

Stellungnahme des VID zum Stand der Verhandlungen über die RL Restrukturierungsrahmen – Fachgespräch der CDU/CSU am 23.4.2018

Vorbemerkung

Der Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID) hat sich seit der Vorlage eines Vorschlags 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 (COM/2016/0723 final – 2016/0359 (COD)) vom 22.11.2016 intensiv an der Diskussion dieses Vorschlags beteiligt und dazu u.a. eine Reihe teilweise sehr umfangreicher schriftlicher Stellungnahmen abgegeben (vgl. <https://www.vid.de/gesetzgebung/stellungnahmen/>).

In diesen Stellungnahmen hat der VID regelmäßig darauf hingewiesen, dass neben der rechtlichen Gestaltung des Verfahrens auch weitere Faktoren entscheidend zum Erfolg oder Misserfolg einer Regulierung beitragen. Mit Blick auf die deutschen Rahmenbedingungen ist hier insbesondere der neu geschaffene § 3a EStG (in der Fassung vom 17.8.2017) zu nennen, dessen Inkrafttreten derzeit noch aussteht. Die steuerliche Behandlung von Sanierungsgewinnen ist von zentraler Bedeutung für die Attraktivität von Insolvenzplänen und wäre ebenso bedeutsam für die im RL- Vorschlag definierten Restrukturierungspläne. Sie betrifft damit das Kernstück des Sanierungs-, und Restrukturierungsrechts neuerer Prägung, das den Erhalt des Rechtsträgers und die Eigenverwaltung in den Vordergrund rückt. Eine Abkehr vom Erlass des Sanierungsgewinns würde den weiteren Erfolg dieses Sanierungs-, und Restrukturierungsansatzes gefährden.

1. Zutrittsvoraussetzungen eines Restrukturierungsverfahrens

- Keine Vergleichsordnung 2.0

In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum Entwurf einer Insolvenzordnung (BT Drs. 12/2443) wird zur Vergleichsordnung (a.a.O. S. 73) ausgeführt:

„Eine Vielzahl von Ungereimtheiten in der Ausgestaltung von Vergleich und Zwangsvergleich führt zu sachwidrigen Verfahren und zu Zufallsergebnissen. Vergleich und Zwangsvergleich versagen als Sanierungsinstrumente nicht zuletzt deswegen, weil gesicherte Gläubiger nicht in die Verfahren einbezogen sind und dem Unternehmen unentbehrliche Betriebsmittel entziehen können. Dies löst fast immer eine Zerschlagungsautomatik aus.“

Der Erfolg der Vergleichsverfahren war im Zeitpunkt der Vorlage dieses Entwurfs deshalb nach den Worten seiner Begründung (a.a.O. S.72) zweifelhaft geworden:

„Das Vergleichsverfahren ist vollends zur Bedeutungslosigkeit herabgesunken. Seit 1983 wurde in weniger als 1 % der Insolvenzen ein gerichtlicher Vergleich bestätigt. Dieser Anteil lag 1950 noch bei 30 %, 1960 bei 12 % und 1970 bei 8 %. Lediglich in etwa 8 % der eröffneten Konkursverfahren kommt es zu einem bestätigten Zwangsvergleich. Die Funktion von Vergleich und Zwangsvergleich, in einem gerichtlich überwachten Verfahren die Zwangsverwertung des Vermögens insolventer Schuldner ab-zuwenden, wird kaum noch erfüllt.“

Die Schlussfolgerung des Insolvenzgesetzgebers war deshalb die Fortentwicklung der Konkursordnung zu einer Insolvenzordnung bei gleichzeitig ersatzloser Abschaffung der Vergleichsordnung. Dieser Schritt wurde jedoch nicht nur mit den spezifischen Defiziten der alten Vergleichsordnung begründet.

Die Begründung führte dazu aus (a.a.O. S.74):

„Das Recht des bereits insolventen Schuldners, das seine Rechtsstellung minder schwer beeinträchtigende Vergleichsverfahren zu wählen, kann Gläubigerinteressen nachhaltig gefährden. Der Schuldner kann sein Vermögen weiter verwirtschaften. Illoyale Vermögensverschiebungen können nicht rückgängig gemacht werden, da das Vergleichsrecht keine besonderen Anfechtungsmöglichkeiten kennt; der Schuldner kann Manipulationen sogar weiter verschleiern.

Die Rechtsstellung des Schuldners, insbesondere die Chance, seine Unternehmerrolle weiter zu spielen, hängt nicht vom Willen der Gläubiger und nicht davon ab, ob seine Eigentümerrechte noch werthaltig sind, sondern von seiner Entscheidung für das eine oder andere Verfahren. Die Gläubiger können den Fortführungswert des Schuldnervermögens im Vergleichsverfahren nicht realisieren, wenn der Schuldner nicht mitwirkt. Dies verschafft ihm Einflußmöglichkeiten gegenüber den Gläubigern, die regelmäßig zu einer suboptimalen Gläubigerbefriedigung auch dann führen werden, wenn ein Vergleich zustande kommt; die Gläubiger müssen den Fortführungsbonus regelmäßig mit dem Schuldner teilen, obwohl sie nicht voll befriedigt werden. Will der Schuldner nicht oder nicht so saniert werden, wie es sich seine Gläubiger vorstellen, so bleibt meist nach einem längeren Zeitverlust nur der Übergang in den Anschlußkonkurs. In diesem mag es gelingen, den Fortführungswert durch Gesamtveräußerung des Schuldnervermögens zu erlösen. Diese Veräußerung kann aber nur unter den starren Bedingungen der konkursmäßigen Zwangsverwertung stattfinden.

Die Möglichkeit, ein Unternehmen nicht durch Gesamtveräußerung, sondern im Rahmen eines Vergleichs flexibler und differenzierter zu sanieren, setzt die Zustimmung des Schuldners und seine Vergleichswürdigkeit voraus. Die Zustimmung zu einem Vergleich lässt sich der Schuldner regelmäßig mit dem Fortbestand seines Eigentums oder mit einer Restschuldbefreiung vergelten, wie sie ihm im Konkurs nicht zustünden. Die Zweispurigkeit des heutigen Insolvenzrechts beeinträchtigt also die Wahl der möglichst effizienten Verwertung oder Weiternutzung des Schuldnervermögens.“

Mit dem nun diskutierten RL-Entwurf stellt sich erneut die Frage nach einer Rückkehr zu einem eigenständigen Restrukturierungsverfahren und damit zur Systematik von Konkursordnung und Vergleichsordnung oder einer Integration der neuen Verfahrensregeln in den Kontext der Insolvenzordnung. Eine solche Integration wäre mit Blick auf den rechtlichen Zusammenhang eindeutig vorzugswürdig. Schon die Frage nach den rechtlichen Bedingungen für einen Eintritt in Restrukturierungsverfahren kann nicht ohne Verweis auf die Insolvenz und ihre Voraussetzungen beantwortet werden. Die von Seiten der EU-Kommission immer wieder geäußerten grundsätzlichen Zweifel an der Formulierbarkeit entsprechender Bedingungen, die sich schließlich in einer nahezu konturlosen Formulierung der Kommission niedergeschlagen haben (likelihood of insolvency), lösen nicht das Problem sondern versuchen nur es zu umgehen.

Auch ohne Rückkehr zu schwierigen Kriterien (etwa im Sinne der persönlichen „Vergleichswürdigkeit“ des Schuldners) ist eine sinnvolle Eingrenzung der Zugangskriterien möglich und notwendig. Sie sollten im Sinne von Mindestvoraussetzungen formuliert werden und sicherstellen, dass der Schuldner seine gesetzlichen Pflichten (Buchhaltung, Bilanzierung, Steuern und Sozialabgaben) im Zeitpunkt seines Eintritts in ein Restrukturierungsverfahren vollständig erfüllt hat. Da auch die EU-Kommission in diesem Zeitpunkt von einer Situation ausgeht, in der nach nationalem Recht noch keine Insolvenzantragspflichten bestehen, kann und muss jedem Schuldner dieser Nachweis abgefordert werden um zu verhindern, dass sich der nationale Gesetzgeber mit eigenen Regeln in Widerspruch setzt. Dies gilt jedenfalls unabweisbar für den Fall, dass gleichzeitig mit dem Antrag auf Eintritt in eine Restrukturierung ein Moratorium beantragt wird. Die EU-Kommission hat dies jüngst auch zumindest implizit konzidiert, indem sie eine ausdrückliche Klarstellung unterstützt, die jede Definition von Insolvenz oder Insolvenznähe (likelihood of insolvency) den nationalen Gesetzgebern zuweist.

Eine Prüfung von Eingangsvoraussetzungen setzt neben einem entsprechenden Antrag die Einschaltung eines Gerichts voraus. Diese gerichtliche Funktion sollte bei den Insolvenzgerichten angesiedelt werden. Sie wären damit aufgerufen, in jedem vorgebrachten Fall das jeweils vorliegende Krisenstadium zu ermitteln und die Frage zu beantworten, ob noch eine bloße Insolvenznähe oder schon eine Insolvenzreife vorliegt.

- Erfahrungen mit dem ESUG berücksichtigen

Der deutsche Gesetzgeber hat ein solches Modell bereits mit dem sog. Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO eingeführt. Dieses Verfahren illustriert, dass entgegen den Befürchtungen der EU-Kommission ein Eingangstest nicht prohibitive Hürden oder Verzögerungseffekte aufbauen muss, sondern auf wenige, für den Gläubigerschutz allerdings unverzichtbare Bestandteile beschränkt werden kann.

Die statistische Entwicklung der sog. ESUG-Verfahren deutet zwar auf eine Präferenz für Verfahren nach § 270 InsO hin, die nicht an die Voraussetzungen des § 270b InsO (Lediglich

Überschuldung oder drohende Zahlungsfähigkeit des Schuldners, Vorlage einer Bescheinigung mit Beurteilung der Sanierungsaussichten) gebunden sind. In der Praxis wird diese Präferenz für Verfahren nach § 270 InsO aber oftmals nicht mit den Eingangsvoraussetzungen des Schutzschirmverfahrens sondern mit den späten Krisenstadien (Zahlungsunfähigkeit bereits eingetreten) der antragstellenden Unternehmen in Verbindung gebracht. Die derzeit laufende Evaluierung des ESUG wird an dieser Stelle voraussichtlich mehr Klarheit schaffen. Ihre Ergebnisse sollten deshalb unbedingt berücksichtigt werden. Sollten sie den geschilderten Befund der Praxis bestätigen dann würde dies die Notwendigkeit einer klaren Abgrenzung zwischen Restrukturierung (frühes Krisenstadium) und Insolvenz (spätes Krisenstadium) noch unterstreichen. Diese Abgrenzung kann nur entlang der (nationalen) Definition von Insolvenzgründen (hier insbesondere der Zahlungsunfähigkeit) gelingen.

- Enger Anwendungsbereich ohne operative Sanierungsmaßnahmen

Sie wird besonders bedeutsam vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Eingriffsintensität von Restrukturierungsverfahren und Insolvenzverfahren. Die EU-Kommission hat bereits erkennen lassen, dass sie sich einer pauschalen nationalen Ausnahmemöglichkeit von Arbeitnehmerforderungen aus dem Umgriff einer Restrukturierung nicht verschließen würde. Sie unterstützt nun wohl auch eine Formulierung, nach der (nicht näher definierte) operative Sanierungsmaßnahmen und sogar der Verkauf des Unternehmens in Teilen oder als Ganzes in den Katalog der Maßnahmen aufgenommen werden sollen, die in einem Restrukturierungsplan (notfalls im Wege des cram-downs auch gegen den Willen betroffener Gläubiger) durchgeführt werden können.

Diese Ergänzungen schränken den Anwendungsbereich einer Restrukturierung ein (Ausnahme von Arbeitnehmerforderungen) und erweitern ihn gleichzeitig um operative Maßnahmen (operational changes), die als Maßnahmen zu Kostensenkung oder zur Steigerung der Effizienz interpretiert werden können. Soweit diese operativen Maßnahmen jedoch Arbeitnehmer betreffen sollten, würde dies mit der bereits angesprochenen Ausnahme für Arbeitnehmer kollidieren, die wohl auch künftige Forderungen umfassen soll und damit einen Eingriff in bestehende Arbeitsverhältnisse durch Restrukturierungspläne auch für die Zukunft ausschließen würde. Gleichzeitig würde eine solche Ausnahme aber auch implizieren, dass durch operative Maßnahmen in andere Dauerschuldverhältnisse des Schuldners (z.B. Mietverhältnisse) durch Restrukturierungspläne grundsätzlich (auch) für die Zukunft gestaltend eingegriffen werden könnte.

Diese (im Detail unklare) Regelung des Anwendungsbereichs überspannt eindeutig die rechtlichen Möglichkeiten eines Restrukturierungsverfahrens, das in Deutschland schon aus verfassungsrechtlichen Gründen außerhalb einer gerichtlich festgestellten Insolvenz des Schuldners keine rechtsgestaltenden Maßnahmen gegen den Willen der betroffenen Gläubiger zulässt. In dieser Situation ist die Entwertung der betroffenen Rechte durch den Insolvenzfall noch nicht eingetreten und kann deshalb auch nicht zur Begründung von Eingriffen in diese Rechte herangezogen werden.

Man wird es auch nicht allein dem nationalen (Verfassungs-) Recht und der nationalen Rechtsprechungspraxis überlassen können, wie weit die hier von der EU-Kommission nur angedeuteten Grenzen einer Restrukturierung ausgedehnt werden können. Hier wäre sonst ein weites Feld für nationale Arbitrage eröffnet, die durch besonders großzügige Regelungen restrukturierungswillige Unternehmen zur Sitzverlagerung motivieren könnte.

Es muss deshalb für das Restrukturierungsverfahren bei einer Begriffsdefinition der Restrukturierung bleiben, die lediglich bereits entstandene Forderungen und Gesellschafterrechte in den Gestaltungsrahmen eines Restrukturierungsplans einbezieht.

2. Eintritt der Insolvenz während des Restrukturierungsverfahrens

- **Bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zwingender sofortiger Übergang in ein Insolvenzverfahren**

An dieser Stelle hat die EU-Kommission bislang die wohl größte Zurückhaltung gegenüber den Änderungsvorschlägen zu ihrem Entwurf gezeigt. Sie möchte auch weiterhin daran festhalten, dass ein Übergang ins Insolvenzverfahren nur nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens selbst dann nur nach einer Einzelfallabwägung möglich sein soll, die bei vermeintlich aussichtsreichen Restrukturierungsverhandlungen auch eine gerichtliche Entscheidung gegen die Eröffnung zulässt.

Im Hintergrund steht dabei wohl der von ihr prominent vorgetragene Befund, dass der Eintritt ins Insolvenzverfahren in einigen Mitgliedstaaten fast immer die Liquidation des betroffenen Unternehmens nach sich ziehe.

Dieser Befund kann aber nicht bedeuten, dass Mitgliedstaaten mit deutlich adaptiveren Insolvenzrechtsordnungen mit dem gleichen Maß gemessen werden und deshalb ihre seit der Jahrtausendwende geschaffenen Verfahrenserleichterungen für Sanierungen im Insolvenzverfahren (z.B. ESUG) einschränken müssen. Gerade das ESUG hat mit dem Schutzschirmverfahren ein Verfahren geschaffen, das auch und gerade insolventen Unternehmen den Weg in eine Sanierung erleichtert ohne dabei (in den Grenzen des gebotenen Gläubigerschutzes) die Bewegungsfreiheit des Unternehmens übermäßig einzuschränken oder den Gesellschaftern die Kontrolle über den Sanierungsprozess zu nehmen.

- **Bei endgültigem Scheitern der Verhandlungen ebenfalls Übergang in ein Insolvenzverfahren, wenn ein Insolvenzgrund vorliegt**

Hier hält die EU-Kommission an ihrer Haltung fest, nach der bei einem Ende des Moratoriums ohne Einigung über einen Restrukturierungsplan kein Übergang ins Insolvenzverfahren stattfinden soll soweit hierfür nicht die nach nationalem Recht vorgesehenen Voraussetzun-

gen erfüllt sind. Dies würde nach deutschem Recht auch dann einen Antrag notwendig machen wenn das zuständige Gericht bereits über die notwendigen Informationen zur Beurteilung eines evtl. Insolvenzgrundes verfügt und eine Strafbarkeit des Schuldners (vgl. § 15 a Abs. 4 InsO) indiziert ist. Auch bei einem Festhalten an der Notwendigkeit eines Insolvenzantrags wird dies u.U. dazu führen, dass Ermittlungsbehörden (Staatsanwaltschaft) mit eigenen Antragsrechten (vgl. § 111i Abs. 2 StPO) eingeschaltet werden müssen.

Selbst wenn ein entsprechender Antrag (z.B. durch Gläubiger oder die angesprochene Staatsanwaltschaft) gestellt wird, soll es dennoch nicht ohne weiteres zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kommen. Die EU-Kommission konzidiert zwar mit Blick auf andere Insolvenzgründe (Überschuldung), dass eine Aufhebung des Moratoriums und damit ein Ende seines Suspensiveffekts gegenüber einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits dann in Frage komme, wenn sich abzeichne, dass eine notwendige Mehrheit für die Abstimmung über einen Restrukturierungsplan nicht zustande kommt. Gleichzeitig möchte sie es den Mitgliedstaaten aber offen lassen, auch in diesem Fall das Moratorium und seinen Suspensiveffekt durch Einführung einer Mindestlaufzeit aufrecht zu erhalten. Im Ergebnis kann es nicht auf die Wechselhaftigkeit von Verhandlungen oder ihre situative Beurteilung durch ein Gericht ankommen. Die Feststellung einer ausreichenden Erfolgsaussicht von Verhandlungen, die nun auch von der EU-Kommission als mögliche Voraussetzung einer Verlängerung von Moratorien genannt wird, muss anhand von klaren Kriterien bestimmbar sein. Nötigenfalls muss das Gericht durch eine kurzfristig eingeforderte Abstimmung ermitteln, ob der Plan zustimmungsfähig ist.

3. Bedingungen und Länge des Moratoriums im Restrukturierungsverfahren

- Ausübung vertraglich eingeräumter Gestaltungsrechte

Die EU-Kommission möchte die Ausübung entsprechender vertraglich eingeräumter Gestaltungsrechte von Gläubigern nach Art. 7 Abs. 5 nun schon dann einschränken, wenn sie an einen Antrag zur Eröffnung eines Restrukturierungsverfahrens anknüpfen. Sie konkretisiert damit die eigene Entwurfsfassung, die bislang an dieser Stelle unspezifisch von einem Eintritt des Schuldners in ein Restrukturierungsverfahren gesprochen hatte. Gesetzlich eingeräumte Leistungsverweigerungs,- oder Gestaltungsrechte sollen dagegen nur während eines Moratoriums und nun auch nur noch nach dem Ermessen des Mitgliedsstaates eingeschränkt sein. Diese deutliche Rücksichtnahme auf nationale Besonderheiten übergeht den ausgleichenden Effekt vertraglich eingeräumter Gestaltungsrechte innerhalb Europas und führt zu einer scharfen Akzentuierung der Unterschiede des nationalen Gesetzesrechts. Mitgliedstaaten mit umfangreichen gesetzlichen Leistungsverweigerungs,- und Gestaltungsrechten werden diese Rechte nicht ohne weiteres aufgeben können. Sie werden damit für Schuldner tendenziell unattraktiv als Restrukturierungsstandort.

- Einschaltung eines Restrukturierungsverwalters

Nach entsprechenden Vorgaben des Rates scheint nun auch die EU-Kommission ihren Widerstand gegen eine frühzeitige Einschaltung von Restrukturierungsverwaltern aufzugeben. In Art. 5 soll nun die Notwendigkeit einer solchen Einschaltung auf der Basis des Einzelfalls geprüft werden. Zudem sollen die Mitgliedstaaten eine verpflichtende Einschaltung von Restrukturierungsverwaltern unter bestimmten Voraussetzungen, die eine Überwachung oder Unterstützung durch einen solchen Verwalter notwendig machen, vorsehen können. Diese Akzentuierung stellt eine wichtige Abkehr von der weitaus engeren Fassung des ursprünglichen Entwurfs dar. Sie konzidiert zu Recht ein allgemeines Bedürfnis nach der Einschaltung von Restrukturierungsverwaltern unabhängig von einer spezifischen Situation (z.B. der gerichtlichen Verfügung eines allgemein wirksamen Moratoriums).

- Länge des Moratoriums

Hier tendiert die EU-Kommission zur Aufrechterhaltung ihrer ursprünglichen Vorschläge (erstmaliges Moratorium bis zu 4 Monate, Verlängerungsmöglichkeit bis höchstens 12 Monate), sieht aber an einigen Stellen offenbar die Notwendigkeit einer Konkretisierung. Dies betrifft speziell die Konditionen einer Verlängerung, die nun nicht nur vom Fortschritt sondern auch von den Erfolgsaussichten der Restrukturierungsverhandlungen abhängig gemacht werden soll. Auch soll der erfolgreiche Aufhebungsantrag nur eines Gläubigers wegen einer unangemessenen Benachteiligung zur Aufhebung des Moratoriums auch gegenüber allen anderen Gläubigern führen können. Hier ist auf die deutliche Kritik hinzuweisen, die etwa durch die Berichterstatterin im Europäischen Parlament, Frau MdEP Prof. Dr. Angelika Niebler, zur Länge des Moratoriums formuliert wurde. Diese Länge gefährdet nicht nur die Stabilität von supply-chains sondern programmiert auch einen Konflikt mit der europäisch induzierten CR – Regulierung. Die nun eingeführten Änderungsvorschläge vermögen diese grundsätzlichen Kritikpunkte nicht zu entkräften. Eine einheitliche Beschränkung des Moratoriums auf höchstens 2-3 Monate ist auch dringend geboten, um einen Wettlauf der Restrukturierungsordnungen in Europa um die schuldnerfreundlichste Regulierung zu verhindern.

4. Eingriff in Dauerschuldverhältnisse durch einen Restrukturierungsplan

- Eingriff in Gläubigerrechte aus Dauerschuldverhältnissen

Diese Eingriffe müssen auf die Dauer des Moratoriums beschränkt bleiben und dürfen nur Ansprüche aus der Zeit vor dem Moratorium betreffen. Die Inklusion von operativen Veränderungen in die Definition einer Restrukturierung nach Art. 2 Ziffer 2 (s.o. unter 1.) ist hier höchst problematisch weil sie die Möglichkeit eines Eingriffs in Dauerschuldverhältnisse durch Restrukturierungspläne auch gegen den Willen der Vertragspartner suggeriert. Sie

werden in Art. 8 Abs.1 (f) nun direkt in Bezug genommen und damit zum zulässigen Inhalt von Restrukturierungsplänen gemacht.

Diese Erweiterung ist höchst problematisch weil sie den Restrukturierungsplan in seinen Wirkungen dem Insolvenzplan nahezu gleichstellt und damit die Eingriffsintensität des Insolvenzrechts zumindest teilweise in die Phase der Restrukturierung vorverlagert.

- Kein gestaltender Eingriff in Dauerschuldverhältnisse für die Zukunft

Mit einem solchen Eingriff in Arbeitsverhältnisse oder Mietverträge, dessen rechtliche Grundlage schon mit Blick auf verfassungsrechtliche Grenzen (Tarifautonomie, Eigentum) nicht ersichtlich ist, wäre der Restrukturierung auch die Vertrauensgrundlage entzogen. Gläubiger in Dauerschuldverhältnissen mit dem Schuldner würden bei entsprechend nachteiliger Gestaltung die erste Möglichkeit zur Beendigung der für sie nachteilig gewordenen Verträge nutzen. Für den Schuldner günstige Verträge oder Leistungsträger wären zuerst betroffen. Eine entsprechende Klarstellung (Ausschluss solcher Eingriffe gegen den Willen der Vertragsparteien und im Übrigen Gestaltungen nur insoweit wie ein nationales gesetzliches Verbot nicht entgegensteht) erscheint deshalb dringend geboten.