

01.19

KSI

Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

Wirtschaft Recht Steuern

15. Jahrgang
Januar/Februar 2019
Seiten 1–48

www.KSIdigital.de

Herausgeber:

Peter Depré, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

Dr. Lutz Mackebrandt, Unternehmensberater

Gerald Schwamberger, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

Herausgeberbeirat:

Prof. Dr. Markus W. Exler, Fachhochschule Kufstein

Prof. Dr. Paul J. Groß, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth, Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

Dr. Harald Krehl, Senior Advisor, Wendelstein

Prof. Dr. Jens Leker, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Andreas Pinkwart, HHL Leipzig Graduate School of Management

Prof. Dr. Florian Stapper, Rechtsanwalt, Stapper/Jacobi/Schädlich Rechtsanwälte-Partnerschaft, Leipzig

Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Richter a.D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

Prof. Dr. Henning Werner, Dekan der Fakultät für Wirtschaft, SRH Hochschule Heidelberg

Strategien Analysen Empfehlungen

Digitale Transformation im B2B-Umfeld: Was verbirgt sich wirklich dahinter? [Prof. Dr. Markus H. Dahm / Clemens Holst, 5]

Präventiver Restrukturierungsrahmen ante portas [Prof. Dr. Markus W. Exler / Simon Pitschuch / Prof. Dr. Mario Situm, 12]

ESUG-Evaluation: Die Sicht des Restrukturierers [Burkhard Jung, 17]

Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Daten-Management in Insolvenzen, Sanierungen und Restrukturierungen [Thomas Möllers, 23]

Roadmap Restrukturierung [Volker Wintergerst / Jonathan Plappert / Prof. Dr. Claus W. Gerberich, 29]

Resilienz im Krisenkontext: Wie lässt sich der permanente Veränderungsdruck bewältigen? [Dr. Bernhard Becker / Jan Schoenmakers, 35]

Change-Fitnessstudie 2018/2019 – Studienergebnisse decken Defizite im Change Management auf [Dr. Hans-Jürgen Hillmer, 37]

ESUG-Evaluation: Die Sicht des Restrukturierers

Anpassungen im Bereich der Eigenverwaltung

Burkhard Jung*

Am 10. 10. 2018 wurde der Bericht zur Evaluation des ESUG vom Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) veröffentlicht und am 15. 10. 2018 einem fachkundigen Publikum vorgestellt¹. Der Bericht führt aus, dass das ESUG von weiten Teilen der Insolvenzpraktiker positiv gesehen wird, es aber wie zu erwarten auch Nachjustierungsbedarf gibt. Eine wichtige Frage bleibt: Was passiert nun, wie fügen sich die möglichen Anpassungen des ESUG in die weiteren Großbaustellen des deutschen Insolvenz- und Sanierungsrechts – wie präventiver Restrukturierungsrahmen, Berufsrecht für Insolvenzverwalter und die Vergütung der Insolvenzverwalter – ein? Und: Wie ist das Ergebnis der Evaluation aus Sicht des Restrukturierungsberaters zu beurteilen? Führen die Vorschläge des Professorenteams in die richtige Richtung? Oder droht ein Rückfall in alte Zeiten?

1. Einleitung

Am 1. 3. 2012 trat mit dem Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (kurz: ESUG) ein Gesetz in Kraft, das den deutschen Sanierungs- und Insolvenzmarkt, der zuvor über Jahrzehnte festen Gesetzen folgte, kräftig durcheinanderwirbelte:

- Die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters wurde zu guten Teilen von den Gerichten weg in die Hände der Schuldner, aber noch viel mehr in die Hände der Gläubiger gelegt.
- Das Insolvenzverfahren sollte deutlich stärker als Sanierungsinstrument genutzt werden; dazu wurden Elemente wie der Schutzschirm und die Eigenverwaltung auch im vorläufigen Verfahren in die Insolvenzordnung eingeführt; der Schwerpunkt der Diskussionen im Verfahren hat sich dadurch verlagert: weg von allein der Befriedigung der Gläubiger mit einer möglichst hohen Cash-Quote hin zu mehr dauerhafter Sanierung als Ziel eines Insolvenzverfahrens.

Allein durch diese Änderungen ist eine Situation entstanden, die so niemand erwartet hatte:

(1) Mit dem schwindenden Einfluss der Gerichte wurde der Einfluss der Berater und Gläubiger bezogen auf die Auswahl des Insolvenzverwalters größer. Da aber beide Gruppen anders als die Gerichte eigene bzw. die Interessen ihrer Mandanten vertreten, besteht die Gefahr, dass sie ihren Einfluss auf die Auswahl des Verwalters allein an diesen Interessen ausrichten und die Unabhängigkeit der Insolvenzverwalter in Gefahr gerät.

(2) Weil sich sehr schnell herausstellte, dass eine Eigenverwaltung ohne professionelle Unterstützung des Managements durch einen in Insolvenzsachen erfahrenen Berater keine Akzeptanz der Beteiligten finden würde, wurde diese Aufgabe als neues Geschäftsfeld für Berater und Insolvenzverwalter interessant. Da darüber hinaus der BGH den Umfang der Vergütung des Sachwalters stark eingeschränkt hat, wurde die Beratung bzw. Durchführung der Eigenverwaltung zusätzlich wirtschaftlich attraktiv. Denn: Auch ohne teurer als ein Insolvenzverfahren zu sein, können so bei begrenzter Sachwaltervergütung kostendeckende Vergütungen für die Beratung bzw. Durchführung der Eigenverwaltung abgerechnet werden. Die Eigenverwaltung ist damit

auch für Profis aus dem Sanierungs- und Insolvenzumfeld attraktiv, und dies hat dazu geführt, dass sich viele Verwalterkanzleien der Beratung von Unternehmen geöffnet haben.

(3) Allerdings: Die Zahlen der durchgeführten Eigenverwaltungsverfahren bleiben dennoch hinter vermutlich deutlich höheren Erwartungen zurück. Die Eigenverwaltung ist nach wie vor der Exot der Insolvenzverwaltung. Noch deutlich seltener ist jedoch das Schutzschirmverfahren, mit dem ESUG eingeführt und eigentlich als *das* Erfolgsmodell gedacht. Der Unternehmer kann hier unter dem Schutz des Gesetzes einen Sanierungsplan gegen den Willen der Minderheit der Gläubiger vorlegen und im Verfahren umsetzen. Die Zahlen der Schutzschirmverfahren sind nach einer kleinen Erfolgswelle zu Beginn des ESUG seit geraumer Zeit spürbar rückläufig.

(4) Nach anfänglichem Widerstand gerade von etablierten Insolvenzverwaltern und Teilen der Richterschaft, die beide mit dem Hinweis auf das angeblich enorme Missbrauchspotenzial der gesetzlichen Neuregelungen ins Feld zogen, hat sich die Stimmung zwischenzeitlich deutlich verändert. Die Professionalisierung der Durchführung von ESUG-Verfahren durch langjährig erfahrene Marktteilnehmer

* Burkhard Jung ist Vorsitzender des BDU-Fachverbands Sanierungs- und Insolvenzberatung und Geschäftsführer der Restrukturierungspartner in Berlin.

1 Zur Vorberichterstattung mit ersten Stimmen von Christoph Thole, Georg Streit, Jörn Weitzmann und Robert Buchalik siehe Hillmer, KSI06/2018 S. 274 f.

hat den Kritikern den Wind aus den Segeln genommen. Gleichzeitig hat, und das darf man bei aller Euphorie über das ESUG und seine Anwendung in Deutschland nicht vergessen, insbesondere auch der stark rückläufige Markt auf der Seite der Insolvenzverwalter dafür Sorge getragen, dass sich diese mit den neuen Gegebenheiten „arrangieren“ mussten, um nicht Gefahr zu laufen, bei der heute üblichen Vorschlags- und Vergabepaxis leer auszugehen.

Kurzum: Es gibt eine ganze Reihe von Entwicklungen, die unseren gemeinsamen Markt so deutlich kennzeichnen, dass die von dem Professorenteam *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole* durchgeführte Evaluation mit Hochspannung erwartet wurde. Es geht um viel für die Marktteilnehmer: Nachjustierungen der mit dem ESUG eingeführten Regelungen können erneut zu erheblichen Marktverschiebungen mit ebenso erheblichen wirtschaftlichen Folgen für die Marktteilnehmer führen. Und parallel warten mit dem präventiven Restrukturierungsrahmen, einem Berufsrecht für Insolvenzverwalter sowie einer möglichen Neuregelung der Vergütung weitere „big points“ auf die Branche. Aber die Evaluation gibt bereits erste Hinweise auf die zukünftige Entwicklung des rechtlichen Rahmens des gesamten Restrukturierungsmarkts und ist deswegen zu Recht von hoher Relevanz für die weitere Entwicklung.

2. Inhalt des Evaluationsberichts im Überblick

Der am 10. 10. 2018 vorgestellte Bericht über die Evaluation des ESUG kann zurecht als sehr umfassende Bestandsaufnahme zur Wahrnehmung und Wirksamkeit des ESUG in der Praxis bezeichnet werden. Der Bericht nimmt die vier vom Gesetzgeber gestellten Leitfragen auf:

- In welchem Umfang hat sich der stärkere Einfluss der Gläubiger auf die Auswahl des Insolvenzverwalters und dessen Unabhängigkeit ausgewirkt?
- Inwieweit wurde von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, in die Rechtsstellung von Gesellschaftern einzugreifen und inwieweit entfaltet der Debt-Equity-Swap praktische Bedeutung?
- Hat sich das Schutzschirmverfahren bewährt?

- Ist die Aufgabenverteilung von Richtern und Rechtspflegern angemessen?

An diese Leitfragen anknüpfend wurde ein grundsätzlich in vier Abschnitte gegliederter Bericht erarbeitet. Die Teile eins und zwei liefern statistische Ergebnisse der sehr umfangreichen Befragung von Marktteilnehmern zum ESUG. Teil drei enthält eine rechtswissenschaftliche Bewertung des ESUG und Empfehlungen zu den im Bericht herausgearbeiteten Fragestellungen. In Teil vier befassen sich die Autoren des Berichts mit einer ganzen Reihe von Fallstudien und deren Auswertung und kommen abschließend zu einer zusammenfassenden Bewertung des ESUG.

Für den Gesetzgeber stellt der Bericht eine hervorragende Quelle für Fragestellungen und – abgeleitet sowohl aus der Auswertung der Fragebögen als auch den rechtswissenschaftlichen Überlegungen – Empfehlungen dar. Für den beratenden Sanierungspraktiker sind sicher nicht alle von gleich herausragender Relevanz, so dass im Rahmen dieses Artikels auf einzelne, aus Sicht des Restrukturierers wesentliche Aspekte eingegangen werden soll, die allesamt die Eigenverwaltung als zentrale und durch das ESUG gestärkte Sanierungsmöglichkeit betreffen.

3. Die Eigenverwaltung

Im Rahmen der Überlegungen zur Eigenverwaltung befasst sich der Bericht mit einer ganzen Reihe von Fragestellungen. Die drei relevantesten aus Sicht des Verfassers dieses Beitrags sind:

- Ist die Unabhängigkeit des Sachwalters in der Eigenverwaltung gefährdet?
- Sollten höhere, und wenn ja, welche Hürden für die Anordnung der Eigenverwaltung definiert werden?
- Wie kann mit der Vergütungsproblematik in der Eigenverwaltung umgegangen werden?
- Ist die Durchführung eines M&A-Prozesses verpflichtend?

Hierzu im Einzelnen:

3.1 Die Unabhängigkeit des Sachwalters in der Eigenverwaltung

Das Thema der Unabhängigkeit des Sachwalters war bereits in den vergangenen Wochen wiederholt Thema auf den Podien verschiedener Veranstaltungen. Und auch der Bericht nimmt sich dieses Themas ausführlich an, denn richtig ist: Der unabhängige Insolvenzverwalter oder Sachwalter ist eines der Kerninstitute unseres Insolvenzrechts. Durch seine Stellung wird sichergestellt, dass eben nicht Einzelinteressen im Insolvenzverfahren überwiegen, sondern genau durch diesen unabhängigen Dritten ein angemessener Ausgleich der Interessen auf der Basis der gesetzlichen Rahmenbedingungen gefunden wird.

Durch das ESUG und die zunehmende Möglichkeit der Einflussnahme von Gläubigern und Beratern auf die Auswahl der Insolvenzverwalter könnte insofern der Eindruck entstehen, hier bestehe die Gefahr einer unheilvollen Vermengung von Interessen mit dem Ergebnis, der ausgesuchte oder mitgebrachte Sachwalter sei eben

nicht mehr unabhängig, sondern schlimmstenfalls willfähiger Vollstrecker der ihre Interessen durchsetzenden Berater oder einzelner Gläubiger.

Zwar stellt der Bericht insbesondere auf der Grundlage der durchgeführten Befragung fest, dass von den am Verfahren beteiligten Gruppen durchaus beobachtet wird, dass mitgebrachte Sachwalter zu nachlässig und nicht hart genug gegen mögliches Missverhalten des Schuldners oder seiner Berater durchgreifen, dennoch wird auch die Sicht des Schuldners beleuchtet, der durch den ihm vorher bekannten Sachwalter Planungssicherheit erlangt und damit geneigt ist, früher einen notwendigen Insolvenzantrag zu stellen.

Aus Sicht des Verfassers dieses Beitrags ist es wichtig, ergänzend zu betonen, dass die Unabhängigkeit des Insolvenz- oder Sachwalters nicht nur dadurch in Gefahr geraten kann, dass er von einem Gläubiger oder Schuldner vorgeschlagen wird. Vielmehr können auch ohne sein Verschulden entstandene problematische wirtschaftliche Verhältnisse zu Abhängigkeiten führen, die selbst bei Bestellung allein durch das Insolvenzgericht seine Unabhängigkeit gefährden können.

Davon jedoch losgelöst, gelangt der Bericht zu einer Empfehlung, die auch ein ganz anderes, für den Restrukturierungspraktiker mindestens genauso schwieriges Problem

lösen helfen könnte: Die Gutachter legen dem Gesetzgeber nahe, eine Vorgabe einzuführen, wonach die Gerichte die Bestellung eines Sachwalters vorab mit dem Schuldner erörtern. Dieser praxisnahe Vorschlag trägt nämlich nicht nur der transparenten und von allen Seiten, und damit eben auch von Seiten des Schuldners, akzeptierten Auswahl des Sachwalters Rechnung, sondern ebnet gleichzeitig auch den Weg, überhaupt mit dem Gericht ins Gespräch zu kommen. Zwar ist dies zwischenzeitlich mit einer ganzen Reihe – vermutlich sogar der Mehrzahl – der Gerichte möglich, jedoch verweigern nach wie vor viele andere Gerichte eine angemessene und vertrauensvolle Vorabstimmung. Durch eine gesetzliche Regelung zur Diskussion der Auswahl des Sachwalters zwischen Gericht und Schuldner und ggf. auch Gläubigern vor Insolvenzantragstellung könnte hier eine Tür in Richtung eines Anspruchs des Schuldners auf eine Vorabstimmung mit dem Gericht über die konkrete Fragestellung der Sachwalterauswahl hinaus zum Verfahren insgesamt geöffnet werden.

3.2 Höhere Hürden für die Anordnung der Eigenverwaltung

Über die Überlegung, dass das Schutzschirmverfahren in seiner bisherigen Form keine ausreichende Akzeptanz am Markt gefunden hat, und die daraus resultierende weitere Überlegung, darauf zu verzichten bzw. sich künftig allein auf die Eigenverwaltung nach § 270a InsO zu fokussieren, befasst sich der Bericht mit der Sinnhaftigkeit der Eigenverwaltung als solcher. Er kommt zu dem auch durch die Befragung abgesicherten Ergebnis, dass große Übereinstimmung aller Befragten und damit nahezu des gesamten relevanten Sanierungs- und Insolvenzmarkts dazu bestehe, dass Eigenverwaltung und Sanierung unmittelbar zusammengehören. Oder anders gesagt: keine Eigenverwaltung ohne Sanierungschance.

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Eigenverwaltung nur bei Unternehmen angeordnet werden sollte, die rechtzeitig und auf der

Daten & Fakten aus der Wirtschaft

TMA-Siegel für den Lehrgang „International Turnaround Professional“

Nach etwa einjähriger Begutachtungszeit wurde im November 2018 anlässlich der 12. Jahrestagung der TMA-Deutschland das begehrte Siegel „TMA-approved“ für den hochschulzertifizierten Lehrgang „International Turnaround Professional, CITuP“ verliehen. Sowohl im juristischen als auch im wirtschaftlichen Bereich werden die Anforderungen an die Branche immer komplexer. „Wir brauchen daher ausgezeichnet ausgebildete Restrukturierungs-Professionals mit Sachverstand und Weitblick, auch für grenzüberschreitende Restrukturierungen“, so *Eva Ringelspacher* (Vorsitzende des Zertifizierungsausschusses der TMA und Senior

Managerin bei Restrukturierungspartner jwT GmbH & Co. KG, Frankfurt/M.).

Mit dem 3 × 3-tägigen Lehrgang „International Turnaround Professional“ werde ein Beitrag zur Weiterbildung auf Senior-professional-Ebene geleistet, um Restrukturierungs- und Transformationsprozesse sachgerecht begleiten zu können. Die Teilnehmenden kommen aus dem Betätigungsfeld Strategie- & Restrukturierung, Interim Management, Strategisches Controlling, Kreditinstitute sowie Insolvenzverwaltung. *Prof. Dr. Markus Exler* nahm die Auszeichnung vom jetzt gewählten erweiterten Vorstand der TMA-Deutschland (neben *Eva Ringelspacher* nun *Dr. Derik Evertz*) entgegen.

Finanzbranche im Umbruch

Die Zukunft der Finanzbranche war das Thema des 14. Münchener Restrukturierungsforums am 5. 11. 2018. *Andreas Warner* (Leiter Restructuring Services, Deloitte) begrüßte über 100 Gäste und leitete zu der Frage über, wie die Zukunft der Finanzbranche aussehen werde angesichts niedriger Zinsen, hoher Kosten und stark wachsender Fin-Tech-Unternehmen. *Jamal El Mallouki* (Geschäftsführer, CrowdDesk GmbH & Vorstandsvorsitzender, Bundesverband Crowdfunding e.V.) kritisierte das bisherige Bankensystem schon zu Beginn seines Impulsvortrags stark. So gut wie alle klassischen Bankaufgaben würden

(Fortsetzung auf S. 22)

Basis eines zumindest die Chance einer Sanierung eröffnenden Konzepts agieren – eine Idee, die sich fast vollständig mit der Überzeugung des Verfassers dieses Beitrags deckt, wonach eine Eigenverwaltung nichts anderes als die Fortsetzung einer außergerichtlich gescheiterten, aber im Kern sinnvollen Sanierung mit den Mitteln des Insolvenzverfahrens ist.

Der Vorschlag des Berichts in diesem Sinne, die Anforderungen an die Anordnung der Eigenverwaltung anzuheben, ist insofern vollständig zu begrüßen. So besteht die Chance, Anträge auf Eigenverwaltungen zu verhindern, die allein deshalb gestellt werden, damit sich der erst seit einigen Tagen oder gar Stunden mandatierte Berater ein Mandat sichern kann – eine durchaus beobachtete Praxis, die völlig unabhängig davon ist, ob der jeweilige Berater Insolvenzverwalter, Rechtsanwalt oder Unternehmensberater ist.

Eigenverwaltungen sollen einen Vorteil für die Gläubiger dadurch bringen, dass ein eingespieltes Managementteam auch über den Insolvenzantrag hinaus sanierend tätig ist. Aspekte, die dabei vom Gericht berücksichtigt werden sollten, könnten z. B. sein:

- Vorlage eines Sanierungskonzepts, das im Kern auch in der Insolvenz umsetzbar ist;
- der CRO (Chief Operating Officer) oder CIO (Chief Insolvency Officer) sollte das Unternehmen bereits seit geraumer Zeit kennen, um den zeitlichen Vorteil seiner bereits erfolgten Einarbeitung auch belegen zu können;
- Nachweis, dass zumindest keine wesentliche Insolvenzverschleppung betrieben wurde; sowie
- Erklärung wesentlicher Gläubiger, dass auch aus ihrer Sicht die Eigenverwaltung in der geplanten personellen Zusammensetzung sinnvoll ist.

Die vorgenannten Kriterien verstehen sich bei der Mehrzahl der Sanierungs- und Insolvenzpraktiker von selbst: Die Eigenverwaltung kann nicht ohne Vorbereitung und gegen den Willen der wesentlichen Gläubiger durchgesetzt werden. Und wenn doch, droht spätestens im Verlauf des Verfahrens Ungemach. Wenn sich aber nahezu alle einig sind, dass es nur so geht, ist es nur noch ein kleiner Schritt, die Voraussetzungen auch ge-

setzlich zu normieren und damit das Vertrauen der Stakeholder in das, was sie von einer angeordneten Eigenverwaltung erwarten dürfen, zu stabilisieren.

Zu dieser Überlegung passt, dass die Autoren des Berichts empfehlen, auch den Ausstieg aus der Eigenverwaltung genauer zu regeln. Aktuell scheint es so zu sein, dass ein guter Teil des Unbehagens gerade auf der Gläubigerseite daher kommt, dass durch die Erfahrung der letzten sechs Jahre der gefestigte Eindruck besteht, nach Anordnung der Eigenverwaltung aus dieser nicht mehr „herauszukommen“. Heute ist es mit fortschreitendem Verfahrensverlauf immer schwieriger, eine einmal angeordnete Eigenverwaltung zu beenden. Das ist jedoch in einigen Fällen wichtig und geboten. Und ebenso aus Sicht des Restrukturierers ist es wichtig, schlecht vorbereitete, qualitativ unzureichend oder tendenziös geführte Eigenverwaltungen beenden zu können. Auch in der Begleitung der Eigenverwaltung müssen sich die Berater durchsetzen können, die wissen, wie es geht! Und da der Unternehmer dies typischerweise nicht beurteilen kann, sondern geneigt sein könnte, den Berater zu beauftragen, der am meisten verspricht, muss die Qualitätsauswahl durch Gläubiger und Sachwalter passieren.

Beide Parteien (Sachwalter und Gläubiger bzw. genauer der (vorläufige) Gläubigerausschuss) sollten die Möglichkeit haben, beim Vorliegen die Gläubiger benachteiligender Umstände die Aufhebung der Eigenverwaltung zu beantragen.

3.2 Die Vergütung in der Eigenverwaltung

Die Vergütung in bzw. die Kosten der Eigenverwaltung wurden vom Bericht zurecht aufgegriffen, da sie von vielen Beteiligten als Problem der Eigenverwaltung gesehen werden. Dabei darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass es bei der Diskussion gerade um Vergütungsfragen immer auch um Verteilungsfragen geht. Und so ist es nicht verwunderlich, dass genau die Insolvenzverwalter über die hohen Kosten der Eigenverwaltung schimpfen, die gerade selbst keine Eigenverwaltung durchführen. Und das vermeintlich offensichtliche Argument der hohen Beraterkosten im Vergleich zur Fremdverwaltung verkennt die vielschichtigen Vergütungs- und Kostenfragen, die beim Vergleich der beiden Verfahrensarten zu beachten sind.

Hier hilft nur Transparenz und auf Sicht vielleicht ein Regelwerk, das eben auch die Vergütung der die Eigenverwaltung begleitenden Berater regelt. Konkret könnte das Folgendes bedeuten:

- Vorlage der Vergütungsvereinbarung mit dem Antrag auf Eigenverwaltung inkl. einer vorläufigen Vergleichsrechnung zu den erwarteten Kosten in der Eigenverwaltung und den Kosten im fremdverwalteten Insolvenzverfahren.
- Zusätzlich: Erfordernis, die Vergütung durch den vorläufigen Gläubigerausschuss genehmigen zu lassen.
- Ergänzt werden könnte diese Transparenz dadurch, dass auch die Vergütung des die Eigenverwaltung unterstützenden bzw. organisierenden Beraters in der neu zu entwickelnden InsVV geregelt wird. Dies würde Rechtssicherheit für Berater, Schuldner und Gläubiger schaffen.

Dabei wäre es aus Sicht des Restrukturierers sinnvoll, wenn für eine gesetzliche Regelung folgende Rahmenbedingungen berücksichtigt werden könnten:

(1) Die Summe aus Vergütung des Sachwalters und Vergütung des die Eigenverwaltung unterstützenden Beraters darf nur in vom Gericht und den Gläubigern zu genehmigenden Ausnahmefällen höher als die erwartete Vergütung im fremdverwalteten Insolvenzverfahren sein.

(2) Der die Eigenverwaltung unterstützende Berater und der Sachwalter können möglichst frei über eine Aufteilung dieser so festgelegten Gesamtvergütung befinden und sich diese von den Gläubigern genehmigen lassen. Grund: Die Verteilung der Aufgaben in einer Eigenverwaltung kann nicht immer von vornherein und abschließend festgelegt werden. Der Sachwalter muss sich mal mehr, mal weniger einbringen, und auch wenn er über das ursprünglich gedachte Maß hinaus zur Verfügung stehen muss, muss dies kein Grund sein, die Eigenverwaltung zu beenden. Es muss dann aber die Chance bestehen, diese Mehrarbeit in einer Erhöhung seiner Vergütung zulasten des Beraters zu berücksichtigen.

(3) Klare Abgrenzung der Tätigkeiten, die von der Vergütung des Eigenverwalters umfasst sind, und solcher Tätigkeiten, die zusätzlich zu erbringen und abzurechnen sind.

Bis jedoch entsprechende gesetzliche und damit verlässliche Vorgaben gemacht werden, bleibt es dabei, dass der Berater in der

Eigenverwaltung allein durch Offenheit hinsichtlich der eigenen Vergütung und vielleicht durch einen Hinweis auf die jüngst erschienenen Grundsätze ordnungsgemäßer Eigenverwaltung, die das Forum 270 Qualität und Verantwortung in der Eigenverwaltung e. V. in einem sehr ausführlichen Diskussionsprozess auch mit Vertretern aller am Sanierungs- und Insolvenzprozess beteiligten Interessengruppen erarbeitet hat², punkten kann.

3.3 M&A-Prozess in der Eigenverwaltung

In der Praxis wird regelmäßig ein M&A-Prozess mit offenem Ausgang seitens des Schuldners als störend empfunden, denn es besteht die Wahrscheinlichkeit, dass ein über seinen eigenen Möglichkeiten liegender Kaufpreis durch einen fremden Dritten geboten wird, dem dann vor dem Hintergrund von § 1 InsO der Zuschlag zu geben ist. Der Gesellschafter, der eigentlich sein Unternehmen nach Sanierung wiederhaben wollte, ist es nun los.

Auch der Bericht zur Evaluierung des ESUG befasst sich mit dieser Frage. Er kommt zu dem Ergebnis, dass natürlich der Wertfindung für die im Insolvenzplan entscheidende Vergleichsrechnung eine ganz besondere Bedeutung zukommt. Dabei spricht der Bericht jedoch keine klare Empfehlung im Sinne eines verpflichtenden M&A-Prozesses aus. Vielmehr legen es die Autoren in die Hand der Beteiligten zu entscheiden, ob tatsächlich ein derartiger Prozess durchgeführt wird oder auf ein Bewertungsgutachten zurückgegriffen wird.

In der Praxis ist das längst Realität, da sich bei den Beteiligten im Insolvenzverfahren in den letzten Jahren die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass die Methode zur Findung eines Unternehmenswerts zum konkreten Verfahren passen muss. So ist z. B. zu berücksichtigen, dass für ein stark von einer Person, z. B. dem geschäftsführenden Gesellschafter, abhängiges Unternehmen bei – zulässiger – Weigerung des Unternehmers, für eine Fortführungslösung unter einem neuen Investor zur Verfügung zu stehen, auch in einem M&A-Pro-

² Vgl. dazu unter www.forum270.de.

zess kaum ein positiver Kaufpreis erzielbar sein wird. Dennoch ist dieses Unternehmen etwas wert und dieser Wert kann nur durch eine Unternehmensbewertung ermittelt werden.

Ein parallel zur Insolvenzplanlösung durchgeführter M&A-Prozess dient jedoch auch der Haftungsbegrenzung der handelnden Personen: Was passiert, wenn der angestrebte Insolvenzplan mangels Finanzierung nicht umgesetzt werden kann? In diesem Fall muss ein Plan B, also ein Investor, vorhanden sein, um nicht die Schließung und Abwicklung des Unternehmens zu riskieren. Diese Haftungsabschirmung ist nicht erforderlich, wenn von Beginn des Insolvenzverfahrens an sichergestellt ist, dass der Insolvenzplan ausfinanziert werden kann.

Alles in allem: Die z. T. mantraartig vorgebrachte Ansicht, ohne M&A-Prozess gehe es nicht, springt zu kurz. Es kommt auf den Einzelfall an.

4. Zusammenfassung

Es ist gut und wichtig, dass der Bericht zur Evaluation des ESUG endlich vorliegt und dass er sowohl auf der Grundlage einer sehr umfassenden Befragung als auch auf der Basis sehr grundsätzlicher rechtlicher Überlegungen zu dem Ergebnis kommt, dass die durch das ESUG vor nunmehr gut sechseinhalb Jahren eingeführten Änderungen in der

Insolvenzordnung grundsätzlich stimmig sind und den Standort Deutschland „sanierungsrechtlich“ nach vorne gebracht haben. Darüber hinaus werden wichtige Anpassungen herausgearbeitet, die für den umsetzungsorientierten Restrukturierer vor allen Dingen im Bereich der Eigenverwaltung liegen:

- Die Unabhängigkeit des Sachwalters ist grundsätzlich nicht gefährdet. Um dies jedoch auch in Zukunft sicherzustellen, sollte dem Gericht wieder mehr Einfluss auf die Bestellung des vorläufigen Sachwalters gegeben werden. Voraussetzung dafür ist jedoch auch nach Sicht des Verfassers, dass vorab eine entsprechende Abstimmung zwischen Antragsteller und Gericht stattfindet. Die hierdurch entstehende Kommunikation wird dem Verfahren guttun.
- Die Eigenverwaltung ist ein Sanierungsverfahren. Deswegen gelingt sie auch heute nur dann, wenn sie gut vorbereitet wird. Diese Vorbereitungen sollen zukünftig bereits bei der Antragstellung nachvollziehbar dokumentiert sein. Gleichzeitig muss das Recht gerade des Sachwalters gestärkt sein, nicht funktionierende Eigenverwaltungen zu beenden. Hierdurch wird die notwendige Marktberichtigung positiv beeinflusst.
- Die Kosten in der Eigenverwaltung dürfen nicht höher als im fremdverwalteten Insolvenzverfahren sein. Es ist sinnvoll, dies in einer später zu definierenden überarbeiteten InsVV zu regeln. Bis dahin sollten die Beteiligten durch hohe Transparenz in diesem Bereich für Vertrauen sorgen.
- Ein M&A-Prozess in der Eigenverwaltung ist nicht obligatorisch, sondern sorgfältig abzuwägen. Auch andere Wertfindungsmodelle – wie z. B. Unternehmensbewertungen – können im konkreten Fall der richtige Weg sein. Allerdings setzt dies voraus, dass die angedachte Insolvenzplanlösung sehr früh im Prozess ausfinanziert ist. Bedarf es einer Finanzierung zur Umsetzung des Plans und ist diese nicht von Anfang an sicher, führt kein Weg um einen M&A-Prozess herum.

Daten & Fakten aus der Wirtschaft

Finanzbranche im Umbruch

(Fortsetzung von S. 19)

heute bereits von FinTech-Unternehmen angeboten. Die klassische Bank definiere sich immer noch über ihr Filialnetz und FinTechs böten dieselben Leistungen zu viel geringeren Kosten 24 Stunden am Tag im Netz an. Wenn FinTech als „nur vorübergehender Trend“ bezeichnet werde, geschehe dies in Unkenntnis der Bedeutung, die FinTechs bereits für Finanzdienstleistungen hätten und sei letztlich nur ein Zeichen von Angst.

Dr. Jan Tibor Böttcher (Direktor, Bundesverband deutscher Banken e. V.) räumte in der anschließenden Podiumsdiskussion ein, dass der Banksektor derzeit einem großen Wandel

unterliege. Die Banken stünden nicht nur wegen des wachsenden Markts der FinTechs unter Druck, sondern auch wegen der aktuellen Niedrigzinspolitik und der angespannten internationalen Marktlage. Deshalb ist es seiner Ansicht nach wichtig, die Synergien zu heben, indem FinTechs weniger als Bedrohung, sondern vielmehr als Kooperationspartner für Banken betrachtet werden sollten. Gleichzeitig wies Böttcher aber auch darauf hin, dass große Geschäftsbanken junge FinTech-Unternehmen nicht einfach kopieren könnten. „Es macht eben einen Unterschied, ob ich ein Produkt aus einer Garage heraus an wenige Kunden vertreibe und dabei ohne großes Medienecho scheitern kann oder ob schon geringste Fehler das Vertrauen von

Millionen von Kunden ruinieren könnten“, so Böttcher. Banken müssten daher auf verschiedenen Ebenen auf die derzeitigen Herausforderungen reagieren. Kostensenkungen seien dabei derzeit ein wichtiger Hebel. Richard Groeneveld (unabhängiger Senior Advisor Financial Services & ehemaliger Bank-Vorstand) stieß in das gleiche Horn und ergänzte, 1.700 Banken in Deutschland seien viel zu viele. „Im Bereich der Landesbanken und der Genossenschaftsbanken rollt eine große Konsolidierungswelle auf uns zu“, so Groeneveld. Gerade lokale Banken sollten aber nicht nur auf Fusionen setzen. Sie müssten ihre institutseigenen Stärken herausarbeiten und dabei konkret mit FinTechs kooperieren. So könnten neue Chancen entstehen.