

Verband Junger Insolvenzverwalter

4. Jahrestagung 2011

Podiumsdiskussion

ESUG –

Chancen und Risiken

Einführungsreferat

Prof. Dr. Heinz Vallender, Köln

ESUG – Chancen und Risiken

ESUG-Zeitplan im Gesetzgebungsverfahren

- **Abschluss der Beratungen im Rechtsausschuss: 28.09.2011**
- **2./3. Lesung im Bundestag: 29.09.2011**
- **2. Durchgang im Bundesrat 04.11.2011**
- **Inkrafttreten ESUG am 01.01.2012?**

ESUG – Chancen und Risiken

Der Insolvenz- und Sanierungsstandort Deutschland

Deutschland ist Europas attraktivster Industriestandort
(so Handelsblatt v. 31.5.2011 S. 14).

Aber ist Deutschland auch Europas attraktivster Sanierungs- und
Insolvenzstandort?

Eher nicht!

Beklagt werden:

- fehlende Transparenz
- fehlende Vorhersehbarkeit
- und fehlende Flexibilität des deutschen Sanierungs- und
Insolvenzstandorts

ESUG – Chancen und Risiken

- Prohibitiv wirken die das Eigenkapitalersatzrecht in der Sache ablösenden Anfechtungsrechte aus § 135 InsO i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO
- sowie sonstige insolvenzbezogene Haftungsansprüche, beispielsweise aus § 64 GmbHG.
- Keine Einflussnahme auf die Person des designierten Insolvenzverwalters (anders im englischen Insolvenzrecht)

Zu begrüßen ist, dass der Gesetzgeber mit dem ESUG auf die zum Teil berechtigte Kritik aus dem In- und Ausland reagiert hat.

Die Botschaft, die auch im Ausland mit der Einführung des ESUG verkündet wird, sollte in ihren Wirkungen nicht unterschätzt werden.

ESUG – Chancen und Risiken

Es wird kurzfristig erheblicher Sanierungsbedarf bestehen!

Das ESUG wird sehr bald seine Chance als Sanierungsinstrument bekommen. Dabei werden Stärken und Schwächen der neuen Bestimmungen schnell sichtbar werden.

Stichwort: Eruptionen in der mezzaninen Kreditwirtschaft.

Für die Jahre 2011 bis 2014 wird aller Voraussicht nach auf mehr als 130 Unternehmen des gehobenen deutschen Mittelstandes mit einem mezzaninen Finanzierungsvolumen von 800 Mio Euro und weiteren Kreditverbindlichkeiten von 2,5 Mrd. Euro konkreter sanierungs- und finanzwirtschaftlicher Sanierungsbedarf zukommen (siehe Studie EBS-Business School).

Wie soll die gewaltige Refinanzierungsaufgabe gelöst werden?

Refinanzierungen sind heute nicht mehr für 7 bis 10% sondern für 15 bis 18% zu bekommen. Etwa 1/3 der Unternehmen läuft Gefahr, keine adäquate Anschlussfinanzierung darstellen zu können.

ESUG – Chancen und Risiken

Die Insolvenzordnung hat trotz entsprechender Instrumente nicht für eine frühzeitige Antragstellung gesorgt.

Aber: Das ESUG kommt zur rechten Zeit und bietet Chancen.

- Konzentration führt mittelfristig zu einer Qualitätssteigerung bei den Insolvenzgerichten.
- Vorläufiger Gläubigerausschuss stärkt Mitspracherechte der Gläubiger (Verwalterbestellung, Eigenverwaltung)
- Neuregelungen zum Planverfahren und das Schutzschirmverfahren bieten einen Anreiz zur frühzeitigen Antragstellung.
Die grundsätzliche Einbeziehung der Mitgliedschaftsrechte in die gestaltende Wirkung des Insolvenzplans schafft Sanierungspotential.

ESUG – Chancen und Risiken

- Der debt to equity swap kann als finanzwirtschaftliches Restrukturierungsmittel neben anderen Sanierungsmaßnahmen zum Gelingen eines turn around maßgeblich beitragen. Die Regelung des § 225a E-InsO steigert die Attraktivität des Sanierungsstandortes Deutschland.
- § 348 E-InsO bietet erstmals einen rechtlichen Rahmen für die Kommunikation und Kooperation von Gerichten in grenzüberschreitenden Verfahren.

ESUG – Chancen und Risiken

Risiken

Verwalterbestellungspraxis

- Die Regelung des § 56 E-InsO schießt weit über das Ziel hinaus.
 - Es ist nicht gewährleistet, dass der für den jeweiligen Einzelfall ein geeigneter Verwalter bestellt wird.
 - Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts werden in Verfahren einer bestimmten Größenordnung ins Leere laufen.
 - Wie soll Gericht die Geeignetheit des Vorgeschlagenen in der Kürze der Zeit prüfen können?
Gefahr: Richter lehnt ihm nicht bekannte Person als „ungeeignet“ ab.
- Die Unabhängigkeit des Verwalters ist gefährdet.
In Großverfahren wird der Verwalter nur noch aus einem kleinen Kreis von „genehmen“ Verwaltern rekrutiert werden. Verwalter berichten, dass bereits jetzt Großgläubiger mehr oder weniger offen Wohlverhalten einfordern.

ESUG – Chancen und Risiken

- § 56 Abs. 2 und 3 E-InsO wirken bei konsequenter Umsetzung sanierungsfeindlich. Es besteht in Verfahren der Größenordnung des § 22a E-InsO sofortiger Handlungsbedarf.

Insolvenzplan und Ausfallrisiken der Neugläubiger

§ 254 Abs. 4 E-InsO: Danach kann der Schuldner nach der gerichtlichen Bestätigung des Plans keine Ansprüche gegen den bisherigen Gläubiger wegen einer Überbewertung der Forderungen im Plan geltend machen.

Gefahr: Die Neugläubiger sehen sich u.U. einer stammkapitallosen Gesellschaft gegenübergestellt. Dies widerspricht eindeutig der mit dem MoMiG ausdrücklich gefestigten bilanziellen Betrachtungsweise.

ESUG – Chancen und Risiken

Es fehlt ein Regulativ, das einerseits dem praktischen Bedürfnis nach einem debt to equity swap ohne unüberschaubare Differenzhaftungsrisiken der betroffenen Gläubiger Rechnung trägt, auf der anderen Seite aber den Grundsätzen der Kapitalaufbringung und des Gläubigerschutzes im Recht haftungsbeschränkender Gesellschaften Rechnung trägt.

„Schutzschirmverfahren“

Gefahr der Personenidentität zwischen demjenigen, der die drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung bescheinigt und der Person, die der Schuldner als Sachwalter vorschlägt – Mißbrauchsgefahr.

Automatismus in § 270b Abs. 3 Entwurf zu rigoros. Was ist, wenn sich Sanierung trotz zwischenzeitlich eingetretener Zahlungsunfähigkeit als aussichtsreich erweist?

ESUG – Chancen und Risiken

Erwartungshaltung an das künftige Eigenverwaltungs- und Planverfahren ist möglicherweise zu hoch.

Viele Verwalter werden auch künftig die übertragende Sanierung als „die einfachere Sanierungsvariante“ vorziehen.

Viele Verwalter sind möglicherweise mangels Erfahrung und Kenntnis nicht bereit, die beiden renovierten Sanierungsinstrumente intensiv zu nutzen.

Gesicherte Gläubiger sind bei eigener ausreichender Sicherung nicht an einem Eigenverwaltungs- oder Planverfahren interessiert.

Nur wenn der Schuldner im Vorfeld des Verfahrens eine enge Abstimmung mit seinen Gläubigern vorgenommen hat, läuft er nicht Gefahr, dass das Schutzschirmverfahren wegen Kreditkündigung und damit eingetretener Zahlungsunfähigkeit scheitert.

ESUG – Chancen und Risiken

ESUG allein reicht nicht, um den Sanierungs- und Insolvenzstandort Deutschland attraktiver zu machen!

Es fehlt eine wesentliche Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen.

Ausgangslage:

In den vergangenen Jahren haben Gesetzgeber und Rechtsprechung die steuerlichen Rahmenbedingungen verschlechtert.

- Einführung des § 55 Abs. 4 InsO auf Grund des Haushaltsbegleitgesetzes 2011
- Das Sanierungsprivileg des § 8c Abs. 1a KStG wurde aufgrund massiver europarechtlicher Bedenken auf Grund der Verwaltungsanweisung des BMF vom 30.4.2010 ausgesetzt (BStBl. 2010 I S. 488).

ESUG – Chancen und Risiken

- Erneuter Versuch des BMF, das Fiskusprivileg durch die Hintertür einzuführen auf Grund des Betreibungsrichtlinienumsetzungsgesetz. Durch eine Ergänzung des § 226 um einen neuen Absatz 5 soll das Fiskusprivileg durch eine Einschränkung des Anfechtungsrechtes auf einen weiteren Eckfehler erweitert werden.

(5) Die von einem anderen Unternehmer für das Unternehmen des Insolvenzschuldners und die von Insolvenzschuldner ausgeführten Lieferungen und sonstigen Leistungen gelten für die Aufrechnung durch Finanzbehörden nicht als Rechtshandlungen im Sinne der §§ 129 ff. der Insolvenzordnung.

- Fortbestehen der „Sanierungsbremse“ § 613a BGB
- Mit dem **Wegfall des Sanierungsprivilegs in § 3 Nr. 66 EStG** wurde der Sanierungsgewinn grundsätzlich voll steuerbar. Das ist nur so lange ohne Relevanz, soweit vorhandene Verlustvorträge über § 10d EStG genutzt werden können.

ESUG – Chancen und Risiken

Entscheidung des **BFH** v. 9.12.2010 – V R 22/10, ZInsO 2011, 822

Leitsatz:

Vereinnahmt der Insolvenzverwalter eines Unternehmers das Entgelt für eine vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeführte Leistung, begründet die Entgeltvereinnahmung nicht nur bei der Ist-, sondern auch bei der Sollbesteuerung eine Masseverbindlichkeit i.S. von § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO (Fortführung des BFH Urteils v. 29.1.2009 – VR 64/07, BSTBI. II 2009, 68 zur Istbesteuerung).