Lizenziert für Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.

04.19

# KSI

Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

15. Jahrgang
Juli/August 2019
Seiten 145–192

www.KSIdigital.de

Wirtschaft
Recht
Steuern

**Herausgeber:**

*Peter Depré,* Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

*Dr. Lutz Mackebrandt,* Unternehmensberater

*Gerald Schwamberger,* Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

**Herausgeberbeirat:**

*Prof. Dr. Markus W. Exler,* Fachhochschule Kufstein

*Prof. Dr. Paul J. Groß,* Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

*WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth,* Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

*Dr. Harald Krehl,* Senior Advisor, Wendelstein

*Prof. Dr. Jens Leker,* Westfälische Wilhelms-Universität Münster

*Prof. Dr. Andreas Pinkwart,* HHL Leipzig Graduate School of Management

*Prof. Dr. Florian Stapper,* Rechtsanwalt, Stapper/Jacobi/Schädlich Rechtsanwälte-Partnerschaft, Leipzig

*Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck,* Richter a. D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

*Prof. Dr. Henning Werner,* Dekan der Fakultät für Wirtschaft, SRH Hochschule Heidelberg

**Strategien Analysen Empfehlungen**

Der „Präventive Restrukturierungsrahmen“ im Überblick (Teil A) [Dr. Utz Brömmekamp, 149]

Zur Bedeutung der akuten Zuliefererkrisen für die Automobilhersteller [Dr. Alexander Jaroschinsky, 156]

Neues von der vorläufigen Eigenverwaltung [Dr. Franziska Hackenberg, 162]

**Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen**

Absicherung von Forderungen zur vorinsolvenzlichen Krisenprophylaxe [Prof. Dr. W. Markus Exler / Prof. Dr. Mario Situm / Alexander Keller, 169]

Betriebswirtschaftliche Sanierungsansätze innerhalb der neuen Grundsätze für Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung [Swen Graf / Dr. Fabian Meißner / Dr. Stefan Weniger, 173]

DIN CEN/TS 17091 – Ein neuer Standard für das Krisenmanagement? [Frank Roselieb, 178]

Veränderte Marktanforderungen: Welche Zukunft haben Autohändler? [Beantwortet von Walter Missing u. a., 182]

ESV ERICH SCHMIDT VERLAG

69037

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2019 (http://www.ksidigital.de) - 22.07.2019 09:46

Lizenziert für Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.



# Der „Präventive Restrukturierungsrahmen“ im Überblick

## Sanierung außerhalb der Insolvenz (Teil A)

Dr. Utz Brömmekamp*

**Die Zeiten der bloßen Abwicklung oder Zerschlagung von in die Krise oder Insolvenz geratenen Unternehmen sind lange vorbei. Zunehmend reift nach dem Vorbild europäischer Nachbarn auch in Deutschland eine neue Sanierungskultur, die sich bislang indes in strukturierter Form nur innerhalb eines förmlichen Insolvenzverfahrens entfalten konnte. Bestrebungen der EU, einheitliche Regeln zur Vermeidung von Unternehmensinsolvenzen zu schaffen, setzen nunmehr auch den deutschen Gesetzgeber unter Handlungszwang. Mit der vom EU-Parlament am 28. 3. 2019 verabschiedeten Richtlinie (im Folg. RL) über „Präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie EU (2017) 1132“ (im Folg. PrävRR)[1] sind sämtliche Mitgliedstaaten zur Einführung eines vor- (bzw. präziser) außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens innerhalb eines Zeitraums von zwei, maximal drei Jahren verpflichtet. Dieser Beitrag zeigt die gesetzgeberische Historie sowie die Meinungsbildung innerhalb der europäischen Gremien auf und befasst sich mit der möglichen Gestaltung eines neuen Gesetzes.**

### 1. Einführung

Bereits im Rahmen der letzten Reformüberlegungen zum Insolvenzrecht wurde im politisch-legislativen Raum in Deutschland die Einführung eines eigenständigen vor- bzw. außergerichtlichen Sanierungsverfahrens in Anlehnung an das anglo-amerikanische Recht diskutiert, aber letztlich verworfen. Stattdessen wurde das bereits mit der Insolvenzordnung von 1999 (InsO)[2] eingeführte Insolvenzplanverfahren im Rahmen des am 1. 3. 2012 in Kraft getretenen „Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (ESUG)[3] das Schutzschirmverfahren gemeinsam mit einer gestärkten Eigenverwaltung als neues Sanierungsinstrument implementiert[4]. Das Thema eines außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens sollte frühestens nach Ablauf einer fünfjährigen Evaluierungsphase des ESUG im Jahr 2017 wieder aufgegriffen werden, was mit dem von der Bundesregierung in Auftrag gegebenen Evaluierungsbericht auch geschehen ist[5].

Parallel zu dieser Entwicklung in Deutschland hatte sich das EU-Parlament bereits am 15. 11. 2011 mittels einer Entschließung mit Empfehlungen zu Insolvenzverfahren im Rahmen des EU-Gesellschaftsrechts an die EU-Kommission gewandt[6]. Per Mitteilung an das EU-Parlament informierte die EU-Kommission am 12. 12. 2012 über Ideen eines neuen europäischen Ansatzes bei Firmenpleiten und Unternehmensinsolvenzen[7]. Am 12. 3. 2014 richtete die EU-Kommission eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten, sich innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten Gedanken über ein insolvenzvermeidendes Verfahren zur Restrukturierung bestandsfähiger Unternehmen zu machen und gewisse Mindeststandards innerhalb dieses Zeitraums umzusetzen[8].

Aufbauend auf den Erfahrungen aus der Empfehlung kündigte die Kommission dem EU-Parlament, dem EU-Rat sowie dessen Ausschüssen per Mitteilung vom 30. 9. 2015 die Einbringung eines Legislativentwurfs über Unternehmensinsolvenzen an, der Bestimmungen zu frühen Umstrukturierungen und zur „zweiten Chance“ enthalten sollte[9]. Am 22. 11. 2016 wurde der Richtlinienvorschlag[10] seitens der Kommission ins Parlament eingebracht. Inhaltlich erfuhr dieser infolge reger und kontroverser Diskussion in

* Dr. Utz Brömmekamp ist Rechtsanwalt und geschäftsführender Gesellschafter der Rechtsanwaltskanzlei und Unternehmensberatung Buchalik Brömmekamp (Düsseldorf, Berlin, Dresden, Frankfurt, Stuttgart).

1 Siehe unter http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0269-AM-109-109_DE.pdf.
2 BGBl. I S. 2866.
3 BGBl. I S. 2582, 2800.
4 Siehe auch Klupsch/Schulz, EuZW 2017 S. 85.
5 Siehe unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2018/101018_Bericht_ESUG.html; dort Bl. 134–139.
6 P7_TA (2011) 0484, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0484+0+DOC+XML+V0//DE.
7 COM (2012) 742 final, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0742:FIN:DE:PDF.
8 COM (2014) 1500.
9 COM (2015) 468, http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/COM-2015-468-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF.
10 COM (2016) 723 final, http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/COM-2016-723-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2019 (http://www.ksidigital.de) - 22.07.2019 09:46

Lizenziert für Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.



Die RL will den Spagat versuchen, einerseits gemeinsame Grundsätze anzuwenden und andererseits die nationalen Rechtssysteme zu wahren.

den involvierten Ausschüssen für Wirtschaft, Recht und Soziales mit einer Vielzahl von Änderungsanträgen z. T. maßgebliche Modifikationen, bevor er am 28. 3. 2019 im EU-Parlament verabschiedet wurde. Die nationale Umsetzungsfrist startet mit der Veröffentlichung im EU-Amtsblatt voraussichtlich im Juli 2019.

Vermutlich den mannigfachen Individualinteressen der einzelnen Mitgliedstaaten geschuldet, sind der RL eine stattliche Zahl von 101 Erwägungsgründen (im Folg. RL-ErwG) über Ziele, Motive und Hintergründe der sodann folgenden 35 Artikel (Art.) in Titeln I bis VI vorangestellt, von denen nur die Titel I (Allgemeine Bestimmungen) und II (Präventive Restrukturierungsrahmen) im Mittelpunkt dieses Beitrags stehen sollen.

## 2. Ziel der Richtlinie über PrävRR

In ihrer Mitteilung vom 30. 9. 2015 sprach die EU-Kommission vom „Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion“[11]. Damit stellte sie frühzeitig klar, dass die erwartete Richtlinie nur als ein kleiner Teil eines größeren Ganzen zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beitragen sollte (RL-ErwG Ziff. 1[12]). Als Mosaikstein dessen soll sie der Vereinheitlichung von Sanierungs- und Insolvenzpraxis zur Beseitigung von Schwierigkeiten bei der Restrukturierung grenzüberschreitend tätiger Unternehmen dienen.

Nach Art. 1 RL sollen präventive Restrukturierungsrahmen Schuldnern in finanziellen Schwierigkeiten bei einer wahrscheinlichen Insolvenz zur Verfügung stehen, um die Insolvenz abzuwenden und die Bestandsfähigkeit des Schuldners sicherzustellen.

Ferner sollen präventive Restrukturierungsrahmen dem (weiteren) Aufbau, nicht etwa dem bestehenden Abbau notleidender Kredite vorbeugen (Ziff. 3). Vielmehr ist es das Ziel, Unternehmen frühzeitig in ein präventives Verfahren zu bringen, bevor Kredite notleidend werden, getragen von der Hoffnung einer nachhaltigen Sanierung zum Erhalt von Vermögenswerten und Arbeitsplätzen und höheren Befriedigungsquoten für die Gläubiger (Ziff. 3, 16). Gleichzeitig wird aber ebenso deutlich postuliert, dass nur bestandsfähige Unternehmen den Zugang zum PrävRR finden sollen.

Wirtschaftlich nicht bestands- und überlebensfähige Unternehmen sollen ebenso konsequent zur Vermeidung „der Beschleunigung und Anhäufung von Verlusten zum Nachteil der Gläubiger so schnell wie möglich abgewickelt werden“ (Ziff. 3). Dies deutet auf eine hierzulande eher fremde, anderen Mitgliedstaaten indes durchaus geläufige Sichtweise hin, förmliche Insolvenzverfahren auf bloße Unternehmensliquidationen zu beschränken. Auch wenn dies mit Blick auf das in Deutschland zunehmend etablierte ESUG-Verfahren mit einer Sanierung innerhalb eines förmlichen Insolvenzverfahrens nicht begrüßenswert wäre, wird sich der deutsche Gesetzgeber mit dieser Frage jedenfalls befassen müssen.

Die Verfasser der RL stellen eingangs fest, dass die fehlende Harmonisierung der Verfahren in den Mitgliedstaaten bei grenzüberschreitenden Geschäftsbeziehungen verunsichernd oder gar abschreckend wirke. Zwar sei eine zunehmende Sanierungsorientierung zu beobachten. Indes unterschieden sich die Sanierungsinstrumente und deren Anwendung bezüglich der Dauer, der Kostenbelastung sowie der gerichtlichen Beteiligung stark (Ziff. 4, 6, 7). Mit der kritischen Feststellung, „einige Mitgliedstaaten verfügten über ein begrenztes Spektrum an Verfahren, die eine Restrukturierung von Unternehmen erst relativ spät im Rahmen von Insolvenzverfahren erlauben“ (Ziff. 4), wird Deutschland unmittelbar adressiert.

Die verbreitete Ansicht[13], der PrävRR sei nur für wenige, im Zweifel (grenzüberschreitend tätige) Großunternehmen geeignet, konterkariert die Erwartungshaltung der RL-Verfasser, die an verschiedenen Stellen darauf hinweisen, gerade Kleinstunternehmen sowie kleine und mittlere Unternehmen (KMU) ansprechen zu wollen, die „99 % aller Unternehmen in der Union ausmachen“ und denen die Ressourcen zum Bewerten grenzüberschreitender Risiken ebenso fehle wie die wirtschaftliche Potenz, erforderliche Restrukturierungskosten zu tragen[14]. Die RL will den Spagat versuchen, einerseits gemeinsame Grundsätze anzuwenden und andererseits die nationalen Rechtssysteme zu wahren[15].

## 3. Leitbild der EU-Kommissionsempfehlung vom 12. 3. 2014[16]

Nach den ursprünglichen Empfehlungen der EU-Kommission soll insolvenzgefährdeten Unternehmen[17] die gesetzliche Möglichkeit gegeben werden, sich mit allen oder nur einigen Gläubigern[18] mehrheitlich auf einen Restrukturierungsplan zu einigen, um den Fortbe-

11 EU COM (2015) 468, https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/DE/1-2015-468-DE-F1-1.PDF.
12 Ziffernangaben ohne Zusatz beziehen sich nachfolgend auf die RL-ErwG.
13 Für viele und m.w.N. Neuberger, ZInsO 2018 S. 2053.
14 Vgl. RL-ErwG Ziff. 7, 17; in diesem Sinne auch Riewe, ZRP 2017 S. 179, 182.
15 „Die Mitgliedstaaten sollen in der Lage sein, in ihren nationalen Rechtssystemen andere, präventive Restrukturierungsmaßnahmen als die in dieser Richtlinie vorgesehenen beizubehalten oder solche einzuführen“, RL-ErwG Ziff. 16.
16 COM (2014) 1500, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX%3A32014H0135.
17 Die RL nimmt nunmehr Unternehmen der Versicherungs- und Finanzierungs-/Kreditbranche sowie der öffentlichen Hand aus (vgl. Art. 1 Abs. 2 RL).
18 Die RL stellt nunmehr frei, hier Arbeitnehmerforderungen, Pensionsanwartschaften sowie Unterhaltsforderungen und deliktische Ansprüche auszunehmen (vgl. Art. 1 Abs. 5 RL).

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2019 (http://www.ksidigital.de) - 22.07.2019 09:46

Lizenziert für Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.



Als erklärtermaßen insolvenzvermeidendes Verfahren wird der Früherkennung einer Krise eine große Bedeutung beigemessen.

stand des Unternehmens und den Erhalt der Arbeitsplätze zu sichern. Das Verfahren soll ein weitreichendes Moratorium zugunsten des Schuldnerunternehmens vorsehen und Neufinanzierungen privilegieren. Schlank, schnell, geräuschlos und unbürokratisch soll dies geschehen können. Eine gerichtliche Beteiligung[19] soll so wenig wie möglich und so viel wie nötig erfolgen. Das deutsche Eigenverwaltungsverfahren nach §§ 270 ff. InsO (ESUG) diente der Kommission an vielen Stellen als Blaupause. Deren Empfehlungen für ein ausgesprochen schuldnerfreundliches Verfahren wurden in der RL indes nur teilweise umgesetzt.

## 4. Was ist „Restrukturierung"?

In den Begriffsbestimmungen in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 RL wird klargestellt, was unter einer Restrukturierung zu verstehen ist, nämlich insbesondere Maßnahmen zur Verbesserung der Kapitalstruktur durch Umstrukturierung von Verbindlichkeiten sowie von Vermögenswerten bis zu deren Verkauf. Bemerkenswerterweise werden in diesem Zusammenhang auch „alle erforderlichen operativen Maßnahmen" genannt, womit deutlich wird, dass der PrävRR eben nicht nur zur Neuordnung der Finanzverbindlichkeiten[20], sondern auch zu gestaltenden Eingriffen in operative und leistungswirtschaftliche Abläufe geeignet sein soll[21]. Dem Wortlaut nach ist hier nicht von schlichten Gläubigerverzichten die Rede, sondern vom Eingriff in Vertragsverhältnisse[22]. Dies ist auffallend und öffnete in Deutschland die „Büchse der Pandora", sind hierzulande derartige Eingriffe grundsätzlich doch dem eröffneten Insolvenzverfahren (§§ 103 ff. InsO) vorbehalten.

## 5. Frühwarnsysteme

Nach ihrer Systematik macht die RL für den PrävRR obligatorische („Die Mitgliedstaaten stellen sicher…") und fakultative Vorgaben („Die Mitgliedstaaten können…"). Als erklärtermaßen insolvenzvermeidendes Verfahren wird der Früherkennung einer Krise eine große Bedeutung beigemessen. Während etliche von der Kommission ursprünglich vorgesehene Muss-Vorgaben im Rahmen des Trilog-Verfahrens[23] zu Kann-Vorgaben abgeschwächt worden sind, wird von den Mitgliedstaaten in Art. 3 zwingend die Implementierung eines Frühwarnsystems verlangt, mit dessen Hilfe der Unternehmensleitung Indikatoren für existenzbedrohende Krisen und entsprechender Handlungsbedarf[24] frühzeitig angezeigt werden. Obligatorisches Risikomanagement ist insbesondere in größeren Unternehmen nichts Außergewöhnliches. Neu ist indes die per RL verlangte Gestaltungsbeteiligung des Gesetzgebers. Dabei liegt der Fokus wiederum auf den ausdrücklich erwähnten KMU[25], wenn dort eine leichte, öffentliche und digitale sowie nutzerfreundliche Zugänglichkeit postuliert wird.

Es bedarf keiner besonderen Erwähnung, dass Mitgliedstaaten keinerlei Haftung für etwaige Schäden treffen soll, die in durch Frühwarnsysteme ausgelösten Restrukturierungsverfahren entstehen könnten (Ziff. 22). Auch steht es Mitgliedstaaten frei, Frühwarnsysteme von privater Seite entwickeln zu lassen (Ziff. 22).

*Praxishinweis:* Vermutlich wird sich das IDW zurecht angesprochen und berufen fühlen, für diesen Zweck einen entsprechenden Standard zu entwickeln.

## 6. Pflichten der Unternehmensleitung

Mit der Krisenfrüherkennung meint es der RL-Geber Ernst. Denn mit dem Frühwarnsystem soll dem verantwortlichen Management nicht nur ein dafür taugliches Instrument an die Hand gegeben werden. Art. 19 RL erlegt den Mitgliedstaaten auf, die betroffene Unternehmensleitung zu verpflichten, im Krisenfall die Interessen der Gläubiger und sonstiger Stakeholder gebührend zu berücksichtigen und Schritte zur Abwendung einer Insolvenz zu ergreifen. Eine Pflicht zur Einleitung eines PrävRR ist hieraus nicht abzulesen[26], muss aber sicherlich als Handlungsoption seitens der Unternehmensleitung ernsthaft erwogen werden. Wenn der nationale Gesetzgeber in diesem Zusammenhang vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten unterbinden soll, kann dies nur bedeuten, (Unterlassungs-)Handlungen der Unternehmensleitung nach diesem Verschuldensmaßstab zu sanktionieren.

Es stellt sich die Frage, wem gegenüber? Eine etwaige „Pflicht zur Sanierung" kann im Rahmen des Organverhältnisses sicherlich wie bisher gegenüber der Gesellschaft, ggf. auch gegenüber einzelnen Gesellschaftern bestehen (vgl. § 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 AktG)[27]. Eine vergleichbare Verpflichtung gegenüber Gläubigern oder sonstigen Dritten gibt es bis dato in dieser Form nicht, ggf. abgesehen von deliktischem oder strafbewehrtem Verhalten. Ob die

19 Die RL erweitert das auf die Option einer behördlichen Beteiligung, die für den deutschen Gesetzgeber aber keine alternative Option sein dürfte.
20 So aber Jacobi, ZInsO 2017 S. 1, 4; Hölzle, ZIP 2017 S. 1307, 1308; Klupsch/Schulz, EuZW 2017 S. 85, 86 (im Hinblick auf die Ausschaltung von Akkordstörern); tendenziell auch Westpfahl, NZI-Beilage 2017 S. 49, 51.
21 Siehe auch RL-ErwG Ziff. 2; vgl. Freitag, ZIP 2019 S. 541, 544, 547; Fritz, INDat Report 1/2019 Bl. 68-71; Stohrer, ZInsO 2018 S. 660, 661; dies aus Bankensicht zumindest erwägend Westpfahl, NZI-Beilage 2017 S. 49.
22 „Änderung der Zusammensetzung, der Bedingungen oder der Struktur der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten", Art. 2 Abs. 1 Ziff. 1 RL.
23 Vorlegislative Abstimmung zwischen EU-Kommission, EU-Rat und EU-Parlament.
24 Sanieren oder Liquidieren, vgl. RL-ErwG Ziff. 22.
25 Siehe Art. 3 Abs. 4 RL.
26 Zustimmend MüKo-Klöhn, 5. Aufl., § 15a InsO Rz. 45a.
27 Hierzu vgl. grundsätzlich Bork, ZIP 2011 S. 101 ff.; Thole, ZIP 2017 S. 101, 111.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2019 (http://www.ksidigital.de) - 22.07.2019 09:46

Lizenziert für Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.



Welches Krisenstadium für den PrävRR einerseits erreicht sein muss und andererseits noch nicht überschritten sein darf, erhellt der RL-Text gar nicht und dessen Erwägungsgründe allenfalls ansatzweise.

RL die Einführung einer solchen Haftung gegenüber Dritten verlangen will, ist nicht eindeutig, eher aber zu verneinen. Die Erwägungsgründe zu Art. 19 RL sprechen zwar davon, dass „die berechtigten Interessen der Gläubiger vor Managemententscheidungen zu schützen seien", wollen allerdings in diesem Zusammenhang Handlungen der Unternehmensleitung sanktionieren, die „auf Kosten der Anteilsinhaber" zu persönlichen Vorteilen führen. Von Gläubigerinteressen ist dort keine Rede mehr (Ziff. 71). Außerhalb eines Insolvenzszenarios ist die Unternehmensleitung primär der Gesellschaft verpflichtet. Erst in einem Insolvenzverfahren dreht sich der Wind, und Gläubigerinteressen treten in den Vordergrund. Daran scheint die RL auch nichts ändern zu wollen. Sie animiert die Unternehmensleitung eher dazu, ggf. unpopuläre Maßnahmen zur Krisenbewältigung auch ohne oder gegen den Willen der Stakeholder durchzusetzen (Ziff. 70).

## 7. Die Krise im Sinne der RL

Der PrävRR ist unmissverständlich als außerinsolvenzliches Sanierungs- und Restrukturierungsinstrument gedacht. Er soll deshalb nach Art. 1 Ziff. 1 a), Art. 4 Ziff. 1 RL Schuldnerunternehmen zur Verfügung stehen, deren Insolvenz wahrscheinlich („Likelihood of insolvence")[28], aber noch nicht eingetreten ist und die durch geeignete Maßnahmen vermieden werden kann. Welches Krisenstadium für den PrävRR einerseits erreicht sein muss und andererseits noch nicht überschritten sein darf, erhellt der RL-Text gar nicht und dessen Erwägungsgründe allenfalls ansatzweise. Diese sprechen zunächst von bestandsfähigen Unternehmen/Schuldnern „in finanziellen Schwierigkeiten"[29] und dann erstmals vom undefinierten Tatbestand der „wahrscheinlichen Insolvenz" (Ziff. 22). Zusammengeführt werden beide Begriffe, wenn es sodann heißt: „Um einen Missbrauch des Restrukturierungsrahmens zu verhindern, sollten finanzielle Schwierigkeiten des Schuldners auf eine wahrscheinliche Insolvenz hinweisen" (Ziff. 24). Um die Leitplanken für den Einstieg ins Verfahren zu bestimmen, ist die Frage des „ab wann" auf der einen sowie des „bis wann" auf der anderen Seite zu beantworten. Ersteres wird vermutlich die Praxis lösen. Kein (redliches) Unternehmen wird sich gegenüber Gläubigern als krisenbefangen und insolvenzgefährdet „outen", wenn eine solche Situation nicht gegeben ist. Andererseits wird einem missbräuchlichen Vorgehen dadurch begegnet, dass sich Gläubiger nicht auf ein mit eigenen wirtschaftlichen Opfern verbundenes Restrukturierungsverfahren einlassen werden, wenn eine existenzgefährdende Krise gar nicht vorliegt. Zur Vermeidung von Nachteilen für einzelne Gläubiger/Gläubigerklassen gibt es im Übrigen im Rahmen des „Moratoriums" (vgl. hierzu nachfolgend Abschn. 11) und des „klassenübergreifenden Cram Down" (vgl. hierzu nachfolgend Abschn. 13) eine gerichtliche Kontrolle. Deswegen mag an dieser Stelle auf eine klare Definition verzichtet und den Beteiligten ein breiterer Beurteilungsspielraum eingeräumt werden[30].

Anders ist dies bei der Frage des „bis wann". Begrüßenswert ist in diesem Zusammenhang die Klarstellung der RL-Geber in Art. 2 Abs. 2 RL, dass die Begriffe „Insolvenz" und „wahrscheinliche Insolvenz" im Sinne des jeweils nationalen Rechts zu verstehen sind. Bei Vorliegen von Insolvenzantragspflichten kann demnach der PrävRR nicht mehr zur Verfügung stehen[31]. Denn dann ist materielle Insolvenz bereits eingetreten, die nicht mehr durch ein außerinsolvenzliches Verfahren beseitigt werden kann oder soll. Ihrem Wortlaut nach stellt die RL aber nicht auf eine Antragspflicht nach nationalem Recht, sondern auf einen Antragsgrund ab[32], was im Hinblick auf die in § 18 InsO normierte drohende Zahlungsunfähigkeit bedeutsam ist. Bei drohender Zahlungsunfähigkeit stünde dann nämlich der PrävRR nicht mehr zur Verfügung. Wenn aber in den Erwägungsgründen von einer erst in mehreren Monaten oder noch später eintretenden Gefahr der Illiquidität – z. B. durch Verlust eines überlebenswichtigen Auftrags – gesprochen wird (Ziff. 28), kommt dies unserem Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit, die sich bekanntlich über einen Betrachtungszeitpunkt von bis zu zwei Jahren erstrecken kann, zumindest sehr nahe[33]. Und dies spricht dafür, dass auch noch drohend zahlungsunfähigen Schuldnerunternehmen der PrävRR offensteht[34], womit im Übrigen eine sinnvolle Abgrenzung gewahrt bliebe. (Nur) solange keine Insolvenzantragspflicht besteht, sollte dem sanierungswilligen Schuldner bei drohender Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) die Handlungshoheit und Entscheidungsgewalt darüber zustehen, die Sanierung außerinsolvenzlich (PrävRR)

28 Zum Meinungsstand vgl. Neuberger, ZInsO 2016 S. 2053, 2058–2059, und Stohrer, ZInsO 2018 S. 660–662; siehe auch Seagon, NZI 2018 S. 787; Frind, NZI 2018 S. 431; kritisch Freitag, ZIP 2019 S. 541, 546–547, und Bork, ZIP 2017 S. 1441–1445.

29 So in Ziff. 1–4, 7 und 16 der RL-ErwG.

30 Vgl. hierzu auch Lange/Swierczok, BB 2019 S. 514, 516; Frind/Pollmächer, ZInsO 2016 S. 1290–1293, m.w.N.; Bork, ZIP 2010 S. 397, 403; Zipperer, ZInsO 2016 S. 831, der allgemein auf einen Sanierungsbedarf abstellt, der mit Regelbeispielen auszufüllen sei; hingegen verlangt Neuberger, ZInsO 2018 S. 2053, 2061, eine bestehende Strategie- oder Produkt-/Absatzkrise.

31 Für viele Stohrer, ZInsO 2018 S. 660–661, m.w.N.

32 „Ein Restrukturierungsrahmen sollte zur Verfügung stehen, bevor ein Schuldner nach nationalem Recht insolvent wird, d.h., bevor der Schuldner nach nationalem Recht die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Gesamtverfahrens erfüllt ..." (RL-ErwG Ziff. 24).

33 So auch Seagon, NZI 2018 S. 787; Thole, ZIP 2017 S. 101, 103; ablehnend aber Hölzle, ZIP 2017 S. 1307, 1310, der sich am beihilferechtlichen Terminus „Unternehmen in Schwierigkeiten" orientieren will.

34 So im Ergebnis auch Stohrer, ZInsO 2018 S. 660, 662; dagegen aber Neuberger, ZInsO 2016 S. 2053, 2055–2061; Walker/Mielke/Bombe, ZIP 2018 S. 815–816.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2019 (http://www.ksidigital.de) - 22.07.2019 09:46

Lizenziert für Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.



Neu gegenüber der Kommissionsempfehlung ist die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, eine Bestandsfähigkeitsprüfung auf Kosten des Schuldners zu verlangen.

oder innerhalb eines Insolvenzverfahrens (ESUG) zu versuchen.

Zu klären wäre dann allerdings vom deutschen Gesetzgeber, wie mit dem Begriff der Überschuldung umzugehen ist. Im Falle drohender Zahlungsunfähigkeit fehlt i.d.R. eine positive Fortbestehensprognose, womit bei der Überschuldungsprüfung Liquidationswerte anzusetzen sind, was zumeist zu einer insolvenzrelevanten Überschuldung und damit zu einer Antragspflicht führt[35], die ein außerinsolvenzliches Sanierungsverfahren wiederum ausschließen würde. Ein allenfalls fragiles Argument wäre in diesem Zusammenhang, dass im Lichte einer außerinsolvenzlichen Sanierungschance stets eine positive Fortbestehensprognose bestehe.

*Praxishinweis:* Wenn der deutsche Gesetzgeber im Zuge der Richtlinienumsetzung den Insolvenzgrund der Überschuldung nicht ohnehin als Insolvenzantragsgrund entfernt[36], wird er deshalb gut daran

35 Vgl. Philipp/Andersch/Henn, INDat Report 3/2019 Bl. 30, 34.

36 Vgl. dafür Andersch/Philipp, NZI 2017 S. 782, 784; von Bismarck, ZInsO 2017 S. 932; Freitag, ZIP 2019 S. 541, 551–552; immerhin hat sich auch die Politik lt. Koalitionsvertrag vom 7. 2. 2018 die Reformierung der Insolvenzantragspflicht im Lichte der europäischen Vorgaben zum Restrukturierungs- und Insolvenzrecht auf die Fahnen geschrieben (ZInsO 2018 S. 444); dagegen aber Thole, ZIP 2017 S. 101, 104; Frind, NZI 2018 S. 431–434.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2019 (http://www.ksidigital.de) - 22.07.2019 09:46

Lizenziert für Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.



Somit bestimmen die maßgeblichen Protagonisten des Verfahrens den Restrukturierungsbeauftragten, was vertrauensbildend und interessengerecht erscheint.

tun, einem Krisenunternehmen den Zugang zum PrävRR jedenfalls bei vorliegender Zahlungsunfähigkeit zu versagen[37]. Nur und erst dann sollte die Chance einer lediglich partiellen Gläubigerbetroffenheit dem Gebot kollektiver Gläubigerbetroffenheit weichen müssen.

## 8. Zugang zum Verfahren

Mit dem PrävRR soll nur ein Angebot für das in die Krise geratene Schuldnerunternehmen geschaffen werden, sich schnell und still zu sanieren. Eine Verpflichtung dazu gibt es nicht. So sahen schon die ursprünglichen Empfehlungen der EU-Kommission sowie deren RL-Entwurf das Initiativrecht eindeutig beim Schuldner. Das Verfahren sollte von Gläubigerseite nur mit Zustimmung des Schuldners aufgegriffen werden können[38]. Diesen Grundsatz schränkt die RL insoweit ein, als dass sie den Mitgliedstaaten freistellt, die Verfahrensaufnahme bei großen Unternehmen – nicht bei KMU – Gläubigern und nun gar auch Arbeitnehmervertretern ohne Zustimmung des Schuldners zu ermöglichen[39].

Dieser Aspekt will bei der Umsetzung sorgfältig erwogen sein. Bei größeren Publikumsgesellschaften mit oder ohne Börsennotierung erscheint es auf den ersten Blick eher bedenklich, allein einen oder mehrere Gläubiger ohne einen entsprechenden Gesellschafter- oder Hauptversammlungsbeschluss über die Aufnahme eines präventiven Restrukturierungsverfahrens befinden zu lassen. Ließe man dies zu, schließt sich die Frage an, ob auch Gläubiger, deren Rechte im Verfahren gar nicht tangiert wären, tatsächlich betroffene Gläubiger und den Schuldner ohne deren/dessen Willen in ein Verfahren zwingen könnten. Zielführend wäre dies nicht. Drittantragsrechte sollten eben nur und erst bei Insolvenzreife bestehen.

Ebenso klärungsbedürftig erscheint es, dass nach dem Wortlaut der RL der PrävRR – sei es dem Schuldner oder auch Drittbetroffenen – jeweils auf Antrag zur Verfügung steht. Jedenfalls nach hiesigem Verständnis setzte dies eine gerichtliche (oder behördliche) Befassung voraus, die aber nach den RL-Verfassern gerade die Ausnahme bleiben soll (Ziff. 29). Denn eigentlich sollte sich das Schuldnerunternehmen direkt an die vom Verfahren betroffenen Gläubiger wenden können. Die RL spricht aber an anderer Stelle von Beantragung und Eröffnung des Verfahrens[40]. Dies wird vermutlich ohne minimalinvasive gerichtliche Beteiligung nicht möglich sein. Das Verfahren wird zumindest im allgemeinen Rechtsschutzinteresse schon im Hinblick auf eine wahrscheinliche gerichtliche Befassung registriert werden und ein Aktenzeichen erhalten müssen[41].

*Praxishinweis:* Bilaterale Verhandlungen mit Gläubigern zu führen, ist dem Schuldnerunternehmen stets unbenommen. Dafür bedarf es aber grundsätzlich keines PrävRR.

Neu gegenüber der Kommissionsempfehlung ist die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, eine Bestandsfähigkeitsprüfung auf Kosten des Schuldners zu verlangen, die aber nicht zu Verzögerungen bei der Verfahrensaufnahme führen soll[42]. Um dies zu gewährleisten, böte sich an, vom Schuldner die Vorlage einer Bescheinigung eines unbeteiligten Dritten zu verlangen, die sich grundsätzlich und in noch groben Zügen über Krisenstadium sowie Sanierungsweg und -chancen verhielte[43]. Aus verfahrensökonomischen Gründen ist aber zu erwägen, auf eine Bestandsfähigkeitsprüfung zu verzichten. Gläubigerschutz und Gläubigerinteressen werden im Zuge der Anordnung eines „Moratoriums“ (s. dazu nachfolgend Abschn. 11 in Teil B) sowie der Planbestätigung (s. dazu nachfolgend Abschn. 14 in Teil B) ohnehin gewahrt. Jedenfalls führte es deutlich zu weit, bereits für den Bestandsfähigkeitstest IDW S 6-Standard zu verlangen[44].

Anders als die Empfehlungen der Kommission sieht die RL vor, solchen Schuldnern den Zugang zum PrävRR zu verwehren, die entweder wegen schwerwiegender Verstöße gegen Rechnungslegungs- oder Buchführungspflichten verurteilt worden sind oder deren Buchhaltung unvollständig, unzureichend und damit wenig aussagefähig ist[45]. Allerdings sieht die RL eine Heilungsmöglichkeit vor, wenn der betroffene Schuldner Abhilfe schafft, also seine chaotische oder fehlerhafte Buchhaltung in Ordnung bringt.

*Praxishinweis:* Die von der RL vorgesehene Heilungsmöglichkeit könnte auch eine Blaupause für den ESUG-Gesetzgeber sein[46].

37 Siehe hierzu auch Philipp/Andersch/Henn, INDat Report 3/2019 Bl. 30, 31.
38 COM (2014) 1500, Erw. (16), III. A. Ziff. 6 a), B. Ziff. 8; COM (2016) 723 final, II. 1. Art. 4 (4).
39 Vgl. Art. 4 Abs. 7, 8 RL; RL-ErwG Ziff. 29.
40 Vgl. Art. 6 Abs. 5 RL; RL-ErwG Ziff. 25.
41 Nach Lange/Swierczok, BB 2019 S. 514–516, bedarf es aber jedenfalls keiner „Eröffnungsentscheidung“.
42 Vgl. Art. 4 Abs. 3 RL; RL-ErwG Ziff. 26.
43 Vgl. Philipp/Andersch/Henn, INDat Report 3/2019 Bl. 30, 33.
44 So aber Lange/Swierczok, BB 2019 S. 514, 515.
45 Vgl. Art. 4 Abs. 2 RL; RL-ErwG Ziff. 27; befürwortend Frind, NZI 2018 S. 431–432; in Deutschland wird im Zuge der ESUG-Evaluierung eine solche Zugangsbeschränkung des Schuldners zu Eigenverwaltungsverfahren diskutiert, s. u. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2018/101018_Bericht_ESUG.html, Bl. 57–72; Forum 270 e. V. (www.forum270.de) spricht in seinen Grundsätzen für Insolvenzverfahren in Eigenverwaltung nur allgemein von „Verfehlungen des Schuldners“ (Abschn. 3.2, aE) und sieht ein Ausschlusskriterium bei gegen diesen „laufenden Ermittlungen“ (Abschn. 3.3).
46 So auch Lange/Swierczok, BB 2019 S. 514, 516.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2019 (http://www.ksidigital.de) - 22.07.2019 09:46

Lizenziert für Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft mbH.
Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt.



Kann ein System mit zwei Sanierungsverfahren, einem insolvenzlichen und einem außerinsolvenzlichen, dauerhaft Bestand haben?

## 9. Schuldner in Eigenverwaltung

Die RL sieht in Art. 5 Abs. 1 zwingend vor, dass der Schuldner im „Driver Seat" bleiben und ganz oder – insoweit einschränkend – zumindest teilweise die Kontrolle über seine Vermögenswerte und den täglichen Betrieb behalten soll. Dies ist aus den Eigenverwaltungsverfahren nach § 270 ff. InsO bekannt. Allerdings haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, dem Schuldner einen „Restrukturierungsbeauftragten" zur Seite zu stellen[47]. Dessen relativ weitreichende Kompetenzen sind nicht zu verkennen, wenn er nicht nur zur Unterstützung und Überwachung der Geschäftstätigkeit, sondern auch zur (teilweisen) Übernahme der Kontrolle über Vermögenswerte und den täglichen Betrieb berufen werden kann (Ziff. 30). Hinzukommen die in Art. 5 Abs. 3 RL beschriebenen Tatbestände, bei denen ein Restrukturierungsbeauftragter obligatorisch zu bestellen ist. Andererseits erwähnt die RL zu Recht, dass die Eigenverwaltung ohne Restrukturierungsbeauftragten nicht nur Kosten spart, sondern auch den Anreiz des Schuldners zur früh- und rechtzeitigen Verfahrenseinleitung erhöht[48]. Deshalb sollte die Bestellung auf Fälle von Missbrauchsgefahr oder augenscheinlich fehlender Kompetenz auf Seiten des Schuldners beschränkt bleiben.

*Praxishinweis:* Der deutsche Gesetzgeber täte gut daran, den Restrukturierungsbeauftragten jedenfalls mit keinen weitreichenderen Kompetenzen auszustatten als den Sachwalter im Eigenverwaltungsverfahren nach §§ 270 ff. InsO. Sonst drohte die Eigenverwaltung im PrävRR konterkariert zu werden, und der Anreizeffekt würde verpuffen. Auf dieser Linie liegt die Anregung der RL-Verfasser in Art. 5 Abs. 3 Buchst. c RL, dass ein Restrukturierungsbeauftragter, der aufgrund eines Mehrheitsbegehrens von Gläubigern bestellt worden ist, auch von diesen bezahlt werden sollte.

Gem. Art. 26 Abs. 3 RL haben die Mitgliedstaaten eine ausreichende fachliche Eignung des Restrukturierungsbeauftragten (der an dieser Stelle Restrukturierungsverwalter heißt) sowie die nötige Erfahrung und Sachkunde für den konkreten Fall sicherzustellen[49]. Dessen Auswahl und Einsetzung erfolgt durch das Gericht, und während nach dem Kommissionsentwurf dem Schuldner lediglich ein Anhörungsrecht gewährt werden sollte, soll er nunmehr gem. Art. 26 Abs. 1 Buchst. d RL „zur Vermeidung eines Interessenkonflikts" die Möglichkeit haben, die Auswahl und Benennung des „Verwalters" abzulehnen oder dessen Austausch zu verlangen.

*Praxishinweis:* Was auf den ersten Blick etwas weitgehend erscheint, macht aber durchaus Sinn, da es sich beim PrävRR in erster Linie um ein schuldnergesteuertes Verfahren handelt. Und mit dem Ablehnungsrecht bleibt die „Waffengleichheit" zwischen dem Schuldner und den betroffenen Gläubigern insoweit gewahrt, als dass auch diesen – dann vorschlagsweise mehrheitlich – ein Ablehnungsrecht eingeräumt werden soll. Damit bestimmen die maßgeblichen Protagonisten des Verfahrens den Restrukturierungsbeauftragten, was vertrauensbildend und interessengerecht erscheint[50].

## 10. Zwischenfazit zu Teil A und Ausblick

Die Einführung eines außerinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens ist zu begrüßen. Es wird hierzulande die Sanierungsbranche bereichern und nach legislativer Umsetzung eine stets beachtens- und erwägenswerte Alternative zum Insolvenzplanverfahren darstellen, ohne dieses zu verdrängen. Der deutsche Gesetzgeber wird sich der Implementierung eines neuen Verfahrens nicht mit dem Hinweis auf das zunehmend etablierte ESUG-Verfahren versagen können. Denn die EU verlangt ein Restrukturierungsverfahren zur Vermeidung einer Insolvenz, also zwingend außerhalb eines Offizialverfahrens[51]. Gleichwohl wird auf eine saubere Abgrenzung zu achten sein, um dem ESUG-Verfahren mit all seinen positiven Errungenschaften der letzten Jahre die Luft zum Atmen zu belassen und es reputativ nicht zu beschädigen[52]. Indes sind Zweifel daran erlaubt, ob ein System mit zwei Sanierungsverfahren, einem insolvenzlichen und einem außerinsolvenzlichen, dauerhaft Bestand haben kann, sieht doch die EU perspektivisch die Sanierung von Unternehmen grundsätzlich außerhalb und lediglich die Liquidation noch innerhalb eines Offizialverfahrens verortet.

In Teil B werden im nächsten Heft diese Zweifel hinsichtlich der weiteren Themen in den Abschnitten

- Moratorium,
- präventiver Restrukturierungsplan,
- Abstimmung über den Plan,
- Planbestätigung,
- Stellung der Arbeitnehmer,
- Rechtsmittel,
- Verfahrens- und Planfinanzierung

erhärtet, aber auch die positiven Aspekte vertieft.

47 Dies klingt schärfer als der zuvor von der Kommission gewählte Begriff eines „Mediators" (COM (2014) 1500, III. B. Ziff. 9), indes harmloser als der eines „Restrukturierungsverwalters" (COM (2016) 723 final, Art. 2 Ziff. 15).
48 RL-ErwG a.a.O.
49 RL-ErwG Ziff. (87).
50 Zustimmend Lange/Swierczok, BB 2019 S. 514, 516.
51 So auch Madaus, NZI 2017 S. 329–330.
52 Hierzu Hölzle, ZIP 2017 S. 1307–1308.

© Copyright Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin 2019 (http://www.ksidigital.de) - 22.07.2019 09:46