

# INDAT REPORT

Fachmagazin für Restrukturierung,  
Sanierung und Insolvenz

» *Vorschläge für gerichtlich verwertbare betriebswirtschaftliche Module  
des präventiven Restrukturierungsrahmens*

## Mit Bausteinen in Stufen zum Restrukturierungsplan

» *>100 Köpfe< der Insolvenz- und Restrukturierungsbranche befragt*

**Wie managen Sie Ihren Job in Corona-Zeiten?**

» *Im Gespräch mit MdB Prof. Dr. Heribert Hirte (CDU/CSU)*

**Ein Eilgesetz, dessen Feinsteuerung noch aussteht**

» *RA Daniel F. Fritz und RA Dirk Schoene (Dentons) im Beraterporträt*

**Mit Stakeholder-Management Vertrauen schaffen**

» *Praxissicht: COVInsAG und Insolvenzanfechtung*

**Anfechtungsschutz in Kundeninsolvenz?**

**impro**  
immobilien | professionell

impro.de



Peter Reuter,  
Chefredakteur des INDat Report

## Nach der »Bazooka« kommt das Florett

Gigantisch und großzügig sind die Sofortmaßnahmen und Hilfen der Bundesregierung für die von der Covid-19-Krise betroffenen Menschen und Unternehmen: Zuschüsse ohne Rückzahlung, Kurzarbeitergeld, steuerliche Erleichterungen und KfW-Kredite. Diese Liquiditätshilfen sind begleitet vom Covid-19-Gesetzpaket, das auch das COVInsAG beinhaltet.

Die äußerst schnelle Reaktion des Gesetzgebers hat natürlich den einen oder anderen Fehler zur Folge, seien es eröffnete Mitnahmeeffekte oder der nicht eingebaute Pfändungsschutz für Corona-Hilfsgelder. Das alles lässt sich aber sicherlich (ein Stück weit) nachbessern, der Korrekturmodus läuft bereits.

Bei aller staatlicher Unterstützung wird sich dennoch eine große Anzahl (drohender) Insolvenzen nicht verhindern lassen, der Staat kann trotz der im internationalen Vergleich hervorragenden Hilfen Schäden dieses Ausmaßes wirtschaftlich nicht ungeschehen machen. Auch wenn das Insolvenzrecht im weltweiten Vergleich als führend gilt, sind dessen Werkzeuge

»scharf«, seine Kollateralschäden können derzeit unverhältnismäßig werden. Was hierzulande bekanntermaßen fehlt, ist der präventive Restrukturierungsrahmen (pRR), mit dem Gläubiger gerade den Unternehmen, die gute Genesungschancen haben, zur Seite stehen.

Die Umsetzung des pRR als RefE schien kurz vor Vollendung. Eine BMJV-Runde am 19.03.2020 wollte letzte Unklarheiten mit der Praxis diskutieren. Dieser wichtige Termin fiel dem Virus zum Opfer. Da der persönliche Austausch erst einmal nicht stattfindet, unterbreitet der Titel dieser Ausgabe – auch wieder durch digitale Verbreitung flankiert – Vorschläge, wie sich die betriebswirtschaftlichen Elemente des Restrukturierungsplans als »Herzstück« des pRR flexibel, effizient und kostengünstig umsetzen lassen und welcher Akteur sich als Restrukturierungsbeauftragter bestens eignen könnte.

Alles spricht dafür, dass die enorme Krisenbewältigung im Zuge der Covid-19-Pandemie neben dem Insolvenzrecht auch das präventive Restrukturierungsinstrument braucht.

Anzeige

# INSOLVENZ- UND SANIERUNGS-PR: WIR KOMMUNIZIEREN IHR VERFAHREN

24-Stunden-  
Krisenhotline  
0800 487 487 4

CONSILIUM übernimmt als Krisen-PR-Agentur Ihre interne und externe Kommunikation. Wir sprechen dabei Ihre Sprache: Denn alle unsere Medienexperten besitzen einen juristischen Abschluss. Darüber hinaus haben wir für Meinungsführer-Redaktionen wie die BILD-Zeitung und SPIEGEL Online gearbeitet. So denken wir in unserer Beratung die Dinge ganzheitlich.

**CONSILIUM**  
RECHTSKOMMUNIKATION

CONSILIUM Rechtskommunikation GmbH | Mauerstraße 83 | 10117 Berlin  
Tel.: +49 30 20 91 29 70 | post@consilium.media | www.consilium.media



# Mit Bausteinen in Stufen zum Restrukturierungsplan

**Frankfurt am Main.** Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Krise stellen den deutschen Sanierungsmarkt vor nie da gewesene Herausforderungen, von denen die vorhandenen Kapazitäten der Justiz, der Berater und Verwalter kurz- und mittelfristig sehr stark ausgelastet sein werden. Der präventive Restrukturierungsrahmen sollte auch deshalb rasch in deutsches Recht umgesetzt werden. Zu den hierbei zentralen praktischen Fragen gehört die Koordinierung rechtlicher Vorgaben mit betriebswirtschaftlichen Entscheidungsprozessen in einem Prozedere, das zügig vollzogen werden kann, die Entstehung unnötiger Kosten vermeidet und dabei die uneingeschränkte Akzeptanz der Marktteilnehmer findet. Viele Praktiker schlagen eine Spezialisierung bei deutschen Gerichten für die präventive Restrukturierung vor. Spezialisierung erfordert aber Zeit. Auch deshalb zeigt dieser Beitrag auf, wie die dem Restrukturierungsplan zugrunde liegenden betriebswirtschaftlichen Dokumentationen zeit- und kostensparend unmittelbar gerichtlich verwertet werden können, gleichzeitig schlagen die Autoren die Option einer Personalunion von Sanierungsgutachter und Restrukturierungsbeauftragtem vor.

**Text:** Ursula Schlegel, Rechtsanwältin & Solicitor (England and Wales), Frankfurt am Main;  
Tammo Andersch, Diplom-Kaufmann, MBA (Henley), Andersch AG, Frankfurt am Main\*

\* Beide Autoren sind als unabhängige Experten Teilnehmer der Gesprächsrunden des BMJV zur Umsetzung der »Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz« und der ESUG-Reformvorschläge.

## Vorschläge für gerichtlich verwertbare betriebswirtschaftliche Module des präventiven Restrukturierungsrahmens

### I. Der deutsche Sanierungsmarkt in Zeiten von Covid-19

#### 1. Kurz-, mittel- und langfristige Auswirkungen der »Corona-Hilfen«

Bei Redaktionsschluss dieses Beitrags lagen der KfW Anträge i. H. v. 27.261 Mio. Euro<sup>1</sup> für »Corona-Hilfen« von Unternehmen vor, die durch die Covid-19-Krise in finanzielle Schieflage geraten sind. Zwar haben diese Darlehen Laufzeiten von bis zu zehn Jahren<sup>2</sup>, führen aber zu zusätzlichen Belastungen mit Kapitaldiensten und zu erhöhten Verschuldungsgraden, wo die Neuverschuldung auf bestehende Finanzierungen trifft. Die Konditionen bestehender Finanzierungen lässt das »Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht« vom 27.03.2020 anders als die Durchsetzbarkeit von Verbraucherdarlehensverträgen noch<sup>3</sup> unberührt.

Diese **unter »normalen Umständen« gesunden Unternehmen** sehen sich aus heutiger Sicht kaum quantifizierbaren künftigen Faktoren ausgesetzt: den Fragen nach dem »Wann« der Rückkehr in die binnenwirtschaftliche Normalität und nach der Geschwindigkeit der Erholung der Weltmärkte (Stichworte internationale Lieferketten, Exportabhängigkeit). Vielen dieser »normalerweise gesunden« Unternehmen könnte daher trotz – oder tragischerweise auch wegen – derzeitiger Unterstützung kurzfristig keine vollständige Rückkehr in die wirtschaftliche Normalität möglich sein, obwohl sie mittel- und längerfristig mit ihrem Geschäftsmodell wieder erfolgreich sein werden. Solche Unternehmen **sind weder die Marktaustrittskandidaten oder sog. Zombieunternehmen**, für die das Insolvenzverfahren (längst) das probate Mittel wäre, noch sollten sie vorschnell mit den scharfen Werkzeugen des Insolvenzrechts saniert werden. Die

1 Angaben am 21.04.2020 mit Stand vom 20.04.2020 abgerufen auf [www.kfw.de/KfW-Konzern/Newsroom/Aktuelles/KfW-Corona-Hilfe-2.html](http://www.kfw.de/KfW-Konzern/Newsroom/Aktuelles/KfW-Corona-Hilfe-2.html).  
2 Schnellkredit ab 15.04.2020 beantragbar: [www.kfw.de/KfW-Konzern/Newsroom/Aktuelles/KfW-Corona-Hilfe-Unternehmen.html#detail-1-target](http://www.kfw.de/KfW-Konzern/Newsroom/Aktuelles/KfW-Corona-Hilfe-Unternehmen.html#detail-1-target).  
3 Art. 240 § 3 Abs. 8 EGBGB ermächtigt die Bundesregierung, durch Rechtsverordnung noch (insbesondere) Kleinunternehmen in den Anwendungsbereich der Covid-19-Pandemie-Regelungen zum Darlehensrecht einzubeziehen.

von der Gesamtheit der deutschen Unternehmen solidarisch zu tragenden Kosten für Insolvenzgeld und Pensionsversicherung würden überproportional in die Höhe getrieben, Gesellschafter, Arbeitnehmer und Vertragspartner würden für höhere Gewalt bestraft: Gesellschafter durch Nachrangigkeit im Regelinsolvenzverfahren oder kaum kompensierte Rechtseingriffe durch einen Insolvenzplan; Arbeitnehmer oder Vertragspartner bei der Ausübung von Sonderkündigungsrechten durch den Verwalter. Für diese Unternehmen – sanierungsbedürftig, aber (noch) keine Kandidaten für die scharfen Instrumente des Insolvenzverfahrens – fehlt derzeit außerhalb konsensualer Lösungen noch das geeignete Instrument.

#### 2. Rasche und pragmatische Einführung des präventiven Restrukturierungsrahmens

Als Konsequenz der Corona-Auswirkungen fordern daher Stimmen in Praxis und Lehre, den präventiven Restrukturierungsrahmen der Richtlinie »rasch und pragmatisch«<sup>4</sup> in deutsches Recht umzusetzen, Madaus bittet diesen Umsetzungsbedarf dabei sehr plastisch in die Notwendigkeit eines **»nachlaufenden Zerschlagungsschutzes«** im Rahmen der Covid-19-Gesetzgebung ein.<sup>5</sup> Eine »rasche« Einführung dürfte sich seitens des Gesetzgebers realistisch gestalten. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) hatte Verbände und interessierte Kreise schon für den 19.03.2020 zu einer Anhörung nach Berlin eingeladen, um den Stand der Umsetzungsarbeiten zum präventiven Restrukturierungsrahmen vorzustellen und zu erörtern; der Termin wurde wegen der Dynamik der Covid-19-Pandemie abgesagt. Davon, dass hieran in der geeigneten Form angeknüpft wird, sobald es die Umstände erlauben, kann ausgegangen werden. »Pragmatismus« dürften die Umstände gebieten, wengleich zu Recht davor gewarnt wird, angesichts der Covid-19-Pandemie in »Aktionismus« zu verfallen.<sup>6</sup>

#### 3. Perspektivwechsel bei der Wahl des »Werkzeugkastens«

Auch wenn der Ausleseprozess der deutschen Wirtschaft bereits begonnen hat und einzelne Unternehmen unterschiedlicher Branchen Schutzschirmverfahren beantragt haben – die große Welle des akuten Sanierungsbedarfs dürfte zeitverzögert noch

4 Siehe z. B. die Presseerklärungen der Gesellschaft für Restrukturierung – TMA Deutschland e.V. vom 13.03. bzw. 18.03.2020; Madaus auch unter Verweis auf überholende Entwicklungen in anderen EU-Mitgliedstaaten: <https://stephanmadaus.de/2020/04/04/covid-19-massnahmen-weltweit-ein-ueberblick/>. Veröffentlicht am 04.04.2020, Abruf vom 16.04.2020.  
5 Madaus ebenda.  
6 Siehe Thole, Beitrag über DIT Online auf den Seiten 74–79 in dieser Ausgabe.



Foto: Quirin Schlegel

Ursula Schlegel



Foto: Pressefoto der Andersch AG

Tammo Andersch

einige Monate auf sich warten lassen, könnte aber gewaltig werden. **Hierauf sollten sich Praxis und Gesetzgeber jetzt mit vereinten Kräften vorbereiten.** Der präventive Restrukturierungsrahmen kann dabei zu dem früh- bzw. rechtzeitig ansetzenden Instrument werden, mit dem der Markt, die Gläubiger darüber entscheiden werden, ob ein Unternehmen Marktaustritts- oder Sanierungskandidat ist, ob eine Sanierung vorinsolvenzlich oder – dann mit den schärferen Mitteln – im Insolvenzverfahren stattfinden sollte. Hier lohnt ein Perspektivwechsel auf den präventiven Restrukturierungsrahmen, der nicht das oft zitierte passgenaue (nur) zusätzliche Werkzeug im Werkzeugkasten der insolvenzrechtlichen Sanierung ist. Der Restrukturierungsplan des präventiven Rahmens ist die passgenaue Ergänzung des Werkzeugkastens der **seit Jahrzehnten geübten Sanierungspraxis, die bislang auf Konsens angewiesen war und nun noch ein rechtliches Zwangsmittel erhält.** Von diesem allerdings werden die dem Restrukturierungsplan zustimmenden Gläubiger stets nur Gebrauch machen, wenn sie an die wirtschaftliche Zukunft des betroffenen Unternehmens glauben. So kann der präventive Rahmen – frühzeitig im Entscheidungsprozess der Gläubiger – ein Instrument zur Trennung der Spreu vom Weizen werden. Eine wichtige Rolle könnte dem Wirtschaftsstabilisierungsfonds zukommen, der auch den **Ausverkauf deutscher Wirtschafts- und Industrieinteressen verhindern** will, wenn mit einem Restrukturierungsplan im präventiven Rahmen ein »Verkauf von Vermögenswerten oder Geschäftsbereichen und, wenn im nationalen Recht vorgesehen, der Verkauf des Unternehmens als Ganzen« (Art. 2 Abs. 1 Ziff. RL) oder im Insolvenzverfahren an Erwerber erwägt wird, an deren Stelle der Bund als Erwerber treten möchte.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> [www.bmwi.de/Redaktion/DE/Schlaglichter-der-Wirtschaftspolitik/2020/04/onlinemagazin-schlaglichter-04-20.html?cms\\_textId=1695922&cms\\_artId=1695962](http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Schlaglichter-der-Wirtschaftspolitik/2020/04/onlinemagazin-schlaglichter-04-20.html?cms_textId=1695922&cms_artId=1695962), Abruf vom 16.04.2020.

## II. Betriebswirtschaftlicher Baukasten des präventiven Restrukturierungsrahmens – die Module der gutachterlichen Sanierungsdokumentation

### 1. Modul 1: Wahrscheinlichkeit der Insolvenz

#### 1.1 Definition

Der präventive Restrukturierungsrahmen soll nach dem Wortlaut der Richtlinie »Schuldern in finanziellen Schwierigkeiten bei einer **wahrscheinlichen Insolvenz** zur Verfügung stehen, um die Insolvenz abzuwenden und die Bestandsfähigkeit des Schuldners sicherzustellen« (Art. 1 Abs. 1 lit. a, vgl. auch Art. 4 Abs. 1 Satz 1 RL); die Definition der »wahrscheinlichen Insolvenz« überlässt die Richtlinie bekanntermaßen dem nationalen Gesetzgeber (Art. 2 Abs. 2 lit. b RL), wobei die Insolvenz noch nicht eingetreten sein darf (Erwägungsgrund 24 RL).

Zur Definition dieser **Restrukturierungseingangskontrolle** mangelt es nicht an Vorschlägen.<sup>8</sup> Die konkrete Umsetzung kann praktisch geeignet am Merkmal der drohenden Zahlungsunfähigkeit i. S. v. § 18 InsO festgemacht werden. Die bekannte Problematik, dass nach herrschender Auffassung bei Vorliegen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit auch die Fortbestehensprognose aus § 19 Abs. 2 InsO negativ ist und demzufolge praktisch immer auch eine insolvenzrechtliche Überschuldung vorläge,<sup>9</sup> sodass der Weg in das Restrukturierungsverfahren versperrt wäre, muss nach sehr interessanten neuen Lösungsansätzen **nicht** automatisch **zur Abschaffung des Überschuldungsbegriffs** führen. Eine durchaus pragmatische Vorgehensweise wäre es hiernach, Restrukturierungen mit begründeter Aussicht auf Erfolg zu unterstützen, indem

<sup>8</sup> Siehe z. B. Moritz Brinkmann, Die Antragspflicht bei Überschuldung, in Ebke/Seagon/Piekenbrock (Hrsg.): Überschuldung: Quo vadis?, S. 73; mit weiteren Hinweisen Lars Westpfahl, Wesentliche Elemente eines vorinsolvenzlichen Sanierungsregimes für Deutschland, ZRI 4/2020, S. 166.

<sup>9</sup> Andersch/Philipp, Damoklesschwert Insolvenzverschleppung – Nachweis der positiven Fortbestehensprognose noch vor Finalisierung des Sanierungskonzepts, NZI 2017, 782, 784.

der **Prognosezeitraum** bei der Fortbestehensprognose angepasst und dabei die **drohende Zahlungsunfähigkeit von der Überschuldung »emanzipiert«** wird. Man könnte hiernach – entweder nur für die Zwecke der Ausfüllung des Begriffs der »Wahrscheinlichkeit der Insolvenz« oder generell im Rahmen von § 18 InsO – bei der Definition der drohenden Zahlungsunfähigkeit die mögliche Restrukturierung unberücksichtigt lassen und stattdessen nur auf die rechnerische Liquidität abstellen. Gegebenenfalls könnte man den Prognosezeitraum anpassen. Demgegenüber würde die Fortbestehensprognose weiterhin positiv sein, wenn davon auszugehen ist, dass die Restrukturierung gelinge.<sup>10</sup>

### 1.2 Missbrauchsvermeidung durch das Wahrscheinlichkeits- erfordernis, Parallelen zu den aktuell erforderlichen Voraussetzungen der »Corona-Hilfen«

Die **frühzeitige** und **gerichtsverwertbare** Feststellung der **»wahrscheinlichen Insolvenz«** ist unerlässlich, um den Missbrauch des Verfahrens, d.h. Eingriffe »gesunder Schuldner« in die verfassungsrechtlich garantierten Eigentumsrechte von Gläubigern, zu verhindern. Eine Parallelwertung, wenngleich natürlich unter umgekehrten Vorzeichen, findet sich derzeit bei den »Corona-Hilfen«, in deren Genuss nur kommen soll, wer durch die Covid-19-Pandemie nachweislich wirtschaftlich beeinträchtigt bzw. insolvenzgefährdet ist und für den begründete Aussichten auf die Bewältigung der durch die Covid-19-Pandemie ausgelösten Krise bestehen. **Wirtschaftliche Unterstützung** – ob von staatlicher oder von Gläubigerseite – **bedarf der Rechtfertigung**.

### 1.3 Prüfungsumfang, Dokumentationsaufwand der Wahrscheinlichkeitsprüfung

Auch hier lassen sich für die Wahrscheinlichkeitsprüfung (wieder unter »umgekehrten Vorzeichen«) Parallelen zu den »Corona-Hilfen« ziehen. Deren Eingangs- und damit Missbrauchskontrolle besteht in der **dokumentierten Nachweisführung**, dass aufgrund der historischen Ertragsfähigkeit, des grundsätzlich tragfähigen Geschäftsmodells bzw. der mittel- bis langfristig zu erwartenden Markterholung eine wettbewerbsfähig operative Ertragskraft wieder erreicht werden kann. Die Praxis der »Corona-Hilfen« zeigt

derzeit, dass die Dokumentation der Antragsberechtigung mit sehr begrenztem zeitlichen (circa ein bis zwei Wochen) und kapazitivem Aufwand auf allen beteiligten Seiten erfolgen kann. Der notwendige Beurteilungs- und Prognosemaßstab ist dabei sowohl weit weg von einem nicht gerichtsverwertbaren, bloßen »guten Gefühl« als auch vom Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit des vollumfänglichen Sanierungsgutachtens nach den einschlägigen Mindestanforderungen des BGH bzw. des Standards IDW S 6. Der Maßstab basiert auf der plausiblen, d.h. für Dritte in angemessener Zeit nachvollziehbaren Begründung der (praktischen) Erfolgsaussichten. Dieser (situationsgerechte) Ansatz ist analog zur Prüfung und Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 Satz 3 InsO **schnell und damit kostenminimal entwickelbar** und zu erstellen, gerichtlich ex post ohne zusätzlichen Aufwand nachprüfbar und wird auch als **»S-6-Light-Ansatz« oder Stufenmodell** betitelt.<sup>11</sup>

## 2. Modul 2: »Planrechnungen« – das Entwerfen und Verhandeln des Restrukturierungsplans

### 2.1 Kernstück Restrukturierungsplan

Der Restrukturierungsplan nach Art. 8 der RL wird das inhaltliche Kernstück des präventiven Rahmens. Er muss sachlogisch nachvollziehbar darlegen und erläutern, warum »eine begründete Aussicht besteht, dass der Restrukturierungsplan die Insolvenz des Schuldners verhindern kann und die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gewährleisten wird, einschließlich der notwendigen Voraussetzungen für den Erfolg des Plans« (Art. 8 Abs. 1 lit. h RL).

### 2.2 Verwendung und Fortentwicklung der hohen IDW-Standards

Diese inhaltlichen Anforderungen sind nahezu deckungsgleich mit denen des etablierten Standards des IDW S 2, der ein Sanierungskonzept nach IDW S 6 und zusätzliche Regelungen zur Gruppenbildung, zur Vergleichsrechnung (»best-interest-of-creditors-test«) sowie zu den wirtschaftlichen und rechtlichen Implikationen von Sanierungsmaßnahmen umfasst.<sup>12</sup> Die Praxis wird daher bei der Erstellung von Restrukturierungsplänen nach Art. 8 RL **auf bestehende, praktisch bewährte Standards zurückgreifen** können, die in den vergangenen 25 Jahren von der deutschen Sanierungspraxis, insbesondere bei der Bewältigung der letzten gesamtwirtschaftlichen Herausforderungen (von der deutschen Wiedervereinigung über die New-Economy-Krise bis hin zur Finanzkrise), stetig weiterentwickelt wurden. Damit verfügt Deutschland sowohl über ein hervorragendes Insolvenzrecht

<sup>10</sup> Brinkmann (Fn. 7), S. 69f.; Westpfahl (Fn. 7), S. 166f., der sich jedoch grundsätzlich für die Abschaffung, ggf. Umwidmung des Überschuldungsbegriffs ausspricht, siehe Festschrift Kayser, S. 1109ff.

<sup>11</sup> Philipp/Andersch/Henn, INDat Report 03\_2019, S. 35f.; BDU-Positionspapier zum präventiven Restrukturierungsrahmen, November 2019, S. 3.  
<sup>12</sup> IDW-Positionspapier zum präventiven Restrukturierungsrahmen, S. 18f.

(siehe die regelmäßig zitierte jährliche Weltbank-Studie »Doing Business«, derzeit Platz 4 weltweit) als auch über eine hervorragende, hoch professionalisierte Sanierungspraxis, nicht zuletzt wegen der in Deutschland verfügbaren Sanierungsstandards des IDW, die sich – selbst vom BGH als Messlatte verwendet – als anerkannte Praxisstandards herausgebildet haben und für den präventiven Rahmen **einfach zu verwenden und weiterzuentwickeln** wären.

### 2.3 Inhalte des Restrukturierungsplans

Die geforderten Inhalte des Restrukturierungsplans folgen nach der langjährigen Beratungserfahrung der Verfasser zudem den sachlogischen Erwägungen, die bei der Erstellung eines Sanierungskonzepts immer angestellt werden müssen, so vor allem die Abbildung der künftigen Finanzströme in einer integrierten Unternehmensplanung (Art. 8 Abs. 1 lit. g v RL), um insbesondere für die involvierten Finanzierer als tragfähige Entscheidungsgrundlage zu dienen. Das Entwerfen dieser Planrechnungen für Unternehmen wird immer dann, wenn **deutsche Kreditinstitute** als Gläubiger beteiligt sind, **besonderen regulatorischen Anforderungen** folgen müssen:

- Gemäß MaRisk BTO 1.2.5 müssen sich Kreditinstitute ein Sanierungskonzept vorlegen lassen, wenn sie die Sanierung eines Krisenunternehmens begleiten wollen.
- Die EBA-Definition des Schuldnerausfalls<sup>13</sup> und die EZB-Regularien zu Non-performing Loans (NPLs)<sup>14</sup> erfordern, stark vereinfacht gesprochen, die Möglichkeit, den Grad der Ausfallgefährdung von Kreditengagements einschätzen zu können. Auch hierfür ist letztlich ein fundiertes Sanierungskonzept erforderlich, mindestens aber im ersten Schritt eine belastbare, idealerweise extern bestätigte Liquiditätsplanung.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 178 Verordnung (EU) Nr. 575/2013 (Kapitaladäquanzverordnung).

<sup>14</sup> Vgl. ECB, Guidance to banks on non-performing loans, March 2017, abrufbar unter [www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance\\_on\\_npl.en.pdf](http://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.en.pdf) (Abruf vom 16.04.2020); ECB, Addendum to the ECB Guidance to banks on non-performing loans: supervisory expectations for prudential provisioning of non-performing exposures, March 2018, abrufbar unter [www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.npl\\_addendum\\_201803.en.pdf](http://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.npl_addendum_201803.en.pdf) (Abruf vom 16.04.2020).

### 2.4 Zeitfenster

Auf Basis der Erfahrung der Verfasser aus außergerichtlichen Sanierungen sind für die Bereitstellung tragfähiger Entscheidungsgrundlagen und erste Verhandlungen **mindestens drei Monate**, bei besonders komplexen Situationen ohne Vorarbeiten und schlechter Datenlage auch durchaus vier Monate erforderlich.<sup>15</sup> Die Erstellung von Restrukturierungsplänen wird daher insbesondere bei komplexeren Unternehmen und Finanzierungsstrukturen regelmäßig durch erfahrene und professionelle Sanierungsgutachter erfolgen müssen, um die notwendige Geschwindigkeit bei gleichzeitig vollständiger Abdeckung aller gesetzlich definierten Mindestinhalte sicherzustellen.

### 3. Modul 3: Erfolgsaussichten des Restrukturierungsplans auf Verhinderung der Insolvenz des Schuldners und Bestandsfähigkeitsprüfung

#### 3.1 Begründung der Erfolgsaussichten des Restrukturierungsplans

Der Restrukturierungsplan im präventiven Restrukturierungsrahmen muss, wie bereits unter 2.1 erwähnt, bei Vorlage zur Bestätigung beim Gericht eine Darlegung enthalten, dass eine »begründete Aussicht besteht, dass der Restrukturierungsplan die Insolvenz des Schuldners verhindern und die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gewährleisten wird« (Art. 8 Nr. 1 lit. h Satz 1 RL). Diese Begründung der Erfolgsaussichten der Sanierung des Unternehmens ist bereits heute in den Anforderungen enthalten, die der BGH an ein schlüssiges Sanierungskonzept stellt und die gleichfalls in die inhaltlichen Anforderungen eingeflossen sind, die der IDW-Standard S 6 an vollumfängliche Sanierungskonzepte stellt.<sup>16</sup> Ein Restrukturierungsplan wird **nur** dann die erforderliche **mehrheitliche Zustimmung zur Durchführung** erfahren, wenn die gutachterliche Stellungnahme des Sanierungsgutachters zur **Sanierungsfähigkeit des Unternehmens positiv** ist – und zwar mit überwiegender Wahrscheinlichkeit und damit bedingungsfeindlich.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Philipp/Andersch/Henn, Geeignete Einstiegsvoraussetzungen aus Beratersicht, INDat Report 03\_2019, S. 30.

<sup>16</sup> IDW-Standard: Anforderungen an Sanierungskonzepte (IDW S 6), Stand: 16.05.2018, Rn. 24.

<sup>17</sup> Andersch, Sanierungskonzepte und Sanierungsgutachten, 2017, S. 148f.

### 3.2 Implizite Bestandsfähigkeitsprüfung

Die »begründete Aussicht« wird in der Aussage zur Sanierungsfähigkeit des Unternehmens insofern abgedeckt, als diese neben einer positiven, insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose eine durchgreifende Sanierung des Unternehmens reflektiert, d. h. die Wiederherstellung der Rentabilität des Unternehmens als Voraussetzung für eine nachhaltige Wettbewerbsfähigkeit. Das zugrunde liegende **Sanierungskonzept** definiert dabei vollumfänglich die Unternehmensstruktur (»Bestand«), auf die der Plan reflektiert, und **deckt damit die von der Richtlinie inhaltlich geforderte Bestandsfähigkeitsprüfung ab**. Das Sanierungskonzept legt den zukünftigen Zuschnitt des Unternehmens fest und füllt den bis dahin unklaren Begriff, was der »Bestand« des zu sanierenden Unternehmens ist, aus.

### 3.3 Spezieller »KMU-Kriterienkatalog« nicht erforderlich

Der Detaillierungsgrad der Begründung der Erfolgsaussichten muss dabei den jeweiligen konkreten Informationsanforderungen der im Plan beteiligten Parteien genügen – aber mindestens die Vorgaben des BGH an Sanierungskonzepte vollumfänglich berücksichtigen. Der erfahrene Sanierungsgutachter wird die **Detailltiefe der Analysen und den Umfang der Berichterstattung** an die Größe und Komplexität des Unternehmens **anpassen** können, ohne dafür einen speziellen »KMU-Kriterienkatalog« zu benötigen.

### 4. Baukastenprinzip der vorbeschriebenen Module 1–3

Die soeben unter 1. bis 3. dargestellten Module, d. h. die beim präventiven Rahmen eingesetzten betriebswirtschaftlichen Instrumente, bauen von Beginn an – im Umfang zunehmend – aufeinander auf und führen im Ergebnis zu einem **Stufenmodell**, bei dem die Liquiditäts- bzw. Unternehmensplanung sukzessive zu einem umfassenden Sanierungsplan ausgebaut wird, der alle rechtlichen Anforderungen und Informationsbedürfnisse erfüllt. Dieses schrittweise Vorgehen **vermeidet im Sinne der Kosteneffizienz des präventiven Rahmens, dass überflüssige Dokumente erstellt werden**, wenn die Vorbereitungen und Verhandlungen vor Verabschiedung eines Restrukturierungsplans scheitern oder abgebrochen werden.

## III. Beteiligung des Gerichts

### 1. Prüfungszeitpunkt der »Wahrscheinlichkeit der Insolvenz«

Nach der Richtlinie soll der präventive Restrukturierungsrahmen zur Erlangung der beiden zentralen Ziele, Zeit- und Kosteneffizienz, ein **flexibles Verfahren** sein, mit gerichtlicher Beteiligung in angemessenem und erforderlichem Umfang (Erwägungsgrund 29 RL). Die Richtlinie gibt nicht zwingend ein gerichtsförmiges Verfahren mit gerichtlicher Eintrittsschwelle vor, eine punktuelle Anrufung des Gerichts in den nach der Richtlinie zwingend geforderten Fällen ist ausreichend, d. h. insbesondere bei der Anordnung von Moratorium oder Einzelvollstreckungsschutz, der Bestellung des Restrukturierungsbeauftragten und bei der Prüfung und Bestätigung des angenommenen Restrukturierungsplans in den hierfür vorgesehenen Fällen (Art. 10 RL). Damit ist dem deutschen Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet – und zu empfehlen –, die »Wahrscheinlichkeit der Insolvenz« gerichtlich erst im Rahmen der ersten gerichtlichen Anrufung zu überprüfen, d. h. spätestens bei Planbestätigung. Bei dieser Prüfung sollte sich das Gericht im Sinne der Zeit- und Kosteneffizienz auf die Ergebnisse der Prüfungen des eingeschalteten sachverständigen Sanierungsgutachters stützen dürfen und müssen (hierzu im Folgenden).

### 2. Pläne werden in der Praxis immer gerichtlich bestätigt werden müssen

Der mit erforderlicher Mehrheit angenommene Restrukturierungsplan **muss** nach der Richtlinie durch das Gericht bestätigt werden, wenn durch den Restrukturierungsplan die Forderungen ablehnender betroffener Parteien beeinträchtigt werden, wenn der Restrukturierungsplan eine neue Finanzierung vorsieht oder zu Verlust von mehr als 25% der Arbeitsplätze führt (Art. 10 Abs. 1 RL). Da in der Praxis präventive Restrukturierungspläne regelmäßig neue Finanzierungen vorsehen werden und der Plan nur dann das Mittel der Wahl sein wird, wenn sich abzeichnet, dass eine konsensuale Lösung nicht zu erreichen ist, d. h. opponierende Gläubiger zu überstimmen sind, deren Forderungen beeinträchtigt werden, heißt dies: **Restrukturierungspläne werden in der Praxis immer gerichtlich bestätigt werden müssen**. Nach der Richtlinie aber soll das Gericht dann nicht nur die Einhaltung formeller Kriterien, sondern auch betriebswirtschaftliche Aspekte prüfen, denn das Gericht soll **»die Bestätigung eines Restrukturierungsplans ablehnen können, wenn keine vernünftige Aussicht besteht, dass der Plan die Insolvenz des Schuldners verhindern oder die Bestandsfähigkeit des Unternehmens gewährleisten würde«** (Art. 10 Abs. 3 RL, zu den inhaltlichen Erfordernissen s. o. II.3.).

### 3. Prüfung betriebswirtschaftlicher Erwägungen und Berechnungen durch das Gericht

#### 3.1 Zeitliche Unsicherheiten vermeiden

Damit wird das Gericht in genau diejenigen betriebswirtschaftlichen Erwägungen und Berechnungen einsteigen müssen, die in den seiner Prüfung vorausgegangenen Wochen und Monaten der Planerstellung und -verhandlung bereits durch sachverständige Experten angestellt wurden. Eine **zeit- und kostenaufwendige Gutachteneinholung durch das Gericht**<sup>18</sup> wird in typischen Sanierungssachverhalten den durch die Gläubigermehrheit erzielten **Sanierungserfolg empfindlich stören, im Zweifel gefährden oder zum Scheitern bringen**. Wie oben (II. 2.4) bereits ausgeführt, wird der dem Abstimmungserfolg vorangegangene Prozess typischerweise bereits drei Monate in Anspruch genommen haben. Banken werden erforderliche interne Entscheidungen erst treffen und damit vor allem Beiträge erst an das Unternehmen leisten, wenn das Gericht den Restrukturierungsplan bestätigt hat.

#### 3.2 Auch die Richtlinie will Entscheidungsvakuum vermeiden

Zeitliche und inhaltliche Unsicherheiten in Form von zusätzlichen Gutachten führen erfahrungsgemäß zum Entscheidungsvakuum und beeinträchtigen damit wesentlich den erfolgreichen Prozessausgang sowie eine schnelle Restrukturierung. Dies erkennt auch die Richtlinie (Art. 10 Abs. 4 RL, Erwägungsgrund 29 RL): Danach hat der nationale Gesetzgeber sicherzustellen, dass die Entscheidung des Gerichts, mit der es den Restrukturierungsplan zu dessen Verbindlichkeit bestätigt, »mit Blick auf eine zügige Bearbeitung der Angelegenheit auf effiziente Weise getroffen wird« und dass die Beteiligung des Gerichts auf »das Erforderliche und Angemessene« beschränkt wird. Deshalb bietet es sich gerade für Deutschland an, die Gerichte die auf dem Weg zum Restrukturierungsplan bereits erarbeitete Sanierungsdokumentation als neutrale Entscheidungsbasis verwenden zu lassen, wenn deren Standard auf eine solche spätere Verwendung von Beginn an ausgerichtet wurde, sodass das Gericht auf die Hinzuziehung eines weiteren Sachverständigen von vornherein verzichten kann.

<sup>18</sup> Unterstellt, § 5 I 2 InsO oder direkt § 144 ZPO, die Möglichkeit der Heranziehung eines eigenen Sachverständigen durch das Gericht, finden auch beim präventiven Restrukturierungsrahmen Anwendung.

#### 4. Gutachten zur Bewertung des Unternehmens

Das Gericht kann auch eine Entscheidung über die Bewertung des Unternehmens treffen, wenn der Restrukturierungsplan von einem betroffenen Gläubiger beanstandet wird. Für diesen Fall hat der nationale Gesetzgeber sicherzustellen, dass das Gericht hierfür einen ordnungsgemäß qualifizierten Sachverständigen bestellen oder hören kann (Art. 14 Abs. 2 RL), für die Sanierungsdokumentation selbst (die natürlich Bewertungen beinhalten kann und wird) sieht die Richtlinie diese Anforderung nicht ausdrücklich vor.

#### IV. Verwendung der gutachterlichen Sanierungsdokumentation als Entscheidungsgrundlage durch das Gericht

##### 1. Mindestanforderungen an die Eignung des Sanierungsgutachters sowie an seine Neutralität

Die Verwendung der gutachterlichen Sanierungsdokumentation als tragfähige Entscheidungsgrundlage durch das Gericht setzt neben der klaren Definition der erforderlichen Mindestanforderungen die Eignung des Sanierungsgutachters sowie seine Neutralität voraus. Diese **Aspekte müssen daher im Arbeitsergebnis für das Gericht überprüfbar dargestellt werden**. Dies erfordert, dass die Anforderungen an den Gutachter gesetzlich definiert werden sollten – z. B. in Anlehnung an § 270b Abs. 1 InsO »ein in Unternehmenssanierungen erfahrener Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt oder **eine Person mit vergleichbarer Qualifikation**« oder »ein in Unternehmenssanierungen erfahrener Experte« – und durch den Gutachter im Rahmen seiner Berichterstattung dargelegt und zugesichert werden. Entsprechendes gilt für die Neutralität der Sanierungsdokumentation: Die Berichterstattung sollte gesetzlich verpflichtend eine Aussage enthalten, dass (1) die Erstellung aus Sicht eines objektiven Dritten erfolgt ist, (2) das Sanierungskonzept keinen Gläubiger unangemessen bevorzugt/benachteiligt und (3) der Gutachter den Eintritt der Planungsannahmen und den Erfolg der Sanierung für überwiegend wahrscheinlich hält.

## 2. Praxis-Checklisten

Auf der Basis dieser verpflichtenden Kernelemente kann das Gericht dann ohne wesentlichen zeitlichen Aufwand entscheiden, ob die formalen Mindestanforderungen und die Bestätigung hinsichtlich der Neutralität sowie hinreichenden Eignung des Sanierungsgutachters vorliegen. Die Praxis setzt bereits für interne Qualitätskontrollen Checklisten ein, um zu prüfen, ob solche Mindestinhalte auf Basis der jeweils aktuellen Mindestanforderungen aus der Rechtsprechung des BGH im Sanierungsgutachten enthalten sind. Dieser **Ansatz ist leicht auch auf Gerichte übertragbar und unterstützt** mindestens das Prüfkriterium der inhaltlichen Vollständigkeit, größtenteils auch das der Plausibilität der Annahmen und Alternativrechnungen.

## 3. Haftung des Sanierungsgutachters als zusätzliches Korrektiv

Als zusätzliches Korrektiv für zeitaufwendige Gutachten, die erfahrungsgemäß in den meisten Restrukturierungsprozessen durch überstimmte Minderheitsgläubiger initiiert werden, dient das bestehende Haftungsrisiko des Sanierungsgutachters für eine schuldhaft falsche Bestätigung seiner Eignung und seiner Neutralität sowie der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Sanierung. Diese Haftung ist – bei Bedarf – in einem separaten Prozess gerichtlich nachprüfbar, ohne den Sanierungsprozess selbst zu behindern und damit zu entschleunigen. Die drittschützende Wirkung zugunsten der Gläubiger – und letztlich auch gegenüber dem Gericht – dürfte sich schon aus § 311 Abs. 3 BGB ergeben; eine **gesetzliche Klarstellung dieser Schutzwirkung** kann aber sinnvoll sein und sollte ggf. auch mit einer gesetzlichen **Haftungsobergrenze** analog § 323 Abs. 2 HGB verbunden werden, um die Gutachter-/Beratertätigkeit aufgrund zu hoher Versicherungsbedarfe nicht übermäßig zu verteuern.

## V. Der Sanierungsgutachter in der Rolle des Restrukturierungsbeauftragten?

### 1. Die Richtlinie definiert die Profile des Restrukturierungsbeauftragten nicht mehr abschließend

Die Richtlinie definiert den gerichtlich zu bestellenden Restrukturierungsbeauftragten als Person (oder Stelle), die **insbesondere** eine oder mehrere der folgenden Aufgaben erfüllt: (a) Unterstützung des Schuldners oder der Gläubiger bei der Ausarbeitung oder Aushandlung eines Restrukturierungsplans; (b) Überwachung der Tätigkeit des Schuldners während der Verhandlungen über einen Restrukturierungsplan und Berichterstattung an eine Justiz- oder Verwaltungsbehörde; (c) Übernahme der teilweisen Kontrolle über die Vermögenswerte oder Geschäfte des Schuldners während der Verhandlungen (Art. 2 Abs. 1 Ziff. 12 RL).<sup>19</sup> Die Aufzählung der von der Richtlinie genannten Profile ist – anders als in den Entwurfsvorgängerversionen der Richtlinie – durch die Einfügung des Wortes **insbesondere** nicht mehr abschließend und eröffnet damit z. B. die Möglichkeit, das Profil auf die Tätigkeit derer zu erweitern, die auf dem Weg zum Restrukturierungsplan die erforderlichen betriebswirtschaftlichen Dokumentationen erstellen und – so ohnehin die Praxis in konsensualen Sanierungen – oft die Rolle des »Mediators« (die in den RL-Vorgängerversionen verwendete Bezeichnung) innehaben. Dem Gericht könnte damit auch die Möglichkeit eröffnet werden, frühzeitig über den Gutachter (mit) zu entscheiden und diesen gerichtlich zu bestellen, dessen Sanierungsdokumentation es später der Planbestätigung zugrunde legen wird.

### 2. Seit jeher übernehmen Sanierungsgutachter die Rolle des Moderators und Mediators in Sanierungsprozessen

Erfolgreiche Restrukturierungsprozesse basieren nicht nur auf der Erstellung und Präsentation überzeugender Pläne, sondern darüber hinaus regelmäßig auch auf der Moderation und oft Mediation des Sanierungsgutachters, der seine besondere Vertrauensposition, aber auch seine Neutralität sowie sein Detailwissen über die finanz- und leistungswirtschaftlichen Möglichkeiten des Unternehmens zur Lösungsfindung zwischen den widerstreitenden Interessengruppen einsetzt.

<sup>19</sup> Kürzlich erst wurde von Fritz, NZI 2020, S. 49 ff., sehr anschaulich differenzierend erläutert, wie sich das Profil des gestaltenden, sachwaltenden und verwaltenden Restrukturierungsbeauftragten den bestehenden Profilen von Beratern und Verwaltern zuordnen lässt.

In der Praxis des präventiven Restrukturierungsrahmens, gerade bei größeren und komplexen Verfahren, werden Sanierungsgutachter regelmäßig eingeschaltet werden, schon allein durch die notwendige Umsetzung der MaRisk-Anforderungen getrieben. Zum »Inhalt von Restrukturierungsplänen« sieht die Richtlinie vor, dass dieser eine Begründung zur Aussicht auf Vermeidung der Insolvenz und zur Bestandsfähigkeit zu enthalten hat einschließlich der notwendigen Voraussetzungen für den Erfolg des Plans (zu deren betriebswirtschaftlichen Anforderungen im Einzelnen s. o. III.2.). Die Mitgliedstaaten können vorschreiben, dass diese Begründung entweder »von einem externen Experten« oder von dem Restrukturierungsbeauftragten – falls ein solcher benannt wird – vorgelegt oder bestätigt werden muss.

### 3. Kostenerwägungen

Die Rechnung ist relativ einfach: Beauftragt der vom Gericht für die Unterstützung des Schuldners oder der Gläubiger bei der Ausarbeitung oder Aushandlung eines Restrukturierungsplans bestellte Restrukturierungsbeauftragte einen externen Experten (und dies wird in der Praxis regelmäßig erfolgen), so verursacht dies zusätzlichen Kostenaufwand. Die Kosten reduzieren sich (Stichwort: Synergieeffekte) bei (teilweiser) Personalunion von Restrukturierungsbeauftragtem und Sanierungsgutachter. Die Rolle des überwachenden und kontrollierenden Restrukturierungsbeauftragten wird ein Sanierungsgutachter schon aus logistischen Gründen nicht wahrnehmen (wollen): Insbesondere die Übernahme der teilweisen Kontrolle über die Vermögenswerte oder Geschäfte des Schuldners ist typisches Insolvenzverwaltergeschäft.

Zur grundsätzlichen Kostentragung des Honorars des Restrukturierungsbeauftragten gibt die Richtlinie in Art. 5 Abs. 3 lit. c eine Orientierung vor. Beantragt die Mehrheit der Gläubiger die Bestellung des Restrukturierungsbeauftragten, so tragen die Gläubiger die Kosten. Umkehrschluss: Die Kosten des auf Schuldnerantrag oder von Amts wegen gerichtlichen Restrukturierungsbeauftragten – unabhängig von dessen Profil – trägt das Unternehmen, wie auch schon in der bisherigen Praxis bei den von Banken angeforderten Sanierungsgutachten.

## VI. Fazit

»Wir werden verhindern, dass wirtschaftlich gesunde Unternehmen in die Insolvenz geraten« – so Bundeswirtschaftsminister Peter Altmaier am 13.03.2020<sup>20</sup> im Kontext der bevorstehenden »Corona-Hilfen« und staatlicher Beteiligung an strategisch wichtigen Unternehmen in Corona-Schiefelage. Ein Vorsatz, der sinngemäß Programm der deutschen Sanierungs- und Insolvenzpraxis werden sollte – sanierungsbedürftige Unternehmen mit guter Genesungsaussicht sollten weder derzeit noch »unter normalen Umständen« vorschnell in die Insolvenz geschickt werden. Im deutschen Insolvenzverfahren kann effektiv und erfolgreich saniert werden, die Instrumente aber sind scharf, die Kollateralschäden können erheblich sein. Auch die deutsche Sanierungspraxis ist erfolgreich, aber – noch – auf 100-prozentigen Konsens angewiesen, erforderlichenfalls fehlt das Instrument des Zwangsvergleichs. Dieser sollte jetzt als präventiver Restrukturierungsrahmen rasch eingeführt werden. Bei Eingriffen in Gläubigerrechte **müssen die Gerichte beteiligt werden** im Interesse des Sanierungserfolgs, aber auf das erforderliche Maß begrenzt, insbesondere was den zusätzlichen Zeitaufwand betrifft. Dafür bietet es sich an, die Gerichte die im Verlauf der Sanierung erarbeiteten Expertengutachten zeit- und kostensparend verwerten zu lassen. Solche Gutachten müssen von ausgewiesenen Experten erstellt werden und neutral gestaltet sein. «

<sup>20</sup> <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/peter-altmaier-cdu-werden-verhindern-dass-wirtschaftlich-gesunde-unternehmen-in-die-insolvenz-geraten-a-00000000-0002-0001-0000-000169988523>.  
Abruf vom 21.04.2020.