Unternehmenswert“ bezeichnet, werden miteinander verglichen. Dem Liquidationswert werden dabei sowohl die sog. Zerschlagung, also der Verkauf der einzelnen Vermögensgegenstände, als auch die sog. übertragende Sanierung, also der Verkauf „as a going concern“ zugeordnet. Die übertragende Sanierung gehört in Deutschland bereits seit den Zeiten der Konkursordnung zu den am häufigsten genutzten Sanierungsinstrumenten in der Insolvenz. Sie führt regelmäßig zur Übertragung auf neue Anteilseigner, die über den Kaufpreis hinaus „frisches Geld“ in das erworbene Unternehmen investieren. Außerdem ermöglicht der gezahlte Kaufpreis eine Befriedigungsquote der Gläubiger, die, jedenfalls bei entsprechenden Abschlagsverteilungen und den dadurch erwirtschafteten Zinsvorteilen, regelmäßig mit den Quoten aus Insolvenzplänen konkurrieren kann. Es kann deshalb nicht verwundern, wenn viele erfahrene Gläubiger die Sicherheit der übertragenden Sanierung der Unsicherheit eines Insolvenzplanes vorziehen. Gelingt eine reibungslose übertragende Sanierung, ist, anders als in Erwägungsgrund (30) a. E. festgehalten, der Liquidationswert regelmäßig nicht geringer als der Unternehmenswert.

Vom Schuldner wird regelmäßig nicht zu erwarten sein, dass er den Verkaufswert seines Unternehmens „as a going concern“ durch eigene Verkaufsbemühung ermittelt. Er hat ein durch das Restrukturierungsverfahren manifestiertes Interesse an einer eigenen Fortführung des Unternehmens. Das prüfende Gericht wird im Rahmen der gesetzten Prüffrist von 30 Tagen (vgl. Art. 10 Abs. 4 RL-Vorschlag) ebenfalls nicht zu einer Ermittlung des Verkaufswerts in der Lage sein. Damit wird eine künstliche Situation geschaffen, in der eine Fortführung auf der Grundlage des vom Schuldner vorgelegten Restrukturierungsplans beinahe zwangsläufig den Wertvergleich für sich entscheidet (ausführlich und kritisch hierzu: *Eidenmüller*, Contracting for a European Insolvency Regime, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 341/2017 January 2017 m.w.N.). Diese Verkürzung von Befriedigungschancen wiegt für die betroffenen Gläubiger besonders schwer wenn sich später herausstellen sollte, dass der Restrukturierungsplan auf unrealistischen oder sogar falschen Annahmen oder Prognosen beruhte. Dann ist ein irreparabler Schaden eingetreten, der regelmäßig in einer Insolvenz des Schuldners münden wird.

Art. 10 Abs. 1 b) gibt einen deutlichen Hinweis, dass diese Situation als reale Gefahr durch den RL-Vorschlag antizipiert wird. Er sieht eine gerichtliche Bestätigung bei notwendiger neuer Finanzierung vor und verweist damit auf die Privilegierung, die diese Finanzierung nach Art. 16 RL-Vorschlag im Fall einer Anschlussinsolvenz des Schuldners genießen soll. Die damit einhergehende Schlechterstellung der übrigen Gläubiger wird als so gravierend eingestuft, dass sie eine vorsorgliche gerichtliche Prüfung und Bestätigung notwendig erscheinen lässt. Art. 10 Abs. 2 c) RL-Vorschlag definiert die Prüfungspflichten des Gerichts in einem solchen Fall und erwähnt dabei ausdrücklich die Möglichkeit eine unangemessene Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen.

Für den Fall von Restrukturierungsplänen, die eine neue Finanzierung vorsehen, sollte im Interesse der Gläubiger die Notwendigkeit einer vergleichweisen Ermittlung von Verkaufswerten durch sog. dual-track Verfahren vorgeschrieben werden.

Eine rein gutachterliche Bewertung des going-concern-Wertes eines Unternehmens dürfte nicht ausreichend sein. Nur ein Verkaufsversuch am Markt kann realistische Anhaltspunkte dafür liefern, ob und zu welchem Preis ein Unternehmen verkäuflich ist.

b) Art. 10 Abs. 3 und 4 (RL-Vorschlag)

Art. 10 Abs. 3 des RL-Vorschlags sieht eine Abweisungsmöglichkeit durch das Gericht vor:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Justiz- oder Verwaltungsbehörde die Bestätigung eines Restrukturierungsplans ablehnen kann, wenn keine begründete Aussicht besteht, dass der Plan die Insolvenz des Schuldners verhindert und die Rentabilität des Unternehmens gewährleistet.“

Mit diesen Prüfungspflichten, die nach Form und Inhalt gemäß **Art. 10 Abs. 4** des RL-Vorschlags in höchstens 30 Tagen absolviert werden müssen, würde auf die zuständigen Gerichte gerade bei komplexeren Plänen ein extremer Arbeitsaufwand zukommen. Auch wenn sie sich nach Art. 13 Abs. 3 des RL-Vorschlags bei Bewertungsfragen durch Sachverständige unterstützen lassen könnten, bliebe insgesamt ein sehr großer Prüfungsaufwand, der unter hohem Zeitdruck erledigt werden müsste. Art. 10 Abs. 3 fordert eine Prognoseentscheidung, die schon wegen der negativen Wirkungen, die von einer ablehnenden Entscheidung ausgehen können, **für die Gerichte auch Haftungsgefahren birgt**. Ein Spruchrichterprivileg dürfte hier ausgeschlossen sein.

Vor allem wegen des hieraus erwachsenden Anforderungsprofils fordert **Art. 24** des RL-Vorschlags:

*„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Mitglieder der Justiz- und Verwaltungsbehörden, die mit Sachen im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und zweite Chance befasst sind, eine Aus- und Weiterbildung auf einem Niveau erhalten, das ihren Verantwortlichkeiten entspricht.
(2) Werden Sachen im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und zweite Chance von Justizbehörden bearbeitet, so stellen die Mitgliedstaaten unbeschadet der Unabhängigkeit der Justiz und der Unterschiede im Aufbau des Justizwesens in der Union sicher, dass diese Sachen in einer effizienten Weise bearbeitet werden, die eine zügige Behandlung der Verfahren gewährleistet, und dass die zuständigen Mitglieder der Justizbehörden über die nötige Sachkunde und Spezialisierung verfügen.“*

Hier weist der Bayerische Landtag in der bereits erwähnten Begründung seines Antrags (Drs. 17/15252) zu Recht darauf hin, dass diese Vorgaben nicht auf Art. 114 AEUV gestützt werden können. Ihre Umsetzung dürfte in vielen Mitgliedstaaten der EU auf erhebliche Schwierigkeiten und Widerstände stoßen, weil sie in die richterliche Unabhängigkeit und die Organisationshoheit der Mitgliedstaaten im Bereich der Justiz eingreifen. Die Prüffrist von 30 Tagen wird vor diesem Hintergrund in vielen Fällen zu einer Ablehnung der Bestätigung führen, da eine Bestätigungsfiktion nach Fristablauf schon aus rechtsstaatlichen Gründen nicht in Frage kommt.

Insgesamt erscheint die Vorgabe einer Prüffrist von 30 Tagen in Art. 10 Abs. 4 des RL-Vorschlags so unrealistisch, dass sie unbedingt überdacht und verlängert werden müsste. Als angemessene Frist würde sich ein Zeitraum von mindestens 60 Tagen dringend empfehlen.

12. Klassenübergreifender Cram-Down (Art. 11 RL-Vorschlag)

Eine besondere Regelung zur Durchsetzung umstrittener Restrukturierungspläne sieht **Art. 11** des RL-Vorschlags vor. Sie kann sogar als Kernstück des Restrukturierungsverfahrens angesprochen werden. Wird die in Art. 9 vorgesehene mehrheitliche Zustimmung in einer oder mehreren Gläubigergruppen nicht erreicht, dann soll nach Art. 9 Abs. 4 ausnahmsweise

auch die Zustimmung einer einzigen Gläubigergruppe ausreichen, um eine Bestätigung des Plans zu erwirken.

Zusätzliche Voraussetzungen formuliert in diesem Fall **Art. 11 Abs. 1** RL-Vorschlag:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Restrukturierungsplan, der nicht von jeder Klasse betroffener Parteien genehmigt worden ist, auf Vorschlag eines Schuldners oder eines Gläubigers mit Zustimmung des Schuldners von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde bestätigt und für eine oder mehrere ablehnende Klassen verbindlich werden kann, wenn der Restrukturierungsplan

a) die Voraussetzungen des Artikels 10 Absatz 2 erfüllt;

b) von mindestens einer Klasse betroffener Gläubiger genehmigt worden ist, bei der es sich weder um eine Klasse von Anteilseignern noch um eine andere Klasse handelt, die im Falle einer Bewertung des Unternehmens bei Anwendung der normalen Rangfolge der Liquidationsprioritäten keine Zahlung oder sonstige Gegenleistung erhalten würde;

c) der Regel des absoluten Vorrangs entspricht.“

Erwägungsgrund (30) führt dazu aus:

„Wenn jedoch der Restrukturierungsplan im Wege eines klassenübergreifenden Cram-downs bestätigt wird, sollte die Regel des absoluten Vorrangs unter Bezugnahme auf die Bewertung des Unternehmens angewandt werden, bei der der Wert des Unternehmens des Schuldners – anders als bei der Ermittlung des Wertes als laufendes Unternehmen für die Zwecke der Liquidation – längerfristig betrachtet wird.“

Damit erlangt der sog. best interest of creditors test eine zentrale Bedeutung für das Verfahren. Er sieht einen Vergleich von Zerschlagungswerten und Fortführungswerten vor und verweist dissentierende Gläubiger damit nahezu regelmäßig auf den Umstand, dass sie durch den Plan (Fortführungswerte) besser stehen als bei einer Liquidation (Zerschlagungswert).

Art. 2 Abs. 9 des RL-Vorschlags formuliert dies so:

„Kriterium des Gläubigerinteresses“ den Umstand, dass kein ablehnender Gläubiger nach dem Restrukturierungsplan schlechtergestellt würde als im Falle der Liquidation, unabhängig davon, ob diese stückweise oder in Form eines Verkaufs als laufendes Unternehmen erfolgen würde;“

Der Verweis auf die Liquidation „as a going concern“ (übertragende Sanierung) setzt in jedem Fall ein sog. dual-track Verfahren zur Ermittlung der entsprechenden Werte voraus (s. o.). Dieses Verfahren wird sehr frühzeitig einzuleiten sein, weil nach Art. 10 Abs. 4 RL-Vorschlag (s. o.) nur ein geringer Zeitraum nach Planvorlage zur gerichtlichen Prüfung bleibt und in dieser Zeit ein Investorenverfahren kaum umsetzbar sein wird. Es erscheint deshalb

unbedingt notwendig, die Bestätigungsfrist des Art. 10 Abs. 4 entsprechend zu verlängern (s. o.).

Rechtsstaatlich geboten erscheint eine Änderung des Art. 11 Abs. 1 b) RL-Vorschlag mit Hinblick auf die dort formulierte Möglichkeit, einen Restrukturierungsplan auch bei Zustimmung nur einer einzigen Gruppe zu bestätigen (vgl. hierzu den oben gebildeten Beispielsfall zur Forderungsanmeldung). Diese Gestaltung weicht deutlich von § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO ab, der in einer vergleichbaren Situation nur eine Mehrheit aller abstimmenden Gruppen genügen lässt.

Art. 11 Abs. 1 b) des RL-Vorschlags sollte deshalb in Anlehnung an § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO geändert werden. Nur wenn die Mehrheit aller abstimmenden Gruppen für den Plan stimmt, ist dieser angenommen.

Dies erscheint schon aus praktischen Gründen notwendig, weil eine mehrheitliche Ablehnung durch betroffene Gläubiger als klares Indiz dafür gelten kann, dass diese Gläubiger ihre künftige Zusammenarbeit mit dem Schuldner überdenken oder zumindest verändern werden.

Um Missbräuche im Rahmen von Konzernstrukturen zu verhindern, sollte zudem die in Art. 12 Abs. 2 eingeräumte Möglichkeit einer Einordnung von Anteilseignern in eine eigene Klasse auch auf Konzerngesellschaften erweitert werden, die im Rahmen eines Restrukturierungsverfahrens als Gläubiger eines verbundenen Unternehmens auftreten.

13. Beanstandungen von Restrukturierungsplänen (Art. 13, 15 RL-Vorschlag)

Mit **Art. 13 Abs. 1 und 2** definiert der RL-Vorschlag die Einspruchsrechte individueller Gläubiger gegen einen Restrukturierungsplan. Dabei lässt es Art. 13 Abs. 4 RL-Vorschlag offen, ob diese Rechte vor einer Planbestätigung oder erst im Wege einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle der Bestätigung (Art. 15) geltend gemacht werden.

Für den betroffenen Gläubiger muss deutlich werden, zu welchem Zeitpunkt er sich gegen den Restrukturierungsplan wehren kann.

Nach **Art. 15 Abs. 3** hat auch ein Rechtsbehelf gegen einen Beschluss zur Bestätigung eines Restrukturierungsplans in Bezug auf die Ausführung des Plans keine aufschiebende Wirkung.

Erwägungsgrund (32) führt dazu aus:

„Betroffene Beteiligte sollten die Möglichkeit haben, einen Rechtsbehelf gegen einen Beschluss über die Bestätigung eines Restrukturierungsplans einzulegen. Um die Wirksamkeit des Plans zu gewährleisten, die Unsicherheit zu verringern und nicht zu rechtfertigende Verzögerungen zu vermeiden, sollten Rechtsbehelfe jedoch in Bezug auf die Umsetzung des Restrukturierungsplans

keine aufschiebende Wirkung haben. Für den Fall, dass einer Minderheit von Gläubigern aus dem Plan nachweislich ein nicht zu rechtfertigender Nachteil entstanden ist, sollten die Mitgliedstaaten als Alternative zur Aufhebung des Plans die Gewährung eines finanziellen Ausgleichs für die betreffenden ablehnenden Gläubiger erwägen, der vom Schuldner oder von den Gläubigern, die für den Plan gestimmt haben, zu zahlen ist.“

Anders als etwa im deutschen Insolvenzplan (§ 251 InsO) sieht der RL-Vorschlag auch keinen Minderheitenschutz vor. Im Plan selbst müssen deshalb keine Vorkehrungen für den Fall getroffen werden, dass die Schlechterstellung eines ablehnenden Beteiligten bei späterer gerichtlicher Prüfung bestätigt wird. Art. 15 Abs. 4 b) RL-Vorschlag sieht zwar für diesen Fall die Möglichkeit der Gewährung eines finanziellen Ausgleichs vor, den der Schuldner oder die zustimmenden Gläubiger zu tragen hätten. Dieser finanzielle Ausgleich steht aber nicht im Plan und unterliegt damit immer der Gefahr, dass er vom Schuldner nicht bedient werden kann.

In Abänderung von Art. 15 Abs. 3 RL-Vorschlag sollte ein Rechtsbehelf gegen einen Beschluss zur Bestätigung eines Restrukturierungsplans in Bezug auf die Ausführung des Plans nur dann keine aufschiebende Wirkung entfalten, wenn im Plan Mittel für den Fall bereitgestellt werden, dass ein ablehnender, im Plan genannter Gläubiger seine Schlechterstellung nachweist.

14. Besondere Vorrechte für „Restrukturierungsgläubiger“ (Art. 16 ,17 RL-Vorschlag)

a) Art. 16 (RL-Vorschlag)

Art. 16 des RL-Vorschlags sieht besondere Vorrechte für Finanzgläubiger vor, die erst im Rahmen der Restrukturierung oder zu ihrer Umsetzung auftreten. Hier werden Kreditgeber angesprochen, die in der Restrukturierung neues Geld zur Verfügung stellen, sei es dauerhaft oder als Brückenfinanzierung.

Art. 16 Abs. 1 des RL-Vorschlags schafft für diese Finanzgläubiger Vorrechte in einem späteren Insolvenzverfahren des Schuldners:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen in geeigneter Weise gefördert und geschützt werden. Insbesondere dürfen neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen in späteren Insolvenzverfahren nicht als die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligende Handlungen für nichtig, anfechtbar oder nicht durchsetzbar erklärt werden, es sei denn, die Transaktionen wurden in betrügerischer Absicht oder bösgläubig vorgenommen.“

Art. 16 Abs. 2 des RL-Vorschlags setzt sie im Fall eines anschließenden Liquidationsverfahrens auf den Rang vor § 38 InsO:

„Die Mitgliedstaaten können Gebern von neuen Finanzierungen oder Zwischenfinanzierungen das Recht gewähren, in späteren Liquidationsverfahren Zahlungen vorrangig gegenüber anderen Gläubigern zu erhalten, die anderenfalls höher- oder gleichrangige Ansprüche auf Geld oder Vermögenswerte hätten. In diesen Fällen stufen die Mitgliedstaaten neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen mindestens als vorrangig gegenüber den Ansprüchen gewöhnlicher ungesicherter Gläubiger ein.“

Art. 16 Abs. 3 des RL-Vorschlags schließt darüber hinaus auch Haftungen nach zivilrechtlichen, öffentlich-rechtlichen oder strafrechtlichen Haftungsgrundlagen aus:

„Die Geber von neuen Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen in einem Restrukturierungsprozess werden von der zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Haftung im Zusammenhang mit einer späteren Insolvenz des Schuldners befreit, es sei denn, die Finanzierung wurde in betrügerischer Absicht oder bösgläubig gewährt.“

Erwägungsgrund (31) führt dazu aus:

„Der Erfolg eines Restrukturierungsplans kann häufig davon abhängen, ob finanzielle Ressourcen vorhanden sind, um erstens den Betrieb des Unternehmens während der Restrukturierungsverhandlungen und zweitens die Umsetzung des Restrukturierungsplans nach dessen Bestätigung zu unterstützen. Neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen sollten daher von Insolvenzanfechtungsklagen ausgenommen werden, die zum Ziel haben, dass solche Finanzierungen in späteren Insolvenzverfahren als die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligende Handlungen für nichtig, anfechtbar oder nicht durchsetzbar erklärt werden. Nationale Insolvenzvorschriften, die Insolvenzanfechtungsklagen für den Fall vorsehen, dass der Schuldner schließlich insolvent wird, oder nach denen neue Kreditgeber mit zivil-, verwaltungs- oder strafrechtlichen Sanktionen belegt werden können, weil sie Schuldnern in finanziellen Schwierigkeiten Kredit gewähren, gefährden die Verfügbarkeit der für die erfolgreiche Aushandlung und Umsetzung eines Restrukturierungsplans erforderlichen Finanzierung. Anders als bei einer neuen Finanzierung, die von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde als Teil eines Restrukturierungsplans bestätigt werden sollte, wissen die Parteien bei einer Zwischenfinanzierung nicht, ob der Plan schließlich bestätigt wird oder nicht. Die Beschränkung des Schutzes von Zwischenfinanzierungen auf die Fälle, in denen der Plan von den Gläubigern angenommen oder von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde bestätigt wird, würde potenzielle Kreditgeber von der Bereitstellung von Zwischenfinanzierungen abhalten. Zur Vermeidung möglichen Missbrauchs sollten nur Finanzierungen geschützt werden, die für die Fortsetzung des Betriebs oder das Überleben des Unternehmens des Schuldners oder für die Erhaltung oder Steigerung des Wertes dieses Unternehmens bis zur Bestätigung des Plans nach vernünftigem Ermessen unverzüglich erforderlich sind. Schutz vor Insolvenzanfechtungsklagen und Schutz vor persönlicher Haftung sind Mindestgarantien, die für Zwischenfinanzierungen und neue Finanzierungen gewährt werden. Wenn jedoch neue Kreditgeber ermutigt werden sollen, das erhöhte Risiko einzugehen, das mit einer Investition in einen rentablen Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten verbunden ist, sind je-

doch möglicherweise weitere Anreize notwendig, zum Beispiel ein Vorrang solcher Finanzierungen zumindest gegenüber ungesicherten Ansprüchen in späteren Insolvenzverfahren.“

Hier überrascht schon die Behauptung, dass nationale Insolvenzvorschriften die Verfügbarkeit von Krediten für Schuldner in finanziellen Schwierigkeiten gefährden können. Beurteilt man das Insolvenzrecht nach seinen Fähigkeiten zur Stimulation von Krediten müsste es für Finanzgläubiger in Gänze außer Kraft gesetzt werden.

Die besondere Nähe eines Schuldners zur Insolvenz kann jedenfalls für die Privilegierung von Finanzgläubigern nur dann ein förderungsfähiges Kriterium sein, wenn sie nicht eine Ungleichbehandlung mit anderen kreditierenden Gläubigern herbeiführt. Aus diesem Grund müssten die hier angesprochenen Privilegien alle kreditierenden Gläubiger, also auch Warenkreditgeber und Lieferanten (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 nennt sie „gewöhnliche ungesicherte Gläubiger“) erfassen. Die letztgenannten Gläubigergruppen werden nach der Vorstellung des RL-Vorschlags auch der Gefahr einer erzwungenen Konservierung ihrer Vertragsbeziehungen und Vertragssituationen nach Art. 7 unterliegen. Sie sind in dieser Rolle also deutlich stärker belastet als neu hinzutretende Gläubiger, die ihr Ausfallrisiko aufgrund der Verhandlungen über den Restrukturierungsplan auch noch besser abschätzen können.

Art. 16 geht trotz dieser Ausgangslage offenbar davon aus, dass nur die angesprochenen Finanzgläubiger in den Genuss der umfangreichen Privilegien kommen sollen. Warenkreditgeber und Lieferanten (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 nennt sie „gewöhnliche ungesicherte Gläubiger“) sollen demgegenüber nicht privilegiert werden. Diese Gestaltung wird aus den aufgeführten Gründen einer verfassungsgerichtlichen Prüfung nicht standhalten.

Diese sehr weitgehende Privilegierung der Restrukturierungsfinanzierung findet auch keine Entsprechung im deutschen Recht. Allein die Rechtsprechung des BGH zu sog. ernsthaften Sanierungsversuchen (s. o.) hat im Bereich des Anfechtungsrechts bislang erst Ansätze entwickelt, die in eine ähnliche Richtung weisen. Sie schließt allerdings nur die Wirkungen des § 133 InsO aus und erfasst nicht das gesamte Insolvenzanfechtungsrecht.

Grundsätzlich würde eine rangmäßige Privilegierung von Neu- und Zwischenfinanzierungen vor sonstigen Insolvenzforderungen gemäß § 38 InsO, wie sie Art. 16 Abs. 2 RL-Vorschlag als Regelungsoption eröffnet, deutlich über das differenzierte(re) System der §§ 264 ff. InsO hinausgehen, die Abschaffung der Rangklassen durch die InsO wieder revidieren und wäre deshalb aus deutscher Perspektive abzulehnen.

Überdies lädt Art. 16 des RL-Vorschlags zu Missbrauch ein. Der Markt für sog. DIP-Financing (Debtor-In-Possession Financing) wird maßgeblich durch Maßgaben des Bankaufsichtsrechts determiniert. Nicht ohne Grund treten deshalb in den USA, in denen Fälle nach chapter 11 des US bankruptcy code bereits seit langem mit DIP-Financing gestützt werden, vermehrt Hedgefonds als unregulierte Marktteilnehmer auf. Mit einer fortschreitenden Regulierung der Banken durch am Ausfallrisiko orientierten höheren Eigenkapitalanforderungen werden auch die Banken in der EU kaum in der Lage sein, das Geschäftsfeld des DIP-Financing für

sich zu erschließen. Die hohen Ertragserwartungen nichtregulierter Marktteilnehmer lassen hier Vertragsgestaltungen erwarten, die zu Lasten der Schuldner und der übrigen Gläubiger in kurzer Frist hohe Erträge erwirtschaften sollen. Eine umfassende Haftungsfreistellung, wie sie Art. 16 Abs. 3 vorschlägt, ist in diesem Zusammenhang kontraproduktiv.

Art. 16 Abs. 1 RL-Vorschlag sollte eine anfechtungsrechtliche Privilegierung nur im Fall eines ernsthaften Sanierungsversuchs (s. o.) vorsehen. Weitere Privilegierungen sollten nicht eingeführt werden.

b) Art. 17 (RL-Vorschlag)

Art. 17 Abs. 1 und 2 des RL-Vorschlags erweitern den Kreis der bei einer Anschlussinsolvenz privilegierten Gläubiger:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Transaktionen, die vorgenommen werden, um die Aushandlung eines von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde bestätigten Restrukturierungsplans zu fördern, oder die mit solchen Verhandlungen in engem Zusammenhang stehen, in späteren Insolvenzverfahren nicht als die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligende Handlungen für nichtig, anfechtbar oder nicht durchsetzbar erklärt werden, es sei denn, die Transaktionen wurden in betrügerischer Absicht oder bösgläubig vorgenommen.

(2) Zu den Transaktionen, die den in Absatz 1 genannten Schutz genießen, gehören

a) die Zahlung angemessener Gebühren und Kosten im Zusammenhang mit der Aushandlung, Annahme, Bestätigung oder Umsetzung eines Restrukturierungsplans;

b) die Zahlung angemessener Gebühren und Kosten für die Inanspruchnahme professioneller Beratung im Zusammenhang mit einem Aspekt eines Restrukturierungsplans;

c) die Zahlung von Arbeitnehmerlöhnen für bereits geleistete Arbeit;

d) sonstige notwendige und angemessene Zahlungen und Auszahlungen im normalen Geschäftsgang;

e) Transaktionen wie neue Kredite, finanzielle Beiträge oder die teilweise Übertragung von Vermögenswerten außerhalb des normalen Geschäftsgangs, die im Hinblick auf Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan und in engem Zusammenhang damit vorgenommen werden.“

Mit Art. 17 des RL-Vorschlags wird die Privilegierung des Art. 16 Abs. 1 (Insolvenzanfechtung) auf Berater erweitert. Eine weitergehende Freistellung von Haftungsrisiken oder Bevorrechtigung wie in Art. 17 findet hier allerdings nicht statt. Die hier gewählte Lösung steht also im Ergebnis der deutschen Rechtslage wesentlich näher.

Auch in Art. 17 des RL-Vorschlags sollte wie in Art. 16 eine Privilegierung bei der Insolvenzanfechtung von der Teilnahme an einem ernsthaften Sanierungsversuch (s. o.) abhängig gemacht werden.

15. Zweite Chance für Unternehmer (Art. 19-23 RL-Vorschlag)

Mit den **Art. 19-23** greift der RL-Vorschlag eine europäische Entwicklung zur gesetzlichen Verankerung von Entschuldungsverfahren auf und unternimmt an zentralen Punkten den Versuch einer Harmonisierung.

Hervorzuheben ist hier aus deutscher Perspektive **Art. 20 Abs. 1 RL-Vorschlag**:

„Die Entschuldungsfrist, nach deren Ablauf überschuldete Unternehmer in vollem Umfang entschuldet werden können, beträgt höchstens drei Jahre ab folgendem Tag:

- a) im Falle eines Verfahrens, das mit der Liquidation der Vermögenswerte des überschuldeten Unternehmers endet, dem Tag, an dem die Justiz- oder Verwaltungsbehörde über den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens entschieden hat, oder*
- b) im Falle eines Verfahrens, das einen Tilgungsplan umfasst, dem Tag, an dem mit der Umsetzung des Tilgungsplans begonnen wurde.“*

Hier entsteht die Notwendigkeit einer Änderung des § 287 InsO sowie des erst zum 1.7.2014 neu gefassten § 300 InsO.

Der bisher 6 Jahre umfassende Zeitraum der sog. Wohlverhaltensperiode wird auf 3 Jahre verkürzt. Der VID begrüßt diesen Schritt, den er schon im Rahmen der letzten Reform der Restschuldbefreiung gefordert hatte.⁷

Auch **Art. 21** des RL-Vorschlags wird voraussichtlich keine Änderung des deutschen Rechts notwendig machen:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass, wenn ein überschuldeter Unternehmer im Einklang mit dieser Richtlinie entschuldet wird, ein mit der Überschuldung des Unternehmers zusammenhängendes Verbot, eine gewerbliche, geschäftliche, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeit aufzunehmen oder auszuüben, spätestens bei Ablauf der Entschuldungsfrist außer Kraft tritt, ohne dass ein neuer Antrag bei einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde gestellt werden muss.“

Dieser Vorschlag würde keine Synchronisation insb. mit § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG notwendig machen. Die dort angesprochene Verknüpfung mit dem Strafrecht wäre durch den Wortlaut („...ein mit der Überschuldung des Unternehmers zusammenhängendes Verbot...“) allerdings nicht ohne weitere Klarstellung ausgenommen.

In Art. 21 des RL-Vorschlags sollte klargestellt werden, dass hier Verbote angesprochen sind, die nur auf der Überschuldung des Unternehmers und nicht auf

⁷ Vgl. Stellungnahme zum Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 7.1.2013 - <http://www.vid.de/stellungnahmen/stellungnahme-zum-gesetz-zur-verkuerzung-des-restschuldbefreiungsverfahrens-und-zur-staerkung-der-glaebigerrechte/>

einer strafrechtlichen Verurteilung im Zusammenhang mit der Insolvenz beruhen.

16. Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierung, Insolvenz und zweiter Chance (Art. 25-27 RL-Vorschlag)

Der RL-Vorschlag widmet den (Insolvenz-)Verwaltern relativ große Aufmerksamkeit (Art. 25-27). Seine **Begründung** (S. 5) beurteilt den Aspekt der (Insolvenz-)Verwalter vor allem unter Effizienzgesichtspunkten:

„Die übermäßig lange Dauer der Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren in verschiedenen Mitgliedstaaten ist maßgeblich dafür verantwortlich, dass in diesen Ländern niedrige Beitreibungsraten erzielt und Anleger von der Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit abgeschreckt werden. In der Hälfte der Mitgliedstaaten dauern Insolvenzverfahren zwischen zwei und vier Jahre.¹⁰ Mit Ausnahme von drei Mitgliedstaaten hat sich die Dauer der Verfahren in den letzten vier Jahren nicht verbessert, in zwei Mitgliedstaaten hat sie im selben Zeitraum gar zugenommen. Besonders relevant für die Dauer der Verfahren sind der Grad der Spezialisierung der Richter und somit ihre Fähigkeit, Entscheidungen rasch zu treffen, die Professionalität der Verwalter im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und zweite Chance sowie der Einsatz digitaler Kommunikationsmittel in diesen Verfahren. Spezialisierte Insolvenzverwalter und Richter sowie die Verfügbarkeit von digitalen Instrumenten können zu einer erheblichen Verringerung der Dauer der Verfahren, zur Senkung der Kosten und zur Verbesserung der Qualität der Unterstützung oder Aufsicht beitragen.“

Der einschlägige **Erwägungsgrund (40)** widmet sich dann eher der technischen Umsetzung:
„Die Mitgliedstaaten sollten auch sicherstellen, dass die von Justiz- oder Verwaltungsbehörden bestellten Verwalter im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und zweite Chance ordnungsgemäß ausgebildet und bei der Erfüllung ihrer Aufgaben beaufsichtigt werden, dass sie in transparenter Weise unter gebührender Berücksichtigung der Notwendigkeit effizienter Verfahren bestellt werden und dass sie ihre Aufgaben integer erfüllen. Die Verwalter sollten auch einen freiwilligen Verhaltenskodex einhalten, mit dem ein angemessenes Aus- und Weiterbildungsniveau, die Transparenz der Pflichten dieser Verwalter und der Vorschriften über die Festsetzung ihrer Vergütung, der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung und die Einrichtung von Aufsichts- und Regulierungsmechanismen gewährleistet werden sollen, die eine geeignete wirksame Sanktionsregelung für diejenigen umfassen sollte, die ihren Pflichten nicht nachkommen. Diese Standards können erreicht werden, ohne dass grundsätzlich neue Berufe oder Befähigungsnachweise eingeführt werden müssen.“

Dieser Regelungsansatz ist ausgelöst durch die teilweise sehr deutlichen Unterschiede der Insolvenzpraxis in Europa. In einigen Mitgliedstaaten sind Ausbildung und Ausstattung der Gerichte und (Insolvenz-)Verwalter ganz offensichtlich verbesserungswürdig. Deutschland dürfte bei dieser Betrachtung trotz einiger Defizite nicht im Vordergrund gestanden haben.

Art. 25 des RL-Vorschlags bleibt allerdings an der Oberfläche berufsrechtlicher Regulierungen:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Mediatoren, Insolvenzverwalter und sonstige Verwalter, die in Sachen im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und zweite Chance bestellt werden, die nötige Aus- und Weiterbildung erhalten, um zu gewährleisten, dass ihre Dienste gegenüber den Parteien in einer wirksamen, unparteiischen, unabhängigen und sachkundigen Weise erbracht werden.

2) Die Mitgliedstaaten fördern mit ihnen geeignet erscheinenden Mitteln die Entwicklung und Einhaltung freiwilliger Verhaltenskodizes durch Verwalter im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und zweite Chance sowie andere wirksame Aufsichtsmechanismen für die Erbringung solcher Dienste.“

Nach Abs. 1 soll die notwendige Grund- und Fortbildung der (Insolvenz-)Verwalter durch die Mitgliedstaaten sichergestellt werden, damit diese ihre Aufgaben gegenüber den Beteiligten effektiv, unparteiisch, unabhängig und kompetent verrichten.

Mit Blick auf die deutsche Rechtslage dürfte dies eine gesetzliche Verankerung von Ausbildungsnachweisen notwendig machen. Dies gilt sowohl mit Blick auf eine Grundausbildung wie auch auf die laufende Fort- und Weiterbildung.

Nach Abs. 2 sollen die Mitgliedstaaten die Entwicklung und Beachtung von freiwilligen Verhaltensnormen und andere effektive Mechanismen zur Überwachung der Tätigkeit von (Insolvenz-)Verwaltern fördern. Als freiwilliges Regelwerk wären in Deutschland die Berufsgrundsätze und die Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung (GOI) des VID anzusprechen. Eine Förderung durch den Gesetzgeber wäre denkbar durch eine gesetzliche Verankerung als Bestellungs voraussetzung. Diese gesetzliche Verankerung müsste dann allerdings wohl sicherstellen, dass der Gesetzgeber eine Art Rechtsaufsicht in der Form eines Genehmigungsvorbehalts ausüben kann und die Berufsgrundsätze und die GOI (wie bereits praktiziert) als offener Standard jedem Berufsträger zur Verfügung stehen.

Mit der Verpflichtung zur Förderung durch die Mitgliedstaaten nicht notwendig verbunden ist die Einführung einer Zertifizierungsverpflichtung. Sie könnte wegen der damit verbundenen Kosten als Beschränkung der Berufsfreiheit gewertet werden. In diesem Fall wäre verfassungsrechtlich ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen, weil es sich um eine indirekte Beschränkung der Berufswahl handeln würde. Unter dem maßgeblichen Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit müsste der Gesetzgeber wohl sicherstellen, dass entweder ein ausreichendes Angebot von Zertifizierungsgesellschaften durch entsprechende Konkurrenz die Preise niedrig hält oder er müsste für solche Zertifizierungen selbst eine Preisobergrenze festlegen. Im letzteren Fall könnte er dann allerdings auch gleich eine Zertifizierung durch staatliche Stellen (evtl. auch durch dazu beliehene Unternehmen) und damit ein staatliches Überwachungssystem erwägen.

Andere effektive Überwachungsmechanismen (Art. 25 Abs. 2 letzter Halbsatz RL-Vorschlag) könnten in diesem Zusammenhang ein Zulassungssystem mit laufenden Zertifizierungsnachweisen und/oder eine verstärkte Überwachung durch die Gerichte sein. Beide Optionen erscheinen mit Blick auf Deutschland eher unwahrscheinlich.

Art. 26 des RL-Vorschlages widmet sich der Bestellung von Insolvenzverwaltern und Restrukturierungsverwaltern:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Verfahren für die Bestellung, die Abberufung und den Rücktritt von Verwaltern im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und zweite Chance klar, berechenbar und fair ist und insbesondere den Anforderungen der Absätze 2, 3 und 4 genügt.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Zulassungsvoraussetzungen und die Gründe, aus denen ein Insolvenzverwalter möglicherweise nicht für eine Bestellung in Betracht kommt, klar und transparent sind.

(3) Wenn die Verwalter im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und zweite Chance von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde bestellt werden, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die Kriterien, nach denen die Justiz- oder Verwaltungsbehörde einen solchen Verwalter auswählt, klar und transparent sind. Bei der Auswahl eines Verwalters im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und zweite Chance für eine bestimmte Sache wird der Erfahrung und der Sachkunde des Verwalters gebührend Rechnung getragen. Falls angezeigt, werden Schuldner und Gläubiger zur Auswahl des Verwalters gehört.

(4) In Restrukturierungs- und Insolvenzverfahren mit grenzüberschreitenden Bezügen wird der Fähigkeit des Verwalters, mit ausländischen Insolvenzverwaltern und Justiz- oder Verwaltungsbehörden zu kommunizieren und zusammenzuarbeiten, sowie seinen personellen und administrativen Ressourcen gebührend Rechnung getragen.“

Abs. 1 betrifft nach seinem Wortlaut die Bestellung im Einzelfall. Die Bedingungen der Bestellung, der Abberufung und des Rücktritts vom Amt im konkreten Einzelfall sollen klar, vorhersehbar und gerecht sein. Diese Vorgaben implizieren eine gesetzliche Regelung wie sie in den §§ 56 f. InsO ansatzweise existiert. Dabei wird jedoch nicht zwischen Vorauswahl und Bestellung unterschieden, weil die Vorauswahl nach dem Regelungskonzept des Vorschlags zumindest teilweise bereits durch die Maßgaben in Art. 25 RL-Vorschlag (Ausbildung und Regulierung) getroffen wird.

Abs. 2 fordert von den Mitgliedstaaten klare und transparente Regeln für die Eignung bzw. die Inhabilität. Diese Anforderungen beschreiben (Vor-)Auswahlkriterien, die notwendig abstrakt formuliert werden müssen, weil sie nicht jeden denkbaren Einzelfall beschreiben können. Sie folgen damit der ständigen Rechtsprechung des BVerfG (s. zuletzt 1 BvR 369/08 m. w. N.), die ebenfalls Anforderungskriterien einfordert. Es formuliert dazu (a.a.O. Rn. 14):

„Es ist Aufgabe der Fachgerichte, die Kriterien für die Feststellung der Eignung eines Bewerbers sowie für eine sachgerechte Ausübung des Auswahlmessens zu entwickeln (vgl. BVerfGE 116, 1 <17>; BVerfGK 8, 368 <371>; 418 <419>). Wenn die Fachgerichte die Aufnahme eines Be-

werbers auf die Vorauswahlliste ablehnen, überprüft das Bundesverfassungsgericht nicht, ob die zugrunde gelegten Kriterien zweckmäßig sind und das einfache Recht objektiv richtig angewendet wurde, sondern nur, ob ein Fehler vorliegt, der gerade auf der Nichtbeachtung von Grundrechten beruht (vgl. BVerfGK 8, 372 <375>; 418 <420>). Dies ist in erster Linie dann der Fall, wenn die Fachgerichte die Bestellung zum Insolvenzverwalter sowie im Vorfeld die Aufnahme in die Vorauswahlliste von Voraussetzungen abhängig machen, die aus Sachgründen offensichtlich nicht mehr zu rechtfertigen sind.“

Die vom BVerfG vorgenommene Aufgabenzuweisung an die Gerichte wird vom RL-Vorschlag nicht übernommen. Es ist gerade nicht mehr Aufgabe der Gerichte, sondern der Mitgliedstaaten solche (Vor-)Auswahlkriterien zu entwickeln. Dies deutet auf eine detailliertere gesetzliche Regelung von (Vor-)Auswahlkriterien durch den deutschen Gesetzgeber hin, die sich an der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH (s. zuletzt IX AR (ZV) 1-7/15) orientieren könnte.

Abs. 3 fordert bei der Bestellung im konkreten Einzelfall wiederum klare und transparente Regeln, die bei der Bestellungsentscheidung insbesondere auch die Erfahrung und die Fachkenntnisse des (Insolvenz-)Verwalters berücksichtigen. Auch hier wird die Verantwortung für die eindeutige Formulierung und gleichmäßige Anwendung solcher Regeln den Mitgliedstaaten zugewiesen. Die Zuweisung der Bestellungsentscheidung an die Gerichte entbindet den Mitgliedstaat nicht von dieser Verantwortung.

Der RL-Vorschlag lässt zwangsläufig offen, ob die deutsche Praxis den neuen europäischen Anforderungen genügt. Er sieht allerdings die Mitgliedstaaten in der Pflicht, einen Wildwuchs an intransparenten oder willkürlich angewandten Regeln zu verhindern. Dies impliziert eine gesetzliche Regelung, die zumindest die Aufstellung solcher Regeln durch einzelne Richter oder Gerichte sowie ihre gleichmäßige Anwendung überwachen. Beides dürfte nur durch ein gesetzliches Muster zu erreichen sein, das mögliche Bestellungskriterien abschließend aufzählt und dabei den Kriterien der Erfahrung und der Fachkenntnis eine ausreichende Beachtung sichert.

Art. 27 des RL-Vorschlages erfasst schließlich die Aufsicht und ihre Organisation sowie eine grundsätzliche Orientierung des Vergütungsrechts:

„(1) Die Mitgliedstaaten richten geeignete Aufsichts- und Regulierungsstrukturen ein, um sicherzustellen, dass die Arbeit von Verwaltern im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und zweite Chance in geeigneter Weise beaufsichtigt wird. Diese Aufsicht und diese Regulierung umfassen auch eine geeignete wirksame Sanktionsregelung für Verwalter, die ihren Pflichten nicht nachkommen.

(2) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die Gebühren, die von Verwaltern im Bereich Restrukturierung, Insolvenz und zweite Chance in Rechnung gestellt werden, Vorschriften gelten, die einen zeitnahen, effizienten Abschluss der Verfahren unter gebührender Berücksichtigung der Komplexität der Sache fördern. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass geeignete Verfahren mit

eingebauten Garantien zur Verfügung stehen, um zu gewährleisten, dass Streitigkeiten über die Vergütung zeitnah beigelegt werden können.“

Abs. 1 postuliert ein Aufsichtsregime, das durch entsprechende Aufsichtsstrukturen institutionell gestützt wird und neben der Überwachung der Berufstätigkeit („oversight“) auch die Regulierung, d. h. die Entwicklung und Einführung von Berufsregeln sowie die Sanktionierung von Pflichtverstößen umfasst. Überträgt man diese Maßgaben auf die deutsche Rechtslage, dann lassen sie den Schluss zu, dass der deutsche Gesetzgeber mit der derzeitigen gerichtlichen Aufsicht über Insolvenzverwalter den europäischen Anforderungen noch nicht genügt. Insbesondere die Aufsicht und Sanktionierung von Pflichtverstößen wird hier nur einzelfallbezogen von den jeweiligen Gerichten ausgeübt. Gesetzliche Regeln zur effektiven Sanktionierung von Pflichtverstößen würden in jedem Fall sicherstellen, dass eine Sanktionierung die berufliche Tätigkeit des Sanktionierten insgesamt beeinflusst. Soweit also die berufliche Tätigkeit an mehreren Gerichten ausgeübt wird, müsste eine Sanktionierung an allen oder durch alle Gerichte(n) erfolgen. Dies wird eine Koordination notwendig machen, die wohl nur von einer dazu übergeordneten Stelle geleistet werden könnte.

Abs. 2 Satz 1 lenkt das Anreizsystem des Vergütungsrechts hin zur möglichst unverzüglichen und effizienten Beendigung von Verfahren bei gleichzeitiger Beachtung ihrer jeweiligen Besonderheiten. Es soll also kein verfahrensblindes Anreizsystem zur Beschleunigung von Insolvenzverfahren geschaffen werden. Stattdessen muss ein notwendig gerichtliches Ermessen weiterhin den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung tragen.

Mit Blick auf die Diskussion über eine Reform des deutschen Vergütungsrechts und den hierzu vom VID entwickelten Vorschlag (<http://www.vid.de/initiativen/insolvenzrechtliches-verguetungsgesetz-insvg/>) lässt sich aus dem RL-Vorschlag jedenfalls die Aufforderung an den deutschen Gesetzgeber ableiten, die zügige Verfahrensbeendigung im Vergütungsrecht stärker zu verankern. Bislang ist dies ein Gesichtspunkt, der dort (insb. im Rahmen der Zuschlagstatbestände des § 3 Abs. 1 InsVV) für die Zumessung einer angemessenen Vergütung keine wesentliche Rolle spielt. Zur Beurteilung einer zügigen Verfahrensbeendigung wird man auf Durchschnittswerte zurückgreifen müssen, die durch eine entsprechende (ggf. nach den Vorgaben aus Art. 29 des RL-Vorschlags nochmals erweiterte) Insolvenzstatistik zu ermitteln wären. Eine Überschreitung der so ermittelten Durchschnittswerte würde einen Rückgriff auf die vom RL-Vorschlag geforderte Einzelfallbetrachtung notwendig machen. Diese Einzelfallbetrachtung des Gerichts wäre durch Einführung einer entsprechenden gesetzlichen Vortragslast bei der Antragstellung zu unterstützen.

Der in Abs. 2 Satz 1 ebenfalls angesprochene Gesichtspunkt der Effizienz macht die Betrachtung des Verhältnisses zwischen Aufwand (Kosten) und Ertrag (Quote) notwendig. Diese Vorgabe ist deshalb wieder nach Art. 29 des RL-Vorschlags mit Maßgaben für eine entsprechende statistische Erfassung verbunden. Wie schon im Rahmen der zügigen Verfahrensbeendigung wird man hier voraussichtlich auf Indikatoren zurückgreifen, die aus der Statistik gewonnen werden. Sobald diese Indikatoren auf eine ineffiziente Verfahrensbear-

beitung hinweisen wären zunächst eine erweiterte gesetzliche Vortragslast und evtl. anschließende negative Vergütungsanreize denkbar.

Für die Gestaltung der Vergütungsregeln in Restrukturierungsverfahren enthält der RL-Vorschlag über die Effizienz hinaus keine weiteren Vorgaben. Als Verfahren zur Insolvenzprävention kann nicht ohne weiteres auf die Vergütungsstruktur der InsVV zurückgegriffen werden, weil im Restrukturierungsplan kein Wert der Insolvenzmasse ermittelt wird. Die dort angestellten Vergleichsrechnungen zwischen Fortführungswerten und Liquidationswerten geben aber Anhaltspunkte für die möglichen Berechnungsgrundlagen.

Abs. 2 Satz 2 verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Implementation eines angemessenen Verfahrens, das Streitigkeiten über die Vergütung zügig auflöst und dabei mit „built-in safeguards“ den Schutz der Beteiligten sicherstellt.

Da die Erwägungsgründe zu dieser speziellen Maßgabe keine Hinweise enthalten, muss ihr Ziel aus einer Gesamtschau der mit dem RL-Vorschlag verfolgten Ziele erschlossen werden. Dabei fallen insbesondere die **Erwägungsgründe (5) und (11)** ins Auge:

„(5) Die übermäßig lange Dauer der Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren in verschiedenen Mitgliedstaaten ist maßgeblich dafür verantwortlich, dass in diesen Ländern niedrige Beitreibungsraten erzielt und Anleger von der Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit abgeschreckt werden.“

„(11) Die Restrukturierungskosten müssen sowohl für Schuldner als auch für Gläubiger gesenkt werden. Deshalb sollten die Unterschiede, die eine frühzeitige Restrukturierung rentabler Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten und die Möglichkeit einer zweiten Chance für redliche Unternehmer behindern, verringert werden. Dies dürfte zu mehr Transparenz, Rechtssicherheit und Berechenbarkeit in der Union führen, die Rendite für alle Arten von Gläubigern und Anlegern maximieren und grenzüberschreitende Investitionen fördern. Mehr Kohärenz dürfte außerdem die Restrukturierung von Unternehmensgruppen unabhängig vom Standort der Mitglieder der Gruppe in der Union erleichtern.“

Die in Abs. 2 Satz 2 angesprochenen Verfahren haben sich an diesen Zielen zu orientieren. Sie dürfen deshalb nicht zu einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führen und müssen dazu beitragen, die Kosten für Schuldner und Gläubiger gering zu halten.

In Restrukturierungsverfahren dürften Vergütungskonflikte deshalb zwingend durch eine gesonderte gerichtliche Entscheidung aufzulösen sein, die Restrukturierungsmaßnahmen nicht verzögert. Für Insolvenzverfahren, die bereits heute regelmäßig gerichtliche Vergütungsentscheidungen vorsehen, dürfte diese Maßgabe zumindest in Deutschland keinen gesetzlichen Regelungsbedarf auslösen.

17. Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel (Art. 28 RL-Vorschlag)

Mit **Art. 28** spricht der RL-Vorschlag die Digitalisierung von Verfahren an:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass folgende Handlungen elektronisch vorgenommen werden können, auch in grenzüberschreitenden Situationen:

- a) Geltendmachung von Ansprüchen;*
- b) Einreichung von Restrukturierungs- oder Tilgungsplänen bei den zuständigen Justiz- oder Verwaltungsbehörden;*
- c) Mitteilungen an die Gläubiger;*
- d) Abstimmung über Restrukturierungspläne;*
- e) Einlegung von Rechtsbehelfen.“*

Diese Maßgaben würden in Deutschland einen erheblichen Anpassungsbedarf bei Gerichten und Verwaltern auslösen. Der VID hat sich in diesem Zusammenhang für eine Digitalisierung von Insolvenzverfahren („Insolvenzverfahren 4.0“) eingesetzt. Die notwendigen technischen Aufrüstungen der Gerichte werden aber in den Justizbudgets der Länder erheblichen Investitionsbedarf verursachen.

18. Zusammenfassung

Der VID steht einem Richtlinienvorschlag grundsätzlich positiv gegenüber. Er formuliert in seiner Stellungnahme jedoch erhebliche Kritikpunkte. Die Wichtigsten werden hier nochmals kurz zusammengefasst:

a) Kritische Stellungnahme zum Richtlinienentwurf aus allgemeiner und volkswirtschaftlicher Sicht

- Ungesicherte empirische Daten zu grenzüberschreitenden Bezügen und Ergebnissen von nationalen Insolvenzverfahren erfordern – um rechtzeitig Korrekturen anbringen zu können – eine stufenweise und gestreckte Umsetzung des Vorschlags.
- Der europäische Gesetzgeber sollte eher die nationalen Insolvenzrechte verbessern (lassen) und so andere Mitgliedsstaaten auf ein höheres Niveau heben als die nationalen Insolvenzrechte durch ein Restrukturierungsverfahren zu unterlaufen.
- Die mangelnde Einbeziehung des Steuerrechts, insbesondere des Sanierungsgewinns, stellt die Erfolgsaussichten von Restrukturierungsverfahren nach dem RL-Vorschlag in Frage.
- Der RL-Vorschlag wird nicht zum Abbau von NPL´s beitragen. Er schafft wahrscheinlich mehr NPL´s als er beseitigt.
- Paradigmenwechsel: Das geplante Restrukturierungsverfahren ist kein Gläubigerbefriedigungsverfahren sondern ein Entschuldungsverfahren (ursprünglich war es einmal zur finanziellen Restrukturierung gedacht („scheme of arrangement“)). Nun betrifft es nicht nur Finanzgläubiger, sondern auch andere Gläubiger.
- Es drängt sich der Eindruck auf, das Verfahren diene zuerst der Bilanzbereinigung der Banken und nicht, wie behauptet, als Hilfe für kleinere und mittlere Unternehmen.
- Durch den RL-Vorschlag wird der rechtzeitige Verkauf von Unternehmen verhindert und unfähige Unternehmer können weiterwirtschaften (Gefahr: gute Arbeitskräfte wandern in dieser Phase möglicherweise ab). Nicht profitable Unternehmen ohne Daseinsberechtigung am Markt müssen jedoch weiterhin zügig abgewickelt werden können; die RL darf nicht dazu führen, dass notwendige Marktberichtigungen verhindert oder verzögert werden.
- Es besteht die Gefahr, dass sich Banken aus der Mittelstandsfinanzierung verabschieden und der Ausverkauf der Mittelstandskredite mit der Konsequenz begünstigt wird, dass NPL´s in einem unregulierten Markt bei Hedge-Fonds und ähnlichen

Marktteilnehmern landen, denen nicht in erster Linie am Erhalt der Unternehmen und der Arbeitsplätze gelegen ist, sondern am eigenen kurzfristigen Profit.

- Durch das Verfahren kann sich die Gefahr von Folgeinsolvenzen erhöhen (Stichwort: Restrukturierung in supply chains mit langen Zahlungszielen). Hier kann es zu Dominoeffekten in der Lieferantenkette kommen, die ein systemisches Risiko darstellen.

b) Kritische Stellungnahme zu den Verfahrensvoraussetzungen

- Die Abgrenzung zu national geregelten Insolvenzverfahren, insbesondere zu den Insolvenzgründen, ist nicht ausreichend klar und lädt dazu ein, das Restrukturierungsverfahren auch im Stadium materieller Insolvenzreife als Ausweichverfahren zum Schaden der Gläubiger zu missbrauchen.
- Der Eintritt von Insolvenzgründen während eines Restrukturierungsverfahrens muss in jedem Fall die Einschaltung eines Gerichts und die Bestellung eines Restrukturierungsverwalters nach sich ziehen. Wird daraufhin der Eintritt einer materiellen Insolvenz festgestellt, muss das Verfahren als Insolvenzverfahren fortgeführt werden.
- Bereits die Möglichkeit eines später notwendigen Eingriffs in Gläubigerrechte muss zumindest einen gerichtlichen Antrag zur Einleitung des Restrukturierungsverfahrens zwingend erforderlich machen.
- Der Nachweis einer pünktlichen und vollständigen Einhaltung von Buchhaltungs-, Bilanzierungs- und Steuerpflichten sollte als Antragsvoraussetzung in ein Restrukturierungsverfahren für alle Unternehmensarten festgeschrieben werden.
- Die jetzt mögliche Ausgestaltung der Einbindung aller Gläubiger in Moratorium und Plan ohne neutrale Überwachung lädt zum Missbrauch von Restrukturierungsverfahren ein. Dies birgt die große Gefahr, dass der Schuldner und die regelmäßig gut beratenen Großgläubiger die Sanierung massiv zu Lasten der Kleingläubiger und der Arbeitnehmer durchführen. Die Konsequenz wäre ein „Boxkampf verschiedener Gewichtsklassen ohne Ringrichter“. Deswegen fordern wir die Beschränkung des Verfahrens auf Finanzgläubiger.

c) Kritische Stellungnahme zur Eigenverwaltung und zum Moratorium

- Das Moratorium geht sehr weit und ist an so gut wie keine Eintrittsvoraussetzungen gebunden. Nach Auffassung des VID bedarf es zumindest eines Nachweises von 6 Monaten Liquidität als Eintrittsvoraussetzung in das Verfahren. Insbesondere wenn Insolvenzantragspflichten suspendiert werden sollen, muss ein Gericht die Voraussetzungen kontrollieren.
- Die Wirkungen des Moratoriums in Art. 7 gehen viel zu weit. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis bei der Suspendierung der Antragspflichten in Art. 7 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 3 sollte umgekehrt, Art. 7 Abs. 4 zumindest deutlich präziser gefasst und Art. 7 Abs. 5 ersatzlos gestrichen werden.
- Die Folgen des Moratoriums für Lieferanten, die weiter beliefern müssen, aber keine Zurückbehaltungsrechte geltend machen können, können verheerend sein, insbesondere in engen Lieferanten-Ketten, wenn Factoring betroffen ist oder Warenkreditversicherungen nicht mehr greifen.
- Die weitgehenden Folgen des Moratoriums könnten dazu führen, dass Gläubiger ihre Vertragsklauseln dergestalt ändern, dass sie schon vor einem Moratorium ihre Rechte gegenüber schwachen Vertragspartnern geltend machen können. Dies verlagert den Gefährdungszeitpunkt für kriselnde Unternehmen noch weiter nach vorne.
- Die Vorschrift des Art. 5 Abs. 3 sollte verschärft werden: aus der „Kann“- sollte eine „Muss“-Vorschrift werden.
- Bezüglich des Art. 5 Abs. 6 sollte eine Klarstellung erfolgen, dass die Bestellung eines Restrukturierungsverwalters auch erfolgen kann, wenn kein Fall des Art. 5 Abs. 3 a) oder b) vorliegt. Auch sollte in Art. 5 Abs. 3 a) ergänzt werden, dass ein Restrukturierungsverwalter bei allen Arten von Moratorien, nicht nur bei der allgemeinen Aussetzung bestellt werden sollte.
- Die 4-Monats-Frist des Art. 6 Abs. 4 sollte auf 3 Monate verkürzt werden.
- Art. 6 Abs. 5 des RL-Vorschlags sollte die Voraussetzungen einer Verlängerung von Aussetzungen deutlich enger fassen und auf Fälle begrenzen, in denen sich bereits nachweisbar eine Mehrheit der Gläubiger für den Restrukturierungsplan ausspricht und die Rechte der (noch) dissentierenden Gläubiger durch eine weitere Verlängerung nicht in ihrem Bestand gefährdet werden, weil bereits eine Insolvenzantragspflicht des Schuldners besteht.

d) Kritische Stellungnahme zum Planverfahren

Das Planverfahren ähnelt in vielen Punkten dem deutschen Planverfahrensrecht allerdings mit folgenden Schwächen:

- Es findet keine Vorprüfung durch das Gericht statt, d. h. der Plan scheitert erst am Ende mit entsprechend hohen Risiken für Schuldner und Gläubiger.
- Es findet keinerlei Forderungsprüfung statt. Wenn das Verfahren für alle Gläubiger gelten soll, dann ist eine Forderungsprüfung (Existenz und Umfang) zwingend; wenn das Verfahren nur für Finanzgläubiger gelten soll, dann möglicherweise nicht oder nur auf Antrag.
- Die Überprüfung im Rechtsmittelverfahren ist zu spät, da der Schaden dann schon eingetreten ist; die Forderungsprüfung sollte daher bei Art. 9 (Abs. 1) und nicht erst bei Art. 10 Abs. 2 geregelt werden.
- Das Vergleichs-Szenario im Kriterium des Gläubigerinteresses ist immer nur das Liquidations-Szenario, was unangemessen scheint. Der am Markt zu ermittelnde Fortführungswert sollte maßgeblich sein.
- Die Begrifflichkeit des Zeitwertes des Unternehmens (Art. 8 Abs. 1b) muss weiter definiert werden; es muss zudem klar sein, wofür dieser Zeitwert benötigt wird, insb. wozu er in Relation gesetzt wird.
- Mit der Durchsetzung des Plans gegen die Mehrheit entsteht ein Widerspruch zum grundsätzlichen Charakter als Konsensualverfahren, in dem die Mehrheit der Gläubiger den weiteren Verlauf bestimmen sollte.
- Grundsätzlich sollten bzgl. Art. 9 (Annahme von Plänen) und Art. 11 (klassenübergreifender Cram Down) qualifiziertere Mehrheiten gefordert und im RL-Vorschlag einheitlich festgeschrieben werden um Anreize zum forum shopping aufgrund unterschiedlicher nationaler Umsetzungen auszuschließen.
- Die in Art. 10 Abs. 4 festgelegte Prüfungsfrist von 30 Tagen ist zu kurz. Bei komplexeren Plänen mittlerer und großer Unternehmen und komplexen Geschäftsmodellen des Schuldners ist es weder dem Gericht noch eventuell von diesem zu benennenden Experten / Sachverständigen möglich, den Plan innerhalb einer solch kurzen Frist zu prüfen. Die Frist sollte auf mindestens 60 Tage verlängert werden.