

STELLUNGNAHME

des Rechtsanwalts Axel W. Bierbach, Kanzlei Müller-Heydenreich Bierbach & Kollegen, München,
Vorstandsmitglied des Verbandes Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID)

im Rahmen der Anhörung im Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments am 20.06.2017

zu dem Vorschlag für eine
RICHTLINIE DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES
über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der
Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und
zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU (COM (2016) 723 final)

Der VID unterstützt das in dem Richtlinienvorschlag formulierte Ziel, die Restrukturierung und Sanierung von Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu erleichtern und zu fördern und Unternehmer zu entschulden. Der VID hat zu dem Richtlinienvorschlag eine umfassende Stellungnahme¹ verfasst und die Stellungnahmen der Industrie und der Kreditwirtschaft ausgewertet. Es bestehen zu nahezu sämtlichen wirtschaftlichen und rechtlichen Details des Richtlinienvorschlags aus Sicht der Wirtschaftsverbände z. T. erhebliche Bedenken. Die wichtigsten Einwände aus diesen Stellungnahmen sind nachfolgend zusammengefasst.

1. Keine Beschränkung auf Finanzgläubiger

Das Ziel des Richtlinienentwurfes, hoch verschuldete aber überlebensfähige Unternehmen zu entschulden und NPLs abzubauen, kann durch die Schaffung eines auf Finanzverbindlichkeiten begrenztes, möglichst unbürokratisches und effizientes, nicht alle Gläubiger betreffendes außergerichtliches Restrukturierungsverfahren erreicht werden. Zur Vermeidung von volkswirtschaftlich schädlichen Implikationen ist es notwendig, das Restrukturierungsverfahren auf Finanzgläubiger zu beschränken.² Bei Fokussierung auf die wirtschaftlich maßgeblichen Finanzgläubiger kann die Umsetzung eines europaeinheitlichen Restrukturierungsverfahrens gelingen. Dies ist bei Erfassung aller Gläubigerarten durch das Verfahren hingegen ausgeschlossen, da die divergierenden Rechtsregeln der Mitgliedstaaten auch unterschiedliche Rechtspositionen der Beteiligten schaffen, die ein harmonisiertes europäisches Verfahren behindern. Viele der im Folgenden aufgezeigten Schwachpunkte des Entwurfes, insbesondere bei der Gefährdung von Lieferanten und anderer Gläubiger, könnten beseitigt und der immense Änderungsbedarf im nationalen Wirtschaftsrecht (Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht) könnte weitgehend vermieden werden, wenn die Wirkungen des Verfahrens auf Finanzkreditgläubiger beschränkt würden.

2. Kreditverteuerung insbesondere für KMU

Der Richtlinienvorschlag steht im Widerspruch zum, auf europäischer Verordnung beruhendem, Bankenaufsichtsrecht. Eine Forderung ist gemäß Art. 178 Abs. 1 b) CRR als ausgefallen anzusehen, wenn der Schuldner mehr als 90 Tage in Verzug ist.³ Sicherheiten werden nach dem europäischen Bankenaufsichtsrecht nicht mehr als risikolastend anerkannt, wenn das Kreditinstitut nicht (mehr) das Recht hat, die als Sicherheit zur Verfügung gestellten Vermögenswerte zeitnah zu liquidieren (Art. 194 Abs. 4 CRR).

Begibt sich ein Unternehmen in das Restrukturierungsverfahren gemäß Richtlinienvorschlag wird es in aller Regel bereits in Verzug mit Kreditraten sein. Sehr kurz nach Anordnung des Moratoriums gemäß Art. 6 und Art. 7 des Richtlinienvorschlags wären die Kreditverbindlichkeiten schon als non-performing loan im Sinne der CRR einzustufen.⁴ Der Richtlinienvorschlag fördert deshalb in erheblichem Umfang das Entstehen ausgefallener Kreditforderungen im Sinne von Art. 178 Abs. 1 b) CRR.⁵

Er erhöht auch den Druck auf das regulatorische Eigenkapital der Kreditinstitute. Kreditsicherheiten würden entwertet.⁶ Diese Risiken müssten die Kreditinstitute bereits bei der Vergabe von Krediten berücksichtigen. Kredite würden teurer. Unternehmensgründungen insbesondere kleinerer und mittlerer Unternehmen, die der Richtlinienvorschlag maßgeblich stützen will,⁷ werden erschwert.⁸

Das erhöhte Ausfallrisiko würde neben der Verteuerung der Kredite dazu führen, dass sich Unternehmensfinanzierungen strukturell von kleineren auf größere Kreditinstitute verlagern. Wegen des erhöhten Risikos, mit Krediten auszufallen, müssten Kreditinstitute schon bei Vertragsabschluss noch intensiver Kundendaten erheben und auswerten (Data-Mining). Kleinere Kreditinstitute werden die damit verbundene Verteuerung nicht tragen können und müssten sich von vielen überwiegend regionalen Kunden trennen. In der Krise eines Kunden wären die kleineren Kreditinstitute wegen des geschilderten Drucks auf ihr regulatorisches Eigenkapital schneller zum Verkauf der NPL an vielfach unregulierte Finanzmarktteilnehmer gezwungen.

3. Hohe Gefahr von Folgeinsolvenzen

Die mögliche und in der Praxis zu erwartende Einbeziehung sämtlicher Gläubiger in das geplante Moratorium gefährdet Lieferantengläubiger. Auf der Grundlage der in der Europäischen Union vorherrschenden Zahlungsziele von mittlerweile häufig 90 oder gar 180 Tagen würden zahlreiche Unternehmen, insbesondere in Lieferketten, durch das betriebene Restrukturierungsverfahren eines Abnehmers in ein eigenes Restrukturierungsverfahren gezwungen.⁹

Eine Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen (Moratorium) verpflichtet gemäß Art. 6 und Art. 7 des Richtlinienvorschlags die Lieferanten, zu unveränderten Bedingungen, mithin zu denselben Zahlungszielen, weiter zu liefern. Nutzt das restrukturierende Unternehmen diese Regelung, entstehen Verlängerungen der Zahlungsziele. Strategisch gut beratene Unternehmen würden am Ende einer Zahlungszielperiode das Restrukturierungsverfahren beginnen, um dann nochmals die gleiche Zeitlang Lieferungen zu erhalten. Das Risiko des Zahlungsausfalls tragen dann die gemäß Moratorium lieferverpflichteten wesentlichen¹⁰ Lieferanten. Die mit dem Moratorium gesperrten Forderungen kann der Lieferant bei seiner eigenen Unternehmensfinanzierung nicht mehr als Sicherheit nutzen. Banken und Factorer würden diese nicht mehr als vollwertige Sicherheit akzeptieren. Hinreichende liquide Mittel sind in Branchen mit sehr geringen Margen wie der Industrie um die Autozulieferung oder der Lebensmittelindustrie nicht verfügbar, ebenso wenig jedoch in nahezu fast allen Bereichen der kleinen und mittleren Unternehmen auch anderer Branchen. Diese, ausschließlich zugunsten des schuldnerischen Unternehmens wirkende, Benachteiligung der Gläubiger, insbesondere der Lieferanten, ist nicht verhältnismäßig.¹¹ Außerdem ist zu befürchten, dass die besser informierten und in der Verhandlungsposition stärkeren Finanzgläubiger versuchen werden, sich zu Lasten der Lieferanten und anderen Gläubiger hinsichtlich der Sanierungsbeiträge besser zu stellen. Lieferanten und Arbeitnehmer können oft nicht den Vertragspartner wechseln, weshalb ihnen Zugeständnisse leicht abgepresst werden können.

Im Falle des Scheiterns einer Restrukturierung ist das Ausfallrisiko der vom Moratorium betroffenen Gläubiger wesentlich erhöht. Das notwendige Vertrauen der Gläubiger und eine deutliche Verringerung des Ausfallrisikos kann nur durch einen unabhängigen, gerichtlich bestellten Dritten geschaffen werden, der auch schon bei der auf einen oder mehrere Gläubiger beschränkten Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen bestellt werden müsste.¹²

4. Massive Gläubigerbenachteiligung

Die Restrukturierungskultur und das Insolvenzrecht vieler Staaten Europas zeichnen sich durch ein fein abgestimmtes System der ausgleichenden Interessen zwischen den beteiligten Arbeitnehmern, Gläubigern, Schuldnern, Anteilseignern und Lieferanten aus. Auch die Risiken müssen in einem funktionierenden Markt ausgewogen verteilt sein. Ohne ein ernsthaftes Insolvenzrisiko wird sich die Wirtschaftsmoral verschlechtern. Unternehmer können wesentlich höhere Risiken eingehen, leveraged buy outs werden noch teurer und die Zahlungsmoral wird sich verschlechtern. Die Suspendierung von Insolvenzantragungspflichten provoziert Missbrauch. All dies gefährdet das Vertrauen der Marktteilnehmer in funktionierende Märkte. Der Richtlinienvorschlag sieht nahezu ausschließlich Regeln zum Schutz der Interessen schuldnerischer Unternehmen vor. Er gefährdet insbesondere mit den folgenden Punkten den notwendigen Interessenausgleich der Beteiligten:

- (1) Es gibt keine klar definierten Zugangsvoraussetzungen, bis zu welchem Stadium der Unternehmenskrise ein Unternehmen das sehr schuldnerfreundliche Verfahren noch nutzen darf.¹³ Eine Abgrenzung zur materiellen Insolvenz fehlt. Dies ermöglicht die Nutzung des Verfahrens auch bei unmittelbar bevorstehender oder bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit und gefährdet die betroffenen Gläubiger.

Gläubiger, insbesondere Lieferanten und Arbeitnehmer, aber auch die Märkte insgesamt müssen vor einem vermeintlich restrukturierenden, tatsächlich bereits materiell insolventen Unternehmen geschützt werden. Es wird deshalb der durch unabhängige Dritte geprüfte Nachweis einer noch wenigstens sechs Monate bestehenden Zahlungsfähigkeit als Eintrittsvoraussetzung gefordert.¹⁴

- (2) Es findet während des Restrukturierungsverfahrens keine Forderungsprüfung statt. Mögliche Manipulationen zulasten der Gläubiger werden hierdurch begünstigt. Allein das in der Praxis auch bei kleinen und mittleren Unternehmen sehr häufig vorkommende Darlehen von „Family & Friends“ einschließlich verbundener Unternehmen kann bereits geeignet sein, die maßgebliche Forderungssumme zu erreichen, um die übrigen Gläubiger zu überstimmen.¹⁵ Das materiell-rechtliche Bestehen dieser aber auch anderer bilanzierter Forderungen ist oft höchst fraglich und streitig. Insbesondere Kleingläubiger können sich nicht vor Manipulation schützen.
- (3) Der Entwurf überlässt es den Mitgliedsstaaten, ob der Schuldner während des Moratoriums nach dem Richtlinienvorschlag einen Insolvenzantrag stellen muss, sollte ein Insolvenzgrund eintreten (Art. 7 Abs. 1 und 3). Die Gläubiger können während eines alle Gläubiger umfassenden Moratoriums keinen Insolvenzantrag stellen (Art. 7 Abs. 2). Die Gläubiger können das Restrukturierungsverfahren nicht durch eigene Anträge verhindern, beenden oder beeinflussen.¹⁶ Es fehlt eine Überwachung des Schuldners durch eine von Schuldner und Gläubigern unabhängige Person, der das Vertrauen der Gläubiger genießt. Auch ein Gremium für die Interessenvertretung der Gläubiger sollte vorgesehen werden.
- (4) Das Votum für einen Restrukturierungsplan ist nach dem Richtlinienvorschlag auf 75 % begrenzt (Art. 9 Abs. 4). Es ist keine Kopfmehrheit, sondern nur eine Summenmehrheit vorgesehen. Eine Gruppenminorität kann eine Gruppenmajorität überstimmen (Art. 11 Abs. 1 b). Dies führt zu der Gefahr einer Beherrschung derartiger Abstimmungsverfahren durch Finanzinvestoren ohne strategische Interessen. Es setzt auch einen falschen Anreiz zur Manipulation von Forderungen oder zur „Erfindung“ von Forderungen (etwa durch „Family & Friends“ oder verbundene Unternehmen) um eine bestimmte Mehrheit zu erreichen.
- (5) Der Richtlinienvorschlag sieht in Art. 17 vor, während des Moratoriums schuldnerische Maßnahmen zu schützen, indem alle geschäftsüblichen Zahlungen des schuldnerischen Unternehmens, Veräußerung einzelner Vermögenswerte und Kapitalumwandlungen in einem gegebenenfalls nachfolgenden Insolvenzverfahren, und damit zulasten dieser Gläubiger, grundsätzlich von Nichtigkeit, Insolvenzanfechtung, Haftung und Strafbarkeit ausgenommen sind. Dies lädt zu Missbrauch ein. Das Restrukturierungsverfahren kann so zur Aushöhlung einer späteren Insolvenzmasse genutzt werden.

5. Kein Marktaustritt trotz dauerhafter Verluste

Krisenursachen sind in der Regel leistungswirtschaftlicher Art. In der Regel sind es Fehler des Managements die zu Strategie- und Ertragskrisen führen. Auf Dauer erfolglose und verlustreiche Unternehmen müssen zum Erhalt einer gesunden Volkswirtschaft entweder die Chance erhalten in einer Insolvenz an erfolgreichere Unternehmer verkauft zu werden oder aus dem Markt auszuschneiden (Marktschutz). Wird eine unausweichliche Insolvenz durch Restrukturierungen nur verzögert, sinken die Chancen zum Erhalt des rettbaren Unternehmens oder Teilen davon rapide. Lieferanten und Kunden aber auch die wesentlichen Mitarbeiter verlieren das Vertrauen und wenden sich ab. In der dann folgenden Insolvenz werden die Chancen zum Unternehmenserhalt oder Unternehmensverkauf deutlich schlechter.

6. Fehlende Legitimation

Sämtliche Stellungnahmen zum Richtlinienvorschlag seitens der Unternehmensverbände, der Gewerkschaften, der Industrieverbände und der Kreditwirtschaft weisen auf keinerlei spezifisch signifikanten Zusammenhang der unterschiedlichen Insolvenzregeln und einer fehlenden Investitionsmotivation von Marktteilnehmern hin.¹⁷

Vielmehr beruhen Investitionsentscheidungen und damit der freie Kapitalverkehr nach der jahrzehntelangen, fundierten Erfahrung dieser Verbände auf der Analyse

- der Markt- und Wettbewerbssituation in den jeweiligen Mitgliedstaaten,
- deren Infrastruktur,
- deren Steuerrecht,
- deren Gesellschaftsrecht und
- deren Arbeitsrecht.

Die Sanierungsbedingungen im Fall des unternehmerischen Scheiterns haben für eine Investitionsentscheidung hingegen – wenn überhaupt – nur eine marginale Bedeutung.¹⁸

¹ <http://www.vid.de/stellungnahmen/stellungnahme-des-vid-zum-vorschlag-fuer-eine-richtlinie-des-europaeischen-parlaments-und-des-rates-ueber-praeventive-restrukturierungsrahmen-die-zweite-chance-und-massnahmen-zur-steigerung-der-effiz/>.

² Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 2 f., S. 21 f., Erwägungsgrund (2); vgl. Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises v. 28.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3 f.; ebenfalls für die Beschränkung auf Finanzgläubiger: Stellungnahme des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft v. 22.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 2; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer v. April 2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3; Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Inkasso-Unternehmen e. V. (BDIU) zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3 zu Art. 4 a. E.; Stellungnahme der Bundessteuerberaterkammer v. 10.05.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 4 zu Art. 1; Stellungnahme des Deutschen Bundesrates v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 9 Pkt. 13.

³ Kapitaladäquanzverordnung/Capital Requirement Regulation: Verordnung über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012 (EU) Nr. 575/2013 v. 26.06.2013.

⁴ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins v. Februar 2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 12 f., für eine dementsprechende Anpassung des europäischen Bankenaufsichtsrechts.

⁵ Stellungnahme des VID zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 7, Pkt. 1. c).

⁶ Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft v. 29.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3, S. 17 Pkt. II. 4.1.4.

⁷ Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, Erwägungsgrund (13) sowie Fact sheet der DG Justice vom Mai 2017, S.2.

⁸ Stellungnahme der Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW v. 30.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 17 zu Art. 19-20.

⁹ Stellungnahme des Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI) v. 15.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 6 Pkt. 3. a), weist auf die Gefahr von Folgeinsolvenzen hin.

¹⁰ Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, Art. 7 Abs. 4.

¹¹ Stellungnahme der Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW v. 30.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 13 zu Art. 7 Abs. 4-5.

¹² Vgl. hierzu den Vermerk des Ratsvorsitzenden in Consil-ST 9316/17, S. 4.

¹³ Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, Erwägungsgrund (17).

¹⁴ Stellungnahme des VID zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 16, zu Pkt. 4. a) bb); Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins v. Februar 2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5 f.; Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises v. 28.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 2 (für 12 Monate); Stellungnahme des Deutschen Bundesrates v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 8 Pkt. 12.

¹⁵ Stellungnahme des Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e. V. (BAKinsO) v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3 Pkt. 7, verweist zudem auf die „sehr niedrigschwellig ausgestaltete Möglichkeit der Überstimmung dissertierender Gläubigergruppen“ gemäß Richtlinienvorschlag; zumal die *absolute priority rule* (Art. 2 Nr. 10 i. V. m. Art. 11 Abs. 1 c des Richtlinienvorschlags) den Schutz *gleichrangiger* Gläubiger nach einem Vorbild wie § 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO nicht sicherstellt, obschon diese Gläubiger verfassungsrechtlich mehr Schutz bedürfen als in der Insolvenz, da deren Forderungen wegen der frühen Phase der wirtschaftlichen Schwierigkeiten werthaltiger sind.

¹⁶ Gegen die Aussetzung von Insolvenzantragspflichten und -rechten: Stellungnahme des VID zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 29 f. zu Pkt. 8. a); Stellungnahme der Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW v. 30.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 12 f. zu Art. 7 Abs. 1-2; Stellungnahme des Deutschen Bundesrates v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 14 Pkt. 22; Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft v. 29.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 14 Pkt. II. 3.4.; Stellungnahme des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft v. 22.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 8; Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises v. 28.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 7; Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer v. April 2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5; Stellungnahme des Bundesarbeitskreis Insolvenzgerichte e. V. (BAKinsO) v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 2 Pkt. 5; Stellungnahme der Neuen Insolvenzverwaltervereinigung Deutschlands e. V. (NIVD) v. 27.02.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5 f. Pkt. 4; Wirtschaftskammer Österreich (WKO) v. 31.01.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 9 f.; Stellungnahme des Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI) v. 15.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 7 Pkt. 3. b); Stellungnahme des Bundesverbandes Deutscher Inkasso-Unternehmen e. V. (BDIU) zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 4 zu Art. 6 und 7; Stellungnahme der Bundessteuerberaterkammer v. 10.05.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 7 zu Art. 7.

¹⁷ Vgl. nur: Stellungnahme des VID zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5, zu Pkt. 1; Stellungnahme der Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW v. 30.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5 f. Pkt. 2.1.; Stellungnahme des Deutschen Bundesrates v. 10.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3 Pkt. 3; Stellungnahme der Deutschen Kreditwirtschaft v. 29.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3, S. 4 Pkt. II. 1; Wirtschaftskammer Österreich (WKO) v. 31.01.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 3; auch die von der EU-Kommission in Auftrag gegebene Studie der Universität Leeds verweist auf keine belastbaren empirischen Zusammenhänge: Study on a new approach to business failure and insolvency – Comparative legal analysis of the Member States' relevant provisions and practices/Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075, S. 23 ff.

¹⁸ Stellungnahme der Clearingstelle Mittelstand des Landes NRW v. 30.03.2017 zum Richtlinienvorschlag COM(2016) 723 final, S. 5 Pkt. 2.1.