

Jeder kocht sein eigenes Süppchen

Frankfurt am Main. Die Europagruppe der Arge Insolvenzrecht und Sanierung im Deutschen Anwaltverein (DAV) diskutierte am 24.05.2019 nach Verabschiedung der Richtlinie zu präventiven Restrukturierungsrahmen über die Auswirkungen für die Praxis und über die Spielräume bei der nationalen Umsetzung. 60 Teilnehmer fanden sich im Hilton Frankfurt Airport bei der von AG-Sprecher RA Daniel Fritz (Dentons Europe LLP) moderierten Veranstaltung ein. In Themenblöcken unterteilt befasste man sich mit dem Moratorium, Safe Harbor, dem Restrukturierungsplan, dem Restrukturierungsbeauftragten, ausländischen Ansätzen sowie mit der Zukunft für Gerichte und die Marktteilnehmer.

Text: Rechtsanwältin Petra Heidenfelder, SGP Schneider Geiwitz & Partner

Nach der Begrüßung durch RA Jörn Weitzmann, dem Vorsitzenden der Arge Insolvenzrecht und Sanierung im Deutschen Anwaltverein, referierte RA Daniel Fritz über die Hintergründe, die Zielsetzungen und den Anwendungsbereich der Richtlinie (RL). Wesentlicher Grund für die Verabschiedung der RL seien die weiterhin in Europa bestehenden Non-performing Loans (NPL), erläuterte er, die man nach der Finanzkrise in Europa nur durch die Nullzinspolitik in Schach halten können. Ziel der RL sei es auch – was häufig übersehen wird –, dass sich kleinere Mittelständler eine präventive Restrukturierung leisten können müssen und nicht nur die finanzstarken, großen Unternehmen. Fritz erklärte den möglichen Ablauf einer außergerichtlichen Restrukturierung, bei der Schuldner und Gläubiger das Ziel verfolgten, eine Stand-Still-Vereinbarung zu treffen. In Deutschland gebe es jedoch hierfür im vorinsolvenzlichen Bereich keine gesicherte Rechtsprechung. Bei Restrukturierungsfällen würde hierzulande hin und wieder versucht, über doppelnützige Treuhandverträge dem Unternehmen noch einmal frisches Geld zur Verfügung zu stellen, um eine Krise abzuwenden. Jedoch seien die Beraterkosten recht hoch, ebenso die Kosten für die Erstellung eines IDW-S-6-Gutachtens. Um diese Unsicherheiten abzufedern, eröffne die RL nun die Möglichkeit, zu einer normierten Restrukturierung zu gelangen, die gem. RL Elemente des Insolvenzplans mit einer außergerichtlichen Sanierungsvereinbarung verschmelze. Um einen Missbrauch des Restrukturierungsrahmens zu verhindern, sollen die finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners auf eine nur »wahrscheinliche Insolvenz« hinweisen. Es reiche als Voraussetzung jedoch auch aus, wenn in mehreren Monaten absehbar sei, dass mittelfristig die Liquidität des Schuldners gefährdet ist. Das Restrukturierungsprivileg gem. RL gelte jedoch nur für Schuldner, die nicht gegen bestehende Rechnungslegungs- oder Buchführungspflichten verstoßen hätten. Eine wichtige Voraussetzung für den Anwendungsbereich der RL sei daher die Klärung, was mit dem Überschuldungsbegriff zukünftig pas-

siert. Sollte zudem für den Eintritt in ein solches präventives Verfahren ein Bestandsfähigkeitstest eingeführt werden? Wer könnte eine derartige Bescheinigung ausstellen?

Über das Frühwarnsystem und das Moratorium referierten im Anschluss RAin Andrea Metz (Luther Rechtsanwalts-gesellschaft) und RA Patrick Ehret (Schultze & Braun). Zum Frühwarnsystem führte Ehret aus, wie es Erwägungsgrund 22 beschreibt, dass, je früher ein Schuldner seine finanziellen Schwierigkeiten erkennt, desto höher die Wahrscheinlichkeit ist, dass er in einem geordneten Prozess eine wahrscheinliche Insolvenz abwendet. Frühwarnsysteme könnten nach seiner Ansicht Hinweise auf die Nichtzahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen beinhalten. Hierzu sollten die Mitgliedstaaten vor allem den KMUs Hilfestellungen geben, beispielsweise auf einer Website. In Frankreich gebe es schon derartige Frühwarnsysteme. So würde bei verspäteter Abgabe von Bilanzen das Handelsgericht informiert werden, eine Kammer des Handelsgerichts würde den Geschäftsführer dann zu einem Gespräch bitten. Italien sei schon einen Schritt weiter als Deutschland und habe bereits entschieden, dass ab 15.08.2020 ein Frühwarnsystem eingeführt wird.

Moratorium stellt Interesse des Schuldners in Vordergrund

Die Voraussetzungen für die Gewährung eines Moratoriums/Vollstreckungsschutz für das Unternehmen, das sich in Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan befindet, erläuterte danach Metz. Krise i. S. d. Restrukturierungsrahmens sei eine wahrscheinliche Insolvenz. Hier müsse man den Anwendungsbereich in Deutschland zur drohenden Zahlungsunfähigkeit abgrenzen und klären, ob die Überschuldung tatsächlich weiter als Insolvenzgrund aufrechterhalten werden kann. Das Moratorium sollte nur auf Antrag des Schuldners gewährt werden, es verhindere Einzelvollstreckungsmaßnahmen, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen und

Maßnahmen zur Verwertung von Sicherheiten. Auch die Aufrechnungsmöglichkeiten gem. § 389 BGB seien ausgeschlossen. Justiz- oder Verwaltungsbehörden könnten das Moratorium allerdings verweigern. Gründe dafür seien gem. Art. 6 Abs. 9, wenn absehbar ist, dass Verhandlungen über den Restrukturierungsplan nicht mehr fortgesetzt werden oder wenn Gläubiger/Gläubigerklassen in unangemessener Weise beeinträchtigt werden oder die Aussetzung zur Insolvenz eines anderen Gläubigers führen würde. Nach Art. 6 Abs. 4 ist das Moratorium maximal auf vier Monate begrenzt. Auf Antrag des Schuldners oder des Restrukturierungsbeauftragten könne das Moratorium auf bis zu zwölf Monate erweitert werden. Dies setze voraus, dass die Verhandlungen weit fortgeschritten sind, andere Gläubiger nicht unangemessen benachteiligt werden und die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht droht. Für die Dauer des Moratoriums sei die Insolvenzantragspflicht suspendiert. Während des Moratoriums müssten die fällig werdenden Verbindlichkeiten durch den Schuldner jedoch weiter beglichen werden (z. B. Zinsverbindlichkeiten).

Kritikpunkte am Moratorium: Eindeutig würden die Interessen des Schuldners in den Vordergrund gestellt. Was aus Sicht von Metz fehlt, ist die Möglichkeit, das Moratorium aufheben zu können. Das Moratorium soll nur möglich sein, wenn nicht bereits Insolvenzgründe vorlägen. Unternehmen, die einen umfassenden Vollstreckungsschutz benötigten, seien insolvenzreif und könnten keinen Zugang zu einem Restrukturierungsrahmen erhalten. Die Aussetzung solle maximal auf vier Monate begrenzt werden, forderte Metz, da es sich ansonsten um eine legalisierte Insolvenzverschleppung handeln würde. Ehret regte an, dass ähnlich wie in Frankreich die Steuerbehörden bei Nichtbegleichung von Steuern oder Ausbleiben der Abgabe von Steuererklärungen eine Hinweispflicht haben sollten, ebenso die Steuerberater bei Identifizierung von Insolvenzgründen. Hierzu sollte eine Beratungsstelle bei jeder Industrie- und Handelskammer eingerichtet werden, um diese Kriterien zu prüfen.

Bewertungsthemen bei der Erstellung eines Restrukturierungsplans stellte RA Dr. Frank Giroto (PwC) vor. Erster Schritt sei die Unternehmensbewertung nach Going-Concern-Gesichtspunkten unter Berücksichtigung der teilnehmenden Gläubigergruppen wie Anleihegläubiger, Arbeitnehmer, absonderungsberechtigte Gläubiger, Pensionsversicherungsvereinen sowie sonstiger nicht nachrangiger Gläubiger und Gesellschafter. Im zweiten Schritt solle das hypothetische Insolvenzzenario, wie das nächstbeste Alternativzenario aussehe, entwickelt werden. Hier gebe es unterschiedliche Wertansätze, ob nach Fortführungs- oder Liquidationswert eine Einzelbewertung stattfindet. Nach seiner Auffassung ergänze der präventive Rahmen den üblichen Restrukturierungsprozess optimal, durch die Umsetzung der RL finde eine Professionalisierung des Restrukturierungsmarkts statt.

Den Restrukturierungsplan als »Herzstück der Restrukturierung« beleuchtete RA Dr. Andreas Spahlinger (Gleiss Lutz). Durch den Plan könnten verschiedene Restrukturierungsmaßnahmen durchgesetzt werden (z. B. Veräußerungen oder Verkauf des Unternehmens im Ganzen, Änderungen der Kapitalstruktur z. B. durch Debt-Equity-Swap oder Änderung der Verbindlichkeiten z. B. Forderungskürzung und Stundung). Die Vorlage des Insolvenzplans sollte nicht nur durch den Schuldner erfolgen, nach seiner Auffassung sollten auch die Gläubiger und der Restrukturierungsbeauftragte ein Vorlagerecht erhalten. Fehlen würden bei den RL-Vorgaben Regelungen zum Abstimmungsverfahren, die unbedingt national ausgestaltet werden müssten. Anteilsinhaber, nachrangige Gläubiger und nahestehende Personen mit Interessenkonflikt sollten allerdings kein Stimmrecht erhalten. Zwingend für Spahlinger ist die Einrichtung unterschiedlicher Klassen für gesicherte und ungesicherte Gläubiger. Eventuell sollten Forderungen von Arbeitnehmern in einer eigenen Klasse behandelt werden. Bei kleineren Unternehmen (KMUs) solle der Schuldner auf eine Klassenbildung verzichten können. Vorgesehen ist gem. RL eine Summenmehrheit in jeder Klasse, nach seiner Meinung sollte der nationale Gesetzgeber auch eine Kopfmehrheit verlangen. Das zu regelnde Abstimmungsverfahren sollte flexibel gestaltet sein, also sollte die Möglichkeit bestehen, in einer Versammlung persönlich, schriftlich oder elektronisch abzustimmen. Zu Art. 10 (rechtlichen Prüfung des Plans) vertrat Spahlinger den Standpunkt, dass eine Planbestätigung nur dann durch die Gerichte notwendig sei, wenn einzelne Gläubigerrechte beeinträchtigt werden. Als Novum bezeichnete es Spahlinger, dass wirtschaftliche Aspekte des Insolvenzplans überprüft werden sollten; unklar sei wiederum, wer diese Prüfung durchführt, d. h., ob ein Sachverständiger eingesetzt wird oder der Richter die Prüfung vornimmt. Restrukturierungspläne sollten eine EU-weite Wirkung entfalten, sagt Spahlinger, was über die EuInsVO möglich ist. Die Mitgliedstaaten müssten sicherstellen, dass die Anteilsinhaber die Annahme und Bestätigung des Plans nicht grundlos verhindern oder erschweren könnten. Grundsätzlich sollten alle gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen zulässig sein, einschließlich der Differenzhaftung entsprechend § 254 Abs. 4 InsO; ein Debt-Equity-Swap solle gegen den Willen der Gläubiger jedoch entsprechend § 225 a Abs. 2 Satz 2 InsO nicht stattfinden. Zudem schlägt er die Bildung einer eigenen Klasse für die Anteilsinhaber vor (entsprechend § 222 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 InsO). Anteilsinhaber müssten aber die Möglichkeit erhalten, Sekundäransprüche geltend zu machen, wenn sie nachweisen können, dass ihnen durch den Planvollzug wirtschaftliche Nachteile entstehen.

Über die Rolle des Restrukturierungsbeauftragten und des Gerichts referierten Prof. Dr. Heinz Vallender (Institut für Internationales und Europäisches Insolvenzrecht der Universität zu Köln)

und RA Ivo-Meinert Willrodt (Pluta). Der europäische Gesetzgeber beschränke die Beteiligung von Justiz- oder Verwaltungsbehörden auf erforderliche Fälle, darüber hinaus im nationalen Regelungsermessen. Die Gerichte – und keine Verwaltungsbehörde – sollten den Restrukturierungsbeauftragten bestellen. Dabei handele es sich um eine gerichtliche Entscheidung ähnlich der Verwalterbestellung i. S. v. Art. 2 Nr. 5 EuInsVO. Dies könne bedeuten, dass der Restrukturierungsbeauftragte seine Befugnisse auch in anderen Mitgliedstaaten ausübt (Art. 21 EuInsVO). Laut RL seien die Kosten des Restrukturierungsbeauftragten vom Schuldner zu tragen. Dies sei wenig verständlich, da gerade die Gläubigerinteressen durch den Restrukturierungsbeauftragten geschützt werden sollen. Die einzelnen Aufgaben des Beauftragten sollten in einem gerichtlichen Beschluss fallbezogen festgehalten werden. Wichtige Aufgaben des Restrukturierungsbeauftragten seien es z. B., Umsatz, Liquiditätszahlen, Gewinn und Verlust zu überprüfen und innerhalb einer kurzen Frist diese Angaben dem Gericht in einer Stellungnahme zu machen. In der RL gebe es keine Vorgaben zur Vergütung der Tätigkeit des Restrukturierungsverwalters. Vallender ist der Auffassung, dass man hier die Vergütungsregelung der Eigenverwaltung als richtungsweisend annehmen könne. Bezüglich der Zulassungsvoraussetzungen sollte es sich um einen erfahrenen Insolvenz- und Restrukturierungsexperten handeln, mit juristischer und betriebswirtschaftlicher Doppelausbildung, der aber vorher mit dem Fall nicht betraut worden sein dürfe. Art. 25 sehe Aus- und Fortbildungsverpflichtungen bei den Richtern vor, die notwendige Spezialisierung sei deutschlandweit noch nicht vorhanden. Daher dürfe für Fälle, die den präventiven Restrukturierungsrahmen betreffen, eine Konzentrationsregelung der Gerichte dringend notwendig sein.

Über den Schutz von Transaktionen referierte RA Peter Hoegen (Allen & Overy). Für den Fall von Finanzierungen sollten zivil-, verwaltungs- und strafrechtliche Haftungsfreistellungen möglich sein. Unter Zwischenfinanzierungen wiederum ist jede neue finanzielle Unterstützung, nicht nur Geld- oder Sachdarlehen, zu verstehen. Dies umfasse auch Bürgschaften Dritter oder verlängerte Rückzahlungszeiträume für Warenvorräte, Rohstoffe und Versorgungsleistungen. Der sachliche Anwendungsbereich sei weiter gefasst als bei einem Überbrückungskredit. Die finanzielle Unterstützung müsse allerdings angemessen und unverzüglich notwendig sein. Ob dies zutrifft, solle wiederum der Restrukturierungsbeauftragte oder das Gericht entscheiden. Für sonstige Anfechtungsgründe und Haftungsgründe gebe es jeweils einen nationalen Gesetzesvorbehalt. Im Erwägungsgrund 67 würden als mögliche andere Gründe genannt: Betrug und Böswilligkeit, Transaktionen zwischen nahestehenden Personen, nahestehen-

den Parteien oder Anteilshabern. Damit dürfte grundsätzlich eine Anfechtung nach §§ 131, 133, 134, 135, 136 und 138 InsO weiterhin zulässig sein. Der deutsche Gesetzgeber sollte die Anfechtungs- und Haftungsregelungen sanierungsfreundlicher regeln und die strafbewährte Antragspflicht sei mit Art. 7 der RL zu harmonisieren. Schließlich nahm RA Florian Bruder (DLA Piper) die Sanierung von Konzernen unter die Lupe. Nach seiner Auffassung gebe es viele Herausforderungen bei Konzernsanierungen, z. B. Klärung des Gruppengerichtsstands und welche der Konzerngesellschaften ins vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren gehen sollen.

Kann der Verwalter nur noch die Scherben einsammeln?

Die Abschlussdiskussion bestritten Willrodt, Ehret, Bruder, Hoegen, Vallender, Fritz und RA Dr. Frank Kebekus (Kebekus et Zimmermann). Nach derzeitigem Stand würde »jedes Land sein eigenes Süppchen« bei der Umsetzung kochen, stellte man fest. Zurzeit seien die Niederländer sehr engagiert. Bei ihnen stehe ein Gesetz kurz vor Verabschiedung, das individuell vereinbarte Restrukturierungspläne zur Vermeidung der Insolvenz bestätigen können soll – mit dem Hinweis an Unternehmen in der Krise aus anderen europäischen Staaten: »Kommt zu uns nach Holland.« Es gab Stimmen, die wünschten sich, dass die Gerichte als Restrukturierungsbeauftragten sowohl Insolvenzverwalter als auch Berater einsetzen sollten. Es gab zudem die Einschätzung, dass der präventive Restrukturierungsrahmen die Anfechtungsvorschriften weiter zurückdrängen werde. Dies sei vor allem positiv für den Beratermarkt. Die Insolvenzverwalter würden wiederum bei gescheiterten Restrukturierungen im Nachgang nur noch »die Scherben einsammeln« können. Einig schien man sich zu sein, dass es massive Umwälzungen im Insolvenzverwaltermarkt geben wird. Die Berater würden versuchen, das präventive Restrukturierungsmodell häufig anzuwenden, sodass die klassischen Verwalter weiter zurückgedrängt würden. Nach breiter Auffassung seien eine Konzentration der Gerichte und eine Qualifizierung der Richter unbedingt notwendig. Zur Frage »Was ist attraktiver – Holland oder Irland?« kam die Gegenfrage »Was brauchen wir für eine bessere Sanierungskultur in Deutschland?«. Mehr Qualifikation auf allen Ebenen, hieß es, vor allem bei den Gerichten. Generell sollte sich der Gesetzgeber bei der nationalen Umsetzung darüber im Klaren sein, so ein Diskutant, ob er eine neue Ersatzinsolvenzordnung schaffen oder ein ganz neues Restrukturierungstool anbieten will. <<