

ESUG – sechs Monate und 150 Schutzschirme später

Für ein Zwischenfazit – so müsste man meinen – ist es nach einem halben Jahr nach Einführung des ESUG noch viel zu früh. Aber angesichts der Fülle der Entscheidungen der Insolvenzgerichte und daraus resultierenden neuen Fragen erscheint eine erste Analyse durchaus gewinnbringend.

Einführung

Die neuen Möglichkeiten zur Sanierung unter Schutzschirm und Eigenverwaltung, die das ESUG bereitstellt, werden von den Antragstellern sehr gut angenommen. So hat die Anzahl der Unternehmen, die ein Verfahren in Eigenverwaltung nutzen wollen, deutlich zugenommen. Während vor der Reform die Eigenverwaltung eine äußerst geringe Praxisrelevanz hatte, wurden bundesweit inzwischen von rund 150 schuldnerischen Unternehmen Anträge auf Schutzschirme und eine Verfahrensabwicklung in Eigenverwaltung gestellt. Davon wurden jedoch nur ca. 40 Anträge von den Insolvenzgerichten positiv beschieden und Schutzschirmverfahren mit einem vorläufigen Sachwalter angeordnet. Die Gerichte prüfen diese Anträge genauer, als zunächst zu erwarten war. Dies gilt insbesondere für die Erfolgsaussichten der Sanierung in Eigenverwaltung und mit Insolvenzplan sowie für die vorzulegende Bescheinigung über eine nicht bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit gemäß § 270b Abs. 1 InsO. Aufgrund dieser Anforderungen ist die Insolvenzantragsstellung deutlich komplexer geworden, mit der Folge, dass die Anträge mangels ausreichender Vorbereitung oder fehlender Sachkunde scheitern und das Gericht statt einem Schutzschirm ein ganz normales vorläufiges Insolvenzverfahren anordnet.

In der Praxis zeigen sich indes noch viele Probleme und Regelungslücken. Erste, teilweise divergierende, amtsgerichtliche Entscheidungen wurden bereits getroffen. Kritik gibt es an fast allen Ecken des ESUG. Sei es die Transparenz einer angeordneten Eigenverwaltung, bei der es keine rechtliche Grundlage zur Bekanntmachung gibt, die nicht geregelte Begründung von Masseverbindlichkeiten zur Insolvenzgeldvorfinanzierung in der (vorläufigen) Eigenverwaltung ohne Schutzschirm oder auch die Verwalter- bzw. Sachwalterauswahl durch den vorläufigen Gläubigerausschuss.

Begründung von Masseverbindlichkeiten

Während beim Schutzschirmverfahren das Gericht dem Schuldner auf Antrag die Befugnis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten in unbegrenztem Umfang statt geben muss, sieht die Eigenverwaltung ohne Schutzschirm dazu keine Regelung vor. Das AG Fulda sah damit

auch keine Rechtsgrundlage, den Schuldnerinnen die Begründung von Masseverbindlichkeiten zu gewähren und wies alle gestellten Anträge zurück. Währenddessen sieht das AG Köln den Schuldner als richtigen Adressat für die Einzelermächtigung. Es könne lediglich darüber nachgedacht werden, die Befugnis an die Zustimmung des vorläufigen Sachwalters zu knüpfen. Das AG Hamburg sieht das ebenfalls anders. Die Regelung des Schutzschirmverfahrens sei nicht analogfähig. In der Eigenverwaltung ohne Schutzschirm könne das Gericht nicht den Schuldner, sondern nur den vorläufigen Sachwalter ermächtigen.

Unabhängigkeit des Bescheinigers im Schutzschirmverfahren

Das AG München (Beschl. v. 29.03.12) hat einen Antrag auf ein Schutzschirmverfahren abgelehnt, weil der Bescheiniger nicht Unabhängig gewesen sei. Geregelt ist in § 270b Abs. 1 InsO lediglich, dass die die Bescheinigung ausstellende Person nicht zum vorläufigen Sachwalter bestellt werden dürfe. Dies genügte dem Gericht jedoch nicht. Bei der Auswahl des Bescheinigers seien ähnlich strenge Anforderungen zu stellen, wie bei der Auswahl eines vorläufigen Insolvenzverwalters. In einem weiteren Beschluss des AG München (Beschl. v. 14.06.12) kommt auch der langjährige Berater des Schuldners nicht als Aussteller der Bescheinigung in Betracht. Auch wenn fachlich die Anforderungen an die Bescheinigung erfüllt werden, muss es sich bei dem Bescheiniger um eine neutrale und unabhängige Person handeln.

Öffentliche Bekanntmachung der vorläufigen Sachwalterschaft

Eine weitere Regelungslücke betrifft die Öffentliche Bekanntmachung der vorläufigen Sachwalterschaft in Eigenverwaltungen. Eine Ermächtigungsgrundlage zur Öffentlichen Bekanntmachung fehlt schlichtweg. Die Vorschrift über die Öffentliche Bekanntmachung von Insolvenzverfahren kommt nicht in Betracht, da die diesbezüglichen Vorschriften keine Veröffentlichung vorsehen. Eine öffentliche Bekanntmachung der Anordnung der vorläufigen Sachwalterschaft in beiden Eigenverwaltungsverfahren ist weder spezialgesetzlich noch analog verpflichtend vorgesehen, auch nicht allgemeingesetzlich oder im Wege der Analogie fakultativ erlaubt und daher unter Berücksichtigung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung unzulässig. Jedoch will die Insolvenzordnung jede Schädigung von Gläubigern vermeiden. Nach dem allgemeinen Schuldrecht darf der Vertragspartner seine Leistung verweigern, wenn bei Vertragsabschluss nicht erkennbar war, dass sein Kunde bereits bei Abschluss nicht oder nur bedingt leistungsfähig war. Eine Täuschung durch Unterlassen der Aufklärung der unzureichenden Leistungsfähigkeit könnte ein Straftatbestand des „Eingehungsbetrug“ erfüllen. Bei börsennotierten Unternehmen gibt es zudem eine aktienrechtliche Berichtspflicht.

Kritik am vorläufigen Gläubigerausschuss

Die Transparenz der Auswahlentscheidung und Unabhängigkeit der bestellten Sachwalter und Insolvenzverwalter wird angezweifelt. Es gehe oftmals weniger um die Interessen der Gläubiger, als das Interesse am Mandatserhalt der Schuldnerberater. Sie präsentierten mit der Antragstellung dem Insolvenzgericht oft ein „Paket“ mit Gläubigerliste, bereitwilligen Ausschussmitgliedern und ausgewähltem Verwalter bzw. Sachwalter. Dies führe zur Verunsicherung bei den übrigen Verfahrensbeteiligten. Dies gelte insbesondere bei dem Vorschlag von verhältnismäßig unbekanntem Verwalterpersönlichkeiten. Hier liegt die Vermutung nahe, dass diese die oftmals den Anfechtungstatbestand erfüllenden, überhöhten Beraterhonorare nicht zur Durchsetzung der Anfechtung bringen sollen. Unter diesem Blickpunkt legen die Insolvenzgerichte ein erhöhtes Augenmerk auf die Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses. Denn nicht zuletzt muss es einem einstimmigem Votum des Ausschusses für einen Verwalter/Sachwalter gemäß § 56a Abs. 1 InsO folgen und dessen Bestellung vornehmen.

Ausblick

Nach den ersten 6 Monaten der Geltung des ESUG lässt sich bei aller berechtigten Kritik feststellen, dass sanierungswilligen und gut beratenen Schuldnern ein wesentlich leichter Zugang zu einer Insolvenzverfahrensabwicklung in Eigenregie ermöglicht wird, als dies bisher der Fall gewesen ist. Der mit dem Schutzschirm geschaffene Anreiz zu einer frühzeitigen Insolvenzantragstellung erhöht die Chancen auf eine erfolgreiche Sanierung erheblich. Die neuen Möglichkeiten des ESUG werden von Schuldnern, Gläubigern und Investoren zunehmend genutzt und strategisch eingesetzt werden. Von den häufig noch mangelhaften Eröffnungsanträgen mit der Konsequenz der Ablehnung durch die Insolvenzgerichte wird ein Lerneffekt ausgehen, der zu Anträgen mit solcher Qualität führen wird, denen die Gerichte nach den Vorgaben des ESUG zu folgen verpflichtet sind.

AG München, Beschl. v. 29.03.2012 – 1507 IN 1125/12

AG München, Beschl. v. 14.06.2012 – 1506 IN 1851/12 (nicht rechtskräftig)

AG Hamburg, Beschl. v. 04.04.2012 – 67g IN 74/12 (nicht rechtskräftig)

AG Köln, Beschl. v. 26.03.2012 – 73 IN 125/12

AG Fulda, Beschl. v. 12.03.2012 – 93 IN 9/12