

Die Einbettung des präventiven Restrukturierungsrahmens in ein breiteres Umfeld

Christoph G. Paulus

- 1. Rechtspflege und Rechtsanwendung**
 - 1.1. Vorüberlegungen des Richtlinienentwurfs
 - 1.2. Privatisierung der Rechtspflege
- 2. Ökonomische Überlegungen**
- 3. Rechtliche Überlegungen**
 - 3.1. Pacta sunt servanda
 - 3.2. Überschuldung
- 4. Summe**

Nunmehr ist es soweit: Nachdem das Vereinigte Königreich in Gestalt des *scheme of arrangement* ein immer weiter über die eigenen Grenzen hinausreichendes Erfolgsmodell vorzuweisen hatte, die Franzosen sich zur Vermeidung ihres ein wenig archaischen Insolvenzgesetzes schon seit geraumer Zeit auf insolvenzvermeidende Verfahren spezialisiert hatten und beide in mehreren Ländern (etwa Spanien, Italien, Griechenland, Polen) in wachsendem Maße Nachahmer gefunden hatten, trat die Europäische Kommission auf den Plan. Nach Vorarbeiten, die mit einer gleichsam im Sande verlaufenden Empfehlung 2014 begonnen hatten und sich seit 2016 durch eine immer stärker werdende Eigendynamik auszeichneten, wurde am 17.12.2018 der Text unter dem wenig anheimelnden Titel „Richtlinienvorschlag über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Effizienzsteigerung von Restrukturierungen, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren“ der Öffentlichkeit zugänglich gemacht.

Einige Besonderheiten dieses binnen der nächsten zwei bis drei Jahre in nationales Recht zu transformierenden Rechtsakts sollen in diesem Beitrag aufgegriffen und in einen größeren Kontext als gerade den des neuen Verfahrenstyps gestellt werden. Vorab ist jedoch eigens zu betonen, dass die Sperrigkeit des Titels Programm ist: Es geht in der Richtlinie nicht allein um ein Vorverfahren, sondern auch um Dinge wie die Vereinheitlichung der Entschuldungsfristen oder die Qualifikation der Berufsträger im Restrukturierungs- und Insolvenzbereich. Insofern fügt auch dieses Instrument¹ dem offenbar auf lange Sicht geplanten Gebäude eines europaweit² harmonisierten Restrukturierungs- und Insolvenzrechts einen weiteren Baustein hinzu.

Dass es bis dahin allerdings noch ein weiter Weg ist, erkennt man an den insbesondere gegen Ende der österreichischen Ratspräsidentschaft erzielten Flexibilisierungen der vorläufigen Schlussfassung.³ Sie verhindern, so wird man eingedenk bisheriger Gepflogenheiten der jeweiligen nationalen Gesetzgeber getrost prognostizieren dürfen, die Schaffung eines einheitlichen Instruments, das aus der Sicht eines effizienten Restrukturierungs- und Insolvenzrechts durchaus wünschenswert wäre. Ist doch für jeden Investor von maßgeblicher Bedeutung, wie sein Investment im kritischen Fall bewahrt oder doch zumindest gerettet wer-

1 Zu den entsprechenden Bestrebungen bei der EuInsVO s etwa *Mears/Pandya*, *Convergence in National and international Insolvency Law Since 2002*, *Insolvency and Restructuring International* 7.1, April 2013, 12 ff. *Paulus*, *Europeanisation of the Member States' Insolvency Laws*, *Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal* Vol. 3 (Special Edition in honor of Prof. Ian Fletcher) (2015) 301 ff., abrufbar unter: http://www.ntu.ac.uk/nls/document_uploads/174832.pdf.

2 Zu den ungleich ambitionierteren Bestrebungen *Macrons* im französisch-deutschen Verhältnis etwa *Gruber*, *Drei Schritte zu einer deutsch-französischen Annäherung im Bereich Insolvenz und Restrukturierung*, *EuZW* 2019, 181 ff.; *Paulus/Dammann*, *Präsidentielle Vorgaben und Symbiosen im Insolvenzrecht – Annäherungen zwischen Deutschland und Frankreich*, *ZIP* 2018, 249 ff.; *dies*, *La loi Pacte – Un Convergence Franco-Allemande en Marche Forcée*, *Recueil Dalloz* 2018, 248.

3 Dazu statt vieler *Mohr*, *Die Richtlinie in der Fassung der allgemeinen Ausrichtung*, *INDat Report* 08/2018, 21 ff.

den kann, von fundamentaler Bedeutung. Auf den wirtschaftlichen Aspekt wird noch einmal zurückzukommen sein (sub 2.); vorab soll aber erst eine andere Beobachtung vorgestellt werden (sub 1.), die ganz grundsätzlich mit Rechtspflege und Rechtsanwendung zu tun hat. Abschließend (sub 3.) werden zwei beliebig aufgegriffene Fragen dogmatischer Natur erörtert.

1. Rechtspflege und Rechtsanwendung

Auch wenn der ursprünglich recht konsequent verfolgte Ansatz, die Gerichte so weit wie möglich von dem neuen Instrumentarium des präventiven Restrukturierungsrahmens fernzuhalten, im Verlauf der Entwicklung immer weiter aufgeweicht worden ist, ist der ursprüngliche Ansatz doch wert, einmal näher angesehen zu werden. Denn bei ihm geht es einerseits um eine Prozeduralisierung von Verhandlungen, zum anderen um eine Privatisierung. Das sind große Themen, die sich im konkreten Fall des Richtlinienentwurfs mit ganz handfesten Gründen rechtfertigen lassen, die aber weit darüber hinausweisen und insofern paradigmatisch für eine viel größere und umfassendere Entwicklung stehen.

1.1. Vorüberlegungen des Richtlinienentwurfs

Was zunächst den konkreten Ausgangsfall des Richtlinienentwurfs anbelangt, so steht da die beeindruckende Zahl von ca 1,7 Mio Arbeitsplätzen im Raum, die alljährlich im Bereich der europäischen Mitgliedstaaten durch Insolvenzverfahren verloren gehen.⁴ Viele von ihnen könnten, so die optimistische Erwartung, gerettet werden, wenn es gar nicht erst zu einem Insolvenzverfahren käme. Da es durchaus positive Erfahrungen in Gestalt der eingangs genannten nationalstaatlichen Verfahren zur Vermeidung einer Insolvenz gegeben hatte und da diese Verfahren – insbesondere das englische *scheme of arrangement* – unionsweit (und weit darüber hinaus) offenbar nachgefragt waren, lag es nahe, auf diesem Vorbild aufzubauen.

Freilich ist allseits bekannt, dass die Richter der Common-Law-Familie, und hier insbesondere die englischen, eine Sonderstellung im Korps der Unions-Judikative einnehmen. Ihr berufs- und karrierebedingtes Vorverständnis der ihnen zur Beurteilung und Entscheidung vorgelegten Fälle sowie, damit zusammenhängend, ihr Selbstverständnis⁵ und die Flexibilität des Case-law-Systems ermöglichen eine Gesetzgebung, die im begründeten Vertrauen auf die richterliche Kontrolle offener sein kann als der kontinentale Gegenpart. Ein schönes Schlaglicht wirft auf diese Divergenz etwa Art 36 der Europäischen Insolvenzverordnung, dessen „Zusicherung“ dort in ein Prokrustesbett hochförmlicher Detailregelungen gepresst wird,

4 S dazu noch unten sub 3.1.

5 Aufschlussreich die Zusammenstellung bei *Gouron/Mayali/Padoa Schippoa/Simon* (Hrsg), Europäische und amerikanische Richterbilder (1996).

denen auf Seiten des englischen Vorbilds, dem Collins-&-Aikman-Verfahren,⁶ praktisch keine Entsprechung gegenübersteht.

Vor diesem Hintergrund ist es also durchaus verständlich, dass beim präventiven Restrukturierungsrahmen die Rolle des Richters zurückgedrängt werden sollte. Kritisch anzumerken ist allerdings, dass im Gegensatz zum englischen legislativen Vorbild, das eine doppelte Sicherung für ein am Ende angestrebtes arrangement enthält – nämlich die erforderlichen Abstimmungsmehrheiten, vgl sec 899 (1) Companies Act 2006 plus die Kontrolle (*fair and reasonable*) durch den Richter –, Art 9 Abs 4 Richtlinienentwurf (RLE) die Richtigkeitskontrolle auf den einzigen Umstand einer (noch dazu recht niedrigen) Mehrheitsentscheidung reduziert.

Wie dem auch sei und wie das, vor allem, zukünftig auch immer gehandhabt werden mag, die Vorüberlegungen der Kommission können durchaus Plausibilität für sich beanspruchen und das Projekt rechtfertigen. Diese Schlussfolgerung wird auch nicht dadurch geschwächt, dass man die Prognose für sehr wahrscheinlich halten darf, dass es hier künftighin noch viel Anpassungsbedarf geben dürfte.

1.2. Privatisierung der Rechtspflege

Es entspricht den Zeichen der Zeit – und mag auch deshalb zu einer inneren Rechtfertigung des europäischen Vorgehens führen –, dass der Richterschaft ehemals strikt ihr vorbehaltenen Aufgabenfelder entzogen werden. Der Richtlinienentwurf liegt damit voll im Trend der Zeit. Das Phänomen geht weit über das Insolvenz- und Restrukturierungsrecht hinaus; zumindest in Deutschland ist seit geraumer Zeit ein Rückgang, noch dazu ein starker, der zivilrechtlichen Gerichtsverfahren zu verzeichnen.⁷ Zivilgerichte werden demnach immer weniger als die geborenen Streitbeilegungsorte angesehen, sondern stehen in Konkurrenz mit anderen Institutionen.⁸ Verstärkt wird das durch die in der deutschen Zivilprozessordnung selbst vorgesehene Möglichkeit (§ 278 ZPO) des Richters, nicht nur

6 Vgl High Court of Justice, Entsch v 9.6.2006 – 4697, 4698, 4700, 4705, 4711, 4717–4719, 4721, 4722/2005, [2006] EWHC 1343 (Ch) = NZI 2006, 654 – Re Collins & Aikman Europe SA u.a., dazu EWIR 2006, 623 (*Mankowski*); zu einem ähnlichen Vorgehen im Rover SAS-Fall s. *Menjucq*, EC-Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies, ECFR 2008, 135, 145 f. Für das deutsche Recht – bemüht – *Meyer-Löwy/Plank*, NZI 2006, 622 sowie *Köhler-Ma/Burkard*, DZWIR 2007, 410.

7 S nur *Braun*, Systembildung im Zivilprozessrecht, ZZZP 2018, 277, 313 ff; *Greger*, Realität und Reform des Zivilprozessrechts im Spiegel der Justiz-Statistik, ZZZP 2018, 317 (Fn 2); *Prütting*, Rückgang der Klageingangszahlen bei den staatlichen Gerichten, DRiZ 2018, 62 ff; *Basedow*, Rechtsdurchsetzung und Streitbeilegung, JZ 2018, 1 ff; *Gaier*, Schlichtung, Schiedsgericht, staatliche Justiz – Drei Akteure in einem System institutioneller Rechtsverwirklichung, NJW 2016, 1367. Allgemeiner *Lahav*, In Praise of Litigation (2017).

8 S *Engel*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten – Mehr Zugang zu weniger Recht, NJW 2015, 1633 ff.

in jeder Phase des Verfahrens einen Vergleich herbeizuführen, sondern die Parteien auf Mediatoren zu verweisen.⁹

Das macht neugierig, was hinter diesem Trend stecken mag. Wenn nicht der, dann doch wohl einer der maßgeblichen Auslöser dürfte das im Jahre 1856 erschienene Buch „Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts“ von *Windscheid* sein. Bekanntlich markiert dieses Werk (zumindest im Privatrecht) die Abkehr vom aktionenrechtlichen Denken hin zur Priorisierung des materiellen Rechts und der damit korrespondierenden Degradierung des Prozessrechts zur Dienerin. Unabhängig von der Einschätzung und der (fehlenden) Richtigkeit dieser Metapher führt diese Verlagerung des Schwerpunkts geradezu zwingend zu einer Prärogative der einvernehmlichen Lösungssuche gegenüber einem obrigkeitlich verordneten Ergebnis. Kennzeichnend hierfür ist wiederum das Insolvenzrecht: Für buchstäblich Jahrtausende Inbegriff des *rigor iuris*, also des Parteivereinbarungen entzogenen, unverrückbaren und gesetzten Rechts, feiert seit 40 Jahren das Chapter-11-Verfahren weltweit eine einzigartige Erfolgsgeschichte.¹⁰ Man bezeichnet dieses Verfahren gerne als „*invitation to negotiation*“.¹¹

Während aber zumindest in Österreich und in Deutschland das Insolvenzplanverfahren in einen richterlich geleiteten Rahmen eingespannt ist, soll nunmehr auch dieser Rahmen gelockert (oder gar beseitigt) werden. Das könnte ungute Vorahnungen parallel zu beunruhigenden Zahlen im prozessualen Bereich auslösen: Bekanntlich macht die Online-Streitbeilegung allerorten rasante Karriere. Aus dem Jahr 2016 sind Zahlen bekannt von Streitfällen, die eBay USA mit Hilfe dieses Mediums geschlichtet hat: 60 Millionen! Im selben Zeitraum haben sämtliche staatliche Gerichte der USA zusammen 40 Millionen Fälle verbeschieden.¹² Wohlgemerkt, die Rede ist von nur einem einzigen, auch noch geografisch begrenztem Onlineportal; Amazon und andere sind da nicht mit eingerechnet. Der angesprochene, größere Trend zeigt sich an diesem Beispiel in seiner vollen Schärfe: Welches Recht mag da bei eBay angewendet werden? Wird Recht angewendet, oder herrscht „nur“ Billigkeit? Welches Regelwerk wird bei eBay Österreich, Japan, Südafrika oder Deutschland angewendet?

9 Das führt *Nöhre* zu der Frage: Wie viel Streitschlichtung verträgt der deutsche Zivilprozess?, AnWB 2019, 91 ff. In einem noch größeren Kontext s EuGH 14.7.2017, C-75/16 – *Menini*, EuZW 2017, 736, und *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht⁷ (2013) 324.

10 Zu den Gründen *Paulus*, Ausdifferenzierungen im Insolvenz- und Restrukturierungsrecht, JZ 2019, 11, 13 ff.

11 *Westbrook/Warren/Porter/Pottow*, The Law of Debtors and Creditors⁷ (2014), 359.

12 Vgl *Braegelmann*, Online Streitbeilegung (Online Dispute Resolution – ODR), in *Hartung/Bues/Halbleib* (Hrsg), Legal Tech (2018) 215, 216; *ders*, Moderne Onlinegerichte: Ein Reformvorschlag aus dem Vereinigten Königreich – Vorbild für die Digitalisierung des deutschen Insolvenzrechts?, ZInsO 2016, 952. S auch *Eidenmüller*, Online Dispute Resolution (ODR) und Consumer ADR: Ein Plädoyer für die Online-Verbraucher(schieds)gerichtsbarkeit, Bitburger Gespräche – Jahrbuch 2016, 101 ff.

Es zeigt sich hieran, dass der Privatisierungstrend durchaus seine Gefahren hat. *Rudolf von Jhering* hat in seinem Kampf ums Recht einmal treffend gesagt: „*Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit.*“ Nun ist gewisslich die schlechteste aller Ideen, wenn man angesichts der hier aufgezeigten Zusammenhänge zurückschrecken und die „guten, alten Zeiten“ herbeibeschwören wollte. Dieser so oft und in allen Lebenslagen bemühte Plan wird nicht aufgehen. Wichtig ist daher vor allem die Mahnung, dass, solange die Entwicklung derart rasant vorwärtsschreitet, darüber nicht die Grundpfeiler jeglicher rechtsstaatlicher Anforderungen verloren gehen oder auch nur geschmälert werden dürfen. Hierin sehe ich die enorme Verantwortung vor allem des akademischen Rechtspersonals:¹³ Wer sonst kann die gebotene Unabhängigkeit vorweisen, wenn sich der Staat, aus welchen Gründen auch immer, aus seiner Verantwortlichkeit zurückzieht? Diese Zunft muss sich mehr noch als bisher als Hüter rechtsstaatlicher Fairness und Waffengleichheit verstehen.

2. Ökonomische Überlegungen

In einem europäischen Diskussionspapier vom Juni 2016 tragen die Autoren Argumente zusammen, die aus makroökonomischer Perspektive die zentrale Bedeutsamkeit des Insolvenzrechts für ein Europa belegen sollen, in dem ein hoher Schuldenstand herrscht und das deshalb auf Investitionen angewiesen ist.¹⁴ Das Papier baut auf den Bestrebungen der Kommission zur Schaffung der Kapitalmarktunion¹⁵ und der Neuen Binnenmarktstrategie¹⁶ auf; es steckt somit den Rahmen ab, in dem sich der Richtlinienentwurf bewegt. Soweit darin die Erkenntnis gewonnen wird, dass sich Insolvenzrecht als Gegenstand ökonomisch ausgerichteter Standortpolitik eignet, wurde das Rad ein weiteres Mal erfunden;¹⁷ soweit darin konstatiert wird, dass ein effektives Insolvenzrecht nicht allein von guter Gesetzgebung, sondern zusätzlich auch noch von der justiziellen Infrastruktur und sonstigen Voraussetzungen einer soliden Finanzstabilität abhängt, könnten die Ausführungen durch den Verweis auf den Prüfungskatalog der World Bank Principles for Effective Creditor Rights and Insolvency Sys-

13 S bereits *Paulus*, Multinationale Unternehmen und nationale Insolvenzrechte, ZIP 2014, 2374, 2383.

14 *Bricongne/Demertzis/Pontuch/Turrini*, Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective, European Commission Discussion Paper 032/June 2016, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/dp032_en.pdf.

15 S die Mitteilung COM(2015) 468 final: Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion.

16 S die Mitteilung COM(2015) 550 final: Den Binnenmarkt weiter ausbauen: mehr Chancen für die Menschen und die Unternehmen.

17 S nur – unter Hinweis auf Antwerpen 1515 (sic!) – *Paulus*, Ein Kaleidoskop aus der Geschichte des Konkursrechts, in *Koneczny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2008, 105 ff.; ferner *ders*, Ist das Insolvenzrecht wirklich eine Schlüsselmaterie für die Wirtschafts- und Finanzstabilität eines Landes? – Der Versuch einer Antwort, in FS Görg (2010) 361 ff.; *ders*, Antwerpen 1515 – ein europäischer Urknall des Konkursrechts (erscheint demnächst in KTS 2019).

tems¹⁸ und auf die zwölf key standards, die das Financial Stability Board als unabdingbar für eine gesunde Finanzstabilität einer jeden Volkswirtschaft ausgestellt hat,¹⁹ ersetzt werden.

Und doch enthält das Diskussionspapier wichtige Informationen, über die hier zu sinnieren ist: Indem eine Korrelation zwischen einem hohen Schuldenstand und der notwendigen Effizienz eines Insolvenzsystems hergestellt wird, wird zum einen auf die NPLs (non-performing loans) verwiesen, deren Gesamtsumme (auch) in Europa geradezu erschreckend gigantische Ausmaße (ca 950 Mrd. €) angenommen hat, und zum anderen auf Maßnahmen zur geordneten Rückführung dieses Missstands. Auch wenn es dem typischen Tunnelblick der Ökonomen entspricht, die diese Problematik vornehmlich unter dem Aspekt der Schuldenreduzierung sehen und dabei das einem jeden Insolvenzrechtler bzw Restrukturierer geläufige umfassendere, regelmäßig parallel zu bearbeitende Problem der Einkommenserstarkung eines Schuldners in den Hintergrund drängen,²⁰ ist mit jener Korrelation eine der Rechtfertigungen für den Erlass des Richtlinienentwurfs angesprochen.

In Erwägungsgrund 2 heißt es nämlich, dass ein präventiver Restrukturierungsrahmen auch dazu zu dienen bestimmt sei, die Entstehung und Konzentration von NPLs zu verhindern. Denn indem die Möglichkeit eröffnet wird, schon vor jeglichem gerichtlichen Verfahren – sprich: Insolvenzverfahren – Schritte zur Schuldenreduzierung einzuleiten, würde sich eine bestehende Schuldenlast gar nicht erst zu einer NPL-Bedrohung auswachsen, weil sie bereits zuvor gebannt werden könne. Damit reiht sich der vorliegende Richtlinienentwurf in eine Reihe weiterer gesetzgeberischer Maßnahmen Europas ein, die ihrerseits sogar noch ungleich gezielter und expliziter gegen NPLs vorzugehen bestimmt sind. Im März 2018 präsentierte die Kommission nämlich ein Maßnahmenpaket zum Schutz vor dem NPL-Risiko. In ihm sind verschnürt etwa der Vorschlag einer Verordnung zur Ergänzung der Eigenkapitalverordnung (Capital Requirement Regulation), ein Richtlinienvorschlag zu Kreditdienstleistern, Kreditkäufern und die Verwertung von Sicherheiten²¹ sowie ein Staff Working Document zu Asset Management Companies,²² in dem es um die Fortschritte bei der Reduzierung der NPLs geht.

18 S <http://www.worldbank.org/en/topic/financialsector/brief/the-world-bank-principles-for-effective-insolvency-and-creditor-rights>.

19 S nur http://www.fsb.org/work-of-the-fsb/about-the-compendium-of-standards/key_standards/. Dazu etwa *Paulus*, Über die volkswirtschaftliche Bedeutsamkeit effektiver Insolvenzsysteme, in *Paulus* (Hrsg), Restrukturierung in Krisenzeiten – dargestellt am Beispiel Griechenlands (2014) 9 ff.

20 Diese Einseitigkeit der Problembetrachtung findet sich auch – und besonders – dort, wo es (noch) kein Insolvenzrecht gibt; vgl nur *Paulus*, Warum benötigen wir ein Insolvenzverfahren? (erscheint demnächst in ZIP, sub IV 1).

21 COM(2018) 135 final: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/DE/COM-2018-135-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF>.

22 Abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0072&from=EN>.