

## **Thesenpapier des Bundesverbandes ESUG und Sanierung Deutschland e.V. (BV ESUG) zu einem außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahren**

### **Vorbemerkung**

Bereits im Rahmen der letzten Reformüberlegungen zum Insolvenzrecht wurde im politisch/legislativen Raum die Einführung eines vorinsolvenzlichen, präziser außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens diskutiert, aber letztlich zurückgestellt. Stattdessen wurde 2012 als neues Sanierungsinstrument das Schutzschirmverfahren mit einer gestärkten Eigenverwaltung eingeführt. Das Thema eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens sollte frühestens nach Ablauf der fünfjährigen Evaluierungsphase des ESUG im Jahr 2017 wieder aufgegriffen werden.

Zwischenzeitlich hatte die EU-Kommission am 12.03.2014 eine Empfehlung an die Mitgliedsstaaten gerichtet, sich innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten Gedanken zu einem insolvenzvermeidenden Verfahren zur Restrukturierung bestandsfähiger Unternehmen zu machen. Im Rahmen dieser Empfehlung hat die Kommission schon relativ klare Vorstellungen zu einem gerichtlichen Sanierungsverfahren außerhalb der Insolvenz entwickelt.

Am 30.09.2015 kündigte die EU-Kommission ggü. dem EU-Parlament die Einbringung eines Legislativentwurfs zum Zwecke einheitlicher, früher Umstrukturierungen und zur „zweiten Chance“ an. Die Vorlage ist für den 26.10.2016, spätestens Ende 2016, in Aussicht gestellt.

Am 18.02. und am 25.05.2016 wurden im Berliner Justizministerium die Konsequenzen aus der Kommissionsempfehlung für den deutschen Gesetzgeber unter Einbeziehung diverser Interessenverbände - u.a. dem BV ESUG - erörtert.

Das vorliegende Thesenpapier berücksichtigt und teilt im Wesentlichen die Ergebnisse dieser Erörterungen. Eine der Kernforderungen dieses Thesenpapiers ist es, dass nicht nur in die Rechte von Finanzgläubigern, sondern auch in andere Vertragsverhältnisse, wie Dauerschuldverhältnisse oder beispielsweise in Rechte von Arbeitnehmern und des Pensionssicherungsvereins eingegriffen werden darf, soweit hierfür nicht gesonderte werthaltige Sicherheiten bestellt worden sind. Nur so kann sichergestellt werden, dass auch der Mittelstand und nicht nur Konzernunternehmen von diesem Gesetz profitieren.

### **Thesen zu einem Gesetz über außerinsolvenzliche Sanierung**

1. Neben dem ESUG als Sanierungsinstrument unter Insolvenzschutz, ist ein außerinsolvenzliches Sanierungsverfahren einzuführen. Ein solches ist notwendig, weil das ESUG das Stigma der Insolvenz nicht beseitigt hat und Insolvenzanträge nach wie vor zu spät gestellt werden.
2. Es sollte ein schlankes neues Restrukturierungsgesetz geschaffen werden, das sich inhaltlich in diversen Punkten an die §§ 270a, b InsO

anleihen könnte, allerdings strikt außerhalb der Insolvenzordnung und außerhalb eines Insolvenzverfahrens beheimatet sein muss. Deshalb sollte der Klarheit halber auch von einem außer- und nicht von einem vorinsolvenzlichen Verfahren gesprochen werden. Der Begriff „Insolvenz“ ist zu vermeiden. Das neue Gesetz könnte **Gesetz über die Sanierung und Restrukturierung von Unternehmen (UntSanG)** lauten.

3. Nach Wunsch der Kommission und völlig zutreffend soll das neue Gesetz mitnichten ausschließlich Großunternehmen und deren Geldkreditgeber und Finanzgläubiger betreffen, sondern gerade klassisch mittelständisch geprägten Unternehmen (KMU) die Chance bieten, unter Einbeziehung unterschiedlicher Gläubiger oder Gläubigergruppen stets jedenfalls auch eine operativ-leistungswirtschaftliche Sanierung durchzuführen.
4. Das Initiativ-/Antragsrecht kann nur beim Unternehmen/Schuldner selbst und nicht bei dessen Gläubigern liegen.  
Das Verfahren sollte dem Unternehmen grundsätzlich in jedem Krisenstadium offenstehen. Allerdings spricht die EU-Kommission von der Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz sowie der offensichtlichen Möglichkeit einer Insolvenz. Deshalb wird einerseits eine drohende oder bereits eingetretene existenzielle Krise zu verlangen sein, die andererseits noch keine Insolvenzantragspflicht ausgelöst haben darf.
5. Eine gerichtliche Befassung soll abgesehen von etwaigen verfahrensbegleitenden Maßnahmen obligatorisch nur erfolgen, sofern in Gläubigerrechte eingegriffen wird (Moratorium, Ersetzung von Zustimmungen, Planbestätigung etc.).  
Gerichtliche Sonderzuständigkeiten spezieller Spruchkörper mit entsprechend geschulten und versierten Richtern wären begrüßenswert.
6. Das Verfahren ist nicht öffentlich und wird nicht publiziert oder in sonstiger Weise bekannt gemacht.
7. Das Schuldnerunternehmen hat seinen Gläubigern einen Sanierungs-/Restrukturierungsplan vorzulegen, der im Rahmen eines zumindest an den Grundsätzen des IDW S6 orientierten Gutachtens die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens aufzeigen muss.  
Gleichzeitig ist eine Bescheinigung eines vom Schuldner bestimmten sanierungserfahrenen Dritten (Bescheiniger) vorzulegen, der die Planannahmen und -inhalte prüft und bestätigt, dass
  - sich der Schuldner in einer existenziellen Krise befindet, ohne insolvenzantragspflichtig zu sein,

- die Plansanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist und die Mindestanforderungen der Kommissionsempfehlung erfüllt, nämlich
    - die klare Identifizierung der vom Plan betroffenen Gläubiger,
    - die Auswirkungen der vorgeschlagenen Sanierung auf die Gläubiger,
    - die Bedingungen für neue Finanzierungsmöglichkeiten,
    - das Potential des Plans, die Insolvenz abzuwenden und den Erhalt nachhaltig zu sichern,
    - keine grobe Ungleichbehandlung oder Benachteiligung einzelner Gläubiger vorgesehen ist und
    - es keine Anhaltspunkte für eine Unredlichkeit oder fehlende Sanierungswürdigkeit des Schuldners gibt.
8. Im Plan ist darzustellen, mit welchen Gläubigern oder welchen Gläubigergruppen eine Verständigung zur Sanierung des Schuldnerunternehmens angestrebt wird. Nicht einbezogene Gläubiger werden von dem Plan auch nicht tangiert. Die Bildung von Gläubigergruppen hat in Anlehnung an die Regelungen im Insolvenzplanverfahren zu erfolgen. Die Zustimmung aller betroffenen Gruppen ist erforderlich. Im Hinblick auf die Mehrheitserfordernisse sollte sich der Gesetzgeber an der Insolvenzordnung (vgl. §§ 245 ff InsO) orientieren. Allerdings ist ein Quorum von mindestens 75% zu fordern. Obstruktionsverbot (vgl. § 245 InsO) und Minderheitenschutz (vgl. § 251 InsO) müssen auch im Sanierungsverfahren gelten.
  9. Entsprechend der Kommissionsempfehlung ist auf Antrag des Schuldners ein vom Gericht auszusprechendes Moratorium (nur) gegenüber den vom Plan betroffenen Gläubigern für die Regeldauer von drei bis maximal sechs Monaten anzuordnen. Dies umfasst die Aussetzung von Durchsetzungsmaßnahmen, Lösungsklauseln oder auch Gestaltungsrechten ungesicherter und gesicherter Gläubiger, ebenso wie die Anordnung eines Belassungsrechts analog § 21 (2) 5 InsO. Die Insolvenzantragspflichten sind nicht zu suspendieren. Bei Eintritt eines Antragsgrundes kann eine Sanierung nur noch im Rahmen der Insolvenzordnung erfolgen.
  10. Um eine auch operative Sanierung zu ermöglichen, müssen im Rahmen des Sanierungs-/Restrukturierungsplans auch Eingriffe in Vertragsverhältnisse, wie Dauerschuld- und Arbeitsverhältnisse vorgesehen sein. Es muss sichergestellt sein, dass Kreditversicherer, sofern sie in die operative Sanierung mit eingebunden werden, während

der Laufzeit des Verfahrens ihre Limite nicht kürzen oder gar streichen dürfen.

11. Der Schuldner behält die uneingeschränkte Verfügungsgewalt über sein Vermögen und unterliegt keinerlei besonderen Beschränkungen. Die Bestellung einer Begleitperson durch das Gericht in Gestalt eines Mediators (zur Unterstützung) oder eines Beauftragten (zur Beaufsichtigung) ist nur auf Antrag des Schuldners oder eines qualifizierten Gläubigerquorums anzuordnen.
12. Der Plan ist vom Gericht grds. zu bestätigen und nur dann abzulehnen, sofern keine Aussicht auf Insolvenzvermeidung und Sanierung besteht, bspw. wegen fehlender Finanzierungsmöglichkeiten zur Unternehmensfortführung oder bei grober, unverhältnismäßiger Ungleichbehandlung von Gläubigern. Dabei kann und sollte sich das Gericht zur eigenen Entlastung eines Dritten, vorzugsweise des ohnehin schon befassten Bescheinigers, bedienen.
13. Es ist im Plan eine Planüberwachung in Anlehnung an die §§ 260, 268 InsO vorzusehen, die sich nicht nur auf die Befriedigung von Planquoten, sondern auch auf den Erfolg der operativen Sanierung (bspw. anhand von Kennzahlen) beziehen muss. Um dies zu gewährleisten, sollte die Begleitung und Überwachung von dritter Seite (Planersteller, Berater, Lenkungsausschuss o.ä.) verpflichtend sein.
14. Rechtsbehelfe (Beschwerde) sind auf ein Mindestmaß zu beschränken. Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Beschwerdeführer und es gibt nur eine Rechtsmittelinstanz. Die einzige Rechtsbeschwerde sollte in Anlehnung an § 253 InsO in der Behauptung liegen, durch den Plan wirtschaftlich schlechter gestellt zu werden (materielle Beschwerde).
15. Gemäß der Kommissionsempfehlung sind Neufinanzierungen zur Darstellung und /oder Erfüllung des Plans zu privilegieren. Solche sind zwingend im Plan zu bezeichnen. Neue Finanzierungen bzw. Zins- und Tilgungsleistungen auf solche sollen im Falle einer sich innerhalb eines zu definierenden Zeitraums anschließenden Insolvenz nicht anfechtbar sein. Noch offene Forderungen aus Neufinanzierungen sollen in Anlehnung an § 264 InsO in einer Insolvenz als bevorrechtigte Insolvenzforderungen im Range vor den einfachen Insolvenzgläubigern des § 38 InsO behandelt werden. Dabei sollte eine Orientierung an den Rechtsprechungsgrundsätzen des BGH zu Überbrückungs- und Sanierungskrediten erfolgen.

16. Eine Restschuldbefreiung ist nicht nur für Verbraucher, sondern auch für Unternehmer vorzusehen, und zwar nach einer Dauer von zwei bis drei Jahren.

Fazit: Ein außerinsolvenzliches Sanierungsverfahren darf nicht nur auf Konzernunternehmen zugeschnitten werden, sondern muss auch eine Sanierungsalternative für den deutschen Mittelstand sein. Dann sind aber die bislang diskutierten Eingriffsmöglichkeiten in Gläubigerrechte völlig unzureichend. Vielmehr muss es möglich sein, auch in die Rechte anderer ungesicherter Gläubiger einzugreifen. Dazu zählen unter anderem der Pensionssicherungsverein, Arbeitnehmer oder Vertragsverhältnisse, wie z.B. Dauerschuldverhältnisse.

Düsseldorf, den 14.09.2016