

Erfahrungen mit dem ESUG aus Bankensicht

Vortrag beim Berlin/Brandenburger Arbeitskreis für Insolvenzrecht e.V. am 26.03.2014

RA Thomas Kamm,
Syndikus UniCredit Bank AG
(HypoVereinsbank)

Agenda

- Der vorläufige Gläubigerausschuss
 - Eigenverwaltung nach § 270a InsO
 - Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO
 - Schutzschirmverfahren "an der Bank vorbei"
 - Auswirkungen auf bestehende Kredit- und Sicherheitenverträge
 - Probleme der Verfahrensfinanzierung
 - Eingriff in die Eigentümerrechte der Gesellschafter / debt-to-equity-swap
 - Einfluss der Bank auf die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters / Sachwalters
-

Der vorläufige Gläubigerausschuss

- die Erfahrungen in der Praxis sind grundsätzlich positiv:
 - die Gerichte begrüßen es größtenteils, wenn sich die Gläubiger in das Verfahren professionell einbringen (insbesondere durch Teilnahme an einem vorläufigen Gläubigerausschuss)
 - zum Teil auch aktives Mitwirken der Gerichte an der Vorbereitung eines vorläufigen Gläubigerausschusses
 - Mit Blick auf § 22a Abs. 2, 3 InsO (Einsetzung im Regelfall; Unterbleiben bei Gefahr einer nachteiligen Vermögensveränderung) sollten die Ausschussmitglieder möglichst schon bei Antragsstellung / am selben Tag benannt werden (einschließlich Vorliegen der Bereitschaftserklärungen), um Verzögerungen und damit ggf. eine Verwalterbestellung durch das Gericht ohne Beteiligung der Gläubiger zu vermeiden
 - auch deshalb ist eine frühzeitige Einbindung der Gläubiger sinnvoll

Der vorläufige Gläubigerausschuss

- die Schwellenwerte für die Pflicht zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nach § 22a Abs. 1 InsO sind diskussionswürdig:
 - bei einem Anstieg der Insolvenzen wird eine stärkere Fokussierung auf ausgewählte Großverfahren erforderlich sein, da
 - die Teilnahme am (vorläufigen) Gläubigerausschuss in erheblichem Umfang Ressourcen bei den Gläubigern bindet (Möglichkeiten der jeweiligen Bank?)
 - die Bank geeignete Mitarbeiter bereithalten / schulen muss (Haftungsrisiken, tatsächlicher Mehrwert für die Bank und die Gläubigergesamtheit durch eine aktive Begleitung des Verfahrens)
 - wären höhere Schwellenwerte sinnvoll?
 - zugleich jedoch besteht bei höheren Schwellenwerten die Gefahr, dass die Gläubiger im Einzelfall nicht rechtzeitig eingebunden werden, da keine Pflicht zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses besteht
 - Praxis: aktive, aber selektive Nutzung des Rechts, die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses zu beantragen (insbesondere, um vor Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters Gehör zu finden) bzw. Mitarbeiter in den (vorläufigen) Gläubigerausschuss zu entsenden
 - wirtschaftlich-strategische Entscheidung: je nach Exposure, Stellung als Konsortial- / Poolführerin, da mit erheblichem Aufwand verbunden
-

Eigenverwaltung nach § 270a InsO

- tendenziell häufiger reine vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO
 - grundsätzliche Bedenken, wenn die bisherige Geschäftsführung im driver's seat bleibt:
 - für das Gelingen der Sanierung ist die Qualität der Geschäftsführung entscheidend
 - i.d.R. Managementfehler als Krisenursache, daher zumindest Verstärkung der bisherigen Geschäftsführung sinnvoll
 - Aufdeckung eigener Fehler (und somit ggf. auch von Haftungstatbeständen etc.)?
 - "neutrale" Geschäftsführung erforderlich (Investoren-/Gesellschafterinteressen ↔ Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen)
 - Bedeutung auch für die Verfahrensfinanzierung (Vertrauen in die Geschäftsführung / Gelingen der Sanierung)
 - Hürde für eine nachträgliche Aufhebung der vorläufigen Eigenverwaltung auf Antrag eines absonderungsberechtigten Gläubigers eher hoch: "erhebliche Nachteile", vgl. § 272 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 InsO
 - zugleich aber nur geringe Anforderungen für eine vorläufige Eigenverwaltung: "nicht offensichtlich aussichtslos", vgl. § 270a Abs. 1 InsO
-

Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO

- nach einer gewissen "Anfangseuphorie" (teilweise wurden Insolvenzanträge wohl sogar gezielt bis zum Inkrafttreten des ESUG "zurückgestellt"), kann die tatsächliche Bedeutung / Qualität des Schutzschirmverfahrens u.E. noch nicht belastbar beurteilt werden (zu wenige, teils wohl auch "atypische" Verfahren)
 - regionaler Schwerpunkt in West- und Südwestdeutschland
 - Initiative geht überwiegend von den Beratern der Schuldner ("Mandatsverlängerung") oder vom Schuldner selbst aus – nicht aber von den Banken
 - ursprüngliche Bedenken der Banken haben sich (teilweise) bestätigt:
 - hohe (Berater-)Kosten im Vorfeld
 - Aufzehren des Schuldnervermögens entgegen
 - Ziel des Insolvenzverfahrens, § 1 InsO: Gläubigerbefriedigung
 - Ziel des ESUG: Verbesserung der Sanierungschancen
 - Qualität / Inhalt der Bescheinigung der Sanierungsfähigkeit nach § 270b Abs.1 InsO nach wie vor unklar (noch im Entwurf: IDW S9)
 - aus unserer Sicht ist zumindest eine belastbare Liquiditätsplanung bis zur Planerstellung erforderlich
-

Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO

- oftmals werden die betriebswirtschaftlichen Aspekte einer Sanierung nicht ausreichend berücksichtigt:
 - Verfahrensfinanzierung
 - Nachhaltigkeit der unternehmerischen Maßnahmen
- häufig findet keine / erst spät eine offene Kommunikation mit den beteiligten Banken, Warenkreditversicherern und Lieferanten statt
 - schon wegen der Verfahrensfinanzierung / der erforderlichen Fortführung bis zur Planerstellung ist eine offene Kommunikation jedoch von größter Bedeutung (Vertrauensverlust)
- sehr hoher Aufwand für die Gläubiger wegen Planerstellung und -prüfung (gerade bei kurzfristigen Änderungen am Insolvenzplan)

Schutzschirmverfahren "an der Bank vorbei"

- bei einer Vielzahl von Unternehmen werden die Schwellenwerte für eine verpflichtende Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses nicht erreicht
 - im Übrigen besteht keine Verpflichtung, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen:
 - die Gläubiger müssten die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses beantragen, was jedoch die Kenntnis vom Verfahren / eine frühzeitige Einbindung (Vorbereitung) voraussetzt
 - u.U. erfahren die Gläubiger erst sehr spät von dem Verfahren, da die öffentliche Bekanntmachung der Anordnung eines Schutzschirmverfahrens nicht eindeutig geregelt ist
 - die Auswahl des vorläufigen Sachverwalters ist (auch deshalb) stark durch das Vorschlagsrecht des Schuldners geprägt
 - Aufhebung auf Antrag eines absonderungsberechtigten Gläubigers: wohl hohe Hürde (Nachteile für "die Gläubiger", § 270b Abs. 4 Nr. 3 Alt. 1 InsO)
 - Folge: in der Praxis deutliche Schmälerung des Gläubigereinflusses (ggf. Kündigung infolge mangelnder Einbindung → Sanierung zumindest erheblich gefährdet)
-

Auswirkungen auf bestehende Kredit- und Sicherheitenverträge

- sowohl bei vorläufiger Eigenverwaltung als auch im Schutzschirmverfahren droht ein Abschmelzen revolvingender Sicherheiten (verringertes Zufluss neuer Forderungen / Waren, Erwerb nach § 130 InsO i.d.R. ab Antragsstellung anfechtbar)
 - die Bank muss sich daher vor dem Verlust ihrer Sicherheiten schützen, so dass vielfach eine Kündigung und der Widerruf der Einzugs- bzw. Verarbeitungs- und Veräußerungsbefugnis unvermeidbar ist
 - anders bei nicht-revolvierenden Sicherheiten / werthaltigen Drittsicherheiten sowie ggf. bei frühzeitiger Einbeziehung der Bank (s. Finanzierung des Verfahrens)
 - Konflikt mit Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 S. 3 InsO: nur drohende Zahlungsunfähigkeit unschädlich → Kündigung der Kredite löst jedoch regelmäßig Zahlungsunfähigkeit aus
 - spätere Zahlungsunfähigkeit ist zwar kein Ausschlusskriterium, aber ggf. Grund für eine Verfahrensaufhebung wegen Aussichtslosigkeit der angestrebten Sanierung, § 270b Abs. 4 S. 1 Nr. 1 InsO (entsprechend besteht eine Mitteilungspflicht bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, § 270b Abs. 4 S. 2 InsO, für Schuldner und Sachwalter)
 - Hinweis: eine Kreditkündigung ist nicht etwa wegen des Sinn und Zwecks des ESUG ausgeschlossen (Insolvenzverfahren: die Kreditrückführung ist i.d.R. trotz Sicherheiten zumindest gefährdet)
-

Probleme bei der Verfahrensfinanzierung

- Insolvenzgeldvorfinanzierung bei vorläufiger Eigenverwaltung / im Schutzschirmverfahren:
 - wird unverändert von vielen Banken nicht angeboten
 - eigene Produktvariante bei der HVB:
 - der (vorläufige) Sachwalter muss die Abwicklung der Vorfinanzierung übernehmen → ggf. Ansichziehen der Kassenführung erforderlich (je nach Kontoinhaberschaft beim Vorfinanzierungskonto)
 - daher (auch im eigenen Interesse) Versicherungsschutz für den (vorläufigen) Sachwalter erforderlich
 - grundsätzlich Einbindung von Abwicklungsbüros möglich
 - je nach Finanzierungsvolumen ist regelmäßig eine Einzelermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten erforderlich
 - Probleme: - § 270a InsO enthält keine Regelung dazu, ob / wen das Insolvenzgericht ermächtigen kann, Masseverbindlichkeiten zu begründen
 - bei § 270b InsO ist unklar, ob das Schuldnervermögen ausreicht, um ggf. alle vom Schuldner begründete Masseverbindlichkeiten tatsächlich voll zu bedienen

Probleme bei der Verfahrensfinanzierung

- Massekredit bei vorläufiger Eigenverwaltung:
 - § 270a InsO enthält keine Regelung dazu, ob / wen das Insolvenzgericht ermächtigen kann, Masseverbindlichkeiten zu begründen
 - uneinheitliche Praxis bei den Insolvenzgerichten:
 - AG Fulda: keine Rechtsgrundlage für eine (Einzel-)Ermächtigung zur Begründung von Masseverbindlichkeiten erkennbar:
 - § 270b Abs. 3 InsO gilt nur für das Schutzschirmverfahren
 - keine planwidrige Regelungslücke, daher keine Analogie
 - neben dem Antrag auf vorläufige Eigenverwaltung müsste ein Antrag auf Anordnung eines Schutzschirmverfahrens gestellt werden (sofern erfolgversprechend), um eine ggf. erforderliche Verfahrensfinanzierung durch die Bank zu ermöglichen (Massekredit, Insolvenzgeldvorfinanzierung)

Probleme bei der Verfahrensfinanzierung

- AG Hamburg: § 270a Abs. 1 S. 2 InsO sieht eine Bestellung des vorläufigen Sachwalters "anstelle" des vorläufigen Insolvenzverwalters vor:
 - das Insolvenzgericht kann dem vorläufigen Sachwalter ebenso wie dem vorläufigen Insolvenzverwalter eine Einzelermächtigung erteilen
 - § 270b Abs. 3 InsO ist nicht anwendbar, da Spezialbestimmung nur für das Schutzschirmverfahren (somit keine (Einzel-)Ermächtigung für den Schuldner möglich)

→ dem vorläufigen Sachwalter kämen im Eröffnungsverfahren weitergehende Befugnisse zu als er nach Verfahrenseröffnung hätte (Wertungswiderspruch); vom Ergebnis her jedoch wohl wünschenswert
- AG Köln sowie AG München: Einzelermächtigung nur für den Schuldner möglich, da der vorläufige Sachwalter sonst ggf. weitergehende Befugnisse als nach Verfahrenseröffnung hätte (Wertungswiderspruch)

→ bei der Entscheidung über eine Verfahrensfinanzierung stellt die Bank regelmäßig auf die Person des (vorläufigen) Sachwalters und nicht auf den Schuldner ab (selbst bei Verstärkung der Geschäftsführung, da reversibel)

Probleme bei der Verfahrensfinanzierung

- Einschätzung: eine (Einzel-)Ermächtigung für den Schuldner wäre nach der Systematik / der Intention des ESUG wohl vorzugswürdig;
 - andererseits wäre auch eine (Einzel-)Ermächtigung für den vorläufigen Sachwalter gut denkbar, da so eine "Abstufung" zwischen Regelinsolvenzverfahren, vorläufiger Eigenverwaltung und Schutzschirmverfahren entstünde:
 - Regelinsolvenzverfahren: i.d.R. schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt
→ Einzelermächtigung erforderlich; keine Befugnis für den Schuldner
 - Schutzschirmverfahren: der Schuldner hat es in der Hand, ob er auf Antrag Masseverbindlichkeiten begründen können will
→ Befugnis für den Schuldner
 - vorläufige Eigenverwaltung: Schuldner bleibt im "driver's seat", jedoch nur der vorläufige Sachwalter könnte ggf. Masseverbindlichkeiten begründen (Schutz sowohl des Schuldners als auch der Gläubiger)
 - derzeit jedoch völlig offen (Tätigwerden des Gesetzgebers wohl erst nach einiger "Beobachtungszeit" zu erwarten)
-

Probleme bei der Verfahrensfinanzierung

- Massekredit im Schutzschirmverfahren:
 - bei § 270b InsO ist unklar, ob das Schuldnervermögen ausreicht, um ggf. vom Schuldner begründete Masseverbindlichkeiten zu bedienen, vgl. § 270b Abs. 3 InsO: "Auf Antrag des Schuldners hat das Gericht anzuordnen, dass der Schuldner Masseverbindlichkeiten begründet."
 - wohl keine Prüfungskompetenz des Insolvenzgerichts
 - da ein Antrag des Schuldners erforderlich ist, spricht viel dafür, dass das Insolvenzgericht nicht über das Beantragte hinausgehen darf und daher auch nur eine Einzelermächtigung ausgesprochen werden kann (günstiger, da so nicht alle Verbindlichkeiten zu Masseverbindlichkeiten werden, insbesondere Dauerschuldverhältnisse; hierzu nun AG Dresden, ZInsO 2014, 1962 ff.)

Probleme bei der Verfahrensfinanzierung

- Massekredit bei vorläufiger Eigenverwaltung / im Schutzschirmverfahren:
 - sowohl bei § 270a als auch § 270b InsO bestehen Unklarheiten bei der Sicherheitenbestellung:
 - Einzelermächtigung durch das Insolvenzgericht möglich bzw. erforderlich?
 - zumindest gewisser Schutz durch § 142 InsO (jedenfalls sofern ausschließlich der Massekredit besichert wird)
 - Entscheidung über die Kreditvergabe:
 - Interessen der Bank als Gläubiger sind grundsätzlich vorrangig
 - daher kommt ein Massekredit regelmäßig nur dort in Betracht, wo die Bank bereits erheblich engagiert ist / dies mit der Gläubigerstellung vereinbar ist

Eingriff in die Eigentümerrechte der Gesellschafter / debt-to-equity-swap

- bislang keine Erfahrungen mit diesen neuen Möglichkeiten durch das ESUG
 - Zurückhaltung der Insolvenzverwalter bezüglich der Anwendung als Alternative zur übertragenden Sanierung, um Unternehmen ohne Mitwirkung der Altgesellschafter an einen Investor zu übertragen
 - entsprechende Regelungen im gestaltenden Teil des Insolvenzplans sind zwingende Voraussetzung
 - debt-to-equity-swap als Option für Banken?
 - grundsätzliche keine Beteiligung an (branchen-)fremden Unternehmen gewollt (hoher Aufwand, Risiken)
 - andererseits sonst i.d.R. keine Möglichkeit, an einer Wertsteigerung infolge einer erfolgreichen Sanierung zu partizipieren (trotz i.d.R. erheblichem Beitrag der Banken)
 - Forderungsverkauf an umwandlungswilligen Investor denkbar
-

Einfluss der Bank auf die Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters / Sachwalters

- Einflussmöglichkeiten werden, sofern möglich, aktiv genutzt
 - Einstimmigkeit aus Bankensicht nicht sachgerecht, Mehrheitsregelung wäre sinnvoll
 - bankseitige Kriterien bei der Verwalter-/Sachwalterauswahl:
 - positive Erfahrungen in der Vergangenheit (schnelle, professionelle Abwicklung, Erreichbarkeit für die Gläubiger, Gesamteindruck)
 - fachliche Qualifikation, Fortführungserfahrung
 - Branchenkenntnis
 - Erfahrungen mit Insolvenzverfahren dieser Größenordnung und Kapazität / aktuelle Auslastung der Kanzlei (vor allem bei größeren Verfahren)
 - räumliche Nähe zum Unternehmen, Kunden und Lieferanten
 - konkretes Anforderungsprofil für den Fall einer Ablehnung durch das Gericht (§ 56a Abs. 2 Satz 1, 2. HS InsO)
 - Mitbestimmung der Gläubiger ist keine unzulässige Einflussnahme auf das Gericht
-

Fazit

- Die neuen Einflussmöglichkeiten der Gläubiger bezüglich Gläubigerausschuss und Verwalterauswahl werden nach unserer Beobachtung von den Gerichten überwiegend respektiert und gelebt und von Bankenseite entsprechend genutzt
 - Bei gründlicher Vorbereitung, umfassender und frühzeitiger Einbindung der wesentlichen Gläubiger (insbesondere der Banken) und rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags ist das Schutzschirmverfahren eine probate Alternative zur außergerichtlichen Sanierung, die jedoch nur dauerhaft Erfolg verspricht, wenn neben finanzwirtschaftlichen Aspekten auch eine operative Restrukturierung in Angriff genommen wird und die Verfahrensfinanzierung gesichert ist
 - Aus Gläubigersicht hat bei Eigenverwaltung / im Schutzschirmverfahren die Auswahl eines geeigneten Sachwalters entscheidende Bedeutung
 - Möglichkeit des Eingriffs in die Eigentümerrechte ist durchaus positiv zu sehen, wobei der debt-to-equity-swap i.d.R. keine Option für die Banken ist
 - Verfahrensfinanzierung nur, wenn mit Interessen als Gläubiger vereinbar
-

Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!
