

Stellungnahme des Bundesverbandes ESUG e.V. Restrukturierung, Sanierung und Eigenverwaltung (BV ESUG) zum SanInsFoG

Düsseldorf, 05.10.2020 -

Zum Sanierungsrechtsfortentwicklungsgesetz (SanInsFoG)

Bekanntlich wurde im Frühjahr dieses Jahres die Insolvenzantragspflicht für Corona-geschädigte Unternehmen für zunächst sechs Monate bis zum 30.09. 2020 ausgesetzt. Denn nichts konnte Deutschland als das wirtschaftliche Flaggschiff der EU weniger gebrauchen als eine unkontrollierte Insolvenzwelle im Vorfeld der eigenen Ratspräsidentschaft. Die Gefahr war aber nicht behoben, sondern es wurde lediglich Zeit gewonnen. Eine Anschlusslösung musste her, um einerseits im Kern gesunde Unternehmen nicht ohne Not in die Insolvenz zu treiben, andererseits zu verhindern, dass nicht (mehr) marktfähige Unternehmen – schlagwortartig als „Zombie-Unternehmen“ bezeichnet – künstlich am Leben erhalten werden.

Viel wurde über den Berliner Weg spekuliert. In einem ersten Schritt wurde die Verlängerung der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bis Jahresende nur noch für den Insolvenzgrund der Überschuldung und nicht mehr der Zahlungsunfähigkeit beschlossen. Vielerorts wurde dies als halbherziger Schritt kritisiert. Voraussichtlich steckt aber ein Plan dahinter.

Das EU-Parlament hatte im Sommer 2019 eine Restrukturierungs- und Insolvenzrichtlinie über ein strukturiertes außerinsolvenzliches Sanierungsverfahren („Präventiver Restrukturierungsrahmen“) erlassen, die sämtliche Mitgliedstaaten bis Mitte 2021 jeweils in nationales Recht umzusetzen haben. Dabei diente das deutsche Eigenverwaltungs-/Schutzschirmverfahren („ESUG“) in weiten Zügen als „Blaupause“.

In etwa zeitgleich mit diesem Prozess legte ein Expertengremium in Deutschland seinen Evaluierungsbericht über die ersten Erfahrungen mit dem im Jahr 2012 eingeführten ESUG-Verfahren vor, verteilte dabei viel Lob, regte aber auch diverse Änderungen an.

Bedingt durch die Corona-Pandemie sind viele Unternehmen von einer Insolvenz bedroht. Um die Insolvenzwelle zu verhindern, wurde zunächst die Antragspflicht im Falle einer Überschuldung oder einer Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.09.2020 ausgesetzt und zuletzt nur noch für den Insolvenzgrund der Überschuldung bis zum 31.12.2020 verlängert.

Vor diesem Hintergrund und der zusätzlichen Brisanz durch die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie versucht der deutsche Gesetzgeber nun, mit dem jüngst veröffentlichten Referentenentwurf über ein „Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts“ (SanInsFoG) nahtlos an die Beendigung der Aussetzung der Antragspflicht anzuknüpfen und damit eine Insolvenzwelle zu verhindern.

Positionierung des BV ESUG

I. Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG)

Der gesetzgeberische Ansatz ist durchaus gelungen, gleichwohl sieht der BV ESUG auch Kritikpunkte

Eine bilaterale, allseitige Verständigung zwischen einem Schuldnerunternehmen und seinen Gläubigern lässt unser Rechtssystem im Rahmen der Privatautonomie jederzeit zu. Dies wird künftig durch ein neues Sanierungsmoderationsverfahren noch zielgerichteter und strukturierter erfolgen können, was ausdrücklich zu begrüßen ist.

Wie verhält es sich aber, wenn ein oder mehrere Gläubiger sich einer mehrheitlich gewollten Sanierung aus oftmals sachfremden Gründen versagen? In diesem Fall konnte der Schuldner bislang nur darauf verwiesen werden, eine zwangsweise Einbindung opponierender Gläubiger im Rahmen eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung (ESUG) zu versuchen. Nunmehr werden Verfahrenshilfen geschaffen, mittels derer eine gläubigerseits mehrheitlich unterstützte Sanierung gegen den Widerstand einer Minderheit von Beteiligten auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens durchgesetzt werden kann. Auch dies ist ausdrücklich zu begrüßen.

Stellungnahme des BV ESUG zum StaRUG

1. Haftung im Rahmen der Krisenfrüherkennung

Dass die Geschäftsführung (GF) fortlaufend über Entwicklungen wachen sollen, welche den Fortbestand des Unternehmens gefährden könnten (§ 1 (1) StaRUG), kennen wir aus bereits gesetzlich vorhandenen Risikomanagement-Pflichten. Jetzt soll eine besondere Pflicht normiert werden, die lt. § 1 (3) StaRUG neben den bisherigen Sorgfaltspflichten der GF, wie die in direkter und analoger Anwendung des § 91 (2) AktG, stehen soll.

Ein Paradigmenwechsel im dt. Haftungsrecht folgt dann aber in § 2 StaRUG. Während bislang eine ungeschriebene „Pflicht zur Sanierung“ allenfalls ggü. Gesellschaft und Gesellschaftern bestanden haben mag, treten an deren Stelle nun die Gläubiger. Im Fall einer drohenden Zahlungsunfähigkeit haben nach § 2 (1) StaRUG die GF die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger zu wahren; und zwar primär und vorrangig, wie sich aus § 2 (1) Satz 3, (2) StaRUG ergibt. Beschlüsse und Weisungen von Überwachungs- und anderen Organen sollen danach für die GF unbeachtlich sein, sollten sie den vorrangigen Gläubigerinteressen entgegenstehen.

Nach § 2 (3) StaRUG haftet die GF bei Verletzung der Pflicht zur Wahrung der Gläubigerinteressen nach (1) für schuldhaftes Verhalten (Vorsatz oder jeder Grad der Fahrlässigkeit?) ggü. der Gesellschaft. Eine Pflichtverletzung knüpft wohl insbesondere an § 1 (1) Satz 2 StaRUG an, wenn dort bei akuten Krisensymptomen das Ergreifen von Gegenmaßnahmen verlangt wird. Abducken und Aussitzen kommen somit nicht in Frage. Wie solche Gegenmaßnahmen aussehen sollen, wird weitgehend ins pflichtgemäße Ermessen der GF gestellt, wobei der Grundsatz gelten soll, dass sich die Obachts- und Handlungspflichten proportional mit einer Krisenverschärfung erhöhen.

Ansprüche aus Pflichtverletzungen gem. § 2 (3) StaRUG, die während der Rechtshängigkeit einer Restrukturierungssache geschehen, sollen Gläubiger gem. § 43 i.V.m. §§ 32 (1), 61 StaRUG hingegen direkt ggü. der GF geltend machen können.

Kritik:

Dieses Haftungssystem ist verfehlt und geht zu weit.

a) Solange keine Insolvenzantragspflicht besteht, ist es nicht einzusehen, dass Gläubigerinteressen vor Gesellschaft(er)-Interessen gehen sollen. Gläubiger und Schuldner kontrahieren miteinander im Rahmen der Privatautonomie auf eigenes unternehmerisches Risiko. Bereits im Zustand drohender Zahlungsunfähigkeit vom GF zu verlangen, primär Gläubigerinteressen zu vertreten, bedeutete nicht viel anderes als eine Insolvenzantragspflicht bei drohender Zahlungsunfähigkeit durch die Hintertür, weil es dazu führen wird, dass sich die insoweit gänzlich überforderte GF durch Flucht in die Insolvenz potentieller Haftungsrisiken zu entledigen versucht.

b) Wenn sowohl im Zustand drohender Zahlungsunfähigkeit als auch während einer Restrukturierungssache Gläubigerinteressen den Gesellschaft(er)-Interessen vorgehen sollen, leuchtet es im Übrigen auch systematisch nicht ein, dass die GF im erstgenannten Fall (nur) der Gesellschaft ggü. und im letztgenannten den Gläubigern ggü. haften soll, zumal durchaus Fallgestaltungen im Zustand drohender Zahlungsunfähigkeit denkbar sind, in denen die Gesellschaft gar keinen Schaden erleidet. Was wird dann aus den vorrangigen Gläubigerinteressen?

c) Des Weiteren bedarf es der Klarstellung, ab wann es sich um eine rechtshängige Restrukturierungssache im Sinne von § 43 StaRUG handelt; erst bei bzw. nach Inanspruchnahme der Restrukturierungsinstrumente der §§ 29 ff. StaRUG oder auch ohne deren Inanspruchnahme?

Künftig wird dem Management noch mehr abzuverlangen sein, sich im Rahmen eines Frühwarnsystems regelmäßig über die wirtschaftliche Lage des Unternehmens informiert zu halten und bei Krisenanzeichen gegenzusteuern. Werden diese Pflichten vernachlässigt, droht persönliche Haftung. Damit wird der Tendenz entsprochen, den Haftungsrahmen für Vorstände und Geschäftsführer zu verschärfen, was aber grundsätzlich abzulehnen ist. Es wird zunehmend unattraktiver, ein solches Amt zu bekleiden. D&O Versicherungen werden immer restriktiver, und damit wird der Wirtschaft insgesamt geschadet, wenn der Geschäftsführer hinter jeder Ecke eine Haftungsfalle vermuten muss. Jegliche unternehmerische Entscheidungsfreiheit wird damit beschnitten. Die bestehenden gesetzlichen Regelungen sind völlig ausreichend.

2. Vergleichsrechnung

Im darstellenden Teil des Restrukturierungsplans soll ebenso wie künftig im ESUG-Verfahren der Plan nicht mehr an der Alternative einer Stilllegung oder Liquidation gespiegelt werden, sondern am nächstbesten Alternativszenario (§ 8 (2) StaRUG). Sieht der Plan die Fortführung vor, ist auch bei der Vergleichsrechnung von einer – dann anderweitigen – Fortführung auszugehen; es sei denn, eine solche oder ein Verkauf des Unternehmens sind aussichtslos.

Derselbe Vergleichsmaßstab soll auch im Rahmen der „gruppenübergreifenden Mehrheitsentscheidung“ (cross class cram down) in § 28 (1) Ziff. 1 StaRUG gelten.

Kritik:

Diese Regelung ist verwirrend. Die Restrukturierung nach dem StaRUG wird regelmäßig auf den Fortbestand des Unternehmens abzielen; worauf auch sonst? Denn von einem Liquidationsplan ist nirgendwo die Rede. Das bedeutet wiederum, dass auch für die Vergleichsrechnung regelmäßig eine Fortführungslösung zugrunde zu legen wäre. Es fragt sich nur, welche? Im Grunde muss eine verantwortungsvoll und nunmehr stets mit erheblichen Haftungsrisiken handelnde GF eine Vielzahl von Alternativrechnungen anstellen, nicht nur die einer Stilllegung und die eines Verkaufes, sondern wohl auch die einer ESUG-Lösung sowie aller denkbaren Varianten im Rahmen des StaRUG. Wird bspw. eine Verständigung mit den Finanzierern angestrebt, müsste auch alternativ berechnet werden, ob nicht mit anderen Planbetroffenen eine günstigere Lösung für die aktuell Planbetroffenen zu erzielen wäre.

Es bedarf hier dringend der klarstellenden Einschränkung. Der Hinweis „Dies gilt nicht, wenn ein Verkauf des Unternehmens oder eine anderweitige Fortführung aussichtslos ist“ (s. § 8 (2) Satz 3 StaRUG) ist viel zu allgemein und unbestimmt. Diese Aussichtslosigkeit wird sich die stets haftungsbedrohte GF von dritter Seite bescheinigen lassen wollen, und schon wäre es aufgrund mannigfacher Alternativrechnungen vorbei mit dem angestrebten schlanken, schnellen und vor allem mit dem EU-Blick auf KMU günstigen Verfahren.

Die Umsetzung eines solchen Vorgehens ist im Übrigen nur möglich, wenn ein sanierungs- und insolvenz erfahrener Berater oder Sanierungsgeschäftsführer das Unternehmen begleitet. Hinweise hierauf fehlen im Entwurf völlig.

3. Neue Finanzierungen

In den §§ 14, 93 StaRUG regelt der Referentenentwurf die von der RL geforderte Privilegierung neuer Finanzierungen.

Kritik:

Die Klarstellung des Begriffs „neuer Finanzierungen“ in § 14 StaRUG ist grds. zu begrüßen, ist aber in Anbetracht der wesentlich weitergehenden Regelungsvorgaben in Art 17 und 18 der Richtlinie viel zu knapp und nicht richtlinienausfüllend.

Auch lässt der Referentenentwurf die Umsetzung der RL insoweit vermissen, als dass ein im Rang privilegierte Stellung von Neufinanzierungen im Rahmen eines sich anschließenden Insolvenzverfahrens fehlt.

4. Stimmrechtsregelung

Die §§ 26 und 27 StaRUG regeln die einzelnen Stimmrechte sowie die Mehrheitserfordernisse.

Kritik:

Die betreffenden Regelungen sind unübersichtlich und sollten vereinfacht werden. Ein nicht insolvenz erfahrener Unternehmer wäre damit völlig überfordert.

5. Aufhebung der Restrukturierungssache

Das Gericht hebt die Restrukturierungssache von Amts wegen u.a. dann auf, wenn über das Vermögen der Schuldnerin ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist (§ 33 (1) Ziff.1 StaRUG).

Kritik:

Wenn hier auf eine Verfahrenseröffnung abgestellt werden soll, wäre es möglich, dass sich die Schuldnerin gleichzeitig in zwei Verfahren unterschiedlicher Zielsetzung befinden könnte, nämlich in der Restrukturierungssache und im Insolvenzeröffnungsverfahren.

6. Eingriff in Vertragsrechte

Stellt die Geschäftsleitung eine drohende, aber noch nicht eingetretene Zahlungsunfähigkeit fest, kann sie auf der Grundlage eines Restrukturierungsplans eine Verständigung mit Gläubigern suchen (§ 49 StaRUG). Im Zuge dessen kann auch in Sicherungsrechte eingegriffen und bestehende Verträge können geändert oder aufgehoben werden.

Kritik:

Dass auch (schon) außerinsolvenzlich grds. ein Eingriff in Vertragsverhältnisse möglich sein soll, ist im Sinne des Sanierungsgedankens zu begrüßen, auch wenn dies vermutlich eine verfassungsgerichtliche Befassung nach sich ziehen wird. Vor diesem Hintergrund ist ebenso zu begrüßen, dass ein Eingriff in Vertragsverhältnisse stets eines gerichtlichen, rechtsmittelfähigen Beschlusses bedarf (§§ 50, 51 StaRUG). Das ist auf jeden Fall eine tragende Säule der neuen gesetzlichen Regelung

Bedauerlich ist allerdings, dass ein Eingriff in Zahlungsansprüche aus Arbeitsverhältnissen ausscheiden soll. Ursache für eine Schieflage sind häufig massive Umsatzeinbrüche. Das gilt vor allem unter den Bedingungen der Pandemie. Um dem sinnvoll zu begegnen, kann zwar Kurzarbeit bis Ende 2021 in Anspruch genommen werden. Besser wäre es, wenn sich das Unternehmen gleich neu aufstellt und notwendige Kündigungen ausspricht. Ein erleichterter Eingriff in Arbeitsverhältnisse ist nicht vorgesehen. Anders ist dies in der Insolvenz, die dann doch die wahrscheinlichere Variante bleibt. Die damit verbundene Konzentration auf die Restrukturierung von Finanzverbindlichkeiten nimmt der Richtlinie viel an Praxisrelevanz.

7. Keine Regelung zur Behandlung der Kreditversicherer

Die Fortführung in der Krise setzt auch auf das Wohlverhalten der Kreditversicherer. Wenn diese im Rahmen der Restrukturierungsverhandlungen die Limite kürzen, kann dies das Aus bedeuten. Die Kreditversicherer müssen deshalb während der Dauer der Verhandlungen mit entsprechenden Regularien im Boot gehalten werden.

Kritik:

Regelungen hierzu fehlen im Referentenentwurf

8. Planbestätigung

Die §§ 64 ff. StaRUG regeln das Planbestätigungsverfahren.

Kritik:

Im Rahmen der gerichtlichen Planbestätigung wird die Wahrung des Minderheitenschutzes (Kriterium des Gläubigerinteresses) in § 68 StaRUG ausdrücklich angesprochen. Es wäre zu begrüßen, wenn auch die Erforderlichkeit der Prüfung der gruppenübergreifenden Mehrheitsentscheidung (§ 28 StaRUG) im Rahmen der Planbestätigung ausdrücklich erwähnt würde.

9. Restrukturierungsbeauftragte

Die entsprechenden Regelungen finden sich in den §§ 77 ff. StaRUG.

Kritik:

Richtlinienkonform bestimmt § 78 (2) Satz 1 StaRUG, dass ein schuldnerseits vorgeschlagener Restrukturierungsbeauftragter nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit vom Gericht abgelehnt werden kann. Nicht richtlinienkonform ist hingegen die vorgesehene Regelung in § 78 (2) Satz 2 StaRUG, wonach auch Planbetroffene eigeninitiativ und ggfs. gegen den Willen der Schuldnerin einen Restrukturierungsbeauftragten durchsetzen können. Die RL sieht als bindende Regelung vor, dass keine Person als Restrukturierungsbeauftragter gegen den Willen der Schuldnerin bestellt werden darf (vgl. Art. 26 Abs. 1 Ziff. d) der Richtlinie).

Insgesamt gehen die Befugnisse des Restrukturierungsbeauftragten in § 80 StaRUG eindeutig zu weit. Die Grenzen zum Sachwalter im ESUG-Verfahren werden verwischt, wenn der Restrukturierungsbeauftragte sogar in operative Tätigkeiten eingebunden werden soll. Dessen Tätigkeit sollte auch nicht sein, letztlich dem Gericht übertragene (Prüfungs-) Aufgaben zu übernehmen.

Im Übrigen fehlt es an den spezifischen Anforderungen an den Restrukturierungsbeauftragten. Die bloße Qualifikation als Insolvenzverwalter darf jedenfalls nicht ausreichen.

II. Änderungen der Insolvenzordnung

Die im Rahmen des ESUG bestehenden Sanierungsoptionen der Insolvenzordnung werden im Lichte des Evaluationsberichtes und mit dem Ziel fortentwickelt, betroffenen Unternehmen unter verstärkter Wahrung von Gläubigerrechten die Möglichkeit einer Eigensanierung zu verschaffen. Künftig wird diese Sanierungsoption allein solchen Unternehmen vorbehalten bleiben, die das Eigenverwaltungsverfahren sorgfältig und gewissenhaft vorbereiten und betreiben. So muss bereits mit Antragstellung ein Finanzplan für die nächsten sechs Monate sowie ein Grobkonzept vorgelegt werden. In Konsequenz dessen besteht künftig ein Anspruch auf ein erläuterndes Vorgespräch mit dem Gericht. Zahlungsrückstände ggü. Arbeitnehmern, Finanzamt oder Sozialkassen können ebenso zum Verfahrensausschluss führen wie die Vernachlässigung von Buchführungspflichten. Der Insolvenzgrund der Überschuldung wird deutlich entschärft, um den Schuldner aus dem Abgrenzungsdilemma zwischen dem Insolvenzgrund der Überschuldung (Antragspflicht) und der drohenden Zahlungsunfähigkeit (keine Antragspflicht) zu befreien.

Umsatzsteuerverbindlichkeiten werden nunmehr auch im Eigenverwaltungsverfahren zugunsten des Fiskus privilegiert.

Digitalisierung

Zur Effektuierung der insolvenzrechtlichen und restrukturierungsrechtlichen Verfahren soll der Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel gefördert werden. Dazu gehören die Ermöglichung virtueller Gläubigerversammlungen im Insolvenzverfahren und Erleichterungen bei der Forderungsanmeldung (Art. 5 Nr. 20) sowie die Verpflichtung der Verwalter zur Führung eines elektronischen Gläubigerinformationssystems (Art. 5 Nr. 5).

Ergänzungen des COVInsAG

Dem Umstand Rechnung tragend, dass viele Unternehmen infolge der teilweise drastischen Umsatzeinbrüche während der Pandemie-Phase in eine ernsthafte Krise geraten oder gar insolvenzreif geworden sind, werden Zugangshürden zu den Sanierungsoptionen innerhalb oder außerhalb einer Insolvenz temporär herabgesetzt. Im Zuge dessen soll der für die Prüfung und Feststellung einer Überschuldung maßgebliche Prognosezeitraum temporär auf 12 Monate verkürzt werden.

II. Änderung der Insolvenzordnung

1. Änderung des § 55 Abs. 4 InsO

Kritik:

Die Änderung des § 55 Abs. 4 InsO ist abzulehnen. Es ist nicht nachzuvollziehen, warum der Fiskus wieder einmal privilegiert werden soll. Die Regelung war als Anreiz für ein Eigenverwaltungsverfahren gedacht. Es entsteht schon an dieser Stelle der Eindruck, dass Eigenverwaltungsverfahren beschränkt werden sollen.

2. § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO: Bestellung eines Restrukturierungsbeauftragten oder Sanierungsmoderators zum Insolvenzverwalter

Kritik:

In der Praxis übt ein Sachwalter oder auch Restrukturierungsbeauftragter großen Einfluss auf das Stimmverhalten des Gläubigerausschusses aus, was vielfach unterschätzt wird. Die Regelung sollte deshalb nicht greifen, sondern immer ein vom Restrukturierungsbeauftragten unabhängiger Sachwalter oder Insolvenzverwalter bestellt werden, der auch nicht aus derselben Kanzlei stammen darf. Im Übrigen wäre damit der Anreiz, schnell in ein Regelinsolvenzverfahren überzuwechseln, viel zu groß. Das Vergütungsinteresse des Restrukturierungsbeauftragten an der Vergütung eines Insolvenzverwalters sollte nicht unterschätzt werden. Wechsel von der Eigenverwaltung in die Regelinsolvenz sind nicht selten ebenfalls vergütungsgetrieben. Aus diesem Grunde sollte ein Sachwalter auch nicht mit einem Insolvenzverwalter bei Wechsel in die Regelinsolvenz identisch sein dürfen. Vielmehr will der Gesetzgeber nunmehr genau diese Möglichkeit eröffnen. Es sollte im Gesetz alles vermieden werden, was Interessen einzelner begünstigt. Es sollte sich um ein Gesetz für die Wirtschaft und nicht um solches für bestimmte Interessengruppen handeln.

2. § 220 InsO Einführung der Vergleichsrechnung:

Kritik:

Im darstellenden Teil des Restrukturierungsplans soll ebenso wie künftig im ESUG-Verfahren der Plan nicht mehr an der Alternative einer Stilllegung oder Liquidation gespiegelt werden, sondern am nächstbesten Alternativszenario (§ 8 (2) StaRUG. Sieht der Plan die Fortführung vor, ist auch bei der Vergleichsrechnung von einer – dann anderweitigen – Fortführung auszugehen; es sei denn, eine solche oder ein Verkauf des Unternehmens sind aussichtslos.

Kritik:

Diese Regelung ist verwirrend. Die Restrukturierung auch nach dem ESUG wird regelmäßig auf den Fortbestand des Unternehmens abzielen. Nur in Ausnahmefällen könnte auch die Liquidation das Ziel sein (dazu siehe Ziff.6). Für die Vergleichsrechnung wäre demnach regelmäßig eine Fortführungslösung zugrunde zu legen. Es fragt sich auch hier welche? Im Grunde sind auch hier eine Vielzahl Alternativrechnungen anstellen, nicht nur die einer Stilllegung und die eines Verkaufes, sondern wohl auch die einer ESUG-Lösung. Wird bspw. eine Verständigung mit den Finanzierern angestrebt dergestalt, dass sie gegen Beibehaltung der bisherigen Sicherheiten das Unternehmen weiter finanzieren, müsste auch alternativ berechnet werden, ob nicht mit anderen Planbetroffenen eine günstigere Lösung für die aktuell Planbetroffenen zu erzielen wäre.

Es bedarf hier dringend der klarstellenden Einschränkung. Der Hinweis „ das gilt nicht, wenn ein Verkauf des Unternehmens oder eine anderweitige Fortführung aussichtslos ist“ ist viel zu allgemein und unbestimmt. Diese Aussichtslosigkeit wird man sich zudem wohl von einem unabhängigen Dritten bescheinigen lassen müssen. Das wird mit Zusatzkosten verbunden sein und unterhalb einer bestimmten Unternehmensgröße wird ein Eigenverwaltungsverfahren häufig nicht mehr finanzierbar sein.

Im Ergebnis läuft die gesetzliche Regelung auf einen Verkaufsprozess hinaus.

Ein solcher Prozess bindet aber nicht nur Kapazitäten, sondern verursacht hohe Kosten, die die Masse belasten. Das ist vor allem ein Geschäftsmodell für M&A-Berater. Auf jeden Fall ist dem Altgesellschafter im Falle eines Angebotes durch einen Dritten zwingend ein Vorkaufsrecht

einzuräumen. Es darf nicht so sein- wie zwischenzeitlich in laufenden Eigenverwaltungsverfahren häufig von Sachwaltern gefordert -, dass der Gesellschafter ein Angebot abgeben muss, ohne das Angebot potentieller Investoren zu kennen.

Auch sollte klargestellt werden, dass weder der Sachwalter noch der Gläubigerausschuss einen Anspruch auf Durchführung eines M&A-Prozesses haben. Um das gewünschte Ziel im Rahmen der Vergleichsrechnung zu erreichen, sollte es ausreichen, wenn ein sachverständiger Dritter gutachtlich die Chancen und das wirtschaftliche Ergebnis eines Verkaufsprozesses ermittelt. Sollte der Schuldner mit dem Ergebnis nicht einverstanden sein, wäre es akzeptabel, einen solchen Prozess durchzuführen. Es obliegt nach dem vorliegenden Entwurf aber dem Schuldner, den Beweis der Unverkäuflichkeit zu führen. Die bloße Behauptung eines Gläubigers genügt demzufolge, dass das Unternehmen verkäuflich sei, um den Schuldner zu zwingen einen solchen Beweis zu führen. Schon aus Gründen der Waffengleichheit sollten Beweiserleichterungen eingeführt werden.

3. Verschärfung des Zugangs zur Eigenverwaltung (§ 270 a InsO)

Die Anforderungen an eine Verschärfung des Zugangs zur Eigenverwaltung sind grundsätzlich zu begrüßen, weil damit die Vorbereitung wesentlich intensiver gestaltet werden muss.

Kritik:

Abzulehnen ist aber das Tor, das jetzt für die Sachwalter geöffnet wird, die Eigenverwaltung zu kippen und Insolvenzverwalter zu werden. Damit wird der schleichende Tod der Eigenverwaltung in die Wege geleitet.

4. Vorlage eines Finanzplanes für 6 Monate § 270a Abs. Nr.1

Die Regelung ist zu begrüßen, weil sie die Spreu vom Weizen trennt und den Schuldnerberater dazu zwingt sich Gedanken zu machen, ob die Eigenverwaltung überhaupt Sinn macht.

Kritik:

Wer beurteilt, ob die Eigenverwaltungsplanung vollständig und schlüssig ist? Kann das ein Richter überhaupt? Sinnvollweise sollten sich hierfür sachverständige Dritte anbieten. Wird dies an einen Insolvenzverwalter delegiert, darf dieser aber auf keinen Fall Insolvenzverwalter in diesem Verfahren werden dürfen. Auch muss die Möglichkeit geschaffen werden, dass diese Beurteilung, ähnlich wie die Bescheinigung nach § 270b, im Vorfeld durch einen unabhängigen und vom Insolvenzgericht anerkannten Dritten erfolgen kann. Ansonsten besteht das hohe Risiko, dass zwar ein vollständiger Antrag gestellt wird, das Gericht jetzt aber einen Sachverständigen beauftragt und es möglicherweise Wochen dauert, bis dieser zu einem Ergebnis kommt. Zwischen Antragstellung und Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung vergehen Tage, wenn nicht Wochen, in denen der Schuldner handlungsunfähig ist. Er kann sein Geschäft in dieser Zeit praktisch nicht weiter führen ohne erhebliche Haftungsrisiken einzugehen.

5. Ein Konzept für die Bewältigung der Insolvenz; § 270a Nr.2

Kritik:

Wenn mit einem Konzept gemeint ist, eine Art IDW S6 Gutachten vorzulegen, geht das in die völlig falsche Richtung. Hier wird einerseits unterschätzt, welcher Aufwand hinter einem solchen Konzept steht (Durchleuchtung der gesamten Wertschöpfungskette einschließlich der Produktion und Prozesse). Die Vorbereitungszeit auf ein Eigenverwaltungsverfahren müsste dann auf ca. 2 Monate ausgedehnt werden. Was ist aber dann in der Zwischenzeit? Dürfen noch Bestellungen getätigt und Lieferanten bezahlt werden? Der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit würde dann keine Option mehr für eine Eigenverwaltung sein.

Deshalb muss es genügen, dass eine plausible Sanierungs idee bei Antragstellung vorgelegt wird. Die Ausarbeitung eines Konzeptes muss dem vorläufigen Verfahren vorbehalten bleiben. Dies gilt es, zwingend darzustellen. Ansonsten wird die Eigenverwaltung auf das reduziert, was sie vor 2012 war und würde in Zukunft wieder bedeutungslos werden.

Abzulehnen ist deshalb auch, den vorläufigen Sachwalter mit der Berichterstattung zu beauftragen (§ 270 c Abs. 1 InsO), wenn er anschließend bei Abgabe eines negativen Berichts Insolvenzverwalter wird. Damit wird die Rechtslage vor 2012 wiederhergestellt. Ein Sachwalter hat ein erhebliches monetäres Interesse daran, Insolvenzverwalter zu werden. Auf diese Art und Weise wird ihm der Weg dahin sehr leicht gemacht. Es steht zu erwarten, dass Sachwalter die Eigenverwaltung torpedieren,

wenn sie anschließend Insolvenzverwalter werden könnten. Genau deswegen hat die Eigenverwaltung bis 2012 nicht funktioniert. Auf diesem Wege bestimmt das Gericht einen Sachwalter (Beispiel Dr. Dirk Hammes im InDAT Report 2012: „ESUG extrem sorgloser Umgang mit dem Gesetz“), von dem es weiß, dass er grundsätzlich gegen die Eigenverwaltung ist. Gründe, die Planung und vor allem das Sanierungskonzept in Frage zu stellen, lassen sich immer finden. Entsprechendes gilt bei schon geringfügigen Verstößen gegen Offenlegungspflichten, siehe Punkt 5)

6. Kosten der Eigenverwaltung § 270a Abs. 1 Nr. 5 InsO

Kritik:

Die Kosten der Eigenverwaltung dürfen die der Regelverwaltung übersteigen, aber nicht wesentlich. Dies ist akzeptabel, allerdings bleibt unklar, was wesentlich ist.

7. Anordnung der vorläufigen Eigenverwaltung § 270a Abs. Nr.3, § 270b Abs.2 Nr.3 nicht bei Verstoß gegen Offenlegungspflichten.

Kritik:

Diese Hürde ist viel zu hoch, und vor allem ist deren Formulierung zu unpräzise. Danach reicht es ja schon, wenn die Unterlagen geringfügig verspätet eingereicht werden. Will man die Eigenverwaltung verhindern, lässt sich hier bei praktisch jedem Unternehmen ein Ansatz finden. Die Regelung sollte deshalb vollständig gestrichen werden.

8. Aufhebung der Eigenverwaltung § 270e Nr. 4:

Kritik:

Der Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses sollte einstimmig sein. Enthaltungen sollten zulässig sein und die Einstimmigkeit nicht berühren.

9. § 270e Abs. 2: Aufhebungsantrag durch einen absonderungsberechtigten Gläubiger

Die Beschränkung gegenüber der aktuellen Rechtslage auf einen absonderungsberechtigten Gläubiger ist zwar grundsätzlich zu begrüßen, aber immer noch zu weitgehend. Der Aufhebungsantrag sollte nur in einer Gläubigerversammlung gestellt werden können. Spricht sich eine Kopfmehrheit oder eine Summenmehrheit gegen die Aufhebung aus, so verbleibt es bei der Eigenverwaltung. Die Praxis zeigt, dass Sachwalter vereinzelt versuchen, einzelne Gläubiger zu instrumentalisieren, um den Wechsel in die Regelinsolvenz zu ermöglichen. In allen Fällen sollte klargestellt werden, dass bei einem Wechsel von der Eigenverwaltung in die Regelinsolvenz der bisherige Sachwalter nicht Insolvenzverwalter werden kann.

10. Eigenverwaltung auch im Falle einer geplanten Liquidation

Eigenverwaltung ist nach der Anlage des Gesetzes nur für Fortführungslösungen angedacht.

Kritik:

Eigenverwaltung kann auch im Falle einer geplanten Liquidation Sinn machen, jedenfalls dann, wenn eine 100% Quote für die Gläubiger in Aussicht gestellt werden kann. Liquidationen außerhalb eines Insolvenzverfahrens scheitern häufig an hohen Sozialplanforderungen der Mitarbeiter und der langen Kündigungsfristen von Arbeits- und sonstigen Dauerschuldverhältnissen. Es kommt dann zu einer Regelinsolvenz, bei der die Masse häufig durch hohe Verwaltervergütungen geschmälert wird. Der Schuldner hat die Liquidation nicht in der Hand, sondern ist dem Insolvenzverwalter ausgeliefert. Möglicherweise hat er aber ein vehementes Interesse daran, seine Gläubiger zu 100% zu befriedigen. Dies gilt insbesondere, wenn andere Gesellschaften der Gruppe indirekt betroffen sind. Fällt der Lieferant nicht aus, werden auch die Kreditversicherungslinien der Tochter- oder Schwestergesellschaften nicht tangiert. Kommt es aber zu Ausfällen, so werden die Kreditversicherungslinien der Tochter- oder Schwestergesellschaften regelmäßig gestrichen, was diese wiederum in Schwierigkeiten bringt. Dem Gesellschafter muss deshalb die Möglichkeit erhalten bleiben, die Liquidation auch in der Insolvenz durchzuführen, wenn er mit Antragstellung durch eine entsprechende Planung nachvollziehbar darlegt, dass die Gläubiger zu voraussichtlich 100% befriedigt werden. Im Übrigen würde durch die Verfahrensart Eigenverwaltung gegenüber den Gläubigern und Kreditversicherern unterstrichen, dass die 100% Befriedigung der Gläubiger ernst gemeint ist. Dem Gesellschafter bleibt es dann sogar unbelassen etwaige Differenzen zur 100% Quote aus eigenen Mitteln darzustellen.

Fazit:

Die Eigenverwaltung steht bei konsequenter Umsetzung der geplanten Regelung auf der Kippe. Grund dafür, dass die Eigenverwaltung bis 2012 nicht funktioniert hat, war neben der fehlenden Gläubigerautonomie die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters. Das wird jetzt über die Hintertür wieder eingeführt. Das monetäre Interesse der Insolvenzverwalter ist naturgemäß sehr groß, wie ja auch ein prominenter aktueller Fall zeigt. Deshalb darf auf keinen Fall derjenige Sachwalter, der die Eigenverwaltung direkt oder indirekt gekippt hat, Insolvenzverwalter werden. Dies allenfalls dann, wenn er nicht als sachverständiger Gutachter beteiligt war. Anderenfalls wird bald wieder die Zeit auf vor 2012 zurückgedreht. Gleichwohl sind die höheren Anforderungen an den Eintritt die Eigenverwaltung zu begrüßen, weil damit die Spreu vom Weizen getrennt wird. Allerdings sollte man über die Höhe der Hürden nachdenken. Hier wird eindeutig zu viel des Guten gemacht. Wenn ein Gericht die Eigenverwaltung verhindern will- und die gibt es leider zur Genüge- dann eröffnet die neue Regelung alle Möglichkeiten hierzu.

Es ist nachvollziehbar, dass die Umsetzung der EU-Richtlinie zum außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahren schnell erfolgen muss, um eine Insolvenzwelle zu verhindern. Es besteht jedoch keine Veranlassung, das ESUG ebenfalls im Schnellverfahren zu ändern. Hier wäre es viel sinnvoller, beide Gesetze voneinander zu trennen und die Änderung zum ESUG zunächst einer Diskussion unter den Interessengruppen zuzuführen.

Robert Buchalik

Vorstand

Bundesverband ESUG e.V. Restrukturierung, Sanierung und Eigenverwaltung

Über den BV ESUG:

Die Förderung der Sanierung markt- und wettbewerbsfähiger Unternehmen in der Krise ist eine gesamtwirtschaftliche Herausforderung und zentrales Anliegen des Bundesverband ESUG e.V. Restrukturierung, Sanierung und Eigenverwaltung (BV-ESUG). Dabei versteht sich der BV-ESUG als Schnittstelle zwischen Sanierungs- und Insolvenzberatung und will eine Kultur der „zweiten Chance“ für Unternehmer insbesondere durch den Weg einer Sanierung unter Insolvenzschutz schaffen.

Die Mitglieder des BV-ESUG-Netzwerkes haben sich zum Ziel gesetzt, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen sowie wirtschaftlich Selbstständige nachhaltig zu sanieren, eine hohe Gläubigerbefriedigung zu sichern und möglichst viele Arbeitsplätze zu erhalten. Dabei wird ein ganzheitlicher Ansatz verfolgt, bei dem neben der betriebswirtschaftlich notwendigen operativen Sanierung entlang der Leistungswirtschaft des Unternehmens, auch die finanzwirtschaftliche Sanierung zur Stärkung der Eigenkapitals im Fokus stehen.

Zudem trägt der Verband durch Kooperationen mit anderen Verbänden und Vereinigungen dazu bei, das bei der Sanierung von Unternehmen anzuwendende Recht weiterzuentwickeln und die berufliche Fortbildung der in diesem Rechtsgebiet tätigen Personen zu fördern.