# ESUG - Evaluationsergebnisse

## Vorbemerkung

Mit dem im Jahr 2012 in Kraft getretenen ESUG - Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen sollten die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Sanierung von notleidenden Unternehmen verbessert und die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass das Insolvenzverfahren stärker als bisher auch als „Chance zur Sanierung" verstanden und genutzt wird.

Der Gesetzgeber hatte der Bundesregierung aufgetragen, das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) fünf Jahre nach dessen Inkrafttreten zu evaluieren. Zur Durchführung einer rechtstatsächlichen und rechtswissenschaftlichen Untersuchung zur Wirkungsweise des ESUG wurde eine Forschergemeinschaft eingesetzt. Zwischenzeitlich wurde der Abschlussbericht, der vom Bundestag und der Bundesregierung beauftragten Forschergemeinschaft, zur Evaluation des ESUG veröffentlicht.

Im Wesentlichen kommt der Bericht der Forschergemeinschaft zu dem Ergebnis, dass die durch das ESUG eingeführten Änderungen von der Praxis weitgehend positiv angenommen wurden. Die Evaluation zeigt

Liebe Leserinnen und Leser,

ich freue mich, Ihnen eine weitere Ausgabe unseres Mandantenforums zu überlassen.

Der nebenstehende Artikel von Frau Rechtsanwältin Sarina Vollenweider befasst sich mit dem Thema „**ESUG-Evaluationsergebnisse**".

Für Fragen, sowie eine ausführliche Beratung stehe ich Ihnen gerne mit dem gesamten Team zur Verfügung.

Ihr

Dr. Erik Silcher
Rechtsanwalt (CEO)
Fachanwalt für Insolvenzrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Korrektur- und Ergänzungsbedarf in Bezug auf einzelne, allerdings durchaus gewichtige Weichenstellungen sowie in Einzelfragen auf. Nichtsdestotrotz ist eine Rückkehr zum früheren Recht nicht veranlasst.

**Problem vor ESUG und das Ziel durch Einführung des ESUG**

Das vor dem ESUG geltende Recht in Deutschland legte der frühzeitigen Sanierung insolvenzbedrohter Unternehmen zahlreiche Hindernisse in den Weg, sodass einige Unternehmen deshalb ihren Sitz nach England verlegt haben. Der Geschäftsleitung und den maßgeblichen Gläubigern erschien die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nach englischem Recht zur Sanierung des Unternehmens vorteilhafter. Als Gründe hierfür wurden unter anderem genannt, dass der Ablauf eines deutschen Insolvenzverfahrens für Schuldner und Gläubiger nicht berechenbar sei, da das Wirksamwerden eines Insolvenzplans durch Rechtsmittel einzelner Gläubiger um Monate oder gar Jahre hinausgezögert, und dass insbesondere kaum Einfluss auf die Auswahl des Insolvenzverwalters genommen werden konnte.

Zudem machten viele Gerichte nur mit großer Zurückhaltung von der Möglichkeit der Eigenverwaltung Gebrauch. Auch ein Schuldner, der schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag stellte und den seine Gläubiger für vertrauenswürdig hielten, hatte keine Sicherheit, dass ihm das Gericht die Eigenverwaltung gestattete.

Diese Schwächen des geltenden Rechts und die bestehenden Unsicherheiten bezüglich der Handhabung durch die Gerichte im Einzelfall führten dazu, dass ein frühzeitig gestellter Insolvenzantrag mit dem Ziel der Sanierung des Unternehmens die große Ausnahme bildete.

Dies folgte dazu, dass der Insolvenzantrag erst gestellt wurde, wenn das Vermögen des Schuldners restlos aufgezehrt war und keine Sanierungschancen mehr bestanden.

Ziel des ESUG war daher, im Interesse einer Verbesserung von Sanierungschancen zu erreichen, dass Schuldner und Gläubiger in die Auswahl der maßgeblichen Akteure einbezogen werden und dass alle Beteiligten eine größere Planungssicherheit hinsichtlich des Ablaufs des Verfahren erhalten. Die Möglichkeit der Sanierung durch einen Insolvenzplan sollte erweitert, Blockadepotential sollte abgebaut werden.

Dennoch blieb vorrangiges Ziel des Insolvenzverfahrens die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger. Die Gläubiger sollten sogar noch stärker als bislang den Ablauf des Insolvenzverfahrens bestimmen können. Die Erhaltung eines insolventen Unternehmens ist nur dann erstrebenswert, wenn der Fortführungswert des Unternehmens den Zerschlagungswert übersteigt, also durch die Sanierung Werte erhalten oder geschaffen und nicht vernichtet werden. In diesem Fall liegt eine Fortführung auch im Interesse der Gläubiger.

**Wesentliche Änderungen der Insolvenzordnung durch ESUG**

Vorrangiges Ziel des Insolvenzverfahrens ist die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger. Daran wird festgehalten. Der Fortführungsgedanke eines insolventen Unternehmens ist nur dann erstrebenswert, wenn der Fortführungswert des Unternehmens den Zerschlagungswert übersteigt, also durch die Sanierung Werte erhalten oder geschaffen und nicht vernichtet werden. In diesem Fall liegt eine Fortführung auch im Interesse der Gläubiger.

**1. Gläubigereinfluss stärken**

- Gläubigerausschuss wählt insbesondere Insolvenzverwalter aus

**2. Insolvenzplanverfahren ausbauen**

- Überwindung Trennung von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht
- Zulässigkeit von Kapitalmaßnahmen im Insolvenzplan, insb. Debt-Equity-Swap
- Gleichstellung Anteilsinhaber und Gläubiger (Anlehnung an Chapter XI)

**3. Blockaden durch Rechtsmittel vermeiden**

**4. Insolvenzplan und Masseverbindlichkeiten**

**5. Eigenverwaltung stärken**

- Neu eingeführt
- Nutzen des bestehenden Know-How´s; Vermeidung der Einarbeitung des IV
- Lockerung der Zulassungsvoraussetzungen
- Anreiz zur frühzeitigen Antragstellung

**6. Stärkere Konzentration von Zuständigkeiten**

- Zügige und sachkundige Bearbeitung durch Sammlung von Erfahrungswerten

**Resümee – ESUG nach sechs Jahren**

Fragestellungen der Evaluierungsstudie

Der Gesamtbericht geht insgesamt vier Fragestellungen nach, deren Ergebnisse in der Folge kommentiert werden sollen.

*Fragestellung 1:*

In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters ausgewirkt? Ist es in nennenswertem Umfang vorgekommen, dass im Interesse einzelner Gläubiger solche Verwalter bestellt wurden, an deren Unabhängigkeit erhebliche Zweifel bestanden haben?

Zusammenfassend kommt der Bericht zu dem Ergebnis, dass die Gerichte den (einstimmigen) Vorschlägen des Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters eher gefolgt und stärker auf die Anregungen der Gläubiger eingegangen seien. Aus der Stärkung des Gläubigereinflusses seien eher keine negativen Folgen im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters oder die Geltendmachung von Ansprüchen entstanden. Weiter kommt der Gesamtbericht zu dem Ergebnis, dass sich keine Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit aufgrund der Verfolgung von Schuldnerinteressen feststellen ließen, die einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufzeigten.

Dem kann so auch zugestimmt werden. Im Regelfall stellen bereits die Gerichte ein notwendiges Korrektiv dar. Es ist eher unwahrscheinlich, dass die Gerichte dem Vorschlag eines Beraters ungeprüft und unkritisch folgen. In der Praxis hat sich eher etabliert, dass man mit dem Gericht den möglichen Sachwalter aus einer Auswahl mehrerer Kandidaten bespricht und sich dann auf einen Kandidaten verständigt; nach dem Motto: „Sie bekommen nicht den Sachwalter, den sie wollen, aber auch nicht denjenigen, den sie nicht wollen.“ Aus Sicht des Beraters ist jedenfalls wichtig, einen Sachwalter zu benennen, der die notwendige Sanierungserfahrung mit sich bringt und mit dem keine negativen Erfahrungen bestehen oder der sich gar als bekennender Gegner der Eigenverwaltung etabliert bzw. daraus gerade bei ESUG-kritischen Gerichten ein eigenes „Geschäftsmodell“ entwickelt hat.

*Fragestellung 2:*

Wurde von der Möglichkeit, über einen Insolvenzplan in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen, Gebrauch gemacht, und wie hat sich dies auf die Schuldnerunternehmen ausgewirkt? In welchem Umfang wurden Forderungen in Eigenkapital umgewandelt, und hat dieser Debt-Equity-Swap in nennenswertem Umfang grob egoistische Strategien ermöglicht, die sich letztlich zum Nachteil der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer ausgewirkt haben?

Im Wesentlichen funktioniert das Insolvenzplanverfahren nach überwiegender Einschätzung gut. Ebenfalls kommt der Bericht zu dem Ergebnis, dass der praktische Anwendungsbereich für Planlösungen sich durch das ESUG erheblich erweitert hat.

Die rechtswissenschaftliche Bewertung zeigt, dass die durch das ESUG geschaffene Möglichkeit, im Insolvenzplanverfahren in die Rechte von Gesellschaftern einzugreifen, nahezu allgemein begrüßt wird und dass die rechtlichen Auseinandersetzungen in diesem Bereich eher die zulässige Reichweite entsprechender Eingriffe betreffen. In der Praxis kommen die neuen Gestaltungsmöglichkeiten für eine Vielzahl gesellschaftlicher Maßnahmen zum Einsatz, namentlich für Anteilsübertragungen, Kapitalschnitte und Umwandlungsmaßnahmen. Insbesondere im Bereich der Umwandlungsmaßnahmen wird Klärungsbedarf gesehen, ob und in welchem Umfang bestimmte Regelungen des Umwandlungsgesetzes von den Vorschriften über das Insolvenzplanverfahren verdrängt werden.

Der Debt-Equity-Swap wird dagegen nur wenig genutzt. Unter den „wichtigen Maßnahmen im Insolvenzplan“ wird der Debt-Equity-Swap erst an dritter Stelle, nach Anteilsübertragungen an einen Erwerber und Kapitalschnitten, genannt. Negative

Auswirkungen von Debt-Equity-Swaps auf die betroffenen Unternehmen und ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden im Bericht nicht festgestellt.

*Fragestellung 3:*

Wird das neu geschaffene „Schutzschirmverfahren" des § 270b InsO den Erwartungen gerecht, und hat es insbesondere zu einer frühzeitigen Antragstellung und zu einer Stärkung der Eigenverwaltung geführt? Wird trotz des § 270b InsO noch ein Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren gesehen?

Das Schutzschirmverfahren wird weit weniger in Anspruch genommen als die vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO. Von den bekannten Verfahren, welche im Schutzschirmverfahren begonnen haben, wurden etwas mehr als die Hälfte jedenfalls zunächst auch im eröffneten Verfahren in Eigenverwaltung weitergeführt. Ob das Schutzschirmverfahren zu einer frühzeitigen Insolvenzantragstellung geführt hat, sehen die Experten skeptisch. Auch Vorteile gegenüber der vorläufigen Eigenverwaltung werden überwiegend verneint. Nach Auffassung der Literatur spricht die größere Planungssicherheit aus Sicht des Unternehmens für § 270a InsO und gegen das Schutzschirmverfahren, bei welchem dem Schuldner das Recht eingeräumt wird, den Sachwalter selbst vorzuschlagen.

Insgesamt machen Eigenverwaltungsverfahren nur einen kleinen Teil der in Deutschland durchgeführten Insolvenzverfahren aus. Die Experten sind jedoch überwiegend nicht der Auffassung, dass die Eigenverwaltung insgesamt zu häufig oder die vorläufige Eigenverwaltung häufig bei dafür nicht geeigneten Schuldnern angeordnet werde.

Ein zwingendes Bedürfnis für ein vorinstanzliches Sanierungsverfahren besteht nach den Ergebnissen des Berichtes nicht.

*Fragestellung 4:*
Ist die Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger angemessen, oder sollte im Interesse einer effektiven Verfahrensabwicklung die funktionelle Zuständigkeit neu austariert werden?

Die Aufgabenverteilung zwischen Richter- und Rechtspflegerschaft hat sich im Wesentlichen bewährt.

**Nachjustierungen bei der Eigenverwaltung**
Der Bericht zur Evaluierung des ESUG kommt zu der Empfehlung einer stärkeren Begrenzung des Zugangs zur Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren. Im Eröffnungsverfahren soll das Ziel sein, ungeeignete Verfahren auszuklammern.

Diese Ziele können entweder durch die Einführung von Regelbeispielen oder eine Positivliste erfolgen, in der die Mindestvoraussetzungen zur Zulassung zur Eigenverwaltung definiert werden. Dazu wird folgendes angeführt:

- Darlegung der Erfolgsaussichten der Eigenverwaltung in Form einer konkreten Verfahrens- und Sanierungsplanung,
- eine belastbare Liquiditätsplanung
- Nachweis der Stakeholderunterstützung mit hinreichender Gewährleistung eines repräsentativen Meinungsbildes,
- keine Verletzung von Buchführungs- und Bilanzierungspflichten,
- keine manifeste Verletzung von Insolvenzantragspflichten

- keine eventuellen Rückstände bei Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern.

**Durch Rechtsprechung geregelte Problemfelder**

Einige der im Gesamtbericht aufgeworfenen Problemfelder sind zwischenzeitlich durch die aktuelle Rechtsprechung des BGH obsolet, sodass diesbezüglich kein weiterer wirklicher Regelungsbedarf bestehen dürfte:

1. Nichtbesteuerung des Sanierungsgewinns ist geklärt
2. Begründung von Masseverbindlichkeiten in der vorläufigen Eigenverwaltung. Die Nichtanwendbarkeit des § 55 Abs. 4 InsO auf Eigenverwaltungsverfahren und das Problem der Abführung von Steuer- und Sozialversicherungsverbindlichkeiten im vorläufigen Verfahren
3. Eigenverwaltungsorgane haften analog §§ 60, 61 InsO wie ein Insolvenzverwalter

**Weitere Forderungen**

Sanierungsexpertise des Schuldners

Fast alle Beteiligten und auch der BGH fordern, dass die Eigenverwaltung notwendigerweise eine entsprechende Sanierungs- und Insolvenzperspektive entweder beim eigenverwaltenden Schuldner oder seinen Beratern voraussetzt. Nur so kann ein geregeltes Eigenverwaltungsverfahren überhaupt durchgeführt werden. Deshalb sollte durchaus auf die ein oder andere Art die Expertise als Zugangsvoraussetzung in das Gesetz so aufgenommen werden, dass sie z.B. schon in den zu führenden Vorgesprächen nachzuweisen ist, damit das Verfahren selbst dadurch nicht verzögert wird.

*Aufgabe des Nachteilsbegriffs*

Die Anordnung der Eigenverwaltung hängt nach § 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO davon ab, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Die Befragung in der Evaluierung hat gezeigt, dass der Nachteilsbegriff teilweise nicht als hinreichend rechtssicher angesehen wurde. Nach Vorschlag des Berichtes erscheint es durchaus als sinnvoll, den Nachteilsbegriff aufzugeben und stattdessen entsprechend dem in beiden Absätzen verankerten Regelungskonzept Versagungsgründe für die Eigenverwaltung ebenso zu formulieren wie Anordnungsgründe. Das würde jedenfalls die Planbarkeit der Eigenverwaltung deutlich erhöhen.

*Operative Sanierung als wesentlicher Baustein eines Eigenverwaltungsverfahrens*

Im Bericht gar nicht berücksichtigt wird der wichtige Aspekt einer erfolgreichen Eigenverwaltung, nämlich der Erfolg einer operativen Sanierung.

Es wird kritisiert, dass der Gesetzgeber, statt den Aspekt der Betriebsfortführung in den Vordergrund zu stellen, im Rahmen von § 270 InsO eine Nachteilsprüfung anhand von einer Vielzahl von Faktoren in den Vordergrund stelle. Nichtsdestotrotz wird die Eigenverwaltung auch in der Insolvenzpraxis als Verfahrensoption wahrgenommen, die i.d.R. auf eine Restrukturierung des Schuldnerunternehmens durch einen Insolvenzplan abzielt.

**Fazit**

Das ESUG ist in der Insolvenzpraxis angekommen und zwischenzeitlich auch nicht mehr wegzudenken. Es spielt auch nicht nur bei größeren Unternehmen eine Rolle. Auch viele kleinere Unternehmen nutzen die Möglichkeiten des ESUG mit Erfolg.

Dass es nicht noch viel mehr sind, liegt zum einen an der fehlenden Aufklärung im Allgemeinen, und zum anderen, dass insbesondere Insolvenzverwalter kriselnden Unternehmen eher zur Regelinsolvenz als zur Eigenverwaltung raten.

Das ESUG gehört zwar in der Insolvenzpraxis bereits zur Normalität, allerdings ist der Wandel in eine andere Insolvenzkultur noch nicht vollends gelungen. Das liegt nicht allein daran, dass das Stigma der Insolvenz immer noch nicht aus den Köpfen der Unternehmer und der Allgemeinheit verschwunden ist, sondern auch am Primat der sog. „bestmöglichen Gläubigerbefriedigung“, die in vielen Fällen zu einem Verlust des Unternehmens für den antragstellenden Unternehmer führt. Erst wenn dieser mehr Sicherheit bekommt, wird die Sanierung in Eigenverwaltung einhergehend mit umfassender Aufklärung vollständige Normalität in einer wachsenden Kultur der 2. Chance.

Ein großer Teil früherer Eigenverwaltungshindernisse wurde jüngst durch die Rechtsprechung ausgeräumt bzw. eine klarere Rechtslage geschaffen. Es liegt nun am Gesetzgeber, Änderungen am ESUG mit dem nötigen Fingerspitzengefühl sowie dem rechten Augenmaß vorzunehmen, keinesfalls aber den Zeiger auf Anfang zu stellen. Die Gesetzesreform hat Früchte getragen hin zum Eintritt in eine neue Sanierungskultur, Rechtsprechung ausgeräumt bzw. eine klarere Rechtslage geschaffen.

.

M \ S \ L DR. SILCHER

RECHTSANWÄLTE • STEUERBERATER

**Stuttgart | Tübingen | Heilbronn | Heidelberg | Frankfurt**

**Sarina Vollenweider**
Rechtsanwältin

Gymnasiumstraße 39, 74072 Heilbronn

Telefon +49 7131 91903 55
eMail sarina.vollenweider@silcher.com

## Über die Kanzlei M\S\L Dr. Silcher

Alle Rechtsanwälte der Kanzlei M\S\L Dr. Silcher entwickeln für jeden Fall ein individuelles Konzept, um so die optimale Beratung zu bieten. Kompetenz und Know-how in allen juristischen Bereichen sind dabei selbstverständlich – die umfassende Beratung schließt alle relevanten wirtschaftlichen Aspekte zusätzlich mit ein.

## Besuchen Sie unsere Veranstaltungen

| | | |
|---|---|---|
| 19. September 2019 | Stuttgart | Insolvenz in Eigenverwaltung |
| 24. September 2019 | Ludwigsburg | Rechtliche und steuerliche Risiken für Geschäftsführer |
| 23. Oktober 2019 | Frankfurt | Insolvenz in Eigenverwaltung |