

Zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes 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 (Richtlinienentwurf vom 22.11.2016 COM(2016) 723 final)

Vorbemerkungen

DIE FAMILIENUNTERNEHMER begrüßen im Grundsatz den vorstehend bezeichneten Entwurf einer Richtlinie über (u. a.) präventive Restrukturierungsrahmen (fortan: EU-RLE). Um es mit den bekannten Worten des deutschen Rechtsgelehrten Prof. Karsten Schmidt zu sagen, ist eine Restrukturierung immer dann besonders effektiv, wenn sie „früh, schnell und still“ erfolgt. Da in Europa in den einzelnen Nationalstaaten sehr unterschiedliche Vorschriften und Handhabungen zur frühzeitigen Restrukturierung von Unternehmen bestehen, ist ein Ziel der Richtlinie, nämlich einen Beitrag zur Harmonisierung der unterschiedlichen Rechtslagen in den verschiedenen Nationalstaaten zu leisten, zu begrüßen.

Aus deutscher Sicht richtet sich die Richtlinie insbesondere an einige Staaten der Europäischen Union, die (bisher) über wenig leistungsfähige Restrukturierungsrahmen verfügen. Deutschland verfügt spätestens nach der sog. ESUG-Reform, durch die zum 01.03.2012 Insolvenzplan und Eigenverwaltung gestärkt wurden, über ein grundsätzlich leistungsfähiges Sanierungs- und Insolvenzrecht¹. Aber auch aus deutscher Sicht ist das Bestreben der Richtlinie, eine möglichst frühzeitige Restrukturierung zu ermöglichen, sinnvoll. Trotz aller Reformen in Deutschland ist es auch dem deutschen Gesetzgeber bisher nicht durchgreifend gelungen, die Abschreckung, die von dem Wort „Insolvenz“ ausgeht, entscheidend abzubauen. Dies führt nach wie vor zu verspäteten Insolvenzanträgen und Auslassung einer rechtzeitigen, durchgreifenden Sanierung.

¹ Nach einer vielzitierten Studie der Weltbank belegt das deutsche Restrukturierungsrecht weltweit Platz 3, Studie der Weltbank „Doing Business 2017 – Equal Opportunity for All“ v. 25.10.2016, S. 208, abrufbar unter: <http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB17-Report.pdf>

Zu den Auswirkungen der sog. ESUG-Reform in der Praxis findet in Deutschland in 2017 eine sog. Evaluation statt. Die Ergebnisse dieser Evaluation sollten abgewartet und sorgfältig ausgewertet werden, bevor eine endgültige Bewertung des EU-RLE erfolgt.

Weiter sind diverse ordnungspolitische Gesichtspunkte zu berücksichtigen gewesen, was mit dem vorgelegten Entwurf weitgehend gelungen ist. So war der Gefahr zu begegnen, dass durch die Förderung einer präventiven Restrukturierung Wettbewerbsnachteile zu Lasten gesunder Unternehmen entstehen können. Denn Unternehmen, die durch einen präventiven Restrukturierungsrahmen geschützt werden, können billiger produzieren als ihre „gesunden“ Wettbewerber. DIE FAMILIENUNTERNEHMER halten es daher für zentral, dass in der künftigen Anwendungspraxis tatsächlich nur durchgreifende und aussichtsreiche Restrukturierungen erfolgen. In vielen Fällen bleibt ein Marktaustritt nach wie vor einer Restrukturierung „um jeden Preis“ – zu Lasten der Gläubiger und der Wettbewerber – vorzuziehen. Für DIE FAMILIENUNTERNEHMER gilt der Grundsatz, dass Gläubigerschutz, so auch er in den Insolvenzordnungen Europas, immer auch dem Schutz der Grundrechte aus der Eigentumsgarantie dient. Das korrespondiert mit dem Prinzip, dass Schuldner nicht – auch nicht e facta – durch einen zu weichen Rechtsrahmen aus ihrer Haftung und ihrer Schuldnerselbstverantwortung entlassen werden dürfen.

Und schließlich darf auch der Wettbewerb nicht daran gehindert werden, schwache Marktteilnehmer auf den Märkten auszusortieren, worin zwar ein schmerzlicher Vorgang liegt, aus Sicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER aber volkswirtschaftlich unvermeidbar bleibt.

I. Überblick zu ausgewählten Inhalten des EU-RLE

Der EU-RLE enthält knapp zusammengefasst folgende „Werkzeuge“, die eine frühzeitige Restrukturierung gewährleisten sollen:

1. Moratorium

Art. 6, 7 EU-RLE enthalten Regelungen zu einem sog. Moratorium. Insbesondere soll das zu restrukturierende Unternehmen so eine „Atempause“ zur Absicherung der Verhandlungen zur Restrukturierung erhalten. Für näher definierte Zeiträume – mit Spielräumen für den nationalen Gesetzgeber – sind Durchsetzungssperren, insbesondere zur Aussetzung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger, definiert.

2. Restrukturierungsplan, Überwindung sog. Akkordstörer

Der EU-RLE enthält zahlreiche Regelungen zu einem sog. Restrukturierungsplan. Mit Hilfe dieses Restrukturierungsplans – der an das amerikanische Chapter-Eleven-Verfahren und an das deutsche Insolvenzplanverfahren angelehnt ist – sollen Widerstände einzelner Gläubiger überwunden werden können, die sich einer erfolgreichen Restrukturierung in den Weg stellen wollen. Die Regelungen hierzu sind in Kapitel 3, Art. 8 – Art. 15 des EU-RLE enthalten.

3. Transaktions- und Anfechtungsschutz

Insbesondere sieht der EU-RLE für Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen und sonstige Transaktionen – die während des EU-RLE-Restrukturierungsverfahrens vorgenommen wurden – einen intensiven Bestandsschutz im Falle des Fehlschlags der Restrukturierung vor. Dies bedeutet z. B. in Bezug auf die deutsche Rechtslage, dass in weitgehendem Umfang bei einer Anschlussinsolvenz, d. h. beim Scheitern des Restrukturierungsverfahrens, die Anfechtung von während des Restrukturierungsverfahrens vorgenommenen Transaktionen durch den späteren Insolvenzverwalter ausgeschlossen ist.

4. Eintrittsschwelle und Beginn des Verfahrens bei „Likelihood of insolvency“

An verschiedenen Stellen enthält der Entwurf (vgl. Art. 4 EU-RLE) zur Eintrittsschwelle den Hinweis, dass das Restrukturierungsverfahren auf die Vermeidung der Insolvenz zielt, wenn „Likelihood of insolvency“ besteht. Eine genaue Definition, was unter dieser Eintrittsschwelle zu verstehen ist und wie die Eintrittsschwelle zu kontrollieren ist, enthält der EU-RLE – was bereits hier kritisch angemerkt sei – nicht. Hierin liegt eine Schwäche, die dazu führen kann, dass zu leicht eine im Einzelfall inadäquate sogenannte „Flucht in die Restrukturierung“ angetreten werden kann.

5. Sonstige Regelungen

Der EU-RLE enthält zahlreiche sonstige Regelungen, die aus Platzgründen hier nur knapp erwähnt werden sollen: Regelungen zum Umgang mit Arbeitnehmern und Lieferanten, insbesondere in der Situation eines Moratoriums. Zudem enthält der EU-RLE in Titel III Regelungen zur „zweiten Chance für Unternehmer“ und in Titel IV zu Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungen, speziell zu Verwaltungsvorschriften. Die Titel III und IV sollen nicht Gegenstand dieser Betrachtungen sein.

II. Ausgewählte, aus diesseitiger Sicht zu konkretisierende Kritik- und Diskussionsschwerpunkte

1. Wettbewerbsnachteile zu Lasten gesunder Unternehmen

Wie nachfolgend im Einzelnen zu zeigen sein wird, sind im EU-RLE einige „Schwachstellen“ enthalten. Dies birgt die Gefahr, dass nicht lebensfähige Unternehmen versucht sein könnten, ein „verkapptes“ Insolvenzverfahren ohne den Schutz des Insolvenzverfahrens zugunsten der Gläubiger durchzuführen. Das könnte zur Folge haben, dass ertragsschwache Unternehmen künstlich am Leben gehalten werden, alles zu Lasten von Gläubigern, die fortlaufend das die Restrukturierung suchende Unternehmen beliefern.

Das würde sich insbesondere zu Lasten des Wettbewerbs als solchen und zu Lasten gesunder Wettbewerber auswirken und damit auch die Rechte anderer Eigentümer tangieren.

2. Vergleichsrechnung unklar

Für den Schutz der Gläubiger (und damit auch mittelbar für den Schutz von Wettbewerbern) ist die sog. Vergleichsrechnung zentral. Ein Restrukturierungsplan (in Deutschland insbesondere ein Insolvenzplan) muss sicherstellen, dass die Gläubiger mit dem Restrukturierungsplan zumindest nicht schlechter stehen, als sie ohne Plan stehen würden. Der EU-RLE definiert in Art. 2 Ziff. 9 als „Kriterium des Gläubigerinteresses“ einen „Umstand, dass kein ablehnender Gläubiger nach dem Restrukturierungsplan schlechter gestellt würde, als im Falle der Liquidation ...“. An anderer Stelle (im Zusammenhang mit der Möglichkeit, einzelne Plangruppen zu überstimmen) wird auf den Wert als „laufendes Unternehmen“ abgestellt (Art. 13 Abs. 2 EU-RLE, dagegen Art. 13 Abs. 1 EU-RLE wieder Liquidationswert). Da im EU-RLE teilweise vom Fortführungswert und teilweise vom Liquidationswert die Rede ist, stellen sich Fragen nach dem Vergleichsmaßstab und damit auch insgesamt Fragen zur Unternehmensbewertung. Der Fortführungswert – ggf. der am Markt erzielbare Kaufpreis für das Unternehmen – muss der Vergleichsmaßstab sein.

3. Cram down = Obstruktionsverbot zu weit

Der EU-RLE ermöglicht es, durch Gruppenbildung im Restrukturierungsplan einzelne Plangruppen zu überwinden. Der Restrukturierungsplan kann unter bestimmten Voraussetzungen (auch abhängig von der Umsetzung im nationalen Recht) gegen den Willen einzelner und mehrerer Plangruppen zustande kommen. Insbesondere vor dem Hintergrund der vorstehend skizzierten Problematik der Vergleichsrechnung erscheinen die Regelungen zum sog. Cram down, d. h. zur Überwindung einzelner Plangruppen, zu Lasten der Gläubiger als zu weitgehend. Der nationale Gesetzgeber sollte die Befugnis haben, auf Cram-down-Regelungen ganz zu verzichten.

4. Insolvenzanfechtungsschutz problematisch

An mehreren Stellen beabsichtigt der EU-RLE dem nationalen Gesetzgeber – zwingend („stellen sicher“) – vorzuschreiben, dass bestimmte Zwischenfinanzierungen und Transaktionen während des präventiven Restrukturierungsverfahrens beim Scheitern der präventiven Restrukturierung, d. h. im Falle einer Anschlussinsolvenz, der Insolvenzanfechtung weitgehend entzogen sein sollen. Nur dann, wenn die Transaktion und/oder Zwischenfinanzierung „in betrügerischer Absicht oder bösgläubig vorgenommen“ (Art. 16 Abs. 1, 3 EU-RLE) wurde, soll eine Anfechtung in der Folgeinsolvenz möglich sein. Dies ist zu weitgehend. Auch dann, wenn eindeutig anerkannte Standards einer Restrukturierung (z. B. wie im Standard IDW S 6 definiert) verletzt wurden, muss eine Anfechtung in der Folgeinsolvenz möglich sein.

Anderenfalls besteht die Gefahr, dass wenig tragfähige Restrukturierungskonzepte im Rahmen des präventiven Restrukturierungsverfahrens genutzt werden, die letzten Vermögensgegenstände des Schuldners einzelnen Gläubigern zuzuwenden, was zu Lasten der Gläubigergemeinschaft geht.

5. Moratoriumsvorschriften zu weit

Ebenso sind einige Aspekte der Vorschriften zum Moratorium zu stark zu Lasten der Gläubigergemeinschaft ausgeprägt. So wird gem. Art. 7 Abs. 1 EU-RLE angestrebt, dass der nationale Gesetzgeber – zwingend – die Insolvenzantragspflicht während des präventiven Restrukturierungsverfahrens aussetzen muss. Dies könnte dazu führen, dass eigentlich insolvenzreife Unternehmen unter den „Deckmantel“ des präventiven Restrukturierungsverfahrens „flüchten“, um den Transparenzvorschriften eines geregelten Insolvenzverfahrens – z. B. betr. Kontrollen durch Gericht und Gläubigerorgane, Regelungen zu Abstimmungsvorgängen – zu entgehen (dazu auch die nachfolgenden Ausführungen zur fehlenden Kontrolle der Eintrittsschwelle).

Außerdem sollte die Richtlinie zumindest dem nationalen Gesetzgeber mehr Spielraum beim Moratorium lassen. Der nationale Gesetzgeber sollte die Befugnis haben, neben dem Verzicht auf die umfassende Aussetzung von Insolvenzantragspflichten auch auf ein umfassendes Moratorium insgesamt verzichten zu können. Die deutsche Erfahrung zeigt, dass selbst bei gerichtlichen Sanierungen (z. B. in Schutzschirmen) in Ausnahmefällen ein Moratorium von maximal drei Monaten ausreichend ist.

6. Eintrittsschwelle („Likelihood“) nicht genau definiert und keine Kontrolle vorgesehen; Überprüfung fehlender Insolvenzreife?

Ab welchem Zeitpunkt der Nähe zur möglichen Insolvenz die Vorschriften zum präventiven Restrukturierungsrahmen greifen sollen, ist nach dem Entwurf unklar. Der Begriff „Likelihood (of insolvency)“ wird im EU-RLE nicht näher definiert. Es ist auch nicht vorgesehen, dass die Erfüllung der Voraussetzungen der Eintrittsschwelle im konkreten Fall durch den nationalen Gesetzgeber einer effektiven Kontrolle unterworfen werden muss. Dies birgt die Gefahr, dass eigentlich insolvenzreife Unternehmen versucht sein könnten, unter den „Schutzmantel“ des präventiven Verfahrens zu flüchten (s. auch die vorstehenden Ziffern). Es muss sichergestellt sein, dass insolvenzreife Unternehmen das Verfahren nach dem EU-RLE nicht einleiten können.

7. Operative oder nur finanzwirtschaftliche Sanierung?

In der weiteren Diskussion wird zu klären sein, ob und inwieweit das vorgesehene präventive Restrukturierungsverfahren nur einer finanzwirtschaftlichen Sanierung dient (z. B. nur Kürzung der Verbindlichkeiten) oder ob auch zusätzlich operative Sanierungsmaßnahmen (z. B. Mechanismen zur Beendigung ungünstiger Verträge) sinnvoll erscheinen.

8. Kenntnisse der mit dem Restrukturierungsplan befassten Richter?

Der EU-RLE sieht eine Bestätigung eines (außerhalb eines Gerichtsverfahrens erarbeiteten) Restrukturierungsplans durch das zuständige Gericht oder eine Justizbehörde innerhalb von 30 Tagen vor (Art. 10 Abs. 4 EU-RLE). Diese Frist ist zu kurz. Abgesehen davon muss – insbesondere aus deutscher Sicht – sichergestellt werden, dass die damit befassten Richter über eine ausreichende Qualifikation – insbesondere in betriebswirtschaftlicher Hinsicht – verfügen (Stichwort: stärkere Konzentration der „Restrukturierungsgerichte“).

9. Neutraler Sachwalter als Moderator?

An einigen Stellen des EU-RLE ist vorgesehen, dass optional die zuständigen Gerichte/Justizbehörden einen Sachwalter ernennen können (vgl. Art. 5 Abs. 2 EU-RLE). Zu betonen ist, dass ein wirklich neutraler, erfahrener Sachwalter insbesondere in konfrontativen Fällen zur Streitschlichtung erheblich beitragen kann. Die Rolle eines neutralen, erfahrenen Sachwalters sollte deshalb stärker betont werden als es bisher im EU-RLE der Fall ist.

10. Abstimmungsvorgang im Vorfeld der Planbestätigung unregelt

Der EU-RLE enthält zwar zahlreiche Regelungen zur Wirkung des Restrukturierungsplans, nicht aber zum Abstimmungsverfahren (z. B. Festsetzung der Stimmrechte). DIE FAMILIENUNTERNEHMER haben Zweifel, dass der im EU-RLE nicht geregelte Abstimmungsvorgang sinnvoll in einem „rechtsfreien Raum“ ordnungsgemäß durchgeführt werden kann. Abstimmungsregeln – ggf. moderiert durch einen neutralen Sachwalter, außerhalb eines förmlichen Gerichtsverfahrens – sollten ergänzt werden.

11. Frühwarnsysteme

Ausdrücklich begrüßen DIE FAMILIENUNTERNEHMER Art. 3 des EU-RLE, wonach die Mitgliedsstaaten sicherstellen sollen, dass Unternehmen „Zugang zu Frühwarnsystemen haben“. Hier stellt sich die Frage, ob und inwieweit solche Frühwarnsysteme noch spezifizierter – auf nationaler, speziell deutscher Ebene – definiert werden könnten (Stichwort: Pflicht zu einer integrierten Unternehmensplanung? Sonstige Ideen zu Frühwarnsystemen?).

12. Schutz von Start-up-Unternehmen: Idee einer Abschaffung der Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung

Die Diskussion um eine präventive Restrukturierung könnte – in Deutschland – dazu genutzt werden, über einen rechtssicheren Rechtsrahmen für sog. Start-up-Unternehmen nachzudenken. Viele Start-up-Gründer tragen das Risiko, dass beim Scheitern des Start-ups im Nachgang wegen mangelnder positiver Fortführungsprognose eine Insolvenzverschleppung wegen verkannter Überschuldung gegeben ist.

Aus Sicht von DIE FAMILIENUNTERNEHMER könnte deshalb über einen Schutz von Start-up-Unternehmen und eine Neujustierung der Insolvenzgründe (Abschaffung der Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung) zumindest diskutiert und nachgedacht werden.

Fazit

Wird der Entwurf an den in dieser Stellungnahme angesprochenen einzelnen Punkten nachgebessert, könnte ein Regelungsrahmen gefunden werden, der beidem gerecht wird:

- dem Ziel von früher (rechtzeitig) einsetzenden Restrukturierungsmaßnahmen und
- der angemessenen Wahrung verschiedener hoher Güter unserer Wettbewerbs- und Eigentumsordnung wie Gläubigerschutz, Eigentumsschutz und nicht verzerrter Wettbewerb.

Zwischen beiden Zielen ist ein Ausgleich zu treffen, der Entwurf ist hier schon sehr weit.