

Stellungnahme

Vorschlag der Europäischen Kommission
zu präventiven Restrukturierungsverfahren
COM (2016) 723 final vom 22. November 2016

Kontakt:

Dr. Stefan Saager

Telefon: +49 30 2021-2313

Telefax: +49 30 2021 192300

E-Mail: S.Saager@bvr.de

Berlin, den 29. März 2017

Register der Interessenvertreter

Identifikationsnummer im Register: 52646912360-95

Federführer:

Bundesverband der Deutschen Volksbanken
und Raiffeisenbanken e. V.

Schellingstraße4 | 10785 Berlin

Telefon: +49 30 2021-0

Telefax: +49 30 2021-1900

Inhalt

Stellungnahme	1
I. Vorbemerkung	3
II. Anmerkungen im Einzelnen	4
1 Subsidiarität.....	4
2 Early Warning Tools (Art. 3)	5
3 Präventiver Restrukturierungsrahmen.....	5
3.1 Voraussetzungen für die Nutzung eines präventiven Restrukturierungsrahmens	5
3.1.1 Antrag bei Eingriff in Gläubigerrechte (Art. 4).....	5
3.1.2 Erfolgsaussichten der Sanierung / Rentabilität	6
3.1.3 Anwendungsbereich	6
3.1.4 Kein Vorliegen von Insolvenzgründen	7
3.1.5 Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Gläubigerrechte.....	7
3.2 Eigenverwaltung (debtor in possession) (Art. 5).....	7
3.3 Moratorium/ Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen (stay) (Art. 6).....	8
3.3.1 Zwangsvollstreckung und außergerichtliche Verhandlungen.....	8
3.3.2 Auswirkung auf noch zu erfüllende Verträge (executory contracts) (Art. 7 Abs. 4 und 5) 8	
3.3.3 Ausnahmeregelungen für Finanzgeschäfte (Nettingvereinbarungen) (executory contracts) (Art. 7 Abs. 4)	10
3.3.4 Dauer des Moratoriums.....	12
3.3.5 Konflikt zwischen Moratorium und bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben	12
3.3.6 Auf „Akkordstörer“ beschränkter Durchsetzungsschutz	13
3.3.7 Aufhebungsgründe nach Artikel 6 Absatz 8.....	14
3.4 Insolvenzantragspflicht (Art. 7 Abs. 1 bis 3)	14
3.5 Beendigung des Verfahrens auf Initiative der Gläubiger	15
4 Restrukturierungspläne.....	15
4.1 Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplanes	15
4.1.1 Ausdrückliche Ablehnung durch Gläubiger (Art. 10 Abs. 1 lit. a).....	15
4.1.2 Abstimmungsmeerheit bei gerichtlicher Bestätigung (Art. 9 Abs. 4, 5).....	15
4.1.3 Cross-Class Cram-Down (Art. 11)	16
4.1.4 Bewertung (Art. 13)	17
4.2 Schutz von Sanierungskrediten (Art. 16).....	17
4.3 Schutz von Kosten der Restrukturierung und Restrukturierungsberatung (Art. 17)	18
5 Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens (Discharge Period) (Art. 19, 20).....	19
6 Kein Wechsel des COMI während eines Restrukturierungsverfahrens	19

I. Vorbemerkung

Die in der Deutschen Kreditwirtschaft (DK) zusammengeschlossenen Spitzenverbände der Banken und Sparkassen unterstützen das mit dem Richtlinienvorschlag verbundene Ziel, Restrukturierung und Sanierung von Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu erleichtern und zu fördern. Sie sehen allerdings eine EU-weite Harmonisierung vorinsolvenzlicher Restrukturierungsverfahren für Unternehmen und Entschuldungsregelungen für Unternehmer in der jetzt von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Form kritisch.

Die in dem Richtlinienentwurf vorgesehenen Regelungen sind unausgewogen und gehen unangemessen zulasten der Gläubiger, insbesondere der gesicherten Gläubiger. Auch entsprechen die vorgeschlagenen Regelungen zum Teil nicht den aufsichtsrechtlichen Vorgaben der Kapitaladäquanzverordnung (CRR)¹.

Die DK befürchtet eine Entwertung von Kreditsicherheiten und dadurch bedingte erhöhte Verlustquoten, wodurch sich der Druck auf das regulatorische Eigenkapital weiter erhöhen würde und die Kreditversorgung kleiner und mittlerer Unternehmen beeinträchtigt werden kann.

Wesentliche Kritikpunkte vorliegender Stellungnahme an dem Vorschlag der EU-Kommission lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Der Vorschlag ist unausgewogen, weil er im Wesentlichen Gläubigern Lasten auferlegt und ihre Rechte beschneidet, aber kaum Pflichten oder Obliegenheiten der Schuldner vorsieht.
- Die vorgeschlagene Dauer für ein Moratorium („stay“) ist viel zu lang, insbesondere wegen ihres Widerspruchs zum Bankenaufsichtsrecht; sie sollte auf maximal vier Wochen beschränkt werden. (Nr. 3.3.4 und Nr. 3.3.5).
- Zu Recht sieht der Vorschlag der EU-Kommission keine Beschränkung des vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens auf eine finanzielle Restrukturierung oder auf Finanzgläubiger vor; derartige Überlegungen sollten im Richtlinienentwurf auch nicht aufgegriffen werden (Nr. 3.1.3).
- Jeglicher Eingriff in Gläubigerrechte muss an die Voraussetzung geknüpft werden, dass das Gericht die Erfolgsaussichten des vom Schuldner vorgelegten Restrukturierungsplanes positiv beurteilt, der Eingriff verhältnismäßig ist und Rechte betroffener Parteien nicht unangemessen beeinträchtigt werden (Nr. 3.1.2 und Nr. 3.1.5).
- Ein Verfahren darf nur eingeleitet werden, wenn beim Schuldner keine Insolvenzgründe vorliegen (Nr. 3.1.4). Die Insolvenzantragspflicht darf während der Dauer des Moratoriums nicht ausgesetzt werden (Nr. 3.4).
- Das Moratorium sollte auf Akkordstörer beschränkt werden (Nr. 3.3.6). Artikel 7 Absätze 4 und 5 sollten gestrichen werden, hilfsweise sollten Finanzgläubiger ausgenommen werden (Nr. 3.3.4). Falls Artikel 7 Absätze 4 und 5 – trotz erheblicher Bedenken – beibehalten werden sollten, bedarf es jedenfalls einer Ausnahmeregelung für Nettingvereinbarungen (Nr. 3.3.3).
- Das Gericht muss die Möglichkeit haben, ein Moratorium von Amts wegen aufzuheben; auch die Gläubiger sollten die Möglichkeit haben, das Restrukturierungsverfahren, und damit auch die Wirkung des Moratoriums, jederzeit zu beenden (Nr. 3.3.7 und 3.5).
- Die im Vorschlag vorgesehenen Mehrheiten für die Abstimmung über den Restrukturierungsplan sind zu gering, sie müssen auf mindestens 90% Summenmehrheit festgelegt werden (Nr. 4.1.2). Ein

¹ Verordnung über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 (EU) Nr. 575/2013 vom 26. Juni 2013.

sogeannter Cross-Class Cram-Down, ist in einem vorinsolvenzlichen Verfahren abzulehnen und allenfalls zulasten der Gruppe der Gesellschafter/ Anteilseigner und gesellschafterähnlichen Gläubiger denkbar (Nr. 4.1.3).

- Ein Eingriff in die Rechte eines dissentierenden Gläubigers darf in der Regel nur möglich sein, wenn der Restrukturierungsplan keine Verschlechterung seiner am Fortführungswert bemessenen Interessen zur Folge hat. Die im aktuellen Entwurf vorgesehene Bemessung des Gläubigerinteresses am Maßstab des Zerschlagungswerts ist unangemessen (Nr. 4.1.4).
- Die derzeit vorgesehene pauschale Privilegierung von Sanierungsfinanzierungen in einer Folgeinsolvenz ist auf Fälle zu begrenzen, in denen der Schuldner zur Überzeugung der Gläubiger der Sanierungsfinanzierung ein tragfähiges Geschäftsmodell vorweisen kann, um eine Entwertung von Altforderungen (insb. bereits gewährte Kredite) zu vermeiden (Nr. 4.2).
- Die im Vorschlag vorgesehene Höchstfrist für die Restschuldbefreiung von drei Jahren ist abzulehnen. Sie ist zu kurz und setzt keine Anreize für den Schuldner zur Gläubigerbefriedigung. Die Dauer von drei Jahren sollte als Mindestdauer in die Richtlinie übernommen werden (Nr. 5).

II. Anmerkungen im Einzelnen

1 Subsidiarität

Der Kommissionsvorschlag wird im Wesentlichen auf Artikel 114 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union gestützt, der das Errichten und Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand europäischer Gesetzgebung macht. So wird in der Begründung des Richtlinienvorschlages ausgeführt, dass es sein Hauptziel sei, *„die wichtigsten Hindernisse für den freien Kapitalverkehr einzudämmen, die sich aus unterschiedlichen Restrukturierungs- und Insolvenzrahmen in den Mitgliedstaaten ergeben.“* Mit einer solchen viel zu allgemein gehaltenen Argumentation ließe sich, gestützt auf die Grundfreiheiten, die Harmonisierung des gesamten Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts begründen. Das Argument, der freie Kapitalverkehr werde durch unterschiedlich ausgestaltete oder teilweise nicht vorhandene vorinsolvenzliche Restrukturierungsverfahren behindert, überzeugt nicht.

Es bestehen erhebliche Zweifel, ob die Unterschiede im Insolvenzrecht der Mitgliedstaaten tatsächlich den ihnen zugesprochenen Einfluss auf Entscheidungen von Unternehmern und Investoren über grenzüberschreitendes Tätigwerden und damit Binnenmarktrelevanz haben (so auch der Antrag an den Bayerischen Landtag, Drs. 17/15252 sowie der daraufhin ergangene Beschluss des Bayerischen Landtages, Drs. 17/15362 und die Empfehlung der Bundesratsausschüsse, BR-Drs. 1/1/17).

Hinzu kommt, dass die EU im Bereich des Insolvenzrechts über keine umfassende Rechtsetzungs- und Harmonisierungskompetenz verfügt. Die EU-Kommission versucht, mit dem Verweis auf eine angebliche Einschränkung von Grundfreiheiten neue Kompetenzen zu schaffen.

Etwaige von der EU-Kommission festgestellte Probleme in einzelnen Mitgliedstaaten sollten vor diesem Hintergrund auf nationaler Ebene behoben werden und fallen mangels Relevanz für den Binnenmarkt nicht in die Zuständigkeit der Europäischen Union.

2 Early Warning Tools (Art. 3)

Gläubiger sollten nicht verpflichtet werden, Schuldner auf deren eigene wirtschaftliche Lage hinzuweisen oder auf die Dringlichkeit von Handlungsbedarf aufmerksam zu machen.

Der Richtlinienvorschlag schreibt vor, dass Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass Schuldner und Unternehmer Zugang zu einem „early warning tool“ haben (Art. 3 Abs. 1).

Insgesamt bleibt unklar, was mit dem Zugang zu „early warning tools“ gemeint ist. Unklar ist, ob der Schuldner selbst Maßnahmen ergreifen muss, oder ob außenstehende Dritte – von Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern über Behörden bis hin zu Gläubigern – den Schuldner warnen sollen.

Es wäre jedenfalls unangemessen, Gläubiger zu verpflichten, den Schuldner auf seine wirtschaftliche Lage hinzuweisen und im Sinne von Art. 3 Abs. 1 auf die Dringlichkeit des Handlungsbedarfs aufmerksam zu machen (signal the need to act as a matter of urgency). Jeder Gläubiger wird sich im eigenen Interesse für die Entwicklung der wirtschaftlichen Lage seines Schuldners interessieren. Ihm aber Pflichten aufzuerlegen, durch Warnhinweise auch die Interessen des Schuldners zu wahren, ist schon deswegen nicht angemessen, weil aus einer Verletzung dieser Pflichten möglicherweise nachteilige Rechtsfolgen, wie beispielsweise Schadensersatzforderungen resultieren könnten. Der Darlehensgeber würde dann nicht nur wegen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners einen Zahlungsausfall hinnehmen müssen, sondern auch zusätzlich noch nachteilige Rechtsfolgen zu tragen haben, weil er den Schuldner nicht auf die Dringlichkeit der Lage aufmerksam gemacht hat, bzw. in einem nachfolgenden Regelinsolvenzverfahren wegen dieser Warnung reflexartig Insolvenzanfechtungsansprüchen insbesondere gemäß § 133 InsO ausgesetzt sein. Das steht nicht nur im Widerspruch zu den Zielen des vorgelegten Richtlinienentwurfes, die Kreditvergabefähigkeit der Kreditinstitute durch eine Senkung der Zahl notleidender Kredite zu erhöhen, sondern verkennt auch die eigene Verantwortlichkeit eines jeden Wirtschaftsteilnehmers.

3 Präventiver Restrukturierungsrahmen

3.1 Voraussetzungen für die Nutzung eines präventiven Restrukturierungsrahmens

3.1.1 Antrag bei Eingriff in Gläubigerrechte (Art. 4)

Eines Antrages an und einer Entscheidung durch ein Gericht bedarf es immer nur dann, wenn in Rechte von Gläubigern eingegriffen werden soll.

Für die Nutzung des Restrukturierungsrahmens soll nach dem Vorschlag der EU-Kommission ein Antrag des Schuldners oder ein Antrag des Gläubigers mit Zustimmung des Schuldners (agreement of debtor) erforderlich sein (Art. 4 Abs. 4). Angesichts des Umstandes, dass gleichzeitig die Beteiligung von Justiz und Verwaltungsbehörden (judicial and administrative authority) beschränkt werden soll (Art. 4 Abs. 3), stellt sich die Frage, ob tatsächlich ein Antrag erforderlich sein sollte, damit Schuldner und Gläubiger miteinander über eine Restrukturierung verhandeln können, oder vielmehr gemeint ist, dass ein Gericht die Rechte der Gläubiger nur auf Antrag des Schuldners beschränken kann. Die Regelung in Art. 4 Abs. 4 sollte entsprechend klargestellt werden. Zugleich sollte auch die Regelung des Artikels 4 Absatz 3 dahingehend präzisiert werden, dass es der Beteiligung der Justiz immer dann bedarf, wenn in Gläubigerrechte eingegriffen werden soll.

3.1.2 Erfolgsaussichten der Sanierung / Rentabilität

Ein Eingriff in Gläubigerechte muss davon abhängig gemacht werden, dass die angestrebte Sanierung Erfolgsaussichten hat.

Ein Zugang zum Verfahren darf nur Schuldnern mit tragfähigem Geschäftsmodell gewährt werden. Die Erfolgsaussichten der angestrebten Sanierung sind von einem Gericht zu prüfen. Das Gericht kann im Bedarfsfall einen Sachverständigen, wie beispielsweise einen Rechtsanwalt, einen unabhängigen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder eine Person mit vergleichbaren Qualifikationen hinzuziehen. Die Prüfung muss durchgeführt werden, bevor ein Eingriff in Gläubigerechte stattfindet. Nur dann kann ein Eingriff überhaupt gerechtfertigt sein.

In diesem Zusammenhang ist die besondere Bedeutung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten zu beachten. Bei einem Schuldner, der diesen Pflichten in dem für die Bewertung maßgebenden Zeitraum nicht ausreichend nachkommt, dürften Erfolgsaussichten des Sanierungsversuchs regelmäßig nicht feststellbar sein.

3.1.3 Anwendungsbereich

Zurecht sieht der Vorschlag der EU-Kommission keine Beschränkung des vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahrens auf eine finanzielle Restrukturierung oder auf Finanzgläubiger vor.

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht – zu Recht - keine Begrenzung des Anwendungsbereiches für ein vorbeugendes Restrukturierungsrahmenwerk vor. Es wird in Fachkreisen aber teilweise diskutiert, ein solches Rahmenwerk auf eine finanzielle Restrukturierung oder gar ausschließlich auf Finanzgläubiger zu beschränken. Abgesehen von den damit einhergehenden Abgrenzungsschwierigkeiten sieht die Deutsche Kreditwirtschaft keinen Bedarf für eine Begrenzung des Anwendungsbereiches, vielmehr ist eine solche Beschränkung abzulehnen.

Soweit von den Befürwortern einer Beschränkung des Verfahrens auf Finanzgläubiger angeführt wird, eine Erstreckung des Anwendungsbereiches auf alle Gläubiger sei deswegen problematisch, weil die EU-Kommission zwangsläufig in andere Rechtsbereiche eingreife, für die ihr keine Kompetenz zustehe, ist nicht ersichtlich, warum sich an dieser Bewertung alleine durch die Beschränkung auf Finanzgläubiger etwas ändern sollte.

Eine Beschränkung des Anwendungsbereiches auf Finanzgläubiger würde überdies die Sanierungschancen für schuldnerische Unternehmen erheblich verringern, insbesondere dann wenn eine andere Gruppe, z. B. Lieferanten die Hauptgläubiger des Unternehmens sind oder eine operative Sanierung erforderlich ist. Wir können keinen überzeugenden Grund erkennen, warum in solchen Fällen ein vorinsolvenzliches Restrukturierungsverfahren nicht zur Verfügung stehen sollte.

Allein sachgerecht ist es deswegen, wenn der Schuldner selber durch die Formulierung eines Restrukturierungsplanes den jeweils konkret erforderlichen Anwendungsbereich definiert. Er selber muss die Ursachen der Krise ermitteln (vgl. auch Art. 8 Abs. 1 lit. b) und Vorschläge zu einer Beseitigung der Ursachen unterbreiten und dabei auch entscheiden, welche Gläubiger zur Beseitigung der Krise und der dauerhaften Sanierung des Unternehmens beitragen können und müssen. Ob er seinen Restrukturierungsplan auf eine finanzielle Sanierung beschränkt oder weitere Gläubiger mit einbezieht, muss ihm überlassen bleiben.

3.1.4 Kein Vorliegen von Insolvenzgründen

Ein Restrukturierungsverfahren darf nur zulässig sein, wenn keine Insolvenzgründe beim Schuldner vorliegen.

Die Richtlinie ist dahingehend zu ergänzen, dass ein Restrukturierungsverfahren nur eingeleitet werden darf, wenn beim Schuldner keine Insolvenzgründe entsprechend dem Insolvenzrecht des betreffenden Mitgliedstaates vorliegen, insbesondere keine (drohende) Zahlungsunfähigkeit. Anderenfalls besteht das Risiko, dass Schuldner Insolvenzverfahren mit Hilfe des Restrukturierungsverfahrens umgehen und verbliebene Vermögenswerte zulasten der Gläubiger, insbesondere der Lieferanten und der Kreditinstitute, entzogen werden oder verloren gehen.

3.1.5 Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Gläubigerrechte

Eingriffe in Gläubigerrechte müssen verhältnismäßig sein und dürfen die Rechte der betroffenen Gläubiger nicht in unangemessener Weise beeinträchtigen. Dies muss von einem Gericht geprüft werden.

Eingriffe in Rechte von einzelnen Gläubigern im Rahmen von Restrukturierungsverfahren stellen Sonderopfer dar und müssen als solche verhältnismäßig sein und dürfen die Rechte der betroffenen Gläubiger nicht in unangemessener Weise beeinträchtigen. Der Schuldner sollte insoweit stets glaubhaft machen müssen, warum den Gläubigern der Eingriff zumutbar ist, zum Beispiel – im Fall eines Moratoriums – weil sie zwar für eine gewisse Zeit nicht vollstrecken können, aber gegen einen etwaigen Wertverlust ihrer Sicherheiten geschützt sind. Die Ausführungen in Erwägungsgrund 20 zu einer „unangemessenen Beeinträchtigung“ sind insoweit unzureichend und viel zu stark am Schuldnerinteresse orientiert. Hier ist eine deutlich stärkere Orientierung an den Gläubigerinteressen erforderlich.

3.2 Eigenverwaltung (debtor in possession) (Art. 5)

Zur Vereinfachung des Verfahrens und zur Erhöhung der Akzeptanz bei den Schuldnern schlagen wir vor, auf die Möglichkeit, einen Sachwalter zu bestellen, zu verzichten.

Grundsätzlich soll der Schuldner in dem von der EU-Kommission vorgeschlagenen Verfahren seine Geschäfte selbst fortführen können. Das ist eine sinnvolle Regelung. Andernfalls wäre auch kaum zu erwarten, dass Schuldner von der Möglichkeit eines solchen Verfahrens außerhalb der Insolvenz Gebrauch machen würden. Schließlich verläuft das Verfahren auch ohne Antrag (siehe unsere Stellungnahme unter Nr. 3.1.1), so dass sich schon die Frage stellt, wie ein Gericht einem Schuldner ohne Vorliegen eines Antrages auf Einleitung des Verfahrens die Geschäftsführungsbefugnis entziehen sollte.

Der Vorschlag der EU-Kommission stellt es den Mitgliedstaaten frei, in bestimmten Fällen eine Art Sachwalter (practitioner in the field of restructuring) zu bestellen. Wir schlagen vor, auf die Benennung eines Sachwalters ganz zu verzichten, insbesondere auch bei der Überwachung der Umsetzung des Restrukturierungsplanes. Ziel des Verfahrens ist eine einvernehmliche Einigung zwischen Gläubigern und Schuldner mit einer möglichst geringen Beteiligung des Gerichts. Die Benennung eines Sachwalters setzt – auch wenn die Benennung nur fakultativ ist – die Entscheidung eines Gerichtes voraus. Die Möglichkeit, dass ein Sachwalter eingesetzt wird, dürfte die Bereitschaft des Schuldners, ein solches Verfahren freiwillig einzuleiten, nicht fördern. Schließlich ist zu erwarten, dass die Restrukturierungspläne typischerweise Klauseln enthalten werden, wonach der gesamte Plan hinfällig wird, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen gegenüber einem der in den Plan einbezogenen Gläubigern nicht oder nicht fristgemäß nachkommt. Auch deswegen bedarf es unserer Auffassung nach keines Sachwalters.

3.3 Moratorium/ Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen (stay) (Art. 6)

Nach Art. 6 des Richtlinienentwurfs kann ein Gericht einem Schuldner während der Verhandlungen des Restrukturierungsplans eine Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen von Gläubigern gewähren, wenn und soweit eine solche Aussetzung erforderlich ist, um die Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan zu unterstützen. Die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen („stay of individual enforcement actions“) ist in Art. 2 Nr. 4 definiert und ist eine Maßnahme zulasten gesicherter und ungesicherter Gläubiger gleichermaßen (Art. 6 Abs. 2).

Insbesondere die Vorschläge der EU-Kommission zu den Einzelheiten dieser Aussetzung sind zu kritisieren und teilweise abzulehnen, wie nachstehend ausgeführt. Hinzutritt, dass diese Regelungen in das Vertrags- und Sachenrecht, das Handels- und Gesellschaftsrecht sowie das Kreditsicherungsrecht eingreifen, und damit tiefgreifende Folgewirkungen in Rechtsgebiete zu befürchten sind, in denen der Union keine Kompetenz zusteht.

3.3.1 Zwangsvollstreckung und außergerichtliche Verhandlungen

Die Aussetzung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ist auf solche Maßnahmen zu beschränken, die nach der Aufnahme außergerichtlicher Verhandlungen eingeleitet werden. Wenn mehrere Gläubiger – z. B. durch Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach Beginn außergerichtlicher Verhandlungen – zu erkennen geben, dass die Verhandlungen keine Aussicht auf Erfolg haben, muss die Aussetzung aufgehoben werden.

Ein Schuldner, der außergerichtliche Verhandlungen erst dann aufnimmt, wenn Gläubiger bereits gegen ihn vollstrecken und er wirtschaftlich nicht mehr in der Lage ist, die Zwangsvollstreckung sofort zu beenden, hätte wahrscheinlich längst Insolvenz beantragen müssen. Jedenfalls hat er den Zeitpunkt für außergerichtliche Verhandlungen verpasst. Nach unserem Dafürhalten darf es eine gerichtlich angeordnete Aussetzung von bereits vor Beginn der außergerichtlichen Verhandlung begonnenen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht geben.

Man mag darüber nachdenken, die Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen für die Zeit nach der Aufnahme außergerichtlicher Verhandlungen für maximal vier Wochen (vgl. dazu unten 3.3.4) durch gerichtlichen Beschluss zu verhindern. Dies kann aber nur gelten, wenn Verpflichtungen aus Dauerschuldverhältnissen bedient werden.

Jedenfalls wenn mehrere Gläubiger durch die Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach Beginn der außergerichtlichen Verhandlungen oder auf andere Weise zu erkennen geben, dass sie keine Erfolgsaussichten für die außergerichtlichen Verhandlungen sehen und dass sie ihre Zustimmung dazu nicht geben werden, dürfen die Gläubiger nicht an der Geltendmachung ihrer Rechte im Wege der Zwangsvollstreckung gehindert werden. Das Moratorium muss auf „Akkordstörer“ beschränkt sein (siehe dazu ausführlich unten unter Nr. 3.3.6).

3.3.2 Auswirkung auf noch zu erfüllende Verträge (executory contracts) (Art. 7 Abs. 4 und 5)

Artikel 7 Absätze 4 und 5 sollten gestrichen werden. Jedenfalls sollten Finanzgläubiger ausgenommen werden. Falls Art. 7 Absatz 4 gleichwohl beibehalten werden sollte, müsste zumindest klargestellt werden, dass im Fall von Krediten neue Ziehungen nur mit Zustimmung des Kreditgebers möglich sind. Die Suspendierung von Kündigungsrechten oder sonstige Vorgaben dürfen nicht dazu führen, dass der Gläubiger sein Sicherungsrecht verliert, ohne dafür Ersatz zu erlangen oder es nicht entsprechend erhöhen kann. Gläubigern muss es ermöglicht werden, bei neu hinzukommenden Forderungen oder Sicherungsgegenständen anfechtungsfreie Sicherheiten zu erwerben.

Stellungnahme zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zu präventiven Restrukturierungsverfahren, zweiter Chance und zur Steigerung der Effizienz von Insolvenzverfahren, COM (2016) 723 final vom 22. November 2016

Während der Dauer einer Aussetzung (stay) darf nach dem Vorschlag der EU-Kommission ein Vertrag zwischen dem Schuldner und einem oder mehreren Gläubigern, bei dem beide Seiten zum Zeitpunkt der Gewährung des Vollstreckungsaufschubs noch unerfüllte Pflichten haben (executory contract, Art. 2 Nr. 5), nicht von dem Gläubiger beendet oder sonst zum Nachteil des Schuldners verändert werden wegen finanzieller Verbindlichkeiten des Schuldners, die vor der Gewährung des Vollstreckungsaufschubs entstanden sind (Art. 7 Abs. 4).

Mit dieser Regelung werden die Interessen der Schuldner in den Vordergrund gerückt, ohne diejenigen der Gläubiger angemessen zu berücksichtigen. Einer solchen Regelung bedarf es jedenfalls dann nicht, wenn sich der Schuldner vertragstreu verhält. Dann nämlich richten sich die Möglichkeiten des jeweiligen Gläubigers, einen Vertrag zu beenden oder zu verändern, nach den Regeln, auf die sich die Vertragsparteien geeinigt haben. Zum einen wird dann regelmäßig eine kurzfristige – jedenfalls eine außerordentliche, fristlose – Beendigung des Vertragsverhältnisses oder eine einseitige Veränderung des Vertragsverhältnisses nicht möglich sein. Sie kann damit auch nicht zu einer Störung der Verhandlungen über die außergerichtliche Restrukturierung führen. Ein Schuldner, der sich nicht vertragstreu verhält, erscheint hingegen nicht schutzwürdig zu sein. Ein Schuldner, der sich nicht (mehr) vertragstreu verhalten kann, dürfte das Stadium der nur wahrscheinlichen Insolvenz überschritten haben und kann ohnehin nicht mehr von einem vorinsolvenzlichen Restrukturierungsverfahren profitieren.

Hilfsweise ist eine Ausnahme für Finanzgläubiger vorzusehen, auf die diese Regelung weder zugeschnitten ist noch passt.

Der Begriff der „executory contracts“ ist nicht klar definiert. Es ist insbesondere unklar, welche Auswirkungen Art. 7 Abs. 4 auf Kreditlinien, Kreditsicherheiten und revolving Kreditsicherheiten wie Raumsicherungsübereignungen und Globalzessionen hat. Es muss daher – falls Art. 7 Abs. 4 trotz der hier vorgetragenen Einwände beibehalten und auf Finanzgläubiger erstreckt bleiben sollte –, zumindest klargestellt werden, dass im Fall von bestehenden Krediten neue Ziehungen nur mit Zustimmung des Kreditgebers möglich sind. Dies muss unabhängig davon gelten, ob sie bereits vor der Einleitung des Verfahrens in Anspruch genommen worden sind oder nicht. Bestünde die Gefahr, dass sich die Kreditforderung während des Verfahrens ohne Zustimmung des Kreditgebers erhöhen kann, würde das die Bereitschaft der Kreditwirtschaft zur Gewährung von Kreditlinien an wirtschaftlich schwache kleinere und mittlere Unternehmen erheblich beeinträchtigen. Deren wirtschaftliche Schwierigkeiten würden damit – entgegen der Zielsetzung der EU-Kommission – voraussichtlich nicht geringer. Weiterhin dürfen die Suspendierung von Kündigungsrechten oder sonstige Vorgaben nicht dazu führen, dass der Gläubiger sein Sicherungsrecht verliert, ohne dafür Ersatz zu erlangen, oder es nicht entsprechend erhöhen kann.

Es muss sichergestellt sein, dass bei revolving Kreditsicherheiten, wie Globalzessionen und Raumsicherungsübereignungen neue Forderungen oder Waren, die von der Globalzession oder der Raumsicherungsübereignung erfasst sind, auch während des Restrukturierungsverfahrens als anfechtungsfreie Sicherheiten entstehen.

Die zu Artikel 7 Absatz 4 dargestellten Erwägungen sind entsprechend auch auf Artikel 7 Absatz 5 übertragbar, der ebenfalls gestrichen werden sollte.

3.3.3 Ausnahmeregelungen für Finanzgeschäfte (Nettingvereinbarungen) (executory contracts) (Art. 7 Abs. 4)

Falls die Artikel 7 Absatz 4 und 5 – trotz erheblicher Bedenken - beibehalten werden sollten, bedarf es einer Ausnahmeregelung für Nettingvereinbarungen.

Mit Rücksicht auf die spezifische Funktion von Nettingvereinbarungen und, um eine unzumutbare Belastung der Gegenparteien mit unkalkulierbaren Risiken zu vermeiden, bedarf es hier einer Ausnahmeregelung oder zumindest klarer und eng eingegrenzter Schutzregelungen (Begrenzung einer suspendierenden Wirkung auf maximal 48 Stunden und Fortbestehen eines Beendigungsrechts bei Nichterfüllung wesentlicher vertraglicher Pflichten, insbesondere Besicherungs-, Liefer- und Zahlungsverpflichtungen). Entsprechende Einschränkungen stünden Sanierungsbemühungen nicht entgegen. Im Gegenteil, sie vermeiden unwägbare Belastungen für das zu sanierende Unternehmen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass bei den betreffenden Geschäften für beide Parteien nach Beendigung eine Wiedereindeckung möglich ist, und zum anderen, dass die wirtschaftlichen Risiken aus den Geschäften aufgrund ihrer inhärenten Volatilität nach Beginn eines Moratoriums für beide Seiten gleichermaßen unvorhersehbar sind.

Die insolvenzrechtlichen Rahmenbedingungen sowohl der EU als auch der Mitgliedstaaten der EU sehen für Finanzgeschäfte (Derivate und Wertpapierfinanzierungsgeschäfte bzw. Finanzleistungen im Sinne des § 104 InsO) besondere rechtliche Bestimmungen vor. Kernbestandteil ist dabei der Schutz der Beendigungs- und Abrechnungsmechanik bei Beendigung wegen Ausfalls einer der Vertragsparteien bzw. Verletzung wesentlicher vertraglicher Pflichten – die so genannten vertraglichen Nettingvereinbarungen. Nettingvereinbarungen dienen dazu, die Risiken bei einem Ausfall einer Gegenpartei sachgerecht zu verteilen und wirksam zu reduzieren. Sie sorgen insbesondere dafür, dass die Vertragspartei einer ausfallenden Gegenpartei nicht für einen ungewissen Zeitraum unkalkulierbaren Risiken aufgrund der unvermeidbaren Wertschwankungen bei den Geschäften ausgesetzt wird. Hierdurch schützen sie auch vor einem Überspringen einer Krise bei der ausfallenden Vertragspartei auf deren Gegenpartei – haben also eine systemschützende Funktion. Gleichzeitig sorgen sie auch dafür, dass die ausfallende Gegenpartei nicht in die Spekulation über die weiteren Wertentwicklungen bei den abgeschlossenen Geschäften getrieben wird. Insoweit schützen sie auch die Masse. Die hiermit verbundene Einschränkung der Wahlmöglichkeit des Insolvenzverwalters ist insbesondere gerechtfertigt, da dieser – bei einem Fortführungsinteresse im Hinblick auf einzelne Finanzgeschäfte – diese am Markt neu abschließen kann (Wiedereindeckung). Bei Finanzgeschäften handelt es sich gerade nicht um Verträge/Geschäfte, für die bei einem Sanierungsversuch keine Ersatzbeschaffung möglich wäre.

Ihre Funktion können Nettingvereinbarungen aber nur erfüllen, wenn sie eine Beendigung gemäß der vereinbarten Beendigungs- und Abrechnungsmechanik bei Eintritt eines Ereignisses erlauben, welches einen bevorstehenden Ausfall indiziert – und zwar auch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, etwa bei Antragstellung oder dem Vorliegen eines anderen wichtigen Grundes. Letzteres ist im Übrigen auch eine Voraussetzung für die aufsichtsrechtlichen Vorgaben der CRR.

Mit Rücksicht auf diese praktische Bedeutung von Nettingvereinbarungen als Instrument der Risikosteuerung und Eingrenzung systemischer Risiken, fordert die Finanzsicherheiten-Richtlinie auch den besonderen Schutz vertraglicher Nettingvereinbarungen. Auch das Bankensanierungs- und Abwicklungsregime der BRRD baut auf funktionierende Nettingvereinbarungen als ein wichtiges Instrument zur praktischen Durchführung einer Abwicklung, insbesondere bei einem bail-in oder bei einer Übertragung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten auf einen anderen Rechtsträger. Zwar sieht die BRRD auch ein zeitweises Aussetzen der Beendigungsrechte vor, allerdings nur für einen sehr kurzen Zeitraum von maximal 48 Stunden oder zwei Tagen. Im Übrigen fordert die BRRD aber den besonderen

Schutz von Nettingvereinbarungen. Dies zeigt, dass Nettingvereinbarungen nicht nur nicht einer Abwicklung oder Sanierung entgegenstehen, sondern - im Gegenteil - diese sogar unterstützen.

Die Regelungen zum Moratorium enthalten bislang keine Sonderregelungen für Finanzgeschäfte bzw. Nettingvereinbarungen. Demzufolge würden diese Vereinbarungen uneingeschränkt dem Moratorium unterfallen können. Die Vertragspartei wäre somit für die Dauer des Moratoriums gehindert, den Vertrag auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zu beenden. Dies hätte aber angesichts der beschriebenen Funktion von Nettingvereinbarungen unzumutbare Konsequenzen für die andere Vertragspartei. Sie wären nämlich vom Beginn des Moratoriums bis zu dessen Ende oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens den oben beschriebenen, völlig unkalkulierbaren Risiken aus den abgeschlossenen Geschäften ausgesetzt.

Eine solche einseitige Verteilung der Risiken zu Lasten der anderen Vertragspartei kann nicht einmal durch das Sanierungsinteresse gerechtfertigt werden: Denn es besteht ja für das zu sanierende Unternehmen eine Wiedereindeckungsmöglichkeit. Dass diese ggf. nicht mehr zu den gleichen Konditionen wie vor Erlass des Moratoriums erfolgen kann, ist kein ausreichender Grund, der anderen Vertragspartei erhebliche zusätzliche Risiken aus dem Vertrag aufzulasten. Insoweit unterscheidet sich die Situation ganz wesentlich von anderen Verträgen, bei denen im Sanierungsfall ein Fortführungsinteresse besteht: Bei sonstigen Verträgen, etwa einem Mietvertrag, entspricht das Risiko der anderen Vertragspartei durch Fortführung während des Moratoriums im Wesentlichen dem zuvor ohnehin bestehenden wirtschaftlichen Risiko. Bei Finanzgeschäften oder anderen, vergleichbaren Wertschwankungen ausgesetzten Geschäften kann sich das wirtschaftliche Risiko ganz erheblich zu Lasten der anderen Vertragspartei verändern. Eine solche ungleiche, einseitige und nicht kalkulierbare Risikoüberlastung ist aber offensichtlich unverhältnismäßig und daher unter keinem Gesichtspunkt zu rechtfertigen. Es wäre zudem auch nicht nachvollziehbar, warum das Sanierungsregime für Unternehmen massivere Eingriffsrechte in die Position des Gläubigers erlauben soll als das Sanierungs- und Abwicklungsregime für Kreditinstitute.

Um solche unverhältnismäßigen und unzumutbaren Folgen für die anderen Vertragsparteien auszuschließen, sollten Finanzgeschäfte bzw. Nettingvereinbarungen deshalb von den Folgen eines Moratoriums ausgenommen werden.

Hilfsweise wären Sonderregelungen und Schutzbestimmungen zumindest entsprechend der Regelungen der BRRD erforderlich. Insbesondere müsste der Zeitraum der Aussetzung der Beendigungsrechte bei Finanzgeschäften bzw. Nettingvereinbarungen durch das Moratorium entsprechend der Regelungen der BRRD auf höchstens 48 Stunden verkürzt werden. Darüber hinaus müsste ausdrücklich klargestellt werden, dass eine Beendigung ungeachtet der Aussetzung oder des Moratoriums zulässig bleibt, wenn wesentliche vertraglichen Pflichten, insbesondere etwaige Zahlungs-, Liefer- und Besicherungspflichten während der Aussetzung bzw. des Moratoriums verletzt werden.

Vertragliche Nettingvereinbarungen werden von Kreditinstituten genauso wie von anderen Marktteilnehmern, einschließlich Industrie- und mittelständischen Unternehmen, standardmäßig zur Steuerung der Risiken aus Finanzgeschäften, insbesondere aus Derivate- und Wertpapierfinanzierungsgeschäften (Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierdarlehen) eingesetzt. Sie sind aufsichtsrechtlich unter anderem maßgeblich für die Berechnung der Eigenkapitalanforderungen und auch Grundlage für die aufsichtsrechtlich geforderte Besicherung von Finanzgeschäften im Rahmen der neuen regulatorischen Rahmenbedingungen für OTC-Derivate (Verordnung (EU) Nr. 648/2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister - EMIR). Ihre Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit werden auch von vielen anderen europäischen aufsichtsrechtlichen Vorgaben, etwa auch dem Bankensanierungs- und Abwicklungsregime, vorausgesetzt.

3.3.4 Dauer des Moratoriums

Das Moratorium muss zeitlich auf maximal vier Wochen beschränkt werden.

Auch abgesehen von bankaufsichtsrechtlichen Besonderheiten, auf die wir gesondert hinweisen werden, ist eine Dauer von vier Monaten für einen Vollstreckungsaufschub außerhalb eines Insolvenzverfahrens viel zu lang. Angesichts des erheblichen Eingriffs in Gläubigerrechte, den ein Moratorium darstellt, und dem Ziel, einen vom Schuldner bereits erstellten Sanierungsplan zu unterstützen, ist eine Frist von maximal vier Wochen ausreichend und angemessen.

Nach Art. 6 Abs. 1 darf ein Moratorium vom Gericht nur erlassen werden, wenn und soweit es erforderlich ist, um die Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan zu unterstützen (if and to the extent such a stay is necessary to support the negotiations of a restructuring plan). Mithin muss ein Plan bereits vorliegen; das Moratorium dient nicht dazu, dem Schuldner Zeit zur Ausarbeitung des Planes zu geben. Wenn der Abschluss der Verhandlungen nicht innerhalb von wenigen Wochen gelingt, müssen die Verhandlungen ohnehin als gescheitert angesehen werden.

Das deutsche Insolvenzplanverfahren sieht beispielsweise vor, dass das Gericht den Plan prüft und nach Abschluss der Prüfung die Gläubiger nicht länger als zwei Wochen Zeit haben, zu dem Plan Stellung zu nehmen (§ 232 Abs. 3 InsO) und die Abstimmung der Gläubiger über den Plan soll innerhalb eines Monats nach dem Abschluss der Prüfung durch das Gericht stattfinden (§ 235 Abs. 1 InsO).

Die von der EU-Kommission vorgeschlagene exzessive Dauer des Moratoriums ist auch deswegen bedenklich, weil gleichzeitig – was ebenfalls abzulehnen ist – vorgeschlagen wird, dass die Insolvenzantragspflicht für die Dauer des Moratoriums ausgesetzt sein soll (Art. 7 Abs. 1). Dies birgt die Gefahr des Missbrauchs der Regelung und einer „legalisierten Insolvenzverschleppung“. Der Schuldner erhält gegenüber den Gläubigern, die einen einjährigen Stillstand sowie aufsichtsrechtliche Konsequenzen fürchten müssen, ein unangemessenes Druckmittel (siehe dazu unsere Stellungnahme unter Nr. 3.4).

Ein lang andauerndes Moratorium birgt zudem die Gefahr, dass künftig Sicherheiten nicht mehr nach dem europäischen Bankaufsichtsrecht (siehe unter anderem Art. 194 Abs. 4 CRR) als risikoentlastend anerkannt werden können, da deren Anerkennung voraussetzt, dass das Kreditinstitut das Recht hat, „die als Sicherheit zur Verfügung gestellten Vermögenswerte zeitnah zu liquidieren“.

Wir halten daher ein Moratorium von maximal vier Wochen für angemessen.

Wenn gleichwohl daran festgehalten werden sollte, dass ein Moratorium für eine lange Dauer ermöglicht werden soll, müssen gesicherte Gläubiger – schon wegen der genannten bankaufsichtsrechtlichen Regelungen – von der Wirkung des Moratoriums ausgenommen werden.

3.3.5 Konflikt zwischen Moratorium und bankaufsichtsrechtlichen Vorgaben

Aus Gründen des Bankaufsichtsrechts muss ein Moratorium deutlich kürzer als drei Monate sein, um zu vermeiden, dass die Forderung als Ausfall (default) im Sinne des Bankaufsichtsrechts zu bewerten ist.

Es ist vorgesehen, dass das Moratorium (stay) bis zu vier Monate bzw. nach Verlängerung bis zu zwölf Monate dauern kann (Art. 6 Abs. 4 bis 7). Bereits ein Moratorium von bis zu vier Monaten ist nicht vereinbar mit dem europäischen Bankenaufsichtsrecht. Eine Forderung ist gemäß Art. 178 CRR² als ausgefallen (default) anzusehen, wenn der Schuldner mehr als 90 Tage in Verzug ist. Daher ist schon vor diesem Hintergrund die Dauer des Moratoriums kürzer anzusetzen und darf wegen der genannten

² Kapitaladäquanzverordnung/ Capital Requirement Regulation: Verordnung über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 (EU) Nr. 575/2013 vom 26. Juni 2013.

bankaufsichtsrechtlichen Bestimmungen keinesfalls länger als drei Monate dauern. Wir meinen aber, dass ein Moratorium auf vier Wochen beschränkt sein muss.

3.3.6 Auf „Akkordstörer“ beschränkter Durchsetzungsschutz

Ein Moratorium sollte nicht allgemein, sondern nur zulasten einzelner Gläubiger erlassen werden können. Dabei ist eine unangemessene Benachteiligung dieser Gläubiger zu vermeiden; auch im Falle eines Scheiterns der Restrukturierung und der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens. Wir schlagen eine erweiterte Rückschlagsperre vor.

Eine vorübergehende Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen (Moratorium, stay) sollte nur ermöglicht werden, wenn diese Maßnahmen die Verhandlungen beeinträchtigen und die Aussichten auf eine Restrukturierung des Unternehmens des Schuldners mindern könnten. Die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen darf nur dazu dienen, die Gefährdung des Unternehmens von Akkordstörern und deren Störpotential zu bewahren. Dieser enge Anwendungsbereich muss in der Richtlinie festgeschrieben werden. Geben mehrere Gläubiger durch ihr Verhalten zu erkennen, dass sie nicht bereit sind, auf der Grundlage des vorgelegten Planes zu verhandeln, darf das Gericht ein Moratorium nicht erlassen.

Auch muss die Aussetzung den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit entsprechen und darf nicht einzelne Gläubiger unangemessen benachteiligen.

Die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen dient nicht der allgemeinen Liquiditätsschöpfung. Deshalb kann die Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen nur gegenüber einzelnen Gläubigern beantragt werden.

Da sich die Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen auf einzelne Gläubiger beschränkt, sollte gewährleistet sein, dass dies den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger nicht über Gebühr einschränkt. Wenn der Restrukturierungsversuch scheitert, kann es nach der gegenwärtigen Fassung von Art. 7 Abs. 6 geschehen, dass die Gläubiger, denen die Durchsetzung ihrer Rechte untersagt war, in einer anschließenden Insolvenz ganz oder teilweise leer ausgehen, während die von der Aussetzung nicht betroffenen Gläubiger sich Befriedigung verschaffen konnten. Hier muss in der Richtlinie ein Ausgleich, z.B. durch eine sogenannte erweiterte Rückschlagsperre (nachträgliche Unwirksamkeit von Durchsetzungsmaßnahmen mit Verfahrenseröffnung) oder vereinfachte Anfechtung geschaffen werden.

Auch sollten während des Moratoriums vorbereitende Vollstreckungshandlungen (z.B. Kündigungen und Zustellungen) zulässig bleiben, um einen Zeitverlust nach Beendigung des Moratoriums zu vermeiden (vgl. zu der Streichung von Artikel 7 Absatz 4 auch oben 2.3.2).

Ein umfassendes Moratorium zulasten aller Gläubiger kann ein Restrukturierungsrahmen nicht vorsehen. Ein solches steht – beispielsweise in Deutschland – im Rahmen der bereits existierenden Regelungen des sanierungsfreundlichen Insolvenzverfahrens zur Verfügung. Unternehmen, die einen weitreichenden Vollstreckungsschutz benötigen (und nicht nur Schutz vor einzelnen Akkordstörern) sind insolvenzreif und können keinen Zugang zu einem Restrukturierungsrahmen haben.

Die Voraussetzungen eines Moratoriums sind von einem Gericht zu prüfen.

3.3.7 Aufhebungsgründe nach Artikel 6 Absatz 8

Das Gericht muss die Möglichkeit erhalten, ein Moratorium von Amts wegen aufzuheben. Die Gläubiger sollten die Möglichkeit erhalten, das Restrukturierungsverfahren (und damit auch die Wirkung des Moratoriums) jederzeit zu beenden.

Die in Artikel 6 Absatz 8 vorgesehenen Aufhebungsgründe sind unzureichend. Insbesondere sollte auch vorgesehen werden, dass das Gericht das Moratorium aufheben kann, wenn es die Voraussetzungen für die Anordnung nicht mehr als gegeben ansieht. Diese Aufhebung sollte auch von Amts wegen erfolgen können. Aufgrund der Missbrauchsgefahr sollte auch sichergestellt sein, dass in den Fällen, in denen ein Schuldner zum Beispiel vertraglich vereinbarte Auskünfte an vom Moratorium betroffene Gläubiger nicht erteilt, auf die die Gläubiger einen Anspruch haben, das Gericht das Moratorium aufheben kann.

Darüber hinaus, sollten die Gläubiger in jedem Stadium des Verfahrens die Möglichkeit haben, das Verfahren insgesamt zu beenden (siehe dazu ausführlich unten Nr. 3.5) mit der Folge, dass auch das Moratorium automatisch endet.

3.4 Insolvenzantragspflicht (Art. 7 Abs. 1 bis 3)

Eine Suspendierung der Insolvenzantragspflicht während der Dauer des Moratoriums ist abzulehnen.

Der Richtlinienentwurf sieht in Art. 7 Abs. 1 bis 3 eine Suspendierung der Insolvenzantragspflicht während der Dauer des Moratoriums (stay) vor. Dies ist nicht sachgerecht. Vielmehr sollte auch während des Moratoriums (stay) die Insolvenzantragspflicht des Schuldners bestehen bleiben. Sofern ein Insolvenzgrund vorliegt, sollte dann das Restrukturierungsverfahren in ein ordentliches Insolvenzverfahren übergeleitet werden. Ein anderes Vorgehen würde dem Charakter dieses Verfahrens widersprechen, weil insbesondere das Stadium der drohenden Insolvenz i. S. d. Art. 4 Abs. 1 überschritten wäre.

Ein Insolvenzverfahren und die Pflicht des Schuldners, ein solches zu beantragen, dienen in erster Linie der Wahrung der Rechte der Gläubiger. Würde eine Insolvenzantragspflicht ausgesetzt werden, würde damit den Gläubigern der Schutz ihrer Vermögensinteressen vorenthalten werden. Das ist umso weniger zu rechtfertigen, als der Schuldner abgesehen von Verhandlungen mit seinen Gläubigern – was ebenfalls abzulehnen ist - keine Voraussetzungen für einen Vollstreckungsaufschub erfüllen muss. Er kann weiter uneingeschränkt sein defizitäres Unternehmen – nach dem Vorschlag der EU-Kommission über Monate (vgl. Art. 6 Abs. 4 ff.) – fortführen und kann die spätere Insolvenzmasse zulasten der Gläubiger verkürzen. In einer solchen Situation sollen die Gläubiger noch nicht einmal selber die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens initiieren dürfen (Art. 7 Abs. 2). Dies ist offenkundig nicht sachgerecht.

Auch kann eine Suspendierung der Insolvenzantragspflicht dazu führen, dass ein Restrukturierungsverfahren lediglich missbräuchlich eingeleitet respektive mit dessen Einleitung „gedroht“ wird, um ein ordentliches Insolvenzverfahren zu verschleppen, sei es, um Vermögenswerte der Gesellschaft zu beseitigen, sei es, um Gläubiger zu schädigen.

Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bedeutet nicht, dass das schuldnerische Unternehmen nicht mehr saniert werden könnte, und bedeutet auch nicht, dass ein Restrukturierungsplan (in Form eines Insolvenzplanes) nicht umgesetzt werden könnte. Die Insolvenzantragspflicht würde aber gewährleisten, dass ein Gericht und (regelmäßig) ein Insolvenzverwalter die Wahrung der Rechte aller Gläubiger – und nicht nur der von dem Restrukturierungsplan betroffenen Gläubiger – sicherstellen. Auf diesen Schutz muss nicht verzichtet werden, um eine Sanierung des schuldnerischen Unternehmens zu fördern. Die Sicherstellung des Schutzes erhöht allerdings das Vertrauen der Gläubiger in die Sanierungsbemühungen.

Schließlich dürfte auch ein Anreiz für den Schuldner damit verbunden sein, sein Unternehmen schnell und umfassend zu sanieren, wenn er das viel beschworene „Stigma der Insolvenz“ vermeiden will.

3.5 Beendigung des Verfahrens auf Initiative der Gläubiger

Eine Mehrheit der vom Restrukturierungsplan betroffenen Gläubiger muss die Möglichkeit haben, eine Beendigung des Restrukturierungsverfahrens zu bewirken.

Das vorinsolvenzliche Restrukturierungsverfahren dient dazu, das schuldnerische Unternehmen noch vor Eintritt einer Insolvenz zu restrukturieren und dabei die gemeinsamen Interessen des Schuldners und der Mehrheit der Gläubiger zu wahren. Hierzu wird ihnen die Möglichkeit gegeben, einzelne Gläubiger daran zu hindern, die Verhandlungen über den Plan oder die Umsetzung des Planes zu stören. Wenn aber eine Mehrheit der vom Restrukturierungsplan betroffenen Gläubiger (Anzahl oder Summenmehrheit) kein Interesse an dem Verfahren hat, z. B. weil sie nicht von einem Erfolg der Restrukturierung ausgeht, erscheint die Durchführung des Verfahrens weder sinnvoll noch sind Eingriffe in Gläubigerrecht gerechtfertigt. Es sollte daher vorgesehen werden, dass das Verfahren auch auf Initiative der Gläubiger jederzeit beendet werden kann, wenn eine einfache Mehrheit der Gläubiger sich gegen die Fortsetzung des Verfahrens ausspricht.

4 Restrukturierungspläne

4.1 Annahme und Bestätigung des Restrukturierungsplanes

4.1.1 Ausdrückliche Ablehnung durch Gläubiger (Art. 10 Abs. 1 lit. a)

Eine unterbleibende Äußerung eines Gläubigers zum Restrukturierungsplan darf nicht als Zustimmung gewertet werden.

Grundsätzlich bedürfen Restrukturierungspläne nach dem vorliegenden Vorschlag keiner gerichtlichen Bestätigung. Eine gerichtliche Bestätigung soll unter anderem vorgesehen werden, wenn der Restrukturierungsplan auch die Interessen von Gläubigern betrifft, die den Plan abgelehnt haben (Art. 10 Abs. 1 lit. a). Es scheint also offenbar erforderlich zu sein, dass ein Gläubiger ausdrücklich dem Plan widerspricht.

Angesichts des Umstandes, dass es sich um ein außergerichtliches Verfahren handelt, dessen Einleitung und Durchführung an keinerlei von einem Gericht oder einer Behörde zu prüfenden Voraussetzungen gebunden ist, erscheint es nicht angemessen, eine fehlende Äußerung eines Gläubigers als Zustimmung zu werten. Vielmehr sollte es erforderlich sein, dass ein Plan die Gläubiger nur dann bindet, wenn alle Gläubiger ausdrücklich zugestimmt haben. In Art. 10 Abs. 1 lit. a sollte es daher anstelle von „ablehnender betroffener Parteien“ („dissenting affected parties“) heißen „nicht zustimmender betroffener Parteien“ („not consenting affected parties“).

4.1.2 Abstimmungsmehrheit bei gerichtlicher Bestätigung (Art. 9 Abs. 4, 5)

Die Summenmehrheit gem. Art. 9 Absatz 4 muss mindestens 90 Prozent betragen.

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass ein Restrukturierungsplan vom Gericht dann bestätigt und für alle Gläubiger verbindlich werden kann, wenn unter anderem bestimmte Abstimmungsmehrheiten gegeben sind. Für die Annahme des Restrukturierungsplanes muss eine Summenmehrheit (bezogen auf den Betrag der Ansprüche oder Beteiligungen) in jeder Gläubigerklasse und ggf. der Klasse der

Anteilseigner erreicht werden. Dafür soll eine einfache Mehrheit (mehr als die Hälfte) genügen (Art. 9 Abs. 4 Satz 1). Nach Art. 9 Abs. 4 Satz 2 können die Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung die für die Annahme erforderlichen Mehrheiten festsetzen, allerdings von höchstens 75 %.

Diese Anforderungen an die Mehrheitsverhältnisse sind nicht akzeptabel.

Die Kommission selbst führt aus, dass das Abstimmungsverhalten der Gläubiger auch ein Votum darüber ist, ob das schuldnerische Unternehmen überlebensfähig ist (Erwägungsgrund 17). Nur wenn eine große Mehrheit (also mindestens 90%) dem Sanierungsplan zustimmt, hat dieser eine für eine Sanierung ausreichende Gläubigerunterstützung. Zu berücksichtigen ist insoweit auch, dass solange die Insolvenz nur wahrscheinlich, aber noch nicht eingetreten ist, noch höhere Anforderungen gelten müssen, um Einschnitte in Rechte und Vermögenswerte von Gläubigern zu rechtfertigen, die diesen Einschnitten nicht freiwillig zustimmen.

Auch der sogenannte „best interest of creditor test“ (Art. 10 Abs. 2 lit. b; Art. 2 Nr. 9) ersetzt die hohen Anforderungen an die Abstimmungsmehrheiten nicht. Während dieser Test in einem Insolvenzplanverfahren geeignet ist, den Schutz der nichtzustimmenden Gläubiger zu gewährleisten, reicht alleine dieser Test bei dem hier vorgestellten präventiven Restrukturierungsverfahren nicht aus. Anders als bei Insolvenzplänen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht bei einem Restrukturierungsplan in einem präventiven Restrukturierungsrahmenwerk nämlich noch keinesfalls fest, dass die Rechte der Gläubiger überhaupt (in einem späteren Insolvenzverfahren) beschnitten werden. Erst die hier in Rede stehenden Abstimmungsmehrheiten eröffnen die Möglichkeit, auch die Rechte der nicht zustimmenden Gläubiger zu beschneiden.

Die Summenmehrheit gem. Art. 9 Absatz 4 muss mindestens 90 Prozent (und nicht nur mindestens 50 Prozent und höchstens 75 Prozent) betragen. Jedenfalls darf den Mitgliedstaaten nicht verwehrt werden, solche höheren Anforderungen an die Abstimmungsmehrheiten zu stellen.

4.1.3 Cross-Class Cram-Down (Art. 11)

Ein Cross-Class Cram-Down ist abzulehnen.

Der Vorschlag der EU-Kommission sieht vor, dass das Gericht unter bestimmten Umständen die fehlende Zustimmung von Gläubigergruppen ersetzen kann (Cross-Class Cram-Down). Die Regelung eines Cross-Class Cram-Down ist - in einem vorinsolvenzlichen Verfahren - insgesamt abzulehnen. Der mit dieser Regelung verbundene erhebliche Eingriff in die Rechte der Gläubiger ist nicht zu rechtfertigen. Außerdem wird das Verfahren zur Bestätigung des Restrukturierungsplanes (Art. 10) marginalisiert: Sobald die Zustimmung der Gläubiger in nur einer Gläubigergruppe erreicht ist, muss der Schuldner nicht mehr das Verfahren zur Bestätigung des Restrukturierungsplanes durchführen.

Eine Ausnahme sollte lediglich hinsichtlich der Gruppe der Gesellschafter sowie ggf. hinsichtlich der Gruppe der gesellschafterähnlichen Gläubiger (gesellschafterähnliche Stellung beispielsweise wegen eines Rangrücktritts oder wegen weitgehender Mitspracherechte, z. B. Mezzanine-Gläubiger) vorgesehen werden. Nur diese Gruppen sollten ggf. überstimmt werden können. Sie stehen dem schuldnerischen Unternehmen besonders nahe und profitieren in besonderer Weise von dem wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens nach einer erfolgreichen Sanierung. Es wäre anzunehmen, dass ein übergeordnetes Interesse besteht, eine Sanierung auch gegen den Willen dieser Gläubigergruppen auf der Grundlage eines vom schuldnerischen Unternehmen selbst vorgeschlagenen Planes zu sanieren, wenn alle anderen Gläubigergruppen zugestimmt haben und bereit sind, einen Beitrag zur Sanierung zu leisten.

Sofern aber gleichwohl eine weitgehende Cross-Class Cram-Down-Regelung mit der Richtlinie eingeführt werden sollte, müssten dann die gesicherten Gläubiger von der Möglichkeit des Cross-Class Cram-Down

oder von der Geltung des Restrukturierungsplans ausgenommen werden. Denn dies würde eine auch mit Bankaufsichtsrecht nicht zu vereinbarende Entwertung ihrer Kreditsicherheiten bedeuten.

4.1.4 Bewertung (Art. 13)

Maßstab für die Bewertung der Gläubigerinteressen sollte der Fortführungswert, nicht aber wie im Richtlinienvorschlag vorgesehen, der Zerschlagungswert sein.

Die im aktuellen Entwurf vorgesehene Bemessung des Gläubigerinteresses am Maßstab des Zerschlagungswerts ist unangemessen. Maßstab für die Bewertung der Gläubigerinteressen sollte generell der Fortführungswert unter besonderer Berücksichtigung von Sicherheiten sein, nicht aber wie nun – nach dem sogenannten „best interest of creditors test“ gemäß Art. 2 Abs. 9 – der Zerschlagungswert.

Die Bewertung für betroffene Gesellschafter bezieht sich auf den Fortführungswert des Unternehmens, wohingegen der „best interest of creditors test“ gemäß Art. 2 Abs. 9, der der Maßstab für die betroffenen Gläubiger ist, auf einer Zerschlagung des Unternehmens basiert. Diese Bezugnahme ist sehr ungünstig für die betroffenen Gläubiger. Denn sie birgt das Risiko, dass das Unternehmen im Rahmen des präventiven Restrukturierungsverfahrens zugunsten der Gesellschafter, aber zum Nachteil der Gläubiger restrukturiert wird. Da das Verfahren eingeleitet werden kann, bevor der Schuldner insolvent ist, ist zu vermuten, dass jeder vorgelegte Plan eine günstigere Befriedigungsquote vorsieht, als eine Quote in einem Insolvenzverfahren wäre, und dass damit die Anforderungen des „best interest of creditors test“ wohl so gut wie immer erfüllt sein dürften. Der Test gewährleistet aber nicht einen ausgewogenen Vergleich, da er nicht berücksichtigt, dass der Gläubiger rechtlich die Möglichkeit gehabt hätte, aus seiner Forderung frühzeitig vorinsolvenzlich zu vollstrecken. Dieser Umstand wird nicht die Akzeptanz der präventiven Restrukturierungsverfahren bei Gläubigern fördern. Wenn die Befriedigungsquote der Kreditinstitute abnehmen sollte aufgrund eines unausgewogenen „best interest of creditors test“, müssten die Ausfallberechnungen der Kreditinstitute entsprechend angepasst werden, was weiteren Druck auf die regulatorischen Eigenkapitalvorgaben für EU-Banken und Folgeeffekte für die Finanzierung neuer Unternehmen mit sich brächte.

Daher ist aus Sicht der Deutschen Kreditwirtschaft erforderlich, den „best interest of creditors test“ gemäß Art. 2 Abs. 9 zu überarbeiten. Nach dem Richtlinienentwurf legt der Test den Zerschlagungswert – egal ob Zerschlagung oder Verkauf des Unternehmens als Ganzes – zugrunde. Er sollte stattdessen den Wert als Vergleichsmaßstab heranziehen, den der Gläubiger erzielt hätte, wenn er so früh wie möglich vollstreckt und Sicherheiten verwertet hätte.

4.2 Schutz von Sanierungskrediten (Art. 16)

In Art. 16 Abs. 1 Satz 2 sollte eine Privilegierung auch dann ausgeschlossen werden, wenn sich der Darlehensgeber nicht zuvor davon überzeugt hat, dass die Darlehensvergabe als Bestandteil eines Restrukturierungsplanes voraussichtlich zur Sanierung des Unternehmens führen wird. Gleiche Voraussetzungen sollten für die Möglichkeit, Darlehensgebern das Recht zu einer bevorzugten Befriedigung in einem nachfolgenden Insolvenzverfahren einzuräumen (Art. 16 Abs. 2), gelten. Dabei sollte die Privilegierung von Sanierungskrediten auf externe Darlehensgeber beschränkt werden.

Der Richtlinienvorschlag sieht einen besonderen Schutz von Sanierungskrediten in einem möglicherweise folgenden Insolvenzverfahren vor. Mitgliedstaaten müssen nach diesem Vorschlag die Refinanzierung des Unternehmens angemessen fördern und schützen.

(Darlehens-) Verträge über neue Finanzmittel für das Unternehmen dürfen nur dann in einem folgenden Insolvenzverfahren für unwirksam oder nicht durchsetzbar erklärt werden, wenn sie in betrügerischer

Absicht oder bösgläubig geschlossen worden sind (Art. 16 Abs. 1 Satz 2). Nach unserem Verständnis entspricht diese Grundregel der geltenden Rechtslage in Deutschland. Die Finanzierung eines Unternehmens in der Krise wird danach als bösgläubig im Sinne einer Benachteiligung anderer Gläubiger angesehen, wenn der Kreditgeber sich vorher nicht von den Erfolgsaussichten des Restrukturierungsplanes überzeugt hat und auf nachvollziehbare Weise zu dem Ergebnis gekommen ist, dass eine Sanierung des Unternehmens durch die Umsetzung des Planes wahrscheinlich ist. Wir schlagen jedoch eine Klarstellung dieser Regelung vor.

Es muss verhindert werden, dass Darlehensgeber in der Krise eines Unternehmens nur deswegen ein Darlehen geben, weil sie in einem späteren Insolvenzverfahren gegenüber den anderen Gläubigern privilegiert werden. Im Sinne der EU-Kommission sollten Mitgliedstaaten hingegen die Vergabe von Sanierungskrediten fördern, wenn diese neue Finanzierung zur Sanierung des Unternehmens beiträgt. Um dieses Ziel klarer zum Ausdruck zu bringen, sollte in Art. 16 Abs. 1 Satz 2 eine Privilegierung nicht nur allgemein bei Betrugsabsicht oder Bösgläubigkeit, sondern auch ausdrücklich dann ausgeschlossen werden, wenn der Darlehensgeber sich nicht zuvor davon überzeugt hat, dass die Darlehensvergabe als Bestandteil eines Restrukturierungsplanes voraussichtlich zur Sanierung des Unternehmens führen wird.

Gleiche Voraussetzungen sollten für die Möglichkeit, Darlehensgebern (grantor of new or interim financing) ein Recht zu einer bevorzugten Befriedigung in einem nachfolgenden Insolvenzverfahren zu gewähren (Art. 16 Abs. 2), gelten.

Dabei sollte nach Auffassung der Deutschen Kreditwirtschaft die Privilegierung von Sanierungskrediten auf externe Darlehensgeber beschränkt werden. Wenn Gesellschafter in dieser Phase Kredite geben, sollten dafür die allgemeinen Regeln für Gesellschafterdarlehen gelten. Es ist nicht gerechtfertigt, Gesellschafter zu bevorzugen, die sich entschließen, statt Eigenkapital Kredit zu geben.

Schließlich ist sicherzustellen, dass die Privilegierung von Sanierungskrediten nicht zulasten gesicherter Altgläubiger geht, zumal hierdurch die Deckungsstockfähigkeit bei Grundschuldssicherung gefährdet werden könnte.

4.3 Schutz von Kosten der Restrukturierung und Restrukturierungsberatung (Art. 17)

Die Privilegierung von Beratungshonoraren ist abzulehnen.

Wir erkennen an, dass nicht jegliche Zahlungen im Zusammenhang mit der Restrukturierung von der Regelung in Artikel 17 geschützt werden sollen und der Vorzug insbesondere nur für von einem Gericht bestätigten Pläne (Abs. 1) und auch nur für angemessene Zahlungen (Abs. 2 lit. a) gelten sollen. Gleichwohl ist ein derart umfassender Schutz von Beratungshonoraren abzulehnen. Vielmehr sollten die Beratungshonorare und andere Transaktionen zur Förderung der Verhandlungen über den Restrukturierungsplan behandelt werden wie jede andere Forderung von Gläubigern auch. Es ist auch abzulehnen, dass diejenigen, die Beratungsdienstleistungen erbringen, bessergestellt werden sowohl als diejenigen, die neue Darlehen für die Sanierung des Unternehmens zur Verfügung stellen, als auch als diejenigen, die bereits Gläubiger des schuldnerischen Unternehmens sind. Schließlich ist es kontraproduktiv, die Privilegierung nur im Falle von gerichtlich bestätigten Plänen zu gewähren, weil das einen Fehlanreiz für Berater setzt, stets eine gerichtliche Bestätigung anzustreben. Das würde dem Ziel der EU-Kommission zuwiderlaufen, ein Verfahren mit möglichst geringer Beteiligung von Gerichten zu schaffen.

5 Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens (Discharge Period) (Art. 19, 20)

Die kurze Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens ist abzulehnen. Denkbar wäre es allenfalls, eine Verkürzung auf drei Jahre zu gewähren, wenn der Schuldner eine ausreichende Quote erbringt. In der Richtlinie sollte überdies keine Höchst-, sondern eine Mindestdauer für Restschuldbefreiungsverfahren (von mindestens drei Jahren) vorgegeben werden.

Der Richtlinienentwurf sieht in Art. 20 vor, dass innerhalb von maximal drei Jahren automatisch eine Restschuldbefreiung eintritt. Dabei sind keinerlei Vorgaben, wie beispielsweise eine quotale Befriedigung der Gläubiger, zu erfüllen (Art. 20 Abs. 1).

Diese kurze Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens ist abzulehnen. Sie schafft keinerlei Anreize für eine Befriedigung der Gläubiger. Die Erfahrungen in Deutschland haben gezeigt, dass Schuldner oftmals erst nach drei Jahren wieder in der Lage sind, jedenfalls teilweise Beiträge zur Rückführung der Insolvenzforderungen zu leisten. Eine bedingungslose kurze Entschuldungsfrist (von maximal drei Jahren) würde folglich dazu führen, dass Gläubiger mit einer deutlich schlechteren oder gar keiner Quote zu rechnen hätten.

Ziel eines Insolvenzverfahrens und eines Restschuldbefreiungsverfahrens ist die gleichmäßige, aber auch möglichst hohe Befriedigung der Gläubiger einerseits und die vollständige Befreiung des Schuldners von seinen Verbindlichkeiten andererseits. Beide Ziele müssen in Einklang gebracht werden. Dem Interesse des Schuldners an einer möglichst schnellen Restschuldbefreiung steht das Interesse der Gläubiger an einer möglichst hohen Befriedigungsquote gegenüber. Während der Schuldner nämlich nach Erteilung der Restschuldbefreiung schuldenfrei ist, müssen die Gläubiger den ihnen durch die Restschuldbefreiung (wirtschaftlich und rechtlich) entstandenen Schaden tragen.

Eine kurze Entschuldungsfrist von drei Jahren ist daher davon abhängig zu machen, dass der Schuldner nicht nur unerheblich zur Begrenzung des Schadens seiner Gläubiger beiträgt. Denkbar wäre es insofern nach deutschem Vorbild eine Verkürzung auf drei Jahre zu gewähren, wenn der Schuldner in der Lage ist, zumindest 35 % der Verbindlichkeiten zu begleichen.

Ferner sieht der Richtlinienentwurf keine Untergrenze für die Dauer des Restschuldbefreiungsverfahrens vor. Um innerhalb der Europäischen Union ein Level Playing Field sicherzustellen und den auch von der EU-Kommission beklagten (vgl. Erwägungsgrund 4) „Insolvenztourismus“ einzudämmen, sollte in der Richtlinie keine Höchst-, sondern eine Mindestdauer für Restschuldbefreiungsverfahren (von mindestens drei Jahren) vorgegeben werden.

6 Kein Wechsel des COMI während eines Restrukturierungsverfahrens

Die Richtlinie sollte dahingehend ergänzt werden, dass der Schuldner den Mittelpunkt seiner hauptsächlichsten Interessen (Centre of Main Interest, COMI) i. S. d. Art. 3 EuInsVO solange nicht verändern darf, wie ein Restrukturierungsverfahren andauert. Die Akzeptanz vorbeugender Restrukturierungsverfahren bei Gläubigern würde erheblich leiden, wenn Schuldner die Möglichkeit hätten, Restrukturierungsverfahren zu missbrauchen, um Zeit zu „schinden“, indem sie ihren COMI in eine andere Jurisdiktion verlegen.