

ZInsO FOKUS – Editorial

Präventiver Restrukturierungsrahmen – Paradigmenwechsel vollzogen?

von Wirtschaftsprüferin/Steuerberaterin Andrea K. Buth und Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Michael Hermanns, Wuppertal/Düsseldorf*

Die Bundesrepublik Deutschland hat zuletzt mit dem im März 2012 in Kraft getretenen Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) Sanierungsmöglichkeiten von Unternehmen unter dem Schutze der InsO deutlich gestärkt. Die sog. vorläufigen Verfahren, wie die Eigenverwaltung nach § 270a InsO und das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO, haben dazu beigetragen, dass die Sanierung des Unternehmens in Eigenverwaltung Unternehmen frühzeitiger eine gerichtliche Sanierung anstreben.

Mit der verabschiedeten Restrukturierungsrichtlinie will die EU die Insolvenzregime in Europa vereinheitlichen und wettbewerbsfähiger ausgestalten, um u.a. dem Insolvenztourismus Einhalt zu bieten, damit in jedem Mitgliedstaat Unternehmen eine „zweite Chance“ erhalten. Am 26.6.2019 ist die Restrukturierungsrichtlinie im ABl. der EU veröffentlicht worden und in Kraft getreten. Innerhalb von 2 Jahren sind die Regelungen in nationales Recht umzusetzen.

Mit dem präventiven Restrukturierungsverfahren sollen Unternehmen saniert und Arbeitsplätze erhalten werden. Hat das Unternehmen eine Insolvenzwahrscheinlichkeit (*likelihood of insolvency*) und ist es auch bestandsfähig (*viability test*) kann ein 4 bis maximal 12 Monate andauerndes Moratorium in Aussicht gestellt werden, bei dem es keine Einzelzwangsvollstreckungsmaßnahmen für alle, einen oder mehrere Gläubiger bzw. Gläubigergruppen geben kann. Vorteilhaft schwebende Geschäfte z.B. mit Lieferanten können trotz ausstehender Verbindlichkeiten des Schuldners ausgeführt werden. Es gibt keine Insolvenzantragspflichten.

Auch bei diesem Verfahren sollte vorab mit einzelnen Gläubigergruppen, insbesondere Banken, verhandelt und idealerweise ein Restrukturierungsplan vorliegen. Die Abstimmungsdemokratie der Gläubiger in Gruppen über den Plan legen die Mitgliedstaaten selbst fest. Widersprechende Gläubiger können wie beim Obstruktionsverbot (*best-interest-of-creditors-test*) außen vorgelassen werden, wenn sie nicht schlechter gestellt werden als bei der nächstbesten „Verwertungs“-Alternative (z.B. alternativer Restrukturierungsplan, Insolvenzplanverfahren oder Liquidation). Liegen bestimmte Voraussetzungen vor, kann der Plan gerichtlich oder behördlich bestätigt werden, obwohl nicht alle Gruppen mit qualifizierter Mehrheit zustimmen (*cross-class cram-down*). Wie viele Gruppen dem Plan mindestens zustimmen müssen, legen die Mitgliedstaaten fest. Der präventive Restrukturierungsrahmen ermöglicht einen erheblichen Eingriff in die Rechte der Gläubiger und ggf. der Gesellschafter. So kann im Rahmen des *cross-class cram-down* eine Minderheit der betroffenen Gläubiger der Mehrheit bestimmte Sanierungsmaßnahmen aufzwingen.

Ähnlich, wie bei der Eigenverwaltung, bei der ein Sachwalter eingesetzt wird, kann fakultativ ein das Verfahren begleitender

Restrukturierungsbeauftragter bestimmt werden, der die Unternehmensleitung überwacht und ggf. bei den Verhandlungen sowie bei der Entwicklung des Restrukturierungsplans unterstützt.

In Deutschland stellt sich die Frage, wie sich der präventive Restrukturierungsrahmen in das bestehende System der nationalen Sanierungsinstrumente, insbesondere Insolvenzplanverfahren bzw. Schutzschirmverfahren, einordnen lässt. Der präventive Restrukturierungsrahmen soll Unternehmen retten und Arbeitsplätze erhalten, während die InsO sicherstellen soll, dass die Gläubiger bestmöglich befriedigt werden.

Bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht kann dem deutschen Gesetzgeber nur empfohlen werden, ein möglichst von der InsO unabhängiges Prozedere zu schaffen. Das Verfahren soll deutlich früher als jetzt möglichen Insolvenzverfahren greifen und ergänzt diese somit. Das immer noch in den Köpfen der Unternehmer bestehende „Stigma des Scheiterns“ kann nur beseitigt werden, wenn der präventive Restrukturierungsrahmen still, also unter Ausschluss der Öffentlichkeit, verläuft. Das legt wegen der Signalwirkung eine Regelung außerhalb der InsO nahe. Nur so kann der Sanierungsstandort Deutschland aufgewertet und wettbewerbsfähiger gestaltet werden.

Das IDW e.V. hat in einem Positionspapier Problembereiche bei der nationalen Umsetzung aufgezeigt und Handlungsempfehlungen für die Umsetzung des präventiven Restrukturierungsrahmens in nationales Recht gegeben, die auf Seite 46 in diesem ZInsO FOKUS-Heft abgebildet sind. Die Restrukturierungsrichtlinie kann richtig umgesetzt die Sanierung von Unternehmen außerhalb des Insolvenzverfahrens deutlich stärken.

Praktikable und kostengünstige, gleichzeitig aber wirksame Sanierungsinstrumente sind zu schaffen. Frühwarnsysteme spielen hierbei eine besondere Rolle. Die Richtlinie schlägt Hinweispflichten bei Unterbleiben bestimmter Zahlungen vor. Das kann am Ziel vorbeigehen, weil in dieser Situation häufig bereits Zahlungsunfähigkeit vorliegen dürfte. Entscheidend sollte sein, dass die zahlreichen freiwilligen Informationsangebote, wie die Berichtspflichten der Wirtschaftsprüfer bei Bestandsgefährdung und Entwicklungsbeeinträchtigung, nicht ausreichend genug genutzt werden. Dies gilt einschränkend zugegebenermaßen nur für prüfungspflichtige Unternehmen. Aber auch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer haben bei kleineren Unternehmen auf die going concern-Prämisse zu

* Andrea K. Buth und Michael Hermanns sind Gründungspartner der BUTH & HERMANNS Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft mbB, Wuppertal/Düsseldorf; Michael Hermanns zugleich Mitglied im Fachausschuss Sanierung & Insolvenz beim Institut der Wirtschaftsprüfer e.V. (IDW e.V.), Düsseldorf.

achten. Weder die Berichtspflichten der Wirtschaftsprüfer bei Prüfungsmandaten, noch die Sorgfaltspflichten bei Erstellungsaufträgen der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater bei kleineren, nicht prüfungspflichtigen Unternehmen reichen zur Krisenprävention aus. Denn die Schieflage des Unternehmens wird häufig bewusst oder unbewusst nicht erkannt. Um die Sanierung früher ansetzen zu können, sollte als Teil der allgemeinen Buchführungspflicht explizit eine Planungspflicht kodifiziert werden, sodass eine fehlende Planung als eine Verletzung der Buchführungspflichten geahndet werden kann.

Ein weiteres Vehikel bei der Krisenfrüherkennung resultiert aus dem Überschuldungsbegriff, der durch die Verknüpfung des Handelsrechts mit dem Insolvenzrecht als Insolvenzeröffnungsgrund disziplinierende Wirkung entfaltet. Denn eine bei der Unternehmensplanung festgestellte negative Fortbestehensprognose bewegt das Management, sich frühzeitig mit einer möglichen Schieflage des Unternehmens auseinanderzusetzen. Die wenigsten Unternehmen weisen bei einer sich anschließenden Überschuldungsprüfung ein positives Reinvermögen auf. Eine weitere Option kann der deutsche Gesetzgeber zur Krisenprävention ergreifen, wenn er die § 92 Abs. 1 AktG bzw. § 49 Abs. 3 GmbHG verschärft. Bei hälftigem Kapitalverlust soll eine Hauptversammlung bzw. Gesellschafterversammlung einberufen werden, in der Maßnahmen zur Auffüllung des Eigenkapitals oder alternative Sanierungsmaßnahmen zu bestimmen sind.

Der Erfolg des präventiven Restrukturierungsrahmens wird dann eintreten, wenn dieser nicht am Insolvenzrecht angelehnt wird, sondern wenn die Zugangs- und Bestätigungskriterien nach betriebswirtschaftlichen und weniger nach aus der InsO bekannten verfahrensrechtlichen Kriterien definiert werden. Wenn im frühen Krisenstadium Schuldner und einzelne Gläubiger zunächst eine außerinsolvenzliche und außergerichtliche Sanierung beabsichtigen und Einigkeit zwischen allen Beteiligten besteht, sind die Instrumente des präventiven Restrukturierungsrahmens nicht erforderlich. Widerspricht eine Minderheit dem Sanierungskonzept, sind der Richtlinie folgend Gläubigergruppen zu bilden und es ist unter gerichtlicher Einbindung über den Plan abzustimmen. Durch die erforderliche Mehrheit der betroffenen Gläubiger (75 %) kann einerseits die Insolvenzwahrscheinlichkeit und andererseits die Bestandsfähigkeit des Unternehmens ohne Sanierungsgutachten fingiert werden. Ein Moratorium ist dann ebenso wenig erforderlich

wie ein Restrukturierungsbeauftragter. Ist ein Moratorium hingegen erforderlich, ist dem Gericht die Insolvenzwahrscheinlichkeit darzulegen. Kriterien für den Gesetzgeber können vom BGH definierte betriebswirtschaftliche Kriterien „keine Gewinne in der Vergangenheit“, „kein leichter Zugriff auf finanzielle Mittel“ und (drohende) „bilanzielle Überschuldung“ sein. Der Schuldner hat dann analog gem. § 270b InsO nachzuweisen, dass die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist (Bestandsfähigkeit). Stimmen die voraussichtlich betroffenen Gläubiger dem Verfahren zu, werden die Kriterien Insolvenzwahrscheinlichkeit und Bestandsfähigkeit nicht heranzuziehen sein.

Bedingung für den präventiven Restrukturierungsrahmen muss sein, dass zu Beginn des Verfahrens keine Zahlungsunfähigkeit und eine Durchfinanzierung während der Verfahrensdauer vorliegt. Wird ein Moratorium gewährt, bedarf es keiner Insolvenzantragspflichten. Ob ein Restrukturierungsbeauftragter einzusetzen ist, kann nur im Einzelfall entschieden werden. Ob hierfür auch juristische Personen beauftragt werden kann, ist Geschmackssache. In jedem Fall ist sicherzustellen, dass der für die Auftragsdurchführung Verantwortliche die erforderlichen qualitativen Anforderungen erfüllt und u.U. für seine Tätigkeit haftet.

Der präventive Restrukturierungsrahmen wird wie seinerzeit die Einführung der InsO die Restrukturierung von Unternehmen begünstigen und vielleicht auch revolutionieren. Mit Einführung der InsO und später dem ESUG sind nicht nur rechtliche Bedingungen einer gerichtlichen Sanierung neu formuliert worden. Es ist auch etwas mehr Betriebswirtschaftslehre gewagt worden. Denn neben den rechtlichen Bedingungen für eine Sanierung ist die Aufgabenstellung vor allem eine operative, betriebswirtschaftliche Herausforderung. Bei dem Restrukturierungsplan handelt es sich folgerichtig um ein Sanierungskonzept bzw. um einen Insolvenzplan. In der Praxis ist die betriebswirtschaftliche Bedeutung durch den IDW S 6 sowie IDW ES 2 n.F. als Standards definiert worden, die die gesetzlichen und höchstrichterlichen Anforderungen auslegen und präzisieren. Mit dem präventiven Restrukturierungsrahmen kann der seit 1990 gegangene Weg eines Paradigmenwechsels, der den interdisziplinären Lösungsansatz unterstreicht, zu Ende gegangen werden. Die ZInsO wird Sie mit 12 FOKUS SANIERUNG Ausgaben pro Jahr auf diesem Wege stets begleiten und bestens informiert halten.

ZInsO FOKUS – Präventiver Restrukturierungsrahmen

Präventiver Restrukturierungsrahmen

Erste Anregungen durch Verbände an den Gesetzgeber zur deutschen Umsetzung

von Rechtsanwalt/Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Andreas Ziegenhagen, Frankfurt/Berlin

Im Rahmen der deutschen Umsetzung der Europäischen Richtlinie zur Einführung eines präventiven Restrukturierungsrahmens¹ sind bereits von unterschiedlichen Verbänden die ersten Anregungen an den Gesetzgeber veröffentlicht worden. Das BMJ hat im November angekündigt, im Frühjahr 2020 einen RefE zur Umsetzung des präventiven Restrukturierungs-

¹ RL (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rats v. 20.6.2019, ABl. EU 2019 Nr. L 172 v. 26.6.2019.

rahmens zu veröffentlichen. In diesem Zusammenhang sollen zugleich etwaige Gesetzesanpassungen aufgrund der ESUG-Evaluation (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen – ESUG) und eine etwaige Reform des Überschuldungsbegriffs vorgelegt werden. Im Folgenden werden daher die ersten Positionspapiere des Instituts der Wirtschaftsprüfer e.V. (IDW e.V.),² des Bund Deutscher Unternehmensberater e.V. (BDU e.V.)³ sowie des Verbands der Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID e.V.)⁴ kurz vorgestellt und gewürdigt.

I. Vorbemerkung

Das IDW-Positionspapier spricht sich dafür aus, dass sich der Gesetzgeber nicht von den Instrumenten und der Denkweise der InsO leiten lassen, sondern für den Restrukturierungsrahmen ein möglichst unabhängiges Prozedere schaffen sollte. Zwecks Vermeidung des Stigmas der Insolvenz sollte das Restrukturierungsverfahren aus Sicht des IDW e.V. möglichst still unter Ausschluss der Öffentlichkeit ablaufen, wodurch die Sanierungschancen und der Sanierungsstandort Deutschland im europäischen Wettbewerb gestärkt würde. Auch der VID e.V. spricht sich für die Umsetzung des Restrukturierungsverfahrens im Rahmen eines eigenständigen Gesetzes aus.

II. Frühwarnsystem

Das IDW e.V. setzt sich ausführlich mit den Frühwarnsystemen gem. Art. 3 EU-RL⁵ auseinander und verweist darauf, dass die in Abs. 2a) genannte Ausprägung von ausgebliebenen Zahlungen nicht zielführend sei, da diese Unternehmen bereits regelmäßig zahlungsunfähig seien und damit nicht für den Anwendungsbereich des Restrukturierungsrahmens in Betracht kommen sollten. Hinsichtlich der in Abs. 2b) genannten öffentlichen und privaten Beratungsdienste bestehen nach Auffassung des IDW e.V. bereits ausreichende Angebote in Deutschland durch Schuldnerberatungen der örtlichen IHK sowie diverser Wirtschaftsauskunfteien. Für den Berufsstand der Wirtschaftsprüfer ist nach Auffassung des IDW e.V. die in Abs. 2c) genannte Option betreffend Hinweise durch Dritte von signifikanter Relevanz, um Schuldner frühzeitig auf negative Entwicklungen aufmerksam zu machen. Das IDW e.V. verweist insoweit auf verschiedene Berufsstandards betreffend die Beurteilung der Fortführungsprognose, der bestandsgefährdenden oder entwicklungsbeeinträchtigenden Risiken,⁶ der Prüfung des Lageberichts sowie der Beurteilung des Risikofrüherkennungssystems. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die v.g. Prüfungen nur im Rahmen von prüfungspflichtigen Unternehmen i.S.v. § 316 HGB anwendbar sind. Auf die kleineren Unternehmen, die aufgrund der Größenkriterien gem. § 267 HGB nicht prüfungspflichtig sind, kommt insoweit eine Anwendung der IDW-Standards nur auf freiwilliger Basis in Betracht. Das IDW e.V. verweist insoweit ausdrücklich darauf, dass es sinnvoll wäre, eine allgemeine, rechtsform- und größenunabhängige Sorgfaltspflicht der Geschäftsleitung zur Erstellung einer Unternehmensplanung und zur Prüfung bestandsgefährdender Risiken einzuführen. Hinsichtlich der Unternehmensplanung empfiehlt das IDW e.V. ausdrücklich eine gesetzliche Pflicht, für das laufende und das folgende Geschäftsjahr eine Unternehmensplanung aufzustellen.

Auch der BDU e.V. hebt die entscheidende Rolle eines funktionierenden Frühwarnsystems für den Erfolg des präventiven Restrukturierungsrahmens hervor. Der BDU e.V. verweist insoweit auf die Praxis, dass gerade in kleineren KMU-Unter-

nehmen (kleine und mittlere Unternehmen – KMU) keine kaufmännischen Strukturen bestehen, um ein geeignetes Frühwarnsystem sicherzustellen. Der BDU e.V. verweist auf einfache Fragestellungen und Kennzahlen zur wirtschaftlichen Lage des Unternehmens und will selbst eine für KMU schnell und einfach nutzbare Frühwarncheckliste entwickeln und öffentlich zugänglich machen.

III. Zugangsvoraussetzungen und Abgrenzung vom Insolvenzverfahren

Nach Auffassung des IDW e.V. soll der Zugang zum Restrukturierungsverfahren möglich sein, wenn das schuldnerische Unternehmen nachweist, dass keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt, es für die geplante Dauer des Verfahrens durchfinanziert ist, ein Grobkonzept der Restrukturierung existiert und die einfache Mehrheit der betroffenen Gläubiger das Sanierungskonzept unterstützt. Im Weiteren differenziert das IDW e.V. zwischen dem Restrukturierungsverfahren ohne Anordnung eines Moratoriums bis zur gerichtlichen Bestätigung des Restrukturierungsplans und dem Restrukturierungsverfahren mit einem zwischenzeitlich erforderlichen Moratorium. Danach soll in den Fällen, bei denen bereits vorab die erforderliche Mehrheit der betroffenen Gläubiger dem Sanierungskonzept des Unternehmens zustimmt und nur wenige opponierende Gläubiger dagegen sind, der Restrukturierungsplan unmittelbar mit dem Abstimmungsergebnis bei Gericht zwecks Bestätigung eingereicht werden. Für diesen Fall soll dann zugleich die Insolvenzwahrscheinlichkeit i.S.d. Art. 4 Abs. 1 EU-RL vermutet werden, weil die qualifizierte Gläubigermehrheit einem Eingriff in ihre Rechte zustimmt. Auch ein gesonderter Bestandsfähigkeitstest („viability-Test“) sei in diesem Fall entbehrlich, weil der Restrukturierungsplan bereits darlegen muss, dass er ausreichende Aussichten auf Abwendung der Insolvenz sowie der Herstellung der Rentabilität hat. Aus Sicht des IDW e.V. wird hierdurch ein unkomplizierter und kostengünstiger Zugang zum Restrukturierungsrahmen sichergestellt, weil der Restrukturierungsplan von einer qualifizierten Mehrheit unterstützt wird und das Gericht unmittelbar die Voraussetzungen für die Bestätigung des Restrukturierungsplans prüfen kann.

Benötigt das schuldnerische Unternehmen ein Moratorium im Rahmen des Restrukturierungsverfahrens, so differen-

2 <https://www.idw.de/idw/idw-aktuell/idw-positionspapier-praeventiver-restrukturierungsrahmen-/120490>.

3 <https://www.restrukturierungspartner.com/news/bdu-restrukturierungsrahmen/>.

4 <https://www.vid.de/initiativen/thesenpapier-zur-umsetzung-der-richtlinie-ueber-restrukturierung-und-insolvenz/>.

5 RL (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rats v. 20.6.2019, ABl. EU 2019 Nr. L 172 v. 26.6.2019.

6 S. auch Geißler/Haarmeyer, ZInsO 2019, 2293 ff.