

Scheme of Arrangement –
Anerkennung in Deutschland nach dem Brexit
Scheme of Arrangement –
Acknowledgment in Germany post Brexit



I. Einleitung

Der Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union, insbesondere ein möglicher „harter Brexit“, infolgedessen europäische Regelungen nicht mehr bilateral angewendet werden, wird vielfältige Auswirkungen auch innerhalb der Europäischen Union zur Folge haben.

Anders als etwa das deutsche Recht sieht das englische Recht beispielsweise ein vorinsolvenzrechtliches Sanierungsinstrument, das (solvent) Scheme of Arrangement, vor, welches bisher sowohl von britischen, wie auch nicht-britischen Unternehmen zur Umsetzung einer Restrukturierung häufig genutzt wurde. Die Frage, inwieweit das Scheme of Arrangement auch nach einem möglichen „harten Brexit“ als vorinsolvenzrechtliches Sanierungsinstrument insbesondere in Deutschland anerkannt werden wird, wird im Folgenden dargestellt.

Die Frage der Anerkennung ist von Bedeutung sowohl für:

- die Ausübung des Ermessens der englischen Gerichte bei der Billigung eines Schemes als auch
- die Anerkennung des Schemes durch ein Gericht eines Mitgliedstaates, etwa in dem Fall, dass ein Gläubiger erklärt, er sei an das Scheme nicht gebunden (z.B. um lokal gelegene Assets verwerten zu können).

I. Introduction

The departure of the United Kingdom from the European Union, in particular in the case of a “hard Brexit” in which there is no continued bilateral application of EU law, will have many consequences within the European Union.

In contrast to German law, for example, English law provides for a pre-insolvency restructuring instrument, the (solvent) Scheme of Arrangement, which has been widely used by both UK incorporated and non-UK incorporated companies as means of implementing a financial restructuring. The question of recognition of the Scheme of Arrangement as a pre-insolvency restructuring instrument following a possible „hard Brexit“, in particular in Germany, will be examined below.

This question of recognition is relevant both to:

- the exercise of the English court of its discretion to sanction a scheme and
- the recognition of that scheme by the Courts of a Member State in the event, for instance, that a dissenting creditor asserts that it is not bound by the scheme (for instance, in order to enforce against local assets).

II. Das Scheme of Arrangement

Bei dem hier betrachteten Scheme of Arrangement handelt es sich um ein gesetzliches Verfahren nach englischem Recht, mit Hilfe dessen finanziell angeschlagene Unternehmen einen Vergleich mit ihren Anteilseignern oder Gläubigern schließen können (Abschnitt 26 des Companies Act 2006). Das Verfahren erfordert die Genehmigung bzw. Billigung durch ein englisches Gericht. Scheme of Arrangements können für eine große Bandbreite an Restrukturierungsmechanismen, beginnend bei einem einfachen Kompromiss (z.B. Stundung von Schulden) bis hin zu deutlich komplexeren Strukturierungen (z.B. Debt-for-Equity-Swaps), eingesetzt werden.

Obwohl es sich bei dem Companies Act um ein nur in England und Wales, Schottland und Nordirland unmittelbar geltendes Regelwerk handelt, wurde insbesondere das darin geregelte Scheme of Arrangement vielfach auch in anderen Ländern, insbesondere in Deutschland, zu Sanierungszwecken genutzt.

Während in einem dem deutschen Recht unterliegenden Insolvenzverfahren zumindest eine drohende Zahlungsunfähigkeit vorausgesetzt wird, ist eine solche für die Anwendbarkeit des Scheme of Arrangement nicht erforderlich. Zudem verbleibt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis im Falle eines Scheme of Arrangement oftmals beim Schuldner.

Sofern das englische Gericht sich von seiner Zuständigkeit für die Billigung des Scheme of Arrangement überzeugen konnte, obliegt es in seinem Ermessen, das Scheme zu billigen. In der Praxis wird das englische Gericht sein Ermessen zur Billigung eines Scheme of Arrangement für ausländische Unternehmen nur ausüben, wenn:

II. The Scheme of Arrangement

Subject of this note is the Scheme of Arrangement as a statutory procedure under English law whereby a company under financial pressure may make a compromise or arrangement with its creditors (or any class of them) pursuant to Part 26 of the Companies Act 2006. The process requires the approval (or "sanction") of the English court. Schemes of Arrangement have been used to implement a wide range of restructuring mechanisms, from a simple compromise (such as deferment of debt) to a more complicated structure (such as a debt-for-equity swap).

Although the Companies Act is a set of rules directly applicable in England and Wales, Scotland and Northern Ireland only, the Scheme of Arrangement set out therein has often been used for restructuring purposes in other countries, in particular in Germany, as well.

In contrast to insolvency proceedings governed by German law, which also requires at least the threat of insolvency, in the case of a Scheme of Arrangement there is no requirement for the company to be insolvent. Also, if a company implements a scheme of arrangement it is often the case that day-to-day administrative and disposition powers remain with the company.

If the English court is satisfied that it has jurisdiction to sanction the Scheme of Arrangement, it then has discretion as to whether to do so. In practice, the English court will exercise its discretion to sanction a Scheme of Arrangement for a foreign company only, if:

- eine hinreichende Verbindung zur englischen Gerichtsbarkeit besteht, und
- es wahrscheinlich ist, dass das Scheme seinen Zweck erfüllen kann.

Entsprechend wird das englische Gericht prüfen, welche Auswirkungen das Scheme of Arrangement haben wird und ob dieses in jeder Jurisdiktion, in welcher eine Anerkennung erforderlich wäre, auch anerkannt werden wird. Diese Prüfung erfolgt individuell von Fall zu Fall, wobei das englische Gericht Sachverständigengutachten zu den jeweils betroffenen Jurisdiktionen einholen kann.

Im Falle eines „harten Brexits“ findet die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (**“EuGVVO”**) zwischen dem Vereinigten Königreich und den Mitgliedstaaten keine Anwendung mehr. Entsprechend werden englische Gerichte in Fällen, in denen die Anerkennung in einem Mitgliedstaat für die Wirksamkeit des Schemes erforderlich ist, alternative Anerkennungsgrundlagen zu prüfen haben. Sollte keine alternative Anerkennungsgrundlage eingreifen, so werden die englischen Gerichte möglicherweise nicht mehr bereit sein, ihr Ermessen dahingehend auszuüben, das Scheme zu billigen. Eine Entscheidung eines englischen Gerichts darüber, dass ein Scheme in einer bestimmten ausländischen Gerichtsbarkeit anerkannt wird, ist zudem keine Garantie dafür, dass eine solche Anerkennung auch tatsächlich gewährt wird.

- there is a sufficient connection with the English jurisdiction and
- it is likely that the scheme will achieve its purpose.

Thus, the English court will consider what effect the Scheme of Arrangement will have, and what recognition would be accorded to it, in any jurisdiction in which such recognition would be necessary in order for the scheme to be effective. Consideration is on a case-by-case basis and the English court may receive expert evidence from the relevant jurisdiction(s).

In the event of a “hard Brexit” Regulation (EU) 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matter (**“Recast Brussels Regulation”**) will no longer apply between the United Kingdom and the Member States. Therefore, if recognition in a Member State is necessary for the scheme to be effective, the English court will have to consider, on a case by case basis, the alternative bases of recognition and, if there is none, may not be willing to exercise its discretion to sanction the scheme. Any decision by an English court that a scheme is likely to be recognised in any particular foreign jurisdiction is no guarantee that such recognition will in fact be afforded.

III. Anerkennung nach aktuellem Recht

Die Anerkennung richtet sich nach nationalem und (soweit anwendbar) europäischem Recht.

Haben englische Gerichte bislang auch die Anwendbarkeit der EuGVVO auf Schemes of Arrangement offen gelassen, so kann derzeit jedenfalls noch mit guten Argumenten angeführt werden, dass die für ein Scheme of Arrangement erforderliche gerichtlichen Bestätigung, eine zwingend anzuerkennende Entscheidung eines Gerichts eines Mitgliedstaates im Sinne EuGVVO darstellt und entsprechend das Scheme of Arrangement von allen anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union anzuerkennen ist.

IV. Anerkennung nach einem "harten Brexit"

Infolge eines „harten Brexit“ würde es sich bei dem das Scheme of Arrangement bestätigenden englischen Gericht nicht mehr um ein Gericht eines Mitgliedstaates handeln, sodass andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch nicht mehr im Rahmen der EuGVVO verpflichtet wären, das Scheme of Arrangement anzuerkennen.

Bereits jetzt werden vielfach Möglichkeiten diskutiert, die es auch im Falle eines „harten Brexits“ ermöglichen würden, das Scheme of Arrangement in Deutschland weiterhin als zulässige Sanierungsmaßnahme anzuerkennen. Diese sollen im Folgenden kurz beleuchtet werden.

1. Bilaterale Abkommen zwischen Deutschland und dem Vereinigten Königreich

Deutschland und das Vereinigte Königreich haben aktuell keine bilateralen Abkommen miteinander geschlossen, auf deren Basis eine Anerkennung des Scheme of Arrangements in Betracht kommen könnte. Es bleibt abzuwarten, ob es nach einem „harten Brexit“ bzw. einer Übergangsfrist zu bilateralen Abkommen oder einer einheitlichen europäischen Lösung kommen wird.

III. Recognition under the current law

The question of recognition is a matter of the domestic law and (if applicable) EU law.

While English courts have so far not finally settled whether the Recast Brussels Regulation applies to Schemes of Arrangement, it can currently still be validly argued that the sanction by the English court required for a Scheme of Arrangement constitutes a decision of a Member State within the meaning of the Recast Brussels Regulation and, thus a Scheme of Arrangement must be recognized in other Member States of the European Union.

IV. Recognition following a "hard Brexit"

As a result of a "hard Brexit", the English court sanctioning the Scheme of Arrangement would no longer be a court of a Member State, so that other Member States of the European Union would no longer be obliged to recognize the Scheme of Arrangement under the Recast Brussels Regulation.

The possible bases upon which Schemes of Arrangement could continue to be recognised as a permissible restructuring measure in Germany, even in the event of a "hard Brexit", are already being discussed. These are briefly examined below.

1. Bilateral agreements between Germany and the United Kingdom

Between Germany and the United Kingdom there are currently no bilateral agreements in place on the basis of which a recognition of the Scheme of Arrangements could be considered. It remains to be seen whether bilateral agreements or an unified European solution will be reached following a „hard Brexit“ or any transitional period.

2. Lugano-Übereinkommen

Daneben besteht die Möglichkeit, dass das Vereinigte Königreich dem Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (**“Lugano-Übereinkommen”**) beitrifft. Nach dem Lugano-Übereinkommen wäre das Scheme of Arrangement als Entscheidung eines Gerichts eines Mitgliedslandes anzuerkennen.

3. Rom I Verordnung

Daneben wird eine Anerkennung über das internationale Privatrecht, insbesondere die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (**“Rom I Verordnung”**) diskutiert.

Anders als die EuGVVO hat die Rom I Verordnung einen universellen Anwendungsbereich und ist damit auch im Verhältnis zu Nicht-EU-Mitgliedstaaten anwendbar und wäre damit auch im Falle eines „harten Brexit“ weiterhin zwischen dem Vereinigten Königreich und den Mitgliedsstaaten anwendbar.

Deutsche Gerichte haben ein Scheme of Arrangement einer deutschen Gesellschaft bereits nach der Rom I Verordnung anerkannt. Gegenstand des Scheme of Arrangement, über dessen Anerkennung die deutschen Gerichte zu entscheiden hatten, waren allerdings Forderungen, welche englischem Recht unterlagen. Eine Anerkennung eines Scheme of Arrangement, welches beispielsweise deutsche Forderungen zum Gegenstand hat, wäre hingegen nach der Rom I Verordnung nicht möglich. Eine Anerkennung über die Rom I Verordnung würde daher nur eingeschränkt helfen.

2. Lugano-Convention

It is possible that the United Kingdom will accede to the Lugano Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (**“Lugano Convention”**). Pursuant to the Lugano Convention, a Scheme of Arrangement would be recognized as a decision of a court of a Member State.

3. Rome I Regulation

In addition, a recognition under private international law, in particular Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (**“Rome I Regulation”**) is discussed.

Unlike the Recast Brussels Regulation, the Rome I Regulation has a universal scope and is therefore also applicable in relation to non-EU Member States and therefore will continue to apply as between the UK and Member States notwithstanding a “hard Brexit”.

The German courts have already recognized a Scheme of Arrangement in relation to a German company pursuant to the Rome I Regulation. However, the German court did so as the claims which were the subject of the Scheme of Arrangement were subject to English law. A Scheme of Arrangement which, for example, compromised German law governed claims would not be recognized under the Rome I Regulation. Therefore, a recognition pursuant to the Rome I Regulation would only be of limited assistance.

4. Autonomes, deutsches Recht

a) § 343 InsO

Eine Anerkennung des Scheme of Arrangement unter dem deutschen Insolvenzrecht, welches die Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren unter bestimmten Voraussetzungen vorsieht, kommt nach der derzeitigen Rechtsprechung nicht in Betracht. So setzt dies ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren voraus. Der Bundesgerichtshof hatte eine Qualifizierung des Scheme of Arrangement als Insolvenzverfahren in diesem Sinne bereits ausdrücklich abgelehnt. Eine Aufgabe dieser Rechtsprechung infolge des Brexit erscheint unwahrscheinlich.

b) § 328 ZPO

Letztlich bleibt noch eine Anerkennung nach dem allgemeinen deutschen Zivilprozessrecht. Auch hier ist eine Anerkennung ausländischer Urteile dem Grunde nach möglich. Voraussetzung für die Anerkennung des Scheme of Arrangement in Deutschland wäre aber etwa, dass

- der jeweilige Gläubiger unter dem Scheme of Arrangement seinen Gerichtsstand im Vereinigten Königreich hat,
- der Erfüllungsort der gegenständlichen Forderungen im Vereinigten Königreich liegt,
- ein Gerichtsstand im Vereinigten Königreich vereinbart bzw. infolge rügeloser Einlassung begründet wurde, oder
- mindestens ein Gläubiger seinen Sitz im Vereinigten Königreich hat

und das Scheme of Arrangement eine "enge Verbindung" dorthin aufweist.

Entsprechend könnte auch hier nur in wenigen Ausnahmefällen von einer Anerkennung des Scheme of Arrangements ausgegangen werden.

4. German autonomous law

a) Section 343 German Insolvency Code

A recognition of the Scheme of Arrangement under German Insolvency law, which does provide for the recognition of foreign insolvency proceeding under certain conditions, is according to current case-law out of the question. This is because an insolvency proceeding or comparable proceeding would be required. The Federal Court of Justice has expressly rejected the qualification of the Scheme of Arrangements as an insolvency proceeding. It seems unlikely that this jurisprudence will be abandoned as a result of Brexit.

b) Section 328 German Civil Procedure Code

Finally, recognition of a Scheme of Arrangement under general German civil procedural law seems possible. Hereunder, it is also in general possible to recognize foreign judgments. However, a recognition of the Scheme of Arrangements in Germany would require that

- the respective creditor under the Scheme of Arrangement has its place of jurisdiction in the United Kingdom
- the place of performance of the claims in question is in the United Kingdom
- a place of jurisdiction has been agreed or established as a result of not objecting to the jurisdiction of the court in the United Kingdom or
- at least one creditor has its registered seat in the United Kingdom,

and the Scheme of Arrangement has a "close connection" with the United Kingdom.

Accordingly, recognition of the Scheme of Arrangement could only be assumed in a few exceptional cases.

V. Ausblick

Die Europäische Kommission hat am 22. November 2016 einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsmaßnahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU veröffentlicht. Nach Einholung der Stellungnahmen der Mitgliedsstaaten sowie der einzelnen Interessenverbände wurde im Dezember 2018 der finale Text des zwischen dem Europäischen Rat, der Kommission und dem Parlament erzielten Kompromisses (**“Richtlinienvorschlag”**) vorgelegt, mit dessen Verabschiedung kurzfristig zu rechnen ist. Der Richtlinienvorschlag beinhaltet unter anderem die Schaffung von präventiven Restrukturierungsmöglichkeiten in allen Mitgliedstaaten. In diesem Zusammenhang wird derzeit diskutiert, ob es auch in Deutschland zur Schaffung eines deutschen Scheme of Arrangement kommen könnte. Der Verband Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. (VID) hat sich in seiner Stellungnahme dahingehend geäußert, dass ein Nachweis fehlender Insolvenzreife vorgelegt werden müsse, um einen Widerspruch zu den bestehenden Regelungen des Insolvenzverfahrens zu vermeiden. Insoweit kann nur abgewartet werden, ob und in welcher Form es tatsächlich zu einem deutschen Scheme of Arrangement kommen wird.

V. Perspective

On 22 November 2016, the European Commission published a proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring measures, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU. Following the collection of comments from the Member States as well as from the individual advocacy groups, the final wording of the compromise agreed between the European Council, the Commission and the Parliament (**“Directive Proposal”**) was presented in December 2018. Its passing can be expected shortly. The Directive Proposal includes the creation of preventive restructuring opportunities in all Member States. In this context, it is currently being discussed whether a German Scheme of Arrangement could be implemented in Germany. The Association of Insolvency Administrators of Germany e.V. (VID) has stated in its opinion that evidence of the lack of reasons for insolvency must be submitted in order to avoid a contradiction to the existing rules on insolvency proceedings. Insofar, it remains to be seen whether and in what form a German Scheme of Arrangement will actually be implemented.

VI. Fazit

Derzeit sind Schemes of Arrangement nach englischem Recht in Deutschland anzuerkennen. Nach einem möglichen „harten Brexit“ bleibt hingegen abzuwarten, ob Schemes of Arrangement nach britischem Recht auch weiterhin vollumfänglich in Deutschland anerkannt werden.

Es bestehen jedenfalls, sofern das Vereinigte Königreich nicht dem Lugano-Abkommen beitrifft oder ein sonstiges (bilaterales) Abkommen zur Anerkennung des Scheme of Arrangement trifft, ernsthafte Bedenken bezüglich einer weiterhin vollumfänglichen Anerkennung des englischen Scheme of Arrangements in Deutschland.

Unter den derzeit für eine Anerkennung diskutierten Normen wäre eine Anerkennung vielfach nur unter weiteren Voraussetzungen in einzelnen Fällen möglich.

Inhaltlich könnte es infolge des Kommissionsvorschlags zur Implementierung ähnlicher Sanierungsinstrumente in Deutschland kommen. In diesem Zusammenhang sollte aber beachtet werden, dass eine dem englischen Recht unterliegende Forderung nach dortigem Recht im Rahmen eines einem anderen Recht unterliegenden Insolvenzverfahrens weder beglichen noch gestundet oder sonst verändert werden kann, es sei denn der Gläubiger hat sich an diesem Insolvenzverfahren beteiligt.

VI. Conclusion

At present, the English law Scheme of Arrangement must be recognized in Germany. However, if there is a possible „hard Brexit“, it remains to be seen whether Schemes of Arrangement will continue to be fully recognized in Germany.

Unless the United Kingdom accedes to the Lugano Convention or enters into another (bilateral) agreement with Germany, there are serious concerns that a Scheme of Arrangement will not be fully recognized in Germany any longer.

Among the provisions currently under discussion, recognition would in many cases only be possible under additional requirements.

Whilst the Commission's proposal could lead to the implementation of similar restructuring instruments in Germany, it should be noted, however, that as a matter of English law, a debt governed by English law cannot be discharged or otherwise compromised by a foreign insolvency proceeding, unless the creditor had participated in that foreign insolvency proceeding.

Ihre Ansprechpartner

Sollten Sie zu dieser Publikation noch mehr Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die folgenden Ansprechpartner:



Dr. Marco Wilhelm

Partner, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 2731
mwilhelm@mayerbrown.com



**Dr. Malte Richter, LL.M.
(Northwestern)**

Counsel, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1657
mrichter@mayerbrown.com



Tina Hoffmann

Associate, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 1281
thoffmann@mayerbrown.com

Your Contacts

If you have any questions or require specific advice on any matter discussed in this publication, please contact the lawyers listed below:

Mayer Brown is a distinctively global law firm, uniquely positioned to advise the world's leading companies and financial institutions on their most complex deals and disputes. With extensive reach across four continents, we are the only integrated law firm in the world with approximately 200 lawyers in each of the world's three largest financial centers—New York, London and Hong Kong—the backbone of the global economy. We have deep experience in high-stakes litigation and complex transactions across industry sectors, including our signature strength, the global financial services industry. Our diverse teams of lawyers are recognized by our clients as strategic partners with deep commercial instincts and a commitment to creatively anticipating their needs and delivering excellence in everything we do. Our "one-firm" culture—seamless and integrated across all practices and regions—ensures that our clients receive the best of our knowledge and experience.

Please visit [mayerbrown.com](https://www.mayerbrown.com) for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

Mayer Brown is a global services provider comprising associated legal practices that are separate entities, including Mayer Brown LLP (Illinois, USA), Mayer Brown International LLP (England), Mayer Brown (a Hong Kong partnership) and Tauil & Chequer Advogados (a Brazilian law partnership) (collectively the "Mayer Brown Practices") and non-legal service providers, which provide consultancy services (the "Mayer Brown Consultancies"). The Mayer Brown Practices and Mayer Brown Consultancies are established in various jurisdictions and may be a legal person or a partnership. Details of the individual Mayer Brown Practices and Mayer Brown Consultancies can be found in the Legal Notices section of our website. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of Mayer Brown.

© 2019 Mayer Brown. All rights reserved.

Attorney Advertising. Prior results do not guarantee a similar outcome.

Americas | Asia | Europe | Middle East

[mayerbrown.com](https://www.mayerbrown.com)