

06.17

KSI

Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

Wirtschaft Recht Steuern

13. Jahrgang
November/Dezember 2017
Seiten 241–288

www.KSIdigital.de

Herausgeber:

Peter Depré, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

Dr. Lutz Mackebrandt, Unternehmensberater

Gerald Schwamberger, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

Herausgeberbeirat:

Prof. Dr. Markus W. Exler, Fachhochschule Kufstein

Prof. Dr. Paul J. Groß, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth, Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

Dr. Harald Krehl, Senior Advisor, Wendelstein

Prof. Dr. Jens Leker, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Andreas Pinkwart, HHL Leipzig Graduate School of Management

Prof. Dr. Florian Stapper, Rechtsanwalt, Stapper Insolvenz- und Zwangsverwaltung, Leipzig

Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Richter a.D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

Prof. Dr. Henning Werner, Dekan der Fakultät für Wirtschaft, SRH Hochschule Heidelberg

Strategien Analysen Empfehlungen

Der präventive Restrukturierungsrahmen als Äquivalent zum Schutzschirmverfahren [Burkhard Jung/Dr. Fabian Meißner/Dr. Thomas Rep, 245]

Kompetenzbewertung in der Sanierungspraxis [Bernhard Maatz/Prof. Dr. Ralf Neuhaus, 251]

Risikomanagementsysteme aus ökonomischer und juristischer Sicht [Philipp Hoffmann, 258]

Beschränkt haftende Gesellschaft – unbeschränkt haftende Dritte? [Prof. Dr. Florian Stapper/Dr. Benjamin Böhme, 263]

Gesetzliche Neuregelungen zum Sanierungsgewinn [Prof. Dr. Sylvia Bös/Dr. Andreas Schwarz, 268]

Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Private Equity für mittelständische Unternehmen in der Krise [Prof. Dr. Markus W. Exler/Alexander Hilger/Giuseppe Sorrentino, 272]

Präventiver Restrukturierungsrahmen: Was gibt es Neues? [Kolja von Bismarck/Dr. Ulla Reisch, 277]

Beilage

Jahresinhaltsverzeichnis 2017

Der präventive Restrukturierungsrahmen als Äquivalent zum Schutzschirmverfahren

Wesentliche Unterschiede der Verfahrensarten und praktische Anwendungsmöglichkeiten

Burkhard Jung, Dr. Fabian Meißner und Dr. Thomas Rep*

Ist das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren ein sinnvolles Äquivalent des Schutzschirmverfahrens und wann wäre es geboten, diese Verfahrensarten anzuwenden? Die Beantwortung dieser Fragen ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen. Hierfür werden zunächst die Unterschiede zwischen beiden Verfahren in Bezug auf die wesentlichen Identitätsmerkmale herausgearbeitet, um nachfolgend auf der Basis der Abweichungen in den Regelungsbereichen die richtige Verfahrensart für ein zu sanierendes Unternehmen definieren zu können.

1. Einleitung

Am 22. 11. 2016 hat die EU-Kommission einen Richtlinienentwurf¹ für präventive Restrukturierungsrahmen und damit für Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz (nachfolgend kurz vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren genannt) sowie Mindestvorschriften für die Sanierung überschuldeter Unternehmer „als zweite Chance“ vorgelegt². Konkret wird das Ziel verfolgt, das Insolvenzrecht umfassend zu harmonisieren, um Rechtssicherheit im Sinne konvergenterer Insolvenz- und Restrukturierungsverfahren zu schaffen und zugleich die wesentlichen Hindernisse für einen grenzüberschreitenden Kapitalverkehr zu beseitigen, die aus unterschiedlichen Restrukturierungs- und Insolvenzrahmen der einzelnen Mitgliedstaaten resultieren³.

Nach einer durch die Heidelberger gemeinnützige Gesellschaft für Unternehmensstrukturierung (HgGUR) in Zusammenarbeit mit Roland Berger im Sommer 2016 erstellten Studie zum Thema „ESUG und vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren“⁴ wird von

den befragten Insolvenzrechtsexperten die Forderung erhoben, mit einem derartigen Verfahren das bisher vorhandene Sanierungsinstrumentarium effektiv zu verstärken. Dabei waren die Befragten der Meinung, dass das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren eine höhere öffentliche Akzeptanz als das ESUG⁵ genießen wird.

Dieser Forderung folgend stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren als sinnvolles Äquivalent zum Schutzschirmverfahren dienen kann, wobei bei deren Prüfung von den Verfassern angestrebt wird, beiden Verfahrensarten eine Berechtigung zuzuweisen, die sie gleichrangig nebeneinander stellt. Es gilt kein „entweder oder“, sondern vielmehr ein „sowohl als auch“. Demgemäß ist es geboten, die wesentlichen Identitätsmerkmale des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens herauszuarbeiten und die Gemeinsamkeiten bzw. die Unterschiede zum Schutzschirmverfahren zu ermitteln, denn nur in den Regelungsbereichen, die voneinander abweichen, lässt sich für ein zu sanierendes Unternehmen die richtige Verfahrensart determinieren.

2. Gegenüberstellung der wesentlichen Verfahrenscharakteristika

2.1 Merkmale im Überblick

Zur Klärung der Frage, ob das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren die bestehenden Sanierungsmöglichkeiten effektiv verstärkt und welche Verfahrensart für welches Unternehmen im Rahmen einer Sanierung Anwendung finden sollte, bedarf es zunächst eines kurzen Eingehens auf die Ausgestaltung der wesensprägenden Merkmale des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens. Als solche Merkmale werden nachfolgend

* Burkhard Jung ist Vorsitzender des BDU-Fachverbands Sanierungs- und Insolvenzberatung und Geschäftsführer der hww Unternehmensberater GmbH in Berlin; Dr. Fabian Meißner und Dr. Thomas Rep sind dort als Berater bzw. Projektleiter tätig.

1 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION (2016): COM(2016) 723 final 2016/0359(COD), online verfügbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52016PC0723>, Zugriff am 16. 5. 2017.

2 Über die im Herbst 2017 vorgelegten Änderungsvorschläge des EU-Parlaments wurde anlässlich des 6. Internationalen Symposiums Restrukturierung am 6. 10. 2017 in Kufstein ausführlich berichtet, vgl. dazu nähere Informationen in diesem Heft auf S. 277.

3 Zur Vorberichterstattung über die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens vgl. u. a. Schluck-Amend in KSI 2017 S. 53 ff. und Siemon in KSI 2016 S. 250 ff.

4 Bizenberger u. a., ESUG-Studie 2016, online verfügbar unter www.rolandberger.com/publications/publication_pdf/roland_berger_esug_studie_2016_final_.pdf, Zugriff am 16. 5. 2017.

5 ESUG, Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, BGBl. I 2011 S. 2582, 2800.

Der Begriff der drohenden Insolvenz als Zugangsvoraussetzung zum vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren lässt Spielraum für Interpretationen.

- (1) Zugangsvoraussetzungen,
- (2) Eigenverwaltung,
- (3) Moratorium,
- (4) Restrukturierungsplan,
- (5) Schutz für neue Finanzierungen und
- (6) Pflichten der Unternehmensleitung

unterschieden (vgl. Abb. 1). Zudem wird ein Vergleich mit den entsprechenden Regelungen des Schutzschirmverfahrens angestellt, um insbesondere die Divergenzen der beiden Verfahrensarten herauszuarbeiten⁶.

2.2 Vergleichende Einzelanalyse

2.2.1 Zugangsvoraussetzungen

(1) **Vorinsolvenzl. Verfahren:** Bei drohender Insolvenz wird dem Schuldner Zugang zu einem präventiven Restrukturierungsverfahren gewährt, das geeignet ist, das Unternehmen zu restrukturieren und eine Insolvenz abzuwenden. Die Beteiligung einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde bleibt auf die Fälle beschränkt, in denen dies mit Blick auf die Rechte der betroffenen Parteien erforderlich und angemessen ist (Art. 4).

(2) **Schutzschirm:** Die Zugangsvoraussetzungen zum Schutzschirmverfahren sind in § 270b InsO geregelt, wonach der Schuldner entweder drohend zahlungsunfähig i. S. des § 18 InsO oder überschuldet i. S. des § 19 InsO sein muss, um einen Eröffnungsantrag stellen zu können. Es darf jedoch keine Zahlungsunfähigkeit i. S. des § 17 InsO vorliegen

und die angestrebte Sanierung darf nicht offensichtlich aussichtslos sein. Das Schutzschirmverfahren ist ein Gerichtsverfahren, für das ein Insolvenzgericht zuständig ist.

(3) **Vergleich:** Der Begriff der drohenden Insolvenz als Zugangsvoraussetzung zum vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren ist unbestimmt und lässt Spielraum für Interpretationen. Im Gegensatz dazu sind die Regelungen zum Schutzschirmverfahren eindeutig. Insofern dürfte es sachdienlich sein, die drohende Insolvenz inhaltlich mit den Bedingungen für eine drohende Zahlungsunfähigkeit gleichzusetzen. Unter der Voraussetzung, dass noch keine Insolvenzantrag-auslösende materielle Insolvenzreife vorliegt, könnte mit dieser Gleichsetzung betroffenen Unternehmen mehr (Rechts-)Sicherheit bei der Wahl der gewünschten Verfahrensart gegeben werden.

2.2.2 Eigenverwaltung

(1) **Vorinsolvenzl. Verfahren:** Dem Schuldner wird zugesichert, im Rahmen eines präventiven Restrukturierungsverfahrens ganz oder zumindest teilweise die Kontrolle über sein Unternehmen nebst Vermögenswerten zu behalten. Die Bestellung eines sog. Restrukturierungsverwalters ist nicht zwingend, kann aber unter bestimmten Voraussetzungen vorgeschrieben werden (Art. 5).

(2) **Schutzschirm:** Im Schutzschirmverfahren greifen die Regelungen des § 270 i. V. mit § 270a InsO, wonach das Gericht im Eröffnungsverfahren davon absieht, dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen. Statt eines vorläufigen Insolvenzverwalters wird ein vorläufiger Sachwalter bestimmt.

⁶ Die Verfasser weisen darauf hin, dass bei der vergleichenden Darstellung der Titel II der Richtlinie akzentuiert wird, in dem ein präventiver Restrukturierungsrahmen zur Insolvenzabwendung dargestellt wird. Die Verfasser weisen weiter darauf hin, dass unterstellt wird, dass ein Schutzschirmverfahren einen Insolvenzplan bedingt.

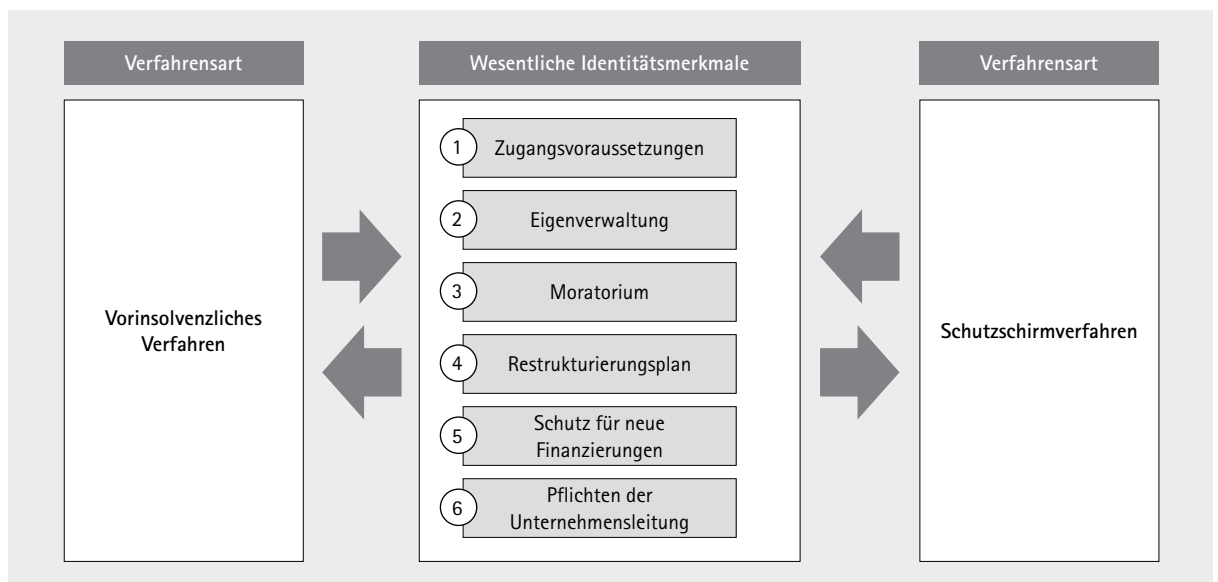


Abb. 1: Identitätsmerkmale der Verfahrensarten

(3) Vergleich: In beiden Verfahrensarten wird die Verwaltungs- und Verfügungsmacht beim Schuldner belassen. Im Gegensatz zum Schutzschirmverfahren ist beim vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren die Bestellung eines sog. Restrukturierungsverwalters an Voraussetzungen geknüpft.

2.2.3 Moratorium

(1) Vorinsolvenzl. Verfahren: Dem Schuldner, der einen Restrukturierungsplan mit seinen Gläubigern aushandelt, wird ermöglicht, während der Verhandlungen die Anordnung einer 4-monatigen, maximal 12-monatigen, Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen zu beantragen⁷. Diese erfasst alle Arten von Gläubigern (inkl. gesicherter und bevorrechtigter Gläubiger) mit Ausnahme von Arbeitnehmern. Die Aussetzung kann zum Schutz einzelner Gläubiger oder einer einzigen Gläubigerklasse von der zuständigen Justiz- oder Verwaltungsbehörde ganz oder teilweise aufgehoben bzw. versagt werden. Eine gewährte Aussetzung entbindet den Schuldner von einer national bestehenden Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung und verhindert die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf Gläubigerantrag, selbst im Fall eintretender Illiquidität des Schuldners. Von der Aussetzung betroffenen Gläubigern wird während des Moratoriums in Bezug auf vor der Aussetzung entstandener Schulden untersagt, weder vertraglich zu erfüllende Leistungen zu verweigern noch Verträge zu kündigen, vorzeitig fällig zu stellen oder zum Nachteil des Schuldners abzuändern. Selbst wenn die Aussetzung ohne eine Einigung über einen Restrukturierungsplan endet, besteht für den Schuldner keine Pflicht zur Insolvenzantragstellung, es sei denn, das nationale Recht zwingt ihn dazu (Art. 6 und 7).

(2) Schutzschirm: Im Schutzschirmverfahren kann auf Antrag des Schuldners i. S. des § 21 InsO gerichtsseitig der Beschluss gefasst werden, dass Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner untersagt oder einstweilen einzustellen sind. Der in der Insolvenzordnung immanent verankerte Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz (§ 1 InsO) kommt u. a. dadurch zum Ausdruck, dass vor Insolvenzantragstellung entstandene Verbindlichkeiten nicht mehr getilgt werden dürfen und insoweit auch keinerlei

Zwang gegen den Schuldner ausgeübt werden darf. Verbindlichkeiten, die im Rahmen des eigentlichen Schutzschirmverfahrens begründet werden, sind Masseverbindlichkeiten i. S. des § 55 InsO und haben eine besondere Wertigkeit.

(3) Vergleich: Im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren können gezielt einzelne Durchsetzungsmaßnahmen ausgesetzt werden. Im Schutzschirmverfahren hingegen greift der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, der eine selektive Aussetzung ausschließt. Sowohl in der Phase der Restrukturierungsverhandlungen im Rahmen der vorinsolvenzlichen Sanierung als auch im Schutzschirmverfahren sollen neu begründete Verbindlichkeiten zum Ausgleich gebracht werden und genießen somit besonderen Schutz.

2.2.4 Restrukturierungsplan

(1) Vorinsolvenzl. Verfahren: Sofern ein Restrukturierungsplan gem. Art. 4 bei einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde zur Bestätigung vorgelegt wird, muss der Plan ein Mindestmaß an detaillierten Informationen enthalten (Art. 8). Die Gläubiger und ggf. Anteilseigner haben das Recht, über die Annahme des Plans abzustimmen, wobei die betroffenen Parteien in unterschiedlichen, aber homogenen Klassen zusammengefasst werden. Wenn bei Gericht ein Antrag auf Bestätigung des Restrukturierungsplans gestellt worden ist, wird die Klassenbildung behördlich überprüft. Der Plan gilt dann als angenommen, wenn bezogen auf den Betrag ihrer Ansprüche oder Beteiligung in jeder Klasse eine Mehrheit erreicht wird, die variabel festgelegt werden kann, 75% aber nicht überschreiten darf (Art. 9). Wird die erforderliche Mehrheit nicht erreicht, besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, eine Planbestätigung durch einen „klassenübergreifenden Cram-down“ durchzusetzen, was selbst für den Fall gilt, dass die Restrukturierung des Unternehmens und eine damit einhergehende Rentabilitätswiederherstellung durch Anteilseigner grundlos verhindert werden sollte (Art. 11, 12). Restrukturierungspläne, die von Parteien abgelehnt werden, weil sie ihren Interessen widersprechen, können nur dann Verbindlichkeit erlangen, wenn sie von einer Justiz- und Verwaltungsbehörde bestätigt werden. Diese Bestätigung erfolgt nur unter bestimmten Voraussetzungen, wobei der Restrukturierungsplan den Gläubigerinteressen gerecht werden muss (Art. 10). Ein behördlich bestätigter Restrukturierungsplan wird (nur) für die Gläubiger verbindlich, die an dessen Annahme beteiligt waren. Gegen den Bestätigungsbeschluss sind Rechtsbehelfe möglich, die aber im Hinblick auf die Planausführung keine aufschiebende Wirkung haben (Art. 14, 15).

(2) Schutzschirm: Für das Schutzschirmverfahren sind die Regelungen zum Insolvenzplan einschlägig (§§ 217–269 InsO).

(3) Vergleich: Der Restrukturierungsplan im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren und der Insolvenzplan im Schutzschirmverfahren sind in Bezug auf ihre inhaltliche Ausgestaltung weitestgehend vergleichbar. Das Obstruktionsverbot i. S. d. § 245 InsO entspricht in etwa dem Primat des Gläubigerschutzinteresses, wonach kein den Plan ablehnender Gläubiger schlechter gestellt werden darf als er ohne Plan oder im Fall einer Liquidation stünde. Ein wesentlicher

⁷ Diskutiert werden neuerdings kürzere Zeiträume, vgl. S. 277 in diesem Heft.

Mit den Maßnahmen beider Verfahrensarten wird die gleiche Intention verfolgt, nämlich eine angemessene Beachtung der Interessen aller Verfahrensbeteiligter innerhalb und außerhalb einer Insolvenz.

Unterschied ist jedoch die Gruppen- oder Klassenbildung. Der Insolvenzplan trifft grundsätzlich eine Regelung für die Gläubigersamtheit, wohingegen der Restrukturierungsplan auf einzelne Gläubiger(-Gruppen) beschränkt werden kann. Ein weiterer Unterschied besteht beim Abstimmungsverhalten zur Planannahme. Beim Restrukturierungsplan ist die Summenmehrheit der jeweiligen Gläubigerklassen ausreichend, allerdings unter Berücksichtigung einer quotalen Vorgabe. Beim Insolvenzplan ist dagegen für die Planannahme – ohne Vorgabe einer gesetzlichen Mindestquote – die Kopf- und Summenmehrheit notwendig.

2.2.5 Schutz für neue Finanzierungen

(1) **Vorinsolvenzl. Verfahren:** Neue Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen werden im Falle einer möglichen späteren Insolvenz ebenso vor Nichtigkeit und Anfechtbarkeit geschützt wie sonstige Transaktionen, die die Erarbeitung eines Restrukturierungsplans fördern. Zudem kann Geldgebern das Recht gewährt werden, in einem Liquidationsverfahren vorrangig gegenüber anderen Gläubigern Zahlungen zu erhalten. Im Falle einer Insolvenz des Schuldners werden die Geldgeber von neuen Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen von der zivil-, verwaltungs- und strafrechtlichen Haftung befreit. Dieser Schutzbereich umfasst u. a. Geldgeber, die Vergütungen für Arbeitnehmer und Berater, Neukredite oder Finanzierungen außerhalb des normalen Geschäftsgangs sowie Garantien nebst Sicherheitsleistungen zur Verfügung stellen (Art. 16, 17).

(2) **Schutzschirm:** Im Schutzschirmverfahren sind Schutzmechanismen dieser Art nicht vorgesehen, weil diese gegen das Grundprinzip der Insolvenzordnung, den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, verstoßen würden. Demgemäß unterliegen Rechtshandlungen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die die Insolvenzgläubiger benachteiligt haben, der Insolvenzanfechtung i. S. der §§ 129 ff. InsO.

(3) **Vergleich:** Finanzierungen und Zwischenfinanzierungen werden im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren zugunsten des Unternehmens und der Geldgeber anfechtungsfrei gestellt. Dagegen werden diese Finanzierungsformen im Schutzschirmverfahren

unter dem Gesichtspunkt einer etwaigen Gläubigerbenachteiligung zugunsten der Gläubigersamtheit bewertet.

2.2.6 Pflichten der Unternehmensleitung

(1) **Vorinsolvenzl. Verfahren:** Die Unternehmensleitung ist verpflichtet, bei drohender Insolvenz Maßnahmen zu treffen, die geeignet sind, die Verluste für alle Verfahrensbeteiligten zu minimieren, die Gläubigerinteressen zu wahren und eine Insolvenz abzuwenden (Art. 18).

(2) **Schutzschirm:** Da es sich beim Schutzschirmverfahren um ein Insolvenzverfahren handelt, sind jedwede Regelungen, die die Abwendung dieses Verfahrens bezwecken, untersagt. Das Insolvenzverfahren und damit auch das Schutzschirmverfahren dient i. S. des § 1 InsO in erster Linie dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen. Im Schutzschirmverfahren trifft den Schuldner eine Massesicherungspflicht, d. h. er darf in dieser Zeit nur noch Zahlungen tätigen, die dem Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsmanns i. S. des § 43 GmbHG entsprechen. Insoweit beinhaltet diese Verpflichtung letztendlich auch eine Verlustminimierung zugunsten aller Verfahrensbeteiligten.

(3) **Vergleich:** Die Maßnahmen, die von der Geschäftsleitung bei einer drohenden Insolvenz im Zuge eines geplanten vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens zu ergreifen sind, sollen zum einen unternehmensseitig Anreize für eine frühzeitige Restrukturierung noch rentabler Unternehmen setzen, zum anderen aber auch bei allen Beteiligten in Hinsicht auf die Verhandlungen über einen präventiven Restrukturierungsplan Vertrauen aufbauen. Im Rahmen eines Schutzschirmverfahrens werden diese Maßnahmen gesetzlich vorgegeben und sind demgemäß für diese Verfahrensart inhärent. Zu konstatieren ist, dass mit den Maßnahmen in beiden Verfahrensarten die gleiche Intention verfolgt wird, nämlich eine angemessene Beachtung der Interessen aller Verfahrensbeteiligter innerhalb und außerhalb einer Insolvenz.

3. Wesentliche Unterschiedsmerkmale und mögliche Anwendungsbereiche

3.1 Überblick

Die Identitätsmerkmale des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens sind im direkten Vergleich mit den entsprechenden Regelungen des Schutzschirmverfahrens im Kern – mit graduellen Unterschieden – nahezu konvergent. Gegensätzlichkeit besteht jedoch bei zwei Verfahrensgrundsätzen, und zwar den Zugangsvoraussetzungen und dem Mindestschutz für neue Finanzierungen (siehe Abb. 2 auf S. 249).

3.2 Zugangsvoraussetzungen und Mindestschutz für Finanzierungen

Die Zugangsvoraussetzungen für ein Schutzschirmverfahren sind klar geregelt. Infolgedessen lässt sich anhand objektiver Kriterien ermitteln, ob ein sanierungsbedürftiges Unternehmen die Zugangskriterien erfüllt. Im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren hingegen lässt die bloße Annahme einer drohenden Insolvenz, die angesichts noch fehlender quantitativer Kriterien aktuell nur schwer

Mittelständisch geprägte Unternehmen, die auf befristete und mit festen Laufzeiten unterlegte Mezzanine-Finanzierungen zurückgreifen, können Probleme bekommen.

Wesentliche Identitätsmerkmale		Konvergenz der Verfahrensarten	
1	Zugangsvoraussetzungen	divergent	✗
2	Eigenverwaltung	konvergent	✓
3	Moratorium	konvergent	✓
4	Restrukturierungsplan	konvergent	✓
5	Schutz für neue Finanzierungen	divergent	✗
6	Pflichten der Unternehmensleitung	konvergent	✓

Abb. 2: Vergleichsergebnisse

überprüfbar ist, weite Interpretationsspielräume zu.

Der Mindestschutz für neue Finanzierungen stellt die im Rahmen eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens getätigten Finanzierungen im Falle einer nachfolgenden Insolvenz anfechtungsfrei. Das Schutzschirmverfahren hingegen unterfällt dem Primat des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes, was bedeutet, dass vorinsolvenzliche Zahlungen bzw. Finanzierungen oder sonstige in diesem Zusammenhang stehende Rechtshandlungen bei Verstoß gegen diesen Grundsatz nicht anfechtungsfrei sind.

3.3 Funktionales Anwendungsprofil für sanierungsbedürftige Unternehmen

Zu prüfen bleibt, wie beim vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren ein weitestgehend klares funktionales Anwendungsprofil für sanierungsbedürftige Unternehmen aussehen könnte. Bei dieser Prüfung unterstellen die Verfasser, dass die Regelungen des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens in der aktuell vorliegenden Fassung Gültigkeit bekommen werden und dass bei den Zugangsvoraussetzungen für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren noch keine materielle Insolvenzreife i. S. der §§ 17, 19 InsO vorliegt, damit dem Begriff der drohenden Insolvenz zumindest im Ansatz eine Richtung gegeben werden kann.

Ausgehend von diesen Prämissen könnte sich das funktionale Anwendungsprofil bevorzugt an all jene Unternehmen richten, die über eine gesunde leistungswirtschaftliche Struktur verfügen und operativ (noch) profitabel wirtschaften, die aber im finanzwirtschaftlichen Bereich keine bzw. eine nur unzureichend nachhaltige Finanzierungsstruktur aufweisen⁸, was vorrangig stark fremdfinanzierte Unternehmen betreffen könnte⁹.

Beispielsweise sind fremdkapitalfinanzierte Unternehmensübernahmen (LBOs), in denen die Rückführung der Übernahmefinanzierung aus den künftig erwarteten Cashflows des übernommenen Unternehmens erfolgen soll, dann anfällig, wenn das ansonsten profitabel wirtschaftende Unternehmen keine ausreichend nachhaltige Kapitaldienstfähigkeit besitzt, um ein Akquisitionsdarlehen zurückführen zu können. Schon temporäre Umsatz- und/oder Ergebniseinbrüche können zu Problemen bei der Schuldentragfähigkeit führen und damit existenziellen Einfluss auf die gesamte Finanzierungsstruktur nehmen¹⁰.

Unternehmen, insbesondere mittelständisch geprägte, die auf befristete und mit festen Laufzeiten unterlegte (und oftmals auch preiswerte) Mezzanine-Finanzierungen zurückgreifen, können zum Endfälligkeitstermin ihrer Finanzierung Probleme bekommen, die Re- bzw. Anschlussfinanzierung darzustellen. Denn eine derartige Finanzierung wird üblicherweise nicht über die Laufzeit, sondern zum Endfälligkeitstermin in ihrer Gesamtheit zurückgeführt.

Die genannten Beispiele betreffen operativ gesunde Unternehmen, die infolge von finanziellen Engpässen in eine Finanzierungskrise geraten sind. Diese Unternehmen benötigen i.d.R. keine operative,

8 Vgl. Sax, Pre-insolvency Restructurings-Europe calling, Berlin busy?, Vortrag gehalten am 10. Berliner Trilog des IIR Berlin am 21. 5. 2015.

9 Vgl. Eidenmüller, Finanzkrise, Wirtschaftskrise und das deutsche Insolvenzrecht, in: Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 187, 2009, S. 13 f.

10 Vgl. Siemon, Das Konzept für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren, NZI 2016, S. 60.

Festzuhalten ist, dass das Schutzschirmverfahren ein vorinsolvenzliches Verfahren ebenso wenig entbehrlich macht wie das vorinsolvenzliche Verfahren das Schutzschirmverfahren entbehrlich machen wird.

KSI 6/17 250 Vorinsolvenzl. Sanierung vs. Schutzschirm

sondern eine schnelle finanzwirtschaftliche Sanierung, die primär zum Ziel hat, die Passivseite der Bilanz neu zu strukturieren. Diese Neustrukturierung wird im Rahmen eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens durch die Möglichkeit begünstigt, Finanzgläubiger bzw. deren Forderungen in Gruppen zu erfassen und ggf. notwendig werdende Zwischen- und/oder Neufinanzierungen absichern zu können, indem diese selbst im Fall einer nachfolgenden Insolvenz des Unternehmens anfechtungsfrei gestellt werden.

Nach den eingangs getroffenen Prämissen könnte sich das funktionale Anwendungsprofil auch an all jene Unternehmen richten, die über eine unausgewogene leistungswirtschaftliche Struktur verfügen und operativ auf Sicht nicht mehr profitabel wirtschaften, bei denen jedoch noch keine materielle Insolvenzreife eingetreten ist. Zu denken ist hier insbesondere an Unternehmen, die sich in einer akuten Absatz- oder Ertragskrise mit rückläufigen Jahresüberschüssen befinden oder aber an solche, die plötzlich ungeplanten, außergewöhnlichen Belastungen ausgesetzt sind.

Beispielhaft zu nennen sind insofern Unternehmen, die mit unvorhergesehenen Gewährleistungsansprüchen konfrontiert werden oder die bei einer etwaig anstehenden Nejustierung des Geschäftsmodells langfristige vertragliche Bindungen (Gewerbemietverträge etc.) nicht ohne zu erwartende Schadensersatzansprüche (außer-)planmäßig kündigen können und damit unerwarteten Ergebnis- und Liquiditätsproblemen ausgesetzt sind. Gleiches gilt für Unternehmen, die mit Eventualverbindlichkeiten in Form von Pensionsansprüchen belastet sind, die nicht nachhaltig erwirtschaftet und nicht ausreichend abgesichert wurden¹¹. Bei dieser Sachlage kann die Anwendung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens sinnvoll sein, da Sanierungsmaßnahmen im leistungswirtschaftlichen Bereich i.d.R. auch Einfluss auf die Verbindlichkeitenstruktur eines Unternehmens haben, auf die wiederum über die Möglichkeit der partiellen Gruppenbildung Einfluss genommen werden könnte.

3.4 Ergebnis

Im Ergebnis kann das vorinsolvenzliche Verfahren zwar ein geeignetes funktionales

Anwendungsprofil für sanierungsbedürftige, insbesondere stark fremdfinanzierte Unternehmen darstellen, um punktuell die Passivseite ihrer Bilanz zu bereinigen. Dagegen ist eine eindeutige Abgrenzung, ob lediglich eine rein finanzwirtschaftliche oder eben auch eine leistungswirtschaftliche Sanierung erforderlich ist, kaum darstellbar, da beide Sanierungsformen in aller Regel in einem sachlogischen Kontext zueinander stehen und miteinander korrelieren.

Insoweit könnte auch ein leistungswirtschaftlicher Sanierungsansatz mithilfe des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens verfolgt werden, insbesondere dann, wenn es gilt, das Stigma der Insolvenz zu vermeiden.

4. Fazit und Ausblick

Im Ergebnis eint das Schutzschirmverfahren und das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren nicht nur die gleiche übergeordnete Zielsetzung, nämlich die Sanierung des Unternehmens innerhalb oder außerhalb des Insolvenzverfahrens, sondern auch die Mehrzahl der wesensprägenden Identitätsmerkmale beider Sanierungswege. Graduelle Unterschiede ergeben sich jedoch bei den Zugangsvoraussetzungen der Verfahrensarten sowie beim Schutz neuer Finanzierungen.

Während der Zugang zum Schutzschirmverfahren klar geregelt ist, bestehen im vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren weite Interpretations- und damit auch Handlungsspielräume. Dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz der Insolvenzordnung folgend sind im Schutzschirmverfahren vorinsolvenzliche Finanzierungen anfechtbar, wohingegen diese Zahlungen, wenn sie im Rahmen eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens erfolgt sind, im Falle einer nachfolgenden Insolvenz anfechtungsfrei bleiben.

Die sich aus diesen Divergenzen ergebenden Anwendungsbereiche des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens könnten die Möglichkeit eröffnen,

- einen frühzeitigeren Verfahrenszugang für Unternehmen zu schaffen, die über eine unausgewogene leistungswirtschaftliche Struktur verfügen, bei denen jedoch noch keine materielle Insolvenzreife vorliegt,
- oder bei stark fremdfinanzierten Unternehmen eine vereinfachte Restrukturierung der Passivseite und die Bildung einer nachhaltigen Kapitalstruktur zu bewirken.

Die sich aus dem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren ergebenden Chancen für eine frühzeitige präventive Unternehmenssanierung sind somit als Äquivalent des vom ESUG vorgegebenen Sanierungswegs zu bewerten, was bedeutet, dass beide Verfahren eine gleichwertige Bedeutung zugemessen werden sollte. Im Endergebnis ist somit zu konstatieren, dass das Schutzschirmverfahren ein vorinsolvenzliches Verfahren ebenso wenig entbehrlich macht wie das vorinsolvenzliche Verfahren das Schutzschirmverfahren entbehrlich machen wird.

¹¹ Vgl. ebenda, S. 61.