

Henning Sämisch\*

## Die Harmonisierung von Restrukturierung und Sanierung – Anregungen für das weitere Gesetzgebungsverfahren

Bei der Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie sind verschiedene Aspekte zu berücksichtigen. Es wird auf die verschiedenen Teile der Richtlinie eingegangen und erläutert, wie diese am sinnvollsten mit dem bestehenden deutschen Sanierungsrecht vereinbart werden können. Dabei wird besonderer Wert auf die Rolle des Restrukturierungsbeauftragten und die Bestandsfähigkeitsprüfung gelegt. Bei letzterer muss insbesondere darauf geachtet werden, dass Restrukturierungen nicht um ihrer selbst willen durchgeführt werden, sondern diese auch aus volkswirtschaftlicher Sicht vertretbar sind. Auch die Missbrauchspotentiale eines vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens werden erörtert. Während der Erstellung dieses Beitrags hat das BMJV einen ersten Referentenentwurf (abrufbar unter: <https://www.zri-online.de>, Aktuelle Downloads) zur Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie veröffentlicht. Zu diesem wird abschließend zur Anregung der Diskussion Stellung genommen und Input für das weitere Gesetzgebungsverfahren gegeben.

### I. Einleitung

Seit Inkrafttreten der europäischen Restrukturierungsrichtlinie<sup>1)</sup> am 16. 7. 2019 ist es Aufgabe des deutschen Gesetzgebers, ein den Vorgaben der Richtlinie entsprechendes vorinsolvenzliches Restrukturierungsverfahren in das deutsche Recht zu implementieren. Dabei ist die Umsetzung des von der Richtlinie vorgeschriebenen präventiven Restrukturierungsrahmens in deutsches Recht in nächster Zeit zu erwarten.<sup>2)</sup> Die Zeit drängt hier auch in Hinblick auf die auslaufende pandemiebedingte Aussetzung der Insolvenzantragspflicht.<sup>3)</sup>

Ziel des präventiven Restrukturierungsrahmens soll es laut Bundesjustizministerin Lambrecht v. a. sein, „Unternehmen mit an sich funktionierendem Geschäftsmodell die Möglichkeit zu eröffnen, sich auch außerhalb eines förmlichen Insolvenzverfahrens zu sanieren“.<sup>4)</sup> Hieraus wird die Unternehmenssanierung als Ziel der Restrukturierung deutlich, nicht jedoch, was diese im Einzelnen beinhalten soll. Auch die Definition in Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Richtlinie lässt dies weitestgehend offen. Ebenso sagt

die Wortherkunft aus dem Lateinischen („struere“ ordnen, i. V. m. dem Präfix „re-“, also so viel wie „neuordnen“) an sich nur aus, dass alte Strukturen zu neuen reorganisiert werden sollen. Über die hierfür verwendeten Mittel oder die Qualität des damit erreichten Ergebnisses ist damit aber noch nichts ausgesagt.

Hierdurch stellen sich für die Umsetzung der Richtlinie eine Reihe von Fragen. Hierzu zählt zum einen, wie bereits bestehende Sanierungsinstrumente im deutschen Recht wie Eigenverwaltung, Insolvenzplan oder Schutzschirmverfahren mit dem präventiven Restrukturierungsrahmen sinnvollerweise verzahnt bzw. von diesem abgegrenzt werden können. Zum anderen stellt sich die Frage, wie Miss- oder zumindest Fehlgebrauchspotentialen auf Seiten des Schuldners begegnet und ein ausreichender Gläubigerschutz auch außerhalb eines förmlichen Insolvenzverfahrens gewährleistet werden kann. In diesem Kontext ist auch zu klären, welche Rolle dem von der Richtlinie vorgesehenen Restrukturierungsbeauftragten zukommen soll.

### II. Abgrenzung zum Insolvenzverfahren (Abstandsgebot<sup>5)</sup>)

Zunächst stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem präventiven Restrukturierungsrahmen und bestehenden

\* Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht, Kanzlei SHNF, Hamburg. Dank gilt meinen beiden wissenschaftlichen Mitarbeitern Theresa Haug und Dominik Noffz.

- 1) RL (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsmaßnahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz); im Folgenden RestRL oder Richtlinie.
- 2) Reifenberger, Pflicht zum Insolvenzantrag bleibt ausgesetzt, FINANCE, <https://www.finance-magazin.de/wirtschaft/deutschland/pflicht-zum-insolvenzantrag-bleibt-ausgesetzt-2063371/> v. 26. 8. 2020 (zuletzt abgerufen am 3. 9. 2020).
- 3) Vgl. Westphal, Video-Podcast-Workshop „Präventiver Restrukturierungsrahmen“, [https://www.youtube.com/watch?v=IKY3c95xxvw&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?v=IKY3c95xxvw&feature=emb_logo) (zuletzt abgerufen am 3. 9. 2020); siehe dazu auch den Beitrag von Fritz/Wieduwilt, ZRI 2020, 529 (in diesem Heft).
- 4) Interview mit Bundesjustizministerin Christine Lambrecht in: InDat Report 09/2020, S. 28.
- 5) Flöther/Wilke, NZI-Beilage 2019, 80.

Sanierungsinstrumenten. Da die Restrukturierung der Sanierung vorgelagert sein soll, muss die Restrukturierung einen engeren Anwendungsbereich haben.<sup>6)</sup> Ansonsten verbliebe der Sanierung kein primärer Anwendungsbereich. Dabei muss der Gesetzgeber jedoch mit einem Spannungsverhältnis umgehen. Einerseits muss, um die Sanierungsinstrumente der InsO nicht zu beeinträchtigen, ein gewisser Abstand zum Insolvenzverfahren gewahrt sein, andererseits ist jedoch darauf zu achten, dass der mit der Restrukturierung einhergehende Eingriff in die Gläubigerrechte gerechtfertigt ist, so dass eine Nähe zur tatsächlichen Insolvenz bestehen muss.<sup>7)</sup> Sanierung und Restrukturierung weisen indes starke Ähnlichkeiten auf.<sup>8)</sup> So ähnelt der von der Richtlinie in Art. 8 vorgesehene Restrukturierungsplan stark dem deutschen Insolvenzplan.<sup>9)</sup> Zudem ist ungeklärt, wie sich in Zukunft der Insolvenzeröffnungsgrund der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ (§ 18 InsO) zu der Zugangsvoraussetzung des präventiven Restrukturierungsrahmens der „wahrscheinlichen Insolvenz“ verhalten soll.

Zunächst besteht kein Anlass, bereits bestehende Sanierungsinstrumente abzuschaffen bzw. aus der Insolvenzordnung herauszunehmen. Diese haben sich in der Praxis bereits bewährt, so dass es weder im Interesse der Gläubiger noch des Schuldners wäre, diese zu verändern. Es spricht grundsätzlich nichts gegen ein zusätzliches Verfahren, das – wenn es auch Ähnlichkeiten zu Sanierungsinstrumenten innerhalb des Insolvenzverfahrens gibt – für die Gläubiger zusätzliche Befriedigungsmöglichkeiten und für den Schuldner weitere Chancen auf eine Sanierung bereithält.

Die Richtlinie bestimmt den Eintrittspunkt der Restrukturierung als „wahrscheinliche Insolvenz“.<sup>10)</sup> Die Definition dieses Begriffs wird indes den Nationalstaaten überlassen.<sup>11)</sup> Im Hinblick auf das deutsche Recht stellt sich die Frage, ob der Begriff der wahrscheinlichen Insolvenz nicht am ehesten mit dem der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) übereinstimmt.<sup>12)</sup> Da sich die Insolvenz als tatsächliche Zahlungsunfähigkeit definieren lässt,<sup>13)</sup> entspricht eine drohende Zahlungsunfähigkeit am ehesten der bevorstehenden, also wahrscheinlichen Insolvenz.<sup>14)</sup> Die drohende Zahlungsunfähigkeit ist nach § 18 InsO jedoch bereits Eröffnungspunkt des Insolvenzverfahrens. Bei einem Gleichlauf der Begriffe wäre ein Abstand zum *späteren* Insolvenzverfahren nicht gewährleistet. Eine Abschaffung des Eröffnungsgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist indes nicht erstrebenswert.<sup>15)</sup> Dies würde Unternehmen die Möglichkeit nehmen, bereits in einem frühen Stadium in das mit guten Sanierungsinstrumenten ausgestattete Insolvenzverfahren einzutreten mit der Folge, dass die Forderungen der Gläubiger bereits stärker entwertet sind und Schuldner die Zahlungsunfähigkeit ggf. bewusst herbeizuführen versuchen. Dies entfaltet insbesondere bei einer nicht aussichtsreichen oder nicht gewünschten Restrukturierung Relevanz. Eine Abschaffung der drohenden Zahlungsunfähigkeit als Eröffnungsgrund würde daher auch die Gläubigerinteressen unterminieren.

In Betracht kommen somit noch zwei Regelungsalternativen. Denkbar wäre zum einen, den Zeitpunkt der „wahrscheinlichen

Insolvenz“ zeitlich vor der drohenden Zahlungsunfähigkeit anzusetzen. Dabei ist darauf zu achten, dass keine gewöhnliche, unternehmerische Umstrukturierung unter dem Restrukturierungsrahmen durchgeführt wird.<sup>16)</sup> Der Eingriff in die Gläubigerrechte kann indes nicht durch die Mehrheitsentscheidung der Gläubiger legitimiert werden, da auch in die Rechte nicht zustimmender Gläubiger eingegriffen wird.<sup>17)</sup> Es müssen daher dennoch bereits deutliche Anhaltspunkte einer Zahlungsunfähigkeit vorliegen. Alternativ bietet sich die Möglichkeit, das Wahlrecht des Schuldners aus § 18 Abs. 1 InsO, ob er bereits einen Insolvenzantrag stellen möchte oder nicht, durch die Option, in den präventiven Restrukturierungsrahmen einzutreten, zu erweitern.<sup>18)</sup> Im Zustand der „drohenden Zahlungsunfähigkeit“ sah der deutsche Gesetzgeber noch keine Veranlassung, dem Schuldner eine Insolvenzantragspflicht aufzuerlegen oder einen Insolvenzantrag durch Gläubiger zu ermöglichen. Der Schuldner sollte die Möglichkeit erhalten, sich ohne die Gefahr eines Gläubigerinsolvenzantrages außergerichtlich zu sanieren.<sup>19)</sup> Dem Schuldner wird damit, solange die Zahlungsunfähigkeit noch nicht eingetreten ist, ein gewisser Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Prognose einer möglichen Sanierung seines Unternehmens zugestanden. Auch in Anbetracht der gesetzgeberischen Absicht, dem Schuldner ggf. noch eine außergerichtliche Sanierung zu ermöglichen, erscheint es somit denkbar, das Ergebnis einer solchen Prognose durch die Inanspruchnahme des präventiven Restrukturierungsrahmens zu erweitern. Abgrenzungsschwierigkeiten würden damit entfallen und im Einzelfall interessengerechte Lösungen zulassen. Möglichen Missbrauchspotentialen könnte hierbei durch Einführung und interessengerechte Ausgestaltung einer Bestandsfähigkeitsprüfung i. S. d. Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie entgegengewirkt werden (dazu sogleich).

Aufgrund der Deckungsgleichheit in weiten Teilen ist eine Reform des Sanierungsrechts jedoch in jedem Fall unausweichlich. Die Instrumentarien müssen modifiziert werden, um die Anwendungsbereiche der Sanierung und der Restrukturierung aufeinander abzustimmen.

6) Flöther/Wilke, NZI-Beilage 2019, 80, 81.

7) Flöther/Wilke, NZI-Beilage 2019, 80 f.

8) Dahl/Linnenbrink, NJW-Spezial 2020, 22 unter Verweis auf Spiekermann, ZInsO 2019, 429, 431.

9) Dahl/Linnenbrink, NJW-Spezial 2020, 21.

10) Art. 4 Abs. 1 RestRL.

11) Art. 2 Abs. 2 lit. b RestRL.

12) Von einer solchen Übereinstimmung ausgehend Dahl/Linnenbrink, NJW-Spezial 2020, 21; anders Stefan, ZInsO FOKUS, 933.

13) „Insolvenz“ auf Duden online, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Insolvenz> (zuletzt abgerufen am 3. 9. 2020).

14) Dahl/Linnenbrink, NJW-Spezial 2020, 21.

15) So aber Gruber, EuZW 2019, 181, 184 f.

16) Dahl/Linnenbrink, NJW-Spezial 2020, 21.

17) A. A. Madaus, in: Festschrift Wimmer, 2017, S. 446, 460 ff.; wie hier Müller, ZGR 2018, 56, 63 m. w. N.

18) Vgl. Brömmerkamp, ZInsO 2016, 500, 502 f.; Deppenkemper, ZIP 2020, 1041, 1042.

19) BT-Drucks. 12/2443, S. 114.

### III. Bestandsfähigkeitsprüfung

Ein weiterer zu klärender Aspekt ist die sogenannte Bestandsfähigkeitsprüfung.<sup>20</sup> Dabei soll der Zugang zur Restrukturierung nur den Unternehmen ermöglicht werden, die „bestandsfähig“ sind. In Erwägungsgrund 3 führt die Richtlinie hierzu aus, dass „nicht bestandsfähige Unternehmen ohne Überlebenschance so schnell wie möglich abgewickelt werden“ sollten. Würden nicht bestandsfähige Unternehmen Zugang zum Restrukturierungsrahmen erhalten „könnten Restrukturierungsmaßnahmen zu einer Beschleunigung und Anhäufung von Verlusten zum Nachteil der Gläubiger, der Arbeitnehmer und sonstiger Interessenträger sowie der Wirtschaft als Ganzes führen“.<sup>21</sup> Was bei einer solchen Bestandsfähigkeitsprüfung im Einzelnen geprüft werden soll, lässt die Richtlinie jedoch weitestgehend offen, so dass hier für die Mitgliedstaaten ein erheblicher Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Richtlinie besteht. Die Bundesjustizministerin hat bereits anklagen lassen, dass in Deutschland wohl eine Art Bestandsfähigkeitsprüfung eingeführt werden soll, hat dabei aber bislang die konkrete Ausgestaltung ebenfalls weitgehend offengelassen.<sup>22</sup> Klar ist bislang nur, dass eine Unternehmensfortführung noch möglich erscheinen muss.<sup>23</sup> Fraglich ist somit, was eine solche Bestandsfähigkeitsprüfung genau beinhalten sollte. Mit der Bestandsfähigkeit wurde ein neuer Begriff geschaffen, der den einschlägigen Wörterbüchern bisher unbekannt ist. Der im Englischen verwendete Begriff „*viability*“ ist dagegen keine Wortneuschöpfung. Er lässt sich am besten mit „Lebens-/Existenzfähigkeit“ bzw. „Rentabilität“ übersetzen. Die Bestandsfähigkeitsprüfung soll also jene Unternehmen aussortieren, deren Existenz schlichtweg unmöglich bzw. unrentabel ist.

Dabei stellt sich zunächst die Frage, auf welchen Zeitraum bei der Bestandsfähigkeitsprüfung abzustellen ist. Um Deutschland als Wirtschaftsstandort attraktiv zu halten und einen dauerhaften wirtschaftlichen Aufschwung zu erreichen, bedarf es einer steten technischen Weiterentwicklung sowie der Schaffung eines Klimas für Innovationen. Daher erscheint es zumindest fraglich, inwieweit solche Unternehmen, die im Hinblick auf den zunehmenden technischen Fortschritt längerfristig nicht mehr zeitgemäß und damit kaum noch wettbewerbsfähig sind, durch einen präventiven Restrukturierungsrahmen uneingeschränkt weiter künstlich am Leben erhalten werden sollten, anstatt Platz für neue Unternehmungen zu schaffen. Ein derartiges Vorgehen wäre auf lange Sicht weder für das Unternehmen noch für dessen Gläubiger noch abstrakt volkswirtschaftlich<sup>24</sup> vorteilhaft: Das Unternehmen würde durch den präventiven Restrukturierungsrahmen zwar ggf. kurzfristig gerettet, mit der weiter fortschreitenden technischen Entwicklung würde die Insolvenz in der Zukunft jedoch unvermeidbar, so dass der präventive Restrukturierungsrahmen in derartigen Fällen für das Unternehmen keine nachhaltige Hilfe bieten würde. Auf der anderen Seite erfolgt auch aus Sicht der Gläubiger eine Verzögerung der Insolvenz, was Prozesse unnötig verlängert und sich ggf. massenschmälernd auswirkt. Insbesondere würde die Durchführung eines präventiven Restrukturierungsverfahrens, wenn die Insolvenz zu einem späteren Zeitpunkt unvermeidbar ist, eine nicht

zweckmäßige Doppelung von Verfahrenskosten bedeuten. Auch werden Innovationen auf diese Weise verzögert.

Eine solche Prüfung wäre auch im Sinne des Erwägungsgrundes 22 der Richtlinie, der besagt, dass die frühzeitige Erkennung finanzieller Schwierigkeiten auch „im Falle eines Unternehmens mit dauerhaft vermindelter Bestandsfähigkeit“ vorteilhaft ist, da so die Effizienz der Abwicklung erhöht werden könne. Zudem soll nach Erwägungsgrund 24 der Richtlinie Zugang zum Restrukturierungsrahmen nur bestehen, wenn der Restrukturierungsplan „die Insolvenz des Schuldners abwenden und die Bestandsfähigkeit des Unternehmens sicherstellen“ kann. Auch die Richtlinie geht somit davon aus, dass auf Dauer nicht mehr bestandsfähige Unternehmen möglichst frühzeitig liquidiert und nicht Zugang zu einem langfristig zwecklosen Restrukturierungsverfahren erhalten sollten. Darüber hinaus zeigt auch die getrennte Aufzählung der Abwendung der Insolvenz und der Sicherstellung der Bestandsfähigkeit in den Erwägungsgründen<sup>25</sup> sowie z. B. Art. 1 Abs. 1 lit. a der Richtlinie, dass der Begriff der Bestandsfähigkeit über die (kurzfristige) Abwendung der Insolvenz hinausgehen muss. Hierbei kommt zur Abgrenzung v. a. eine längerfristige Prognose in Betracht, für die im Übrigen der Prognoseersteller bzw. Schuldner einem Haftungsregime zu unterwerfen ist, um eine Schönung von Zahlen zu verhindern.

Es stellt sich jedoch noch hierüber hinaus die Frage, ob es volkswirtschaftlich sinnvoll ist, wenn jedes Unternehmen, das nach einer Restrukturierung auch längerfristig noch bestehen könnte, den Zugang zu einer Restrukturierung erhält. Man sollte bedenken, dass die Aussicht auf eine Restrukturierung für das Gros der Unternehmen erheblich innovationsfeindlich sein kann. Wenn jedes Unternehmen sich im Zweifel auf die Rettung durch die Restrukturierung verlassen kann, nur weil es die Aussicht hat, weiterhin zu bestehen, müssen sich Unternehmen fragen, ob sich Investitionen in Forschung und Entwicklung wirtschaftlich noch lohnen. Schließlich würde der Konkurrenz, die sich der Veränderung des Marktes nicht anpasst, ein Verfahren zur Seite gestellt, das auch den Bestand überkommener Märkte sichert. Hierdurch würde ein innovationsfeindliches Klima geschaffen. Dieses Problem zeigt sich insbesondere im Stromsektor. Der Betrieb von Kohlekraftwerken ist nach wie vor rentabel und kann auch zukünftig noch auf Bestand hoffen. Dennoch ist es kontraproduktiv, Innovationen in Form von ökologischen Alternativen zu unterbinden, indem Kohlekonzerne im Rahmen des Restrukturierungsverfahrens erhalten werden. Ähnliches gilt für Branchen, wie z. B. dem Mineralölmarkt. Eine falsch ausgestaltete Bestandsfähigkeitsprüfung kann dazu führen, dass Bestehendes gesichert und notwendige Innovationen und Transformationsprozesse verhindert werden. Für die dauerhafte Sicherung von Arbeitsverhältnissen würde sich dies

20) Art. 4 Abs. 3 RestiRL; vgl. auch Art. 10 Abs. 3 RestRL.

21) Erwägungsgrund 3.

22) Vgl. Interview mit Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht* (Fußn. 4), S. 30.

23) Interview mit Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht* (Fußn. 4), S. 30.

24) Vgl. auch *Schnabl*, Evergreening, Zombieunternehmen und volkswirtschaftliche Effektivität, Vortrag, DiT 2019, 5. 4. 2019.

25) Vgl. z. B. Erwägungsgründe 24 und 50.

als Pyrrhussieg erweisen und vorhandenes Humankapital bliebe ungenutzt.<sup>26)</sup>

Deutschland sollte daher von der Befugnis zur Einführung einer Bestandsfähigkeitsprüfung – wie bereits vorgesehen<sup>27)</sup> – in vollem Umfang Gebrauch machen. Bei der nationalen Ausgestaltung der Bestandsfähigkeitsprüfung muss darauf geachtet werden, dass neben der bloßen Überlebensfähigkeit weitere Faktoren, insbesondere die Zukunftsfähigkeit der von den Unternehmen angebotenen Produkte, berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber sollte durch die entsprechende Definition der Bestandsfähigkeit ein innovationsfreundliches Klima schaffen. Er muss sicherstellen, dass überkommene und nur auf Erhaltung ausgerichtete Unternehmensmodelle nicht durch das Restrukturierungsverfahren dauerhaft auf dem Markt Fuß fassen und so mittelfristig einer auf Wettbewerb aufgebauten Volkswirtschaft einen Bärendienst erweisen.

Denkbar wäre jedoch, den Zugang bei Nichterfüllung dieses Aspektes von der Vorlage eines „Innovationsplans“ abhängig zu machen, in dem plausibel dargelegt wird, welche Maßnahmen unternommen werden sollen, damit das Unternehmen auch langfristig zukunfts- und damit wettbewerbsfähig bleibt. Dies wäre auch im Sinne der Richtlinie, die beispielsweise in Erwägungsgrund 57 davon ausgeht, dass nicht bestandsfähige Unternehmen mithilfe des Restrukturierungsplans ihre Bestandsfähigkeit auch erst wiederherstellen können („Annahme von Restrukturierungsplänen [...], die den Schuldner in die Bestandsfähigkeit zurückführen würden“). Kann ein solcher „Innovationsplan“ nicht oder nicht in adäquater Form vorgelegt werden, sollte das Unternehmen keinen Zugang zum Restrukturierungsrahmen erhalten und im Rahmen eines Insolvenzverfahrens ggf. liquidiert werden. Alternativ käme die Reduzierung des Unternehmens auf dauerhaft überlebensfähige Teilbereiche unter Beachtung der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung in Betracht (z. B. Werft, die neben einer großen Anzahl an nicht zukunfts-fähigen Schiffen, mit Dieselantrieb, eine kleinere, dauerhaft wettbewerbsfähige Sparte mit Solarschiffen betreibt<sup>28)</sup>).

Zu fragen bleibt noch, durch wen die Bestandsfähigkeitsprüfung durchgeführt werden sollte. Hierfür kommen aufgrund ihrer Expertise faktisch wohl vor allem potenzielle Restrukturierungsberater als sachverständige und neutrale Gutachter infrage. In jedem Fall sollte der Gesetzgeber hierfür gesetzliche Regelungen schaffen, damit entsprechende fachliche Voraussetzungen und damit ein ausreichender Qualitätsstandard sichergestellt ist. Dies würde auch der Gesamtwirtschaft zugutekommen. In diesem Zuge sollte ebenfalls die Vergütung für eine derartige Tätigkeit reglementiert werden, um Missbrauchspotentialen auf Seiten potenzieller Gutachter effektiv zu begegnen.<sup>29)</sup> Wie bereits angedeutet, sollte man hier auch über die Einführung eines entsprechenden Haftungsregimes nachdenken.

#### IV. Die Rolle des Restrukturierungsbeauftragten

Weiter unklar ist bislang die Rolle des Restrukturierungsbeauftragten. Im Gegensatz zur Sanierung im Insolvenzverfahren ist der Schuldner in der Restrukturierung deutlich freier. Gericht bzw. Verwaltungsbehörde haben nur minimale Befugnisse. Pa-

rallel zum Insolvenzverwalter steht jedoch die Person des Restrukturierungsbeauftragten. Es soll grundsätzlich im Einzelfall entschieden werden, ob die Bestellung eines solchen notwendig ist.<sup>30)</sup> Die Entscheidung obliegt dem zuständigen Gericht bzw. der zuständigen Verwaltungsbehörde. Darüber hinaus steht den Nationalstaaten die Möglichkeit offen, in bestimmten Fällen die obligatorische Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten vorzusehen.<sup>31)</sup> Die Ausgestaltung der Rolle des Restrukturierungsbeauftragten ist entscheidend für den Erfolg des Restrukturierungsverfahrens und soll daher im Weiteren erörtert werden.

#### 1. Unabhängigkeit des Restrukturierungsbeauftragten

Zunächst stellt sich die grundsätzliche Frage, ob der Restrukturierungsbeauftragte in seiner Rolle Unabhängigkeit genießen soll. Alternativ könnte der Restrukturierungsbeauftragte als Interessenvertreter der Gläubiger oder als beratendes Organ des Schuldners dienen. Die Funktionen des Restrukturierungsbeauftragten sind in Art. 2 Abs. 1 Nr. 12 RestRL näher beschrieben. Demgemäß hat der Restrukturierungsbeauftragte eine unterstützende, überwachende und verwaltende Funktion.<sup>32)</sup> Schon die Überwachungsfunktion deutet darauf hin, dass keine Nähe zum Schuldner bestehen soll, denn nur auf diese Weise ist eine effektive Überwachung möglich. Genauer ergibt sich schließlich aus den Regelungen zur Aufsicht und Regulierung des sogenannten *Verwalters* in Art. 27 Abs. 1 RestRL. Während die Richtlinie im Deutschen keine Aussage darüber trifft, ob auch der Restrukturierungsbeauftragte Verwalter im Sinne der Vorschrift ist, lässt der englische Wortlaut<sup>33)</sup> den Restrukturierungsbeauftragten explizit als Unterfall des Verwalters erkennen.<sup>34)</sup> Folglich ergibt sich aus Art. 27 Abs. 1 RestRL, dass der Restrukturierungsbeauftragte seine Dienste „gegenüber den Parteien unparteiisch und unabhängig“<sup>35)</sup> erbringen soll. Der Restrukturierungsbeauftragte ist daher in seiner Tätigkeit unabhängig. Auch das BMJV betonte bereits die Wichtigkeit der Unabhängigkeit des Restrukturierungsbeauftragten, um die „Transparenz und [...] Integrität des Verfahrens“ sicherzustellen.<sup>36)</sup> Dies ist vom Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Bestellung, der Befugnisse und der Vergütung des Restrukturierungsbeauftragten angemessen zu berücksichtigen.

#### 2. Bestellung des Restrukturierungsbeauftragten

Der Restrukturierungsbeauftragte wird, sofern im Einzelfall notwendig, durch das Gericht oder die zuständige Verwaltungsbehörde bestimmt.<sup>37)</sup> Nach deutschem Recht dürfte diese Aufgabe

26) Vgl. Schnabl (Fußn. 24).

27) Vgl. Interview mit Bundesjustizministerin Christine Lambrecht (Fußn. 4), S. 30.

28) Beispiel nach Schnabl (Fußn. 24).

29) Näheres hierzu s. u. IV 4.

30) Art. 5 Abs. 2 Halbs. 1 RestRL.

31) Art. 5 Abs. 2 Halbs. 2 RestRL.

32) Fritz/Scholtis, NZI 2020, 49, 51 f.

33) „[...] practitioners appointed by a judicial or administrative authority in procedures concerning restructuring [...]“.

34) Thole, ZRI 2020, 393, 394.

35) Art. 27 Abs. 1 RestRL.

36) Interview mit Bundesjustizministerin Christine Lambrecht (Fußn. 4), S. 29.

37) Art. 5 Abs. 2 Halbs. 1 RestRL.

dem zuständigen Insolvenzgericht zufallen.<sup>38)</sup> Neben dieser Einzelfallentscheidung obliegt es den Mitgliedstaaten Umstände festzulegen, bei deren Vorliegen die Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten verpflichtend ist.<sup>39)</sup> Angesichts der Unabhängigkeit des Restrukturierungsbeauftragten darf entgegen anderweitiger Vorschläge<sup>40)</sup> weder dem Schuldner noch den Gläubigern dabei ein Vorschlagsrecht zustehen. Vielmehr sollte die Bestellung allein durch das zuständige Gericht als neutrale Auswahlstelle erfolgen. Zumindest aber sollte, sofern doch ein Vorschlagsrecht vorgesehen ist, das Gericht von dem Vorschlag des Schuldners bzw. der Gläubiger aus sinnvollen Gründen, insbesondere zur Wahrung der Unabhängigkeit des Restrukturierungsbeauftragten, abweichen können.

Darüber hinaus ist fraglich, welche Personen das Amt des Restrukturierungsbeauftragten ausfüllen sollten. Die Richtlinie legt hierzu in Art. 26 Abs. 1 lit. a nur sehr allgemein fest, dass die betreffenden Personen „eine angemessene Ausbildung erhalten und die für ihre Zuständigkeiten erforderliche Sachkunde haben“ sollen. Neben grundsätzlichen ökonomischen und rechtlichen Kenntnissen ist aufgrund der Nähe zum Insolvenzverfahren insbesondere auch insolvenzrechtliche Expertise vorauszusetzen.<sup>41)</sup> Hier zeigen sich insofern deutliche Parallelen zum Insolvenzverfahren. Es erscheint daher sinnvoll die Restrukturierungsbeauftragten aus dem schon bestehenden Pool der Insolvenzverwalter auszuwählen. Auf diese Weise würden der erforderlichen Sachkenntnis und Unabhängigkeit hinreichend Rechnung getragen. Allerdings bietet sich die Richtlinie als Gelegenheit an, das Berufsbild des Verwalters gesetzlich zu regeln, was sowohl die Tätigkeit des Restrukturierungsbeauftragten als auch des Insolvenzverwalters beinhalten könnte.<sup>42)</sup> Dies wäre auch aus deutscher Sicht ein logischer Schritt, nachdem bereits 2004 vom Bundesverfassungsgericht entschieden worden ist, dass die Tätigkeit eines Insolvenzverwalters ein eigenständiges Berufsbild darstellt.<sup>43)</sup> Eine gesetzliche Regelung wäre die klarste Möglichkeit die von Art. 26 Abs. 1 lit. a der Richtlinie aufgestellten Kriterien sicherzustellen. Ebenso impliziert bereits der natürliche Wortsinn des Begriffs der „Zulassungsvoraussetzungen“ in Art. 26 Abs. 1 lit. b der Richtlinie eine gewisse transparente Reglementierung. Eine solche würde Rechtssicherheit für als Verwalter infrage kommende Personen schaffen und auch unter dem Aspekt der Qualitätssicherung sowohl für Gerichte als auch für Schuldner und Gläubiger vorteilhaft sein.

Denklogisch nächster Schritt nach einer Regelung des betreffenden Berufsbildes auf nationaler Ebene wäre dann eine Harmonisierung auf Ebene der Europäischen Union. Das Insolvenzrecht der Mitgliedstaaten ist zunehmend verzahnt, so dass es insbesondere in Anbetracht der gegenseitigen Anerkennung von Verfahren sinnvoll erscheint, gemeinsame Qualitätsstandards festzulegen. Hierdurch würde auch dem in der heutigen Zeit möglichen und ggf. Gläubigerinteressen schädigendem „forum shopping“ entgegengewirkt<sup>44)</sup> und das Vertrauen in die die Ämter bekleidenden Personen sowohl auf Schuldner- als auch auf Gläubigerseite weiter gestärkt werden.

Zuletzt stellt sich die Frage, in welchen Fällen die Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten obligatorisch sein soll. Die

in Art. 5 Abs. 3 RestRL aufgeführten Fälle sind nicht abschließend, so dass es dem Gesetzgeber offensteht, beliebig viele weitere Fälle der obligatorischen Bestellung zu bestimmen. Aus Erwägungsgrund 30 ergibt sich jedoch, dass eine verpflichtende Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten in *allen* Restrukturierungsverfahren nicht vorgesehen ist. Eine entsprechende nationale Regelung erwies sich daher mit hoher Wahrscheinlichkeit als europarechtswidrig. Dennoch sollte von der Möglichkeit des Art. 5 Abs. 2 RestRL in vielen weiteren Fällen Gebrauch gemacht werden, so dass in der überwiegenden Anzahl der Verfahren ein Restrukturierungsbeauftragter verpflichtend bestellt wird, ohne dass die von der Richtlinie geschaffene Möglichkeit zur Restrukturierung ohne Beauftragten abgeschafft wird. Der Schuldner ist durch seine Verstrickung in sein Unternehmen vorbelastet, weshalb es sinnvoll erscheint, ihm einen von außen kommenden Restrukturierungsbeauftragten zur Seite zu stellen. Dies ist jedoch auch insbesondere aus Gläubigerperspektive notwendig, um den Grundgedanken der Richtlinie, grundsätzlich eine bessere Befriedigung als im förmlichen Insolvenzverfahren zu bewirken, optimal zu verwirklichen. Ohnehin dürften bei Verzicht auf eine zwingende Bestellung – wie schon von Bork in Bezug auf das britische (verwalterlose) Scheme of Arrangement festgestellt<sup>45)</sup> – in den meisten Fällen durch den Schuldner externe Berater hinzugezogen werden, was zu zusätzlichen, gesetzlich nicht reglementierten Kosten führen kann. Dies kann weitere Masseschmälerungen für die Gläubiger bedeuten und zudem zu uneinheitlichen Qualitätsstandards führen. Das Restrukturierungsverfahren *ohne* Restrukturierungsbeauftragten sollte daher ausschließlich gut vorbereiteten<sup>46)</sup> und aussichtsreichen Restrukturierungen seriöser Unternehmer vorbehalten sein.

### 3. Aufgaben und Befugnisse des Restrukturierungsbeauftragten

Die Aufgaben des Restrukturierungsbeauftragten werden, wie oben erwähnt, in Art. 2 Abs. 1 Nr. 12 RestRL nur kurz umrissen. Die aufgeführten Funktionen sind dem Wortlaut nach nicht abschließend. Ähnlich verhält es sich mit den in der Richtlinie beispielhaft aufgeführten Befugnissen des Restrukturierungsbeauftragten.<sup>47)</sup> Die genaue Ausgestaltung der Aufgaben und Be-

38) So auch *Forum270 e. V.*, Stellungnahme zur EU-Richtlinie zum Restrukturierungsrahmen, [https://public.odcm4allbusiness.de/cm4all/uroAV4BO-D0AVB3Ol/Forum%20270%20Stellungnahme%20PRR\\_final.pdf?\\_id=170c-8d90de8&cdp=a](https://public.odcm4allbusiness.de/cm4all/uroAV4BO-D0AVB3Ol/Forum%20270%20Stellungnahme%20PRR_final.pdf?_id=170c-8d90de8&cdp=a), S. 7 (zuletzt abgerufen am 3. 9. 2020).

39) Art. 5 Abs. 2 Halbs. 2 RestRL.

40) *TMA Deutschland e. V.*, ZInsO 2020, 488, 490; *IDW*, Positionspapier: Präventiver Restrukturierungsrahmen, <https://www.idw.blob/120372/3d6ea9f2a8ce115d92f2fd8cddcb7901/down-positionspapier-restrukturierung-data.pdf>, S. 12 (zuletzt abgerufen am 3. 9. 2020).

41) *Forum270 e. V.* (Fußn. 38), S. 8 (zuletzt abgerufen am 3. 9. 2020).

42) Dem entgegnetend *Fritz/Scholtis*, NZI 2020, 49, 53.

43) BVerfG NJW 2004, 2725, 2727.

44) Zum „forum shopping“ und der Notwendigkeit von Gegenmaßnahmen vgl. *Westphal*, Video-Podcast-Workshop „Präventiver Restrukturierungsrahmen“, [https://www.youtube.com/watch?v=IKY3c95xxvW&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?v=IKY3c95xxvW&feature=emb_logo) (zuletzt abgerufen am 3. 9. 2020).

45) *Bork*, III.R 2012, 477, 490.

46) Idealerweise sollte der Restrukturierungsplan bereits entworfen sein.

47) Art. 9 Abs. 1 Unterabs. 2, Art. 8 Abs. 1 lit. h Satz 2, Art. 17 Abs. 2, Art. 18 Abs. 2 RestRL.

fugnisse des Restrukturierungsbeauftragten überbleibt damit den Nationalstaaten.<sup>48)</sup> Klar ist, dass der Restrukturierungsbeauftragte seiner Überwachungsfunktion nachkommen muss. Insofern ist es erforderlich, dass die Befugnisse des Restrukturierungsbeauftragten derart weit gehen, dass dieser Überwachungsfunktion auch Geltung verschafft wird.<sup>49)</sup> Neben weitreichenden Einsichtsrechten muss dem Restrukturierungsbeauftragten auch die Möglichkeit gegeben werden, im Zweifel einzuschreiten, so dass die Vermögenswerte nicht geschädigt und die Gläubigerinteressen gesichert werden. Möglich wäre es zudem, die Befugnisse und Aufgaben des Restrukturierungsbeauftragten variabel auszugestalten, je nachdem, welche Rolle er erfüllen soll bzw. welche Umstände ihn erforderlich machen.<sup>50)</sup> Dabei sollte jedoch auf keinen Fall zu nachlässig vorgegangen werden. Dem Schuldner ist es nicht zuzugestehen, fernab von jeglicher Kontrolle eines unabhängigen Dritten zu agieren. Ein effektiver Schutz der Rechte beider Parteien sowie der Masse muss immer gewährleistet sein, auch wenn zunächst nur eine moderierende Funktion erforderlich erscheint. Der Gesetzgeber sollte deshalb die Befugnisse des Restrukturierungsbeauftragten einheitlich<sup>51)</sup> weitreichend ausgestalten, ohne dass der Charakter der Restrukturierung jedoch verloren geht, d. h. auch die Befugnisse des Schuldners dürfen nicht zu sehr beschnitten werden.

#### 4. Vergütung der Restrukturierungsbeauftragten

Ferner ist hinsichtlich des Restrukturierungsbeauftragten noch unklar, wie dieser vergütet werden soll. Eine gesetzliche Vergütungsregelung wie die InsVV ist bislang nicht vorgesehen, so dass auch frei ausgehandelte vertragliche Vergütungsvereinbarungen zwischen Schuldner und Restrukturierungsbeauftragtem grundsätzlich möglich erscheinen.<sup>52)</sup> Dies eröffnet jedoch erhebliche Missbrauchspotentiale auf Seiten des Restrukturierungsbeauftragten. Der Schuldner befindet sich in einer oftmals existenzbedrohenden wirtschaftlichen Notlage, was seine Verhandlungsposition bei Vergütungsverhandlungen schwächt. Der Restrukturierungsbeauftragte könnte daher überzogene und im Falle eines Insolvenzverfahrens zulasten der Gläubiger stark masseschmälernde Honorare verlangen, die der Schuldner oftmals bereit wäre zu zahlen, da die Unterstützung des Restrukturierungsbeauftragten scheinbar den einzigen Ausweg für ihn darstellt. Diese Problematik würde durch eine Unanfechtbarkeit der Honorarzahlungen noch verschärft. Eine gesetzliche Reglementierung ist auch im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Restrukturierungsbeauftragten konsequent. Sollte die Höhe der Vergütung vom Wohlwollen des Schuldners abhängen, eröffnet dies dem Schuldner Möglichkeiten, unzulässigen Einfluss auf den Restrukturierungsbeauftragten zu nehmen. Darüber hinaus wäre – wie von *Thole* angeführt<sup>53)</sup> – eine vertragliche Vergütungsvereinbarung auch systematisch ein Fremdkörper im bestehenden deutschen Insolvenzrecht. Dafür, einen solchen Fremdkörper zuzulassen, besteht keine Veranlassung. Da es im Restrukturierungsverfahren an einer verwalteten Masse fehlt, die als Berechnungsgrundlage dienen könnte,<sup>54)</sup> stellt sich die Frage, wie eine gesetzliche Vergütungsregelung konkret ausse-

hen soll. Infrage kommen hierfür gesetzlich festgelegte Stundensätze, deren Höhe sich z. B. an der Anzahl der am Verfahren beteiligten Gläubiger oder der Größe des schuldnerischen Unternehmens ausrichten könnte. Darüber hinaus sind Erhöhungstatbestände vergleichbar mit § 3 InsVV gut denkbar, um eine dem tatsächlichen Aufwand angemessene Vergütung zu erreichen. Alternativ wäre auch eine Vergütung – ähnlich wie bei der Vergütungsberechnung bei vorzeitiger Beendigung des Insolvenzverfahrens<sup>55)</sup> – anhand einer Schätzung der Masse in einem hypothetischen Insolvenzverfahren denkbar. Entsprechende gesetzliche Regelungen wären, sollte die Implementierung der übrigen Vorgaben der Richtlinie innerhalb der InsO erfolgen, denklogisch in der InsVV anzusiedeln, bei einer Umsetzung in einem eigenständigen Gesetz dagegen ebenfalls in einer gesonderten „Restrukturierungsberatervergütungsverordnung“.

#### V. Wahrung der Gläubigerinteressen/Missbrauchspotential

Zum Schluss soll betrachtet werden, inwieweit die Regelungen der Restrukturierungsrichtlinie die Gläubigerinteressen wahren und insbesondere die missbräuchliche Restrukturierung verhindern. Dieser Punkt ist von entscheidender Bedeutung, um den künftigen Erfolg des Restrukturierungsverfahrens abzuschätzen, denn nur, wenn die Restrukturierung die Gläubigerinteressen in gleicher Weise schützt wie das bisherige Sanierungsverfahren, ist das Verfahren für die Gläubiger risikoarm. Andernfalls wird das Scheitern des Restrukturierungsplans die Regel werden. Das Restrukturierungsverfahren verkäme somit zur legitimierten, nicht angreifbaren Schmälerung von Massen. Schon aus diesem Grund muss über die Haftung des Erstellers des Restrukturierungsplans als Ausgleich für die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht sowie der Geschäftsführerhaftung nachgedacht werden.

#### 1. Unzureichende Gläubigerbeteiligung

Es stellt sich die Frage, wie ein ausreichender Gläubigerschutz sichergestellt werden kann, da – im Gegensatz zum Insolvenzverfahren – die Restrukturierungsrichtlinie an keiner Stelle vorsieht, dass alle Gläubiger zwingend am präventiven Restrukturierungsverfahren zu beteiligen sind. Eine derartige Umsetzung ist zurzeit auch vom BMJV angedacht.<sup>56)</sup> Dies birgt die Gefahr, ein möglicherweise später durchzuführendes Insolvenzverfahren zu konterkarieren. Sind bereits einige Gläubiger vorab im präventiven Restrukturierungsverfahren befriedigt worden, bedeutet dies eine Masseschmälerung der im Insolvenzverfahren

48) *Thole*, ZRI 2020, 393.

49) *Thole*, ZRI 2020, 393, 396.

50) *Fritz/Scholtis*, NZI 2020, 49, 52 f.

51) Vertiefend *Thole*, ZRI 2020, 393, 396 ff.

52) *Thole*, ZRI 2020, 393, 401 f.

53) *Thole*, ZRI 2020, 393, 401 f.

54) *Thole*, ZRI 2020, 393, 402 f.

55) Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 InsVV; hierzu auch BGH NZI 2005, 558, 559; Uhlenbruck/Mack, InsO, 15. Aufl., 2019, § 63 Rz. 25.

56) Interview mit Bundesjustizministerin *Christine Lambrecht* (Fußn. 4), S. 29.

verbleibenden Gläubiger. Eine solche Differenzierung ist jedoch durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigt. Eine Gläubigerungleichbehandlung wäre ein Fremdkörper im bestehenden deutschen Insolvenzrecht. Ferner enthält die Definition des „Kriteriums des Gläubigerinteresses“ in Art. 2 Abs. 1 Nr. 6 der Richtlinie den Grundgedanken, dass Gläubiger durch die Restrukturierung bessergestellt werden sollen als durch die in einem Insolvenzverfahren zu erwartende Quote. Gerade Letzteres wäre zumindest in Bezug auf die nicht in den Restrukturierungsplan aufgenommenen Gläubiger jedoch im Falle des Scheiterns der Restrukturierung nicht mehr der Fall, wenn einige Gläubiger im Zuge der versuchten Restrukturierung vorab befriedigt werden, während andere sich mit der durch die Vorabzahlungen noch weiter geschmäleren Quote begnügen müssen. Der Gesetzgeber ist daher dazu angehalten, eine Einbeziehung aller Gläubiger in das präventive Restrukturierungsverfahren verpflichtend zu machen. Eine solche verpflichtende Einbeziehung sämtlicher Gläubiger ist beispielsweise auch im bereits bestehenden gerichtlichen vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren in Portugal gesetzlich vorgeschriebene Praxis.<sup>57)</sup> Sollte er sich hier anders entscheiden, wäre jedoch zumindest eine Anfechtbarkeit der vorab geleisteten Zahlungen notwendig, um dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung im Insolvenzverfahren gerecht zu werden. Ebenso sollte der Gesetzgeber in diesem Fall zumindest von der Öffnungsklausel in Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch machen und das Vollstreckungsmoratorium auf am Restrukturierungsplan beteiligte Gläubiger beschränken.<sup>58)</sup>

## 2. Verzögerung des Insolvenzverfahrens

Das Restrukturierungsverfahren ist dem Insolvenzverfahren zwar vorangestellt. Dennoch liegen Restrukturierung und Insolvenz zeitlich sehr nah beisammen, so dass es gewiss häufig vorkommen wird, dass die Insolvenzantragspflicht während des laufenden Restrukturierungsverfahrens eintritt. Die Richtlinie trifft deshalb die Regelung, dass die Insolvenzantragspflicht während des Restrukturierungsverfahrens suspendiert wird (Art. 7 Abs. 1 RestRL), wie es bereits in vielen europäischen Ländern in bestehenden Sanierungsverfahren gesetzlich vorgeschriebene Praxis ist.<sup>59)</sup> Bei Erfolglosigkeit wird das Restrukturierungsverfahren daher regelmäßig mit einer Verzögerung des Insolvenzverfahrens einhergehen. Fraglich ist, welche Auswirkungen dies auf die Masse, das Insolvenzverfahren und eventuelle Sanierungsmaßnahmen hat.

### 2.1 Auswirkungen auf die Insolvenzmasse

Durch die Verzögerung des Insolvenzverfahrens über den Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit hinaus, sind Auswirkungen auf die Insolvenzmasse zu befürchten. Zwar ist aufgrund des Vollstreckungsmoratoriums ein Wettrennen der Gläubiger um die Masse ausgeschlossen. Andererseits wird dem schuldnerischen Unternehmen die Position eingeräumt, Verbindlichkeiten mit dem Ziel der Rettung des Unternehmens zu begründen. Im Falle der Erfolglosigkeit der Restrukturierung dürfte die Masse daher zumeist reduziert sein. Dies widerspricht den Interessen

der Gläubiger massiv. Man könnte zwar argumentieren, dass die Gläubiger diesem potenziellen Masseverlust zugestimmt haben, es ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Restrukturierungsplan in den seltensten Fällen einstimmig angenommen werden wird, so dass in der Regel eine Minderheit überstimmt wird. Zudem sind wie bereits erwähnt nach den bisherigen Umsetzungsplänen des BMJV nicht zwingend alle Gläubiger am Restrukturierungsverfahren zu beteiligen, so dass deren Interessen erst recht unberücksichtigt bleiben. Die Interessen aller Gläubiger, auch der Minderheit, sollten aber bei der Umsetzung der Richtlinie entsprechend bedacht werden. Dem Gesetzgeber obliegt es die Interessen des Schuldners an einer erfolgreichen Restrukturierung und der Gläubiger an hinreichender Befriedigung ihrer Forderungen in Ausgleich zu bringen. Um eine dementsprechend hohe Legitimität des Verfahrens zu gewährleisten, sollte daher neben einer verpflichtenden Einbeziehung aller Gläubiger eine hohe Zustimmungquote in jeder Klasse vorgesehen werden. Dabei kann die Zustimmungquote bis auf maximal 75 % in jeder Klasse erhöht werden.<sup>60)</sup> Darüber hinaus sollte der deutsche Gesetzgeber zumindest von der Öffnungsklausel in Art. 7 Abs. 3 der Richtlinie Gebrauch machen, nach der Ausnahmen zu Abs. 1 und 2 vorgesehen werden können, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen. Wann dies der Fall ist, wird von der Richtlinie nicht weiter definiert, so dass dies den Mitgliedstaaten überlassen bleibt. Um einen bestmöglichen Gläubigerschutz zu gewährleisten und aufgrund der bereits ähnlichen Formulierung in § 17 Abs. 2 InsO, bietet es sich hier an, sich an den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen<sup>61)</sup> zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu orientieren. Damit dürfte ein Großteil der Fälle, in denen während des Restrukturierungsverfahrens ein Insolvenzeröffnungsgrund nach deutschem Recht eintritt, abgedeckt sein, so dass die Gläubiger weitestgehend geschützt wären.

### 2.2 Missbrauchspotential (Flucht vor dem Insolvenzverfahren)

Die Verzögerung des Insolvenzverfahrens könnte zudem von eigentlich insolventen Unternehmen forciert werden, um das eingriffsintensive Insolvenzverfahren zu umgehen bzw. zu verschleppen.<sup>62)</sup> Da der Schuldner während des Restrukturierungsverfahrens weiterhin vergleichsweise große Autonomie genießt,

57) MünchKomm-Viera/Lousa u. a., InsO, 3. Aufl., 2016, Länderbericht Portugal, Rz. 131.

58) Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des DAV aus Februar 2017, [https://anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-17-17-zweite-chance-fuer-unternehmen-neuervorschlag-fuer-eu-richtlinie?file=files/anwaltsverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2017/DAV-SN\\_InsO\\_17-2017.pdf](https://anwaltsverein.de/de/newsroom/sn-17-17-zweite-chance-fuer-unternehmen-neuervorschlag-fuer-eu-richtlinie?file=files/anwaltsverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2017/DAV-SN_InsO_17-2017.pdf), S. 11 f. (zuletzt abgerufen am 3. 9. 2020).

59) S. hierzu z. B. MünchKomm-Vermeylen/Goldschmidt, InsO, 3. Aufl., 2016, Länderbericht Belgien, Rz. 74; ähnlich MünchKomm-Rokas/Tzakas, InsO, 3. Aufl., 2016, Länderbericht Griechenland, Rz. 11; ohne Aufschub von Insolvenzanträgen jedoch z. B. britisches Scheme of Arrangement, s. Bork, IILR 2012, 477, 481.

60) Art. 9 Abs. 6 Unterabs. 2 RestRL.

61) Vgl. z. B. BGH NJW 2005, 3062, 3063 ff.

62) Bork, ZIP 2010, 397, 400.

könnten böswillige Schuldner das Restrukturierungsverfahren dazu nutzen, Vermögenswerte zu verstecken und vor den Gläubigern in Sicherheit zu bringen, während sie selbst unter staatlicher Obhut stehen. Der Vielfalt und Kreativität sind bekanntermaßen kaum Grenzen gesetzt. Diese Taktik, die in Zukunft wahrscheinlich unter Strafe stehen wird, könnte zur regelrechten Methode werden, um ein Insolvenzverfahren vorerst zu verhindern, da eine Strafbarkeit unter Umständen schwer nachzuweisen sein dürfte. Diese Gefahr darf bei der Umsetzung der Richtlinie nicht unterschätzt werden. Um einen solchen Missbrauch zu verhindern, muss der Schuldner regelmäßig der Kontrolle durch den Restrukturierungsbeauftragten unterstehen, der darauf geschult sein muss, solche Verhaltensmuster zu erkennen und zu unterbinden. Auch aus diesem Grund bietet es sich an die Restrukturierungsbeauftragten aus dem gleichen Pool auszuwählen wie die Insolvenzverwalter und weithin Gebrauch von der Öffnungsklausel des Art. 5 Abs. 2 RestRL zu machen.<sup>63</sup>

### 2.3 Auswirkungen auf eventuelle Sanierungsmaßnahmen

Primär soll in Zukunft ein Restrukturierungsverfahren durchgeführt werden. Da die bisherigen Sanierungen jedoch bereits erprobt sind, stellt sich die Frage, ob in bestimmten Fällen diese Sanierungsinstrumente nicht adäquater sind, um Unternehmen zu retten. Die Einbettung der Sanierung ins Insolvenzverfahren könnte sich im Einzelfall als hilfreich erweisen. Die Restrukturierung sollte daher nicht in allen Situationen durchgeführt werden. Sollte die Restrukturierung in jedem Fall zunächst versucht werden, könnte dies dazu führen, dass ein Sanierungsverfahren, das eigentlich erfolgreich verlaufen wäre, ebenfalls scheitert, so dass das Unternehmen keine zweite Chance erfährt, obwohl dies erklärtes Ziel der Richtlinie ist. Es muss daher darauf geachtet werden, dass nur den Unternehmen die Restrukturierung offen steht, für die die Restrukturierung die erfolgversprechendere Alternative darstellt.

### 2.4 Lösungsvorschläge

Um die Gläubigerinteressen zu wahren, Missbrauch zu verhindern und das bestehende Sanierungsinstrumentarium nicht zu gefährden, sollten deshalb neben die Bestandsfähigkeitsprüfung weitere einengende Zugangsvoraussetzungen treten, die sicherstellen, dass jedes Unternehmen Zugang zu dem Verfahren erhält, das dessen Situation am besten adressiert. Hierzu wurden bereits verschiedene Vorschläge vorgebracht (u. a. Nachweis von zwölf Monaten Zahlungsfähigkeit,<sup>64</sup> kein Verstoß gegen Buchführungspflichten,<sup>65</sup> „Seriositätsanforderungen“,<sup>66</sup> Darlegung der „voraussichtlichen Finanzströme“<sup>67</sup>), die der Gesetzgeber kritisch betrachten und ggf. implementieren sollte. Darüber hinaus ist zur Wahrung der Gläubigerinteressen sicherzustellen, dass die von der Richtlinie in Art. 3 vorgesehenen Frühwarnsysteme effizient ausgestaltet<sup>68</sup> und von den Schuldnern auch tatsächlich in ihren Unternehmen implementiert werden, damit rechtzeitig Gegenmaßnahmen ergriffen und Gläubigerinteressen geschützt werden können. Im Zuge dessen sollte der Gesetzgeber eine über § 43 GmbHG bzw. § 93 AktG hinaus-

gehende Haftung der Geschäftsleitung bei Unterlassen der Implementierung solcher Frühwarnsysteme in Erwägung ziehen.

### 3. Klassenübergreifender Cram-Down, Art. 11 RestRL

Betrachtet man den klassenübergreifenden Cram-Down offenbart sich eine weitere Schwachstelle der Restrukturierung, die Gläubigerinteressen gefährdet. Anders als im Fall des § 245 InsO kann im Fall des klassenübergreifenden Cram-Downs nicht genau prognostiziert werden, ob die ablehnenden Gläubiger im Vergleich zu einem etwaigen Insolvenzverfahren Nachteile erfahren oder nicht.<sup>69</sup> Insbesondere kann nicht geklärt werden, welche Forderungen überhaupt bestehen, da anders als im Insolvenzverfahren keine offizielle Forderungsanmeldung stattfindet.<sup>70</sup> Der Gesetzgeber ist deshalb gehalten, Maßstäbe zu implementieren, die eine verbesserte Prognose hinsichtlich der bestehenden Forderungen und des Ausgangs des potenziellen Insolvenzverfahrens ermöglichen.

## VI. Ausblick

Insgesamt gibt es in Bezug auf die Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie noch viele ungeklärte Aspekte. Bei der Umsetzung werden wohl insbesondere die genannten Probleme des Gläubigerschutzes und der Missbrauchsvorbeugung sowohl auf Seiten des Schuldners als auch des Restrukturierungsbeauftragten zu beachten sein. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie dem pandemiebedingten öffentlichen Druck standhält. Er sollte statt auf eine übereilte und nur den Wahlkampf fördernde Umsetzung auf auch langfristig sinnvolle und tragfähige Lösungen setzen.

In Anbetracht der bisherigen Entwicklungen auf europäischer Ebene wird die Harmonisierung im Bereich des Insolvenzrechts auch zukünftig weiter voranschreiten. Nach der Umsetzung der Richtlinie nächste wichtige Anliegen dürften die europäische Harmonisierung des Anfechtungsrechts, der Insolvenzgründe sowie der Unterscheidung von vor- und nachrangigen Forderungen sein. Dies würde in Zeiten des „forum shoppings“ für Rechtssicherheit bei allen Beteiligten des Insolvenzverfahrens sorgen, einheitliche Standards schaffen und auch der unionsrechtlichen Kapitalverkehrsfreiheit förderlich sein. Dabei muss jedoch vermieden werden, dass durch die Harmonisierung bestehende hohe Standards im nationalen Recht entwertet werden.

63) Vgl. oben unter IV 2.

64) Flöther/Wilke, NZI-Beilage 2019, 80, 82.

65) S. Art. 4 Abs. 2 RestRL; für Nutzung der Öffnungsklausel Thole, NZI-Beilage 2019, 61, 62.

66) Thole, NZI-Beilage 2019, 61, 62.

67) Thole, NZI-Beilage 2019, 61, 63.

68) Zu den insoweit fortgeschrittenen Modellen in Dänemark und Frankreich Paulus, NZI 2020, 659, 661 f.; zum sog. Ampel-Stresstest vgl. Stefan, ZInsO FOKUS, 933, 936 ff.

69) Brinkmann, NZI-Beilage 2019, 27, 28.

70) Brinkmann, NZI-Beilage 2019, 27, 28.

## VII. Stellungnahme zum Referentenentwurf

### 1. Einengende Zugangsvoraussetzungen

Der Referentenentwurf knüpft als Zugangsvoraussetzung an die drohende Zahlungsunfähigkeit an, so dass, wie oben vorgeschlagen, grundsätzlich ein Wahlrecht des Schuldners zwischen dem Restrukturierungs- und dem Insolvenzverfahren besteht. Jedoch sollte, wie bereits angeregt, über weitere einengende Zugangsvoraussetzungen nachgedacht werden. Eine solche Zugangsvoraussetzung sollte zunächst darin liegen, dass das Unternehmen bei Antragstellung noch nicht insolvenzantragspflichtig ist. Hierzu sollte ein testierter und ggf. mit Haftung unterlegter Liquiditätsstatus bzw. eine mit Haftung unterlegte Fortführungsprognose verpflichtend vorgelegt werden. Weiterhin sollten solche Unternehmen vom präventiven Restrukturierungsrahmen ausgeschlossen werden, die Rückstände bei der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuerrückstände haben. Wenn keine weiteren einengenden Zugangsvoraussetzungen geschaffen würden, würde das Insolvenzverfahren auf die reine Unternehmensliquidation reduziert, obwohl die insolvenzlichen Sanierungsinstrumente bereits beachtliche Erfolge vorweisen können. Zusätzlich besteht die Gefahr, dass man breites Fachwissen bei der Sanierung unter Insolvenzschutz brachliegen lässt und dieses Spielfeld anderen überlässt.

### 2. Bestandsfähigkeitsprüfung

Entgegen der oben gemachten Anregung der Einführung einer Bestandsfähigkeitsprüfung sieht der Referentenentwurf in § 16 bislang nur eine Bestandsfähigkeitsklärung sowie die Einreichung von Vermögensübersichten und der Darlegung der voraussichtlichen finanziellen Situation des Unternehmens mit Einreichung des Restrukturierungsplans vor. Auf eine wirksame Bestandsfähigkeitsprüfung i. S. d. Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie verzichtet der Referentenentwurf indes vollständig. Das angesprochene Merkmal der Zukunftsfähigkeit von Unternehmen findet somit keinerlei Berücksichtigung. Der Gesetzgeber ist somit zu einer entsprechenden Nachbesserung angehalten und tatsächlich eine, wie in der Richtlinie vorgesehen, tatsächliche Bestandsfähigkeitsprüfung verpflichtet verlangen.

### 3. Restrukturierungsbeauftragter

Positiv ist anzumerken, dass der Referentenentwurf in § 78 Abs. 1 Satz 1, § 79 Abs. 4 Satz 2 ausdrücklich die Unparteilichkeit bzw. die Unabhängigkeit des Restrukturierungsbeauftragten fest schreibt. Diese Unabhängigkeit müsste jedoch vom Restrukturierungsbeauftragten auch eidesstattlich versichert werden, um größtmögliche Neutralität und Vertrauen zu gewährleisten. Die Unabhängigkeit ist in jedem Fall in Zweifel zu ziehen, wenn der Restrukturierungsbeauftragte eine dauerhafte Geschäftsbeziehung zu den Gläubigern, dem Schuldner oder beteiligten Beratern pflegt. Eine dauerhafte Geschäftsbeziehung ist schon dann anzunehmen, wenn mindestens zwei honorierte Tätigkeiten innerhalb der letzten drei Jahre vorliegen. Derartige Geschäftsbeziehungen dürfen selbstverständlich auch nicht während des Restrukturierungsverfahrens entstehen.

Der Referentenentwurf sieht trotz der Unabhängigkeit des Beauftragten Vorschlagsrechte sowohl des Schuldners als auch der Gläubiger vor. Dies ist, wie bereits ausgeführt, unter dem Aspekt der Neutralität nicht zweckmäßig. Dies erkennt der Referentenentwurf indes selbst, indem der er in § 78 Abs. 3 die Bestellung eines weiteren Restrukturierungsbeauftragten vorsieht, wenn das Gericht dies im Interesse der neutralen Durchführung des Verfahrens für erforderlich erachtet.<sup>71</sup> Auf einen mitgebrachten Restrukturierungsbeauftragten könnte deshalb verzichtet werden, da sich ein zweiter Beauftragter auch massenschmälernd auswirkt. Sofern am Vorschlagsrecht festgehalten werden soll, sollte ein solcher Sonderbeauftragter jedoch zumindest die Regel in allen Fällen eines „mitgebrachten“ Restrukturierungsbeauftragten sein. Stellt der Sonderbeauftragte eine mangelnde Neutralität des „mitgebrachten“ Restrukturierungsbeauftragten fest (z. B. Nichtgeltendmachung von Anfechtungs- oder Geschäftsführerhaftungsansprüchen), sollten beide Beauftragte durch das Gericht von ihren Pflichten entbunden werden und durch einen neuen, bisher nicht mit dem Verfahren befassten Verwalter ersetzt werden. Sollte die Restrukturierung scheitern, darf der bisherige Restrukturierungsbeauftragte zudem nicht Insolvenzverwalter im anschließenden Insolvenzverfahren werden. Auf diese Weise könnten ggf. Family und friends Teams verhindert werden. Dem Vertrauen in eine saubere Restrukturierung wäre andernfalls nur ein Bärendienst geleistet worden.

Ferner lässt der Referentenentwurf eine hinreichend klare Regelung hinsichtlich des Zugangs zum Amt des Restrukturierungsbeauftragten vermissen. In § 78 Abs. 1 werden die Zugangsvoraussetzungen lediglich sehr allgemein und damit stark ausfüllungsbedürftig festgelegt. Die Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie bietet sich jedoch wie bereits angesprochen dazu an, das Berufsrecht für Verwalter gesetzlich zu regeln. Hierüber scheint der Gesetzgeber indes bedauerlicherweise aktuell nicht nachzudenken.

In jedem Fall sollte der Gesetzgeber aber die Erfahrung der Insolvenzverwalter auch für das Restrukturierungsverfahren nutzen. Insbesondere ist hervorzuheben, dass sich Insolvenzverwalter standardmäßig mit den Ursachen von Insolvenzen befassen, so dass hier erhebliche Expertise grade für eine Restrukturierung besteht, die nicht ungenutzt bleiben sollte.

Hinsichtlich der Vergütung bestimmt die Richtlinie, dass das Gericht einen Stundensatz von bis zu 350 € für den Restrukturierungsbeauftragten, sowie von bis zu 200 € für seine Mitarbeiter festlegt, nach dem diese dann vergütet werden, § 85 Abs. 3. Zudem sind in § 87 bestimmte Fälle aufgeführt, in denen die Vergütung ausnahmsweise höher sein kann. Dies ist entsprechend des oben gemachten Vorschlags akzeptabel. Als Ausgleich für die wegfallenden Insolvenzverfahren ist die angedachte, längst überfällige Erhöhung der Vergütung der Insolvenzverwalter indes nicht ausreichend.

71) S. auch Begründung zu § 78 Abs. 3, S. 190 RefE.

#### 4. Zustimmung zum Restrukturierungsplan

Hinsichtlich des Zustimmungsverfahrens ist einerseits zu bedauern, dass nicht alle Gläubiger zwingend beteiligt werden müssen (§ 10 RefE). Andererseits ist fehlt beim Cram-Down noch immer an einer verbesserten Prognosegrundlage, so dass es im Einzelfall schwierig nachzuweisen sein dürfte, dass ein Gläubiger schlechter gestellt wird. Da die Gläubiger eine Schlechterstellung jedoch selbst glaubhaft machen und frühzeitig rügen müssen (§ 68 Abs. 2 RefE), ist ein mangelnder Minderheitenschutz zu befürchten.

#### 5. Zuständige Gerichte

Weiterhin sollten entgegen dem Referentenentwurf das Amtsgericht am Landgerichtsbezirk als zuständige Restrukturierungsgerichte dienen, da so eine höhere Regionalität gewährleistet ist und so sichergestellt ist, dass das Wissen über Restrukturierungen durch die Beteiligung von mehr Rechtsanwendern nicht zum Inselwissen verkommt.

#### 6. Implementierung in die Insolvenzordnung

Bedauernswerterweise soll dem Referentenentwurf zufolge ein eigenständiges Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG) geschaffen werden. Aufgrund des starken Sachzusammenhangs und der Vereinfachung von Verweisungen sollte der Restrukturierungsrahmen jedoch eher als eigenständiger Teil in die InsO implementiert werden. Dies würde auch der Abstimmung von Restrukturierung und Sanierung förderlich sein und die InsO als tatsächliches Sanierungsgesetz erscheinen lassen. Ggf. kann auch die InsO entsprechend umbenannt werden.

#### 7. Vertragsbeendigung, §§ 49 ff. RefE

Mit dem Instrument der Vertragsbeendigung greift das BMJV auf das niederländische Vorbild zurück. Damit geht der Referentenentwurf über die entsprechenden Möglichkeiten in einem Insolvenzverfahren (§§ 103 ff. InsO) hinaus.<sup>72)</sup> Dieses Instrument könnte der Schuldner als Druckmittel in Vertragsverhandlungen nutzen, so dass hier erhebliches Missbrauchspotential besteht, insbesondere da der Schuldner, die Zustimmung des Gerichts vorausgesetzt, selbst entscheiden kann, welche Verträge er beendet. Den Vertragspartnern wird damit ein massiv erhöhtes Vertragsrisiko aufgebürdet. Dies kann weitreichende Auswirkungen auf die finanzielle Situation der Gläubiger haben.

Außerdem ist zu befürchten, dass sich dies wiederum auf ganze Liefer- bzw. Handelsketten auswirken wird. Gegen dieses Vertragsrisiko dürfte auch eine Absicherung durch eine entsprechende Versicherung nur schwer möglich sein, da diese u. U. sehr kostenintensiv sein dürften. Insbesondere kleinere Unternehmen dürften hierunter leiden, so dass gesamtwirtschaftlich eine ungleiche Risikoverteilung die Folge sein dürfte. Bei Vermietern ist zudem wahrscheinlich, dass die Mieten für Geschäftsräume infolgedessen weiter steigen, da die Kosten für die Versicherungen umgelegt werden.

#### 8. Arbeitnehmer

Der Entwurf sieht in § 6 Nr. 1 RefE vor, dass die Forderungen von Arbeitnehmern von der Restrukturierung ausgeschlossen sind. Dies muss dann denkllogisch auch für die Gestaltung von Arbeitsverhältnissen insgesamt gelten. Ansonsten würden Arbeitnehmer schutzlos gestellt. Eine Vertragsbeendigung darf daher auch nicht auf den §§ 49 ff. basieren. Ansonsten würde der Kündigungsschutz ausgehebelt. Ein solcher Schutz müsste im Restrukturierungsverfahren auch für Mitarbeiter mit arbeitsvertragsähnlichen Verträgen gelten. Das ist ein unzulässiger und nicht wünschenswerter Eingriff.

#### 9. Stabilisierungsanordnung bei Eintritt von Insolvenzgründen

Positiv zu bewerten ist, dass das Restrukturierungsverfahren grundsätzlich aufgehoben wird, wenn während des Verfahrens Insolvenzgründe (mit Ausnahme der drohenden Zahlungsunfähigkeit) eintreten. Der Entwurf gibt Gerichten jedoch die Möglichkeit, dem schuldnerischen Unternehmen eine bis zu dreiwöchige „Kulanzfrist“ einzuräumen. Dies birgt indes das Risiko der Insolvenzverschleppung. Der Schuldner sollte deshalb für die Durchführung des Restrukturierungsverfahrens über ausreichende finanzielle Mittel verfügen. Ist dies nicht mehr der Fall, ist das Insolvenzverfahren das adäquatere Verfahren.

Die Diskussion um die Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie dürfte mit dem Referentenentwurf eröffnet sein. Der Gesetzgeber ist trotz Pandemie und anstehendem Wahlkampf zu einer bedachten Umsetzung unter Einbeziehung sämtlicher Stellungnahmen gehalten; Schnellschüsse gilt es zu vermeiden.

72) S. Kritik hieran auch Bork, ZRI 2020, 457.