

§

## Meinung im Klartext

### ESUG-Evaluation – und nu?

von Rechtsanwalt Dr. Volker Beissenhertz, LL.M. (London), FCTP (EACTP), Berlin\*

*„Die Definition von Wahnsinn ist,  
immer wieder das Gleiche zu tun  
und andere Ergebnisse zu erwarten.“*

*Albert Einstein*

5 Jahre nach Inkrafttreten des mit reichlich Vorschusslorbeeren ausgestatteten „Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ („ESUG“) Anfang März 2012 wurden – wie gesetzlich vorgesehen – im Sommer 2018 die (praktischen) Erfahrungen mit seiner Anwendung evaluiert. Der über 350-seitige Abschlussbericht des dazu von der Bundesregierung herangezogenen Expertenteams<sup>1</sup> kommt zu dem Ergebnis, dass die durch das ESUG eingeführten Änderungen von der Praxis weitgehend positiv angenommen worden seien und dass eine Rückkehr zum früheren Recht nicht veranlasst sei. Allerdings schlägt der Bericht zu Einzelfragen Änderungen vor, welche die grundsätzliche Ausrichtung des ESUG nach Ansicht der Bundesregierung<sup>2</sup> nicht infrage stellen sollen. So weit, so gut – und wenig überraschend. Was aber bedeutet das nun für die weitere Entwicklung der mit dem ESUG angestrebten Etablierung einer „Sanierungskultur“<sup>3</sup> in Deutschland?

\* Der Autor ist Partner der CIC Consultingpartner GmbH, Lehrbeauftragter der FOM Hochschule für Oekonomie und Management und bloggt regelmäßig zu Wirtschaftsthemen unter <https://legonomics.de>.

1 Bericht der Forschungsgemeinschaft zur Evaluation des ESUG v. 30.4.2018 (nachfolgend zitiert als „Gesamtbericht“); abrufbar unter: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018\\_Gesamtbericht\\_Evaluierung\\_ESUG.pdf](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/101018_Gesamtbericht_Evaluierung_ESUG.pdf).

2 S. „Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) vom 7.12.2011 (BGBl. I S. 2582)“, ZInsO 2018, 1249 ff.; ausführlich: BT-Drucks. 19/4880, ZInsO 2018, 1249 ff.

3 S. hierzu schon die kritischen Auseinandersetzungen bei Paulus, WM 2011, 2205 oder Vallender zur „Insolvenzkultur“, NZI 2010, 838.

## I. Zielsetzung des ESUG

Angetreten war der Gesetzgeber bei der Verabschiedung des ESUG mit folgender Zielsetzung: „Die Eigenverwaltung, die bei der Abwicklung von Insolvenzverfahren bisher eine völlig untergeordnete Rolle spielt, soll durch das Gesetz gestärkt werden. Diesem Ziel dient auch § 270b InsO, der einen Anreiz zur frühzeitigen Sanierung bieten soll, indem er den Schuldnern, bei denen lediglich drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegt, die Möglichkeit eröffnet, unter der Sicherheit eines ‚Schutzschirms‘ in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan zu erarbeiten. Mit der Einführung dieses Verfahrens ist auch die Hoffnung verbunden, zumindest einen Teil der Sanierungsfälle abzudecken, die in anderen Staaten mit vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren bewältigt werden.“<sup>4</sup>

## II. Hintergrund der Evaluation

Die Evaluation des ESUG 5 Jahre nach Inkrafttreten hatte sich der Gesetzgeber bereits bei Verabschiedung selber auferlegt – und dabei auch gleich die zu beantwortenden Fragen formuliert.<sup>5</sup> Insgesamt hat das Forscherteam, welches sich bei der entsprechenden Ausschreibung durchsetzte, wohl bedingt durch die gesetzgeberischen Vorgaben, eher einen qualitativen, denn quantitativen<sup>6</sup> Ansatz gewählt.

## III. Wenige quantitative Aspekte

Im Hinblick auf die eigentlich quantitative Zielsetzung der InsO, nämlich die Sicherstellung einer größtmöglichen Gläubigerbefriedigung, vgl. § 1 InsO, ist diese Beschränkung allerdings bedauerlich. Eine Evaluation bspw. (der Entwicklung) der Insolvenzquote<sup>7</sup> oder Auswertung der Verfahrensdauer vor und nach Einführung des ESUG hätte wertvolle Erkenntnisse zu den volkswirtschaftlichen Auswirkungen des ESUG ergeben können.<sup>8</sup> Diesbezüglich beschränkt sich der quantitative Anteil der Evaluation im Wesentlichen auf Verweise zu anderen – eher quantitativ orientierten – Studien<sup>9</sup> und den Anteil der ESUG-spezifischen Verfahren an der Gesamtzahl der Unternehmensinsolvenzen: Demnach weisen die ESUG-spezifischen Verfahren der vorläufigen Eigenverwaltung und des Schutzschirms mit 1.609 entsprechende Verfahren an insgesamt 46.539 Insolvenzverfahren zu Personen- und Kapitalgesellschaften einen Anteil von auch nunmehr 3,46 % aus.<sup>10</sup> Vor der Einführung des ESUG betrug die Quote der in Eigenverwaltung durchgeführten Verfahren je nach Angabe zwischen 0,5 %<sup>11</sup> bis „unter 1 %“.<sup>12</sup> Rein zahlenmäßig stellt die Eigenverwaltung damit immerhin nicht mehr einen Rundungsfehler der Statistik dar. Allerdings ergibt nicht nur die ESUG-Evaluation, dass die ESUG-spezifischen Verfahren überproportional häufig bei sog. „Großinsolvenzen“ zum Tragen kommen.<sup>13</sup> Das Branchenblatt *Juve* geht sogar davon aus, dass von den 200 größten Unternehmensinsolvenzen zwischen 2014 und 2017 die Hälfte in Eigenverwaltung, ein Drittel sogar unter dem Schutzschirm nach § 270b InsO abliefen.<sup>14</sup> Insgesamt dürfte der Gesetzgeber damit die Eigenverwaltung zumindest aus der „völlig untergeordneten Rolle“ vor der Reform geholt haben.

Das Fehlen eines wirklich quantitativen Ansatzes bei der Evaluation erweist sich spätestens dann als problematisch, wenn

über die (qualitative) Analyse von Einzelfällen statistisch (also quantitativ) in der Folge nicht nachgewiesene Behauptungen aufgestellt werden, wie die folgende: „Die Fallstudie Nr. 6 illustriert, was auch die Studie Nr. 3 andeutet, dass die Eigenverwaltung typischerweise Mehrkosten erzeugt und dies angesichts der marktüblichen Vergütungssätze für die risiko- und haftungsträchtige Sanierungsberatung in nicht unerheblichem Umfang. Zugleich werden diese Mehrkosten nur selten durch einen nachweisbaren Mehrerlös kompensiert.“<sup>15</sup> Im Widerspruch zu dieser generalisierenden Aussage weist die jährliche Untersuchung der *Boston Consulting Group* für 2016 für unter ESUG-Bedingungen sanierte Unternehmen eine durchschnittliche Quote von 10 % aus<sup>16</sup> – also wesentlich mehr, als im Regelverfahren, bei dem die Quote lediglich bei 4,1 % liegt.<sup>17</sup> Zumindest die Behauptung der Evaluation, wonach ein nachweisbarer Mehrerlös „nur selten“ zur Kompensation von Mehrkosten führe, erscheint daher bedenklich.<sup>18</sup>

- 4 S. dazu Dokumentation des Gesetzgebungsvorgangs zum ESUG, abrufbar hier: <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/338/33871.html>; abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/075/1707511.pdf>.
- 5 Deutscher Bundestag (Rechtsausschuss), BT-Drucks. 17/7511, S. 5, abrufbar unter: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/075/1707511.pdf>.
- 6 Zu den Methoden s. nur Lettau/Breuer, Kurze Einführung in den qualitativen sozialwissenschaftlichen Forschungsstil, Universität Münster, S. 3 ff.; abrufbar unter: <https://www.uni-muenster.de/imperia/md/content/psyifp/aebreuer/alfb.pdf>.
- 7 Also der im Endeffekt an die Gläubiger ausgekehrte Anteil an der ursprünglichen Forderung.
- 8 So beträgt z.B. die durchschnittliche Insolvenzquote über alle Verfahrensarten hinweg derzeit 2,6 %, bei Unternehmensinsolvenzen durchschnittlich 4,1 %, vgl. Destatis, Pressemitteilung v. 28.3.2018, abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2018/03/PD18\\_113\\_52431.html](https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2018/03/PD18_113_52431.html); die *Boston Consulting Group* weist in ihrer Untersuchung für 2016 für unter ESUG-Bedingungen sanierte Unternehmen aber eine durchschnittliche Quote von 10 % aus – also wesentlich mehr als im Regelverfahren, vgl. BCG-Studie „Fünf Jahre ESUG – Wesentliche Ziele erreicht“, 2017, S. 13, abrufbar unter: <http://media-publications.bcg.com/Focus-ESUG-Studie-16May17.pdf>.
- 9 S. Gesamtbericht, S. 57 ff.
- 10 S. Gesamtbericht, S. 5. Wie schwer allerdings trotz Einführung des Insolvenzstatistikgesetzes (InsStatG) die Datenerhebung bei Insolvenzverfahren zu sein scheint, belegt anschaulich ein Blick auf die jährliche ESUG-Studie der *Boston Consulting Group*. Die Studie für 2018 geht für den Zeitraum bis zum 31.1.2018 insgesamt von 1.513 Verfahren in Eigenverwaltung und damit einer Quote von lediglich 2,7 % aus, s. BCG-Studie „Sechs Jahre ESUG – Durchbruch erreicht“, 2018, S. 5, abrufbar unter: [http://image-src.bcg.com/Images/Focus-ESUG-study\\_tcm108-190947.pdf](http://image-src.bcg.com/Images/Focus-ESUG-study_tcm108-190947.pdf).
- 11 Kübler/Kübler, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz (HRI), 1. Aufl., S. 8.
- 12 Römermann, NJW 2012, 645 Rn. 35 m.w.N.
- 13 Gesamtbericht, S. 8; BCG-Studie 2018, S. 6.
- 14 Juve, „Insolvenzrecht: Regierungsbericht macht den Schutzschirm madig“, 19.10.2018, abrufbar unter: <https://www.juve.de/nachrichten/hamenund-nachrichten/2018/10/insolvenzrecht-regierungsbericht-macht-den-schutzschirm-madig>.
- 15 Gesamtbericht, S. 70; s. dazu aber auch die differenzierteren Aussagen im Gesamtbericht, S. 62.
- 16 BCG-Studie „Fünf Jahre ESUG – Wesentliche Ziele erreicht“, 2017, S. 13, abrufbar unter: <http://media-publications.bcg.com/Focus-ESUG-Studie-16May17.pdf>.
- 17 Destatis, Pressemitteilung v. 28.3.2018, abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2018/03/PD18\\_113\\_52431.html](https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2018/03/PD18_113_52431.html).
- 18 In ähnlicher Richtung argumentiert Horstkotte, ZInsO 2018, 2385.

#### IV. Betonung qualitativer Aspekte

Die Antworten der „betroffenen Kreise“ auf die vom Gesetzgeber zur Evaluierung vorgegebenen Fragen deckt sich größtenteils mit den bisherigen praktischen Erfahrungen und offenbart keine Überraschungen, wie die nachfolgenden Ausschnitte aus der Evaluation belegen:

So ist es nicht wirklich überraschend, dass die durch das ESUG ermöglichte Ausweitung von Planlösungen im Allgemeinen<sup>19</sup> und die Einführung des Debt-Equity-Swaps (DES) nach § 225a InsO im Besonderen<sup>20</sup> insgesamt positiv beurteilt werden. Dabei belegt die eher quantitativ orientierte Analyse der *Boston Consulting Group*, dass Eingriffe in Gesellschafterrechte insgesamt eher selten sind. So wurde 2016 in weniger als der Hälfte der Fälle in die Gesellschafterrechte eingegriffen, selbst im Fall eines Eingriffs verblieben den Altgesellschaftern aber im Durchschnitt 10 % der Anteile.<sup>21</sup> Damit dürfte alleine die Möglichkeit des Eingriffs in die Gesellschafterrechte das potenzielle Erpressungspotenzial dieser Position geschwächt und die Gläubigerposition gestärkt haben. Zugleich dürfte der Anstieg der (üblicherweise ja vom Schuldner initiierten) Eigenverwaltungen belegen, dass die Möglichkeit des DES nicht per se abschreckend auf die Gesellschafter wirkt.

Grds. sieht die Evaluation die vorläufige Eigenverwaltung nach § 270a InsO gegenüber dem – in der Praxis skeptisch gesehenen und deswegen eher selten angewandten – sog. „Schutzschirmverfahren“ nach § 270b InsO als vorteilhafter an und regt entsprechend eine Verschmelzung beider Vorschriften an.<sup>22</sup> Berücksichtigt man allerdings, dass das Schutzschirmverfahren explizit mit dem Ziel geschaffen wurde, solche Sanierungen zu ermöglichen, die „in anderen Staaten mit vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren bewältigt werden“, spricht als Ersatz für eben solche Verfahren, dann erscheint die hier vorgeschlagene Verschmelzung beider Vorschriften unter gleichzeitiger Zögerlichkeit ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren einzuführen (s. dazu unten), eher wie ein Schritt hinter das ESUG zurück.

Dieser Eindruck vertieft sich noch, wenn die Evaluatoren in der Folge ausdrücklich empfehlen, dass der Gesetzgeber den Zugang zur Eigenverwaltung über eine positive Begründungspflicht der Richter einschränken möge („Option 5“).<sup>23</sup> Angesichts der sogleich unten erläuterten generellen Skepsis der Richter gegenüber dem ESUG besteht bei Einführung der vorgeschlagenen „Positivliste“ das Risiko, dass die praktische Relevanz der Eigenverwaltung wieder in den Bereich der statistischen Rundungsfehler zurückfällt. Auch wenn eine solche „Positivliste“ auf den ersten Blick (Rechts-)Sicherheit suggeriert, handelt es sich hierbei lediglich um eine Scheinsicherheit: Denn ein Richter wird ein gemäß der Positivliste etwa erforderliches „Grobkonzept“ (zur Sanierung des Unternehmens)<sup>24</sup> schwerlich ungeprüft akzeptieren (wollen). Jegliche inhaltliche Prüfung ermöglicht dann aber wieder subjektive Wertungsmöglichkeiten des Richters. So könnte er etwa die Lebensfähigkeit des Geschäftsmodells bezweifeln – und schon ist die vermeintliche Sicherheit bei der Anordnung der Eigenverwaltung eben nicht gewährleistet. Dies auch deswegen, weil die Anordnung oder deren Ablehnung nicht be-

schwerdefähig ist<sup>25</sup> – und sich damit auch keine entsprechende obergerichtliche Spruchpraxis herausbilden kann.

Mit einem Blick auf die mögliche zukünftige Ausrichtung der Eigenverwaltung ist es zudem bedenklich, wenn auch nicht wirklich überraschend,<sup>26</sup> dass Richter- und Rechtspflegerschaft (deren Zusammenspiel als „bewährt“ angesehen wird)<sup>27</sup> dem ESUG eher skeptisch gegenüber stehen.<sup>28</sup> Auch diese skeptische Grundhaltung könne bei der Interpretation etwaiger (schon restriktiver) Neuregelungen dazu führen, das „zarte Pflänzchen“ der Eigenverwaltung wieder zu gefährden.

Abschließend ist es mit Blick auf den damaligen abrupten Schwenk des Gesetzgebers weg von der Einführung eines „vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens“ hin zum ESUG in 2011/2012<sup>29</sup> nicht verwunderlich, dass der Bericht der Bundesregierung „kein zwingendes Bedürfnis“ für die Einführung eines solchen Verfahrens sieht.<sup>30</sup> Diese einseitige Stellungnahme wird aber schon der durchaus differenzierten Betrachtung in der Evaluation selber<sup>31</sup> nicht gerecht. Gerade der dort als dritte Option vorgeschlagene Weg eines „schlanken“, aber vom Insolvenzverfahren strikt getrennten, Sanierungsverfahrens könnte einiges an Sanierungspotenzial heben.

#### V. Weiteres Verfahren

Die Zielstellung der Bundesregierung im Umgang mit den Ergebnissen der Evaluation ist recht unverbindlich gehalten: *„Die Bundesregierung plant, die Ergebnisse des Evaluationsberichts im engen Austausch mit den betroffenen Kreisen eingehend zu prüfen. Die Ergebnisse der Evaluierung sollen auch bei der Umsetzung der Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren, die demnächst verabschiedet werden soll, berücksichtigt werden.“*

Aus den üblichen „gut informierten“ Kreisen ist allerdings zu hören, dass die zuständige Abteilung im Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) bereits an einem entsprechenden Gesetzentwurf arbeitet. Darin sollen auch die Ergebnisse der überraschend bereits am 19.12.2018 mit einer

19 Gesamtbericht, S. 140.

20 Gesamtbericht, S. 164.

21 BCG-Studie „Fünf Jahre ESUG – Wesentliche Ziele erreicht“, 2017, S. 16, abrufbar unter: <http://media-publications.bcg.com/Focus-ESUG-Studie-16May17.pdf>.

22 Gesamtbericht, S. 76 *Horstkotte* sieht hierin – zu Recht – aber die richtige Konsequenz aus dem Scheitern der Vorschrift in der Praxis.

23 Gesamtbericht, S. 78 ff.

24 So der im Gesamtbericht (S. 67) zitierte Vorschlag des BV ESUG e.V.

25 BGH, Beschl. v. 11.1.2007 – IX ZB 85/05.

26 S. zuvor schon ähnlich die Beobachtung bei *Vallender*, NZI 2010, 838, 841 f. m.w.N.

27 Gesamtbericht, S. 29.

28 Gesamtbericht, S. 39; demgegenüber betrachten Insolvenzverwalter und Sachwalter die Ergebnisse der Reform als „befriedigend“ und „andere“ sehen sie sogar als „positive Änderung des Insolvenzrechts“ an.

29 S. dazu nur *Reuter*, INDat-Report 6/2013, 8, 9.

30 S. „Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) v. 7.12.2011 (BGBl. I, S. 2582)“, S. 3.

31 Dort ab S. 134.

Verständigung über die wesentlichen Punkte beendeten sog. „Trilog-Verhandlungen“ zwischen der Kommission, dem Rat und dem Parlament zum Vorschlag einer EU-Richtlinie einfließen.<sup>32</sup>

## VI. Kritische Würdigung

Zunächst ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber sein eigenes Handeln durch Dritte evaluieren lässt, als positiv zu bewerten. Gleichwohl hat die Evaluation mehrere methodische Schwachstellen, die auch die Ergebnisse beeinflusst haben dürften (die an dieser Stelle auch nur angerissen werden konnten): Zum einen das weitgehende Fehlen einer quantitativen/empirischen Analyse der Folgen des ESUG auf wesentliche Parameter der Insolvenz. Andere, eher quantitativ orientierte Studien, zeichnen – etwa bei der Höhe der Insolvenzquote – ein durchaus anderes Bild, als die Ergebnisse der Evaluation vermuten ließen. Eine Konsequenz dieser fehlenden quantitativen Analyse ist, dass die Evaluation zu sehr mit Rechtsfragen denn mit Fragen der (volks-)wirtschaftlichen Auswirkungen der Reform beschäftigt ist.

Hervorzuheben ist, dass diese Studie, wie viele andere,<sup>33</sup> der vorläufigen Eigenverwaltung grds. ein positives Zeugnis ausstellt und den positiven Einfluss auf die Sanierung von Unternehmen hervorhebt. Angesichts der hier vorgetragenen Zusammenschau der Evaluations-Ergebnisse besteht allerdings das Risiko, die ursprüngliche Zielsetzung der „Stärkung“ der Eigenverwaltung 5 Jahre nach Einführung des ESUG sozusagen im Nachhinein zu konterkarieren und die statistische Häufigkeit der Eigenverwaltung wieder in den Bereich der Rundungsfehler zurückzuwerfen. Gerade die vorgeschlagene Zusammenlegung der Vorschriften der §§ 270a und 270b InsO bei gleichzeitiger Erhöhung der Eintrittshürden für die (vorläufige) Eigenverwaltung signalisiert einen fundamentalen „Rollback“, als die Zusammenfassung der Evaluations-Ergebnisse durch die Bundesregierung suggeriert.

Zwar könnte man diesen Rückschritt vielleicht mit der „passgenauen“ Einführung eines entsprechenden „vorinsolvenzlichen“ Sanierungsverfahrens kompensieren. Insofern dürfte die Evaluation mit ihren Vorschlägen schon belegt haben, dass das Schutzschirmverfahren nicht geeignet war, ein vollwertiges „vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren“ zu ersetzen.<sup>34</sup> Aufgrund der ausdrücklichen reservierten Haltung der Bundesregierung zu einem solchen Verfahren besteht gleichwohl wenig Hoffnung auf eine entsprechende Kompensation. Insgesamt würde das letztlich eine erneute Beschneidung der Sanierungsmöglichkeiten für in der Krise befindliche Unternehmen und damit eine Bankrotterklärung für die Entwicklung einer deutschen Sanierungskultur bedeuten. Angesichts der akuten Krisenzeichen aus der Wirtschaft ein auch volkswirtschaftlich bedenkliches Ergebnis.

## VII. Stärkung der „Sanierungskultur“

Heute, mehr denn je, sollte die Sanierungskultur gestärkt werden. Scheinbar haben die EU-Institutionen die Notwendigkeit hierfür schon erkannt, wie der überraschend schnelle Abschluss der Trilog-Verhandlungen zum „präventiven Restrukturierungsrahmen“ zeigt.

Im Rahmen der Diskussion zur Umsetzung der Richtlinie sollte der Gesetzgeber sich vorab zwei Fragen stellen: Zunächst, ob es möglich sein kann, eine Sanierungskultur lediglich mit dem Verstellen einiger Drehschrauben an der „Dauerbaustelle InsO“<sup>35</sup> etablieren zu können, oder ob es dafür nicht mutigerer Schritte bedarf.<sup>36</sup> Konkret, ob es nicht an der Zeit ist, ein eigenständiges vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren außerhalb der InsO und unabhängig von den bisherigen Institutionen des Insolvenzverfahrens zu schaffen.

Dann, als daraus folgende zweite Frage, ob die Vorbereitung volkswirtschaftlich derart wichtiger Gesetze ausschließlich in der Hand des BMJV liegen sollte. Denn neben dem zweifellos wichtigen juristischen Sachverstand ist bei einem Sanierungsverfahren noch mehr wirtschaftlicher Sachverstand erforderlich – und der dürfte dann doch eher beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) angesiedelt sein. Deswegen wird für die Implementierung des „präventiven Restrukturierungsrahmens“ bzw. Schaffung eines „vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens“ ausdrücklich zumindest eine Koordination mit dem BMWi empfohlen. So könnte man direkt an die positive Erfahrung des gemeinsam vom BMJV und BMWi bereits im Jahr 2010 veranstalteten Kolloquiums zum vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren<sup>37</sup> anknüpfen und die damaligen Ergebnisse nutzen, um unter Berücksichtigung der bisherigen Effekte von § 270b InsO ein umfassendes entsprechendes Gesetz auf den Weg zu bringen.

Vorschläge zur konkreten Ausgestaltung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens enthält nicht nur die ESUG-Evaluation, sie liegen vielmehr seit Jahren auf dem Tisch.<sup>38</sup> Deswegen beschränkt sich die nachfolgende Betrachtung auf einige ausgewählte Fragestellungen zu den erforderlichen Rahmenbedingungen für ein erfolgreiches vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren.

Um den Befürchtungen des Missbrauchs dieses Instruments entgegenzuwirken, ist ein wesentlicher Aspekt natürlich die

32 S. Pressemitteilung des Rats v. 19.12.2018, „EU agrees new rules on business insolvency“, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/12/19/eu-agrees-new-rules-on-business-insolvency/#>.

33 S. nur BCG-Studie „Sechs Jahre ESUG – Durchbruch erreicht“, 2018, abrufbar unter: [http://image-src.bcg.com/Images/Focus-ESUG-study\\_tcm108-190947.pdf](http://image-src.bcg.com/Images/Focus-ESUG-study_tcm108-190947.pdf); BV ESUG, Sechs Jahre ESUG – Unternehmerische Praxiserfahrungen in Eigenverwaltungsverfahren unter dem ESUG und Regelin insolvenzverfahren, abrufbar unter: [https://www.bv-esug.de/files/1815/2715/2691/Zusammenfassung\\_ESUG-Studie.pdf](https://www.bv-esug.de/files/1815/2715/2691/Zusammenfassung_ESUG-Studie.pdf).

34 So auch schon *Madaus*, NZI 2017, 329, 333.

35 S. hierzu nur *Frind*, ZInsO 2010, 511.

36 S. hierzu schon die Darstellung des Schwenks des Gesetzgebers von einer Sanierung vorrangig in der Insolvenz bei Einführung der InsO hin zu einer Sanierung vorrangig außerhalb der Insolvenz anlässlich der letzten Finanzkrise bei *Beissenhertz*, ZInsO 2016, 1778, 1792.

37 BMWi/BMJ-Kolloquium am 8.6.2010 in Berlin – „Sanierung im Vorfeld von Insolvenzverfahren; Ausgestaltung eines rechtlich strukturierten Sanierungsverfahrens?“, Bericht dazu von *Geldmacher*, ZInsO 2010, 1178. S. in diesem Zusammenhang auch die kritischen Stellungnahmen in INDat-Report 01/2010, 8 ff. und den Bericht vom Kolloquium in INDat-Report 5/2010, 6.

38 S. beispielhaft nur *Madaus*, NZI 2017, 329; *Brömmekamp*, ZInsO 2016, 500; *Goetker/Schulz*, ZIP 2016, 2095; *Madaus*, KSzW 2015, 183; *Mackebrandt/Jung*, KSI 2014, 5; *Seibt/Westphal*, ZIP 2013, 2333, 2342; *Beissenhertz*, ZInsO 2011, 57; *Sax/Swierczok*, ZIP 2016, 1945.

„Schnittstelle“ zum Insolvenzverfahren. So ist zum einen eine praxistaugliche Beschränkung der mittlerweile ausgefertigten Insolvenzgründe der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung erforderlich.<sup>39</sup> Zum anderen sollte dissentierenden Gläubigern die Möglichkeit genommen werden, etwa durch Vertragskündigung, ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren konterkarieren zu können. Umgekehrt sollte für den Schuldner der Übergang in ein (eigenverwaltetes) Insolvenzverfahren möglichst frictionslos möglich sein. Dabei sollte der Gesetzgeber auch dem oben skizzierten Eindruck entgegenzutreten, unter dem Fähnlein vermeintlicher „Anpassungen“ das Rad der Sanierung wieder hinter den Stand des ESUG zurückdrehen zu wollen, weil die Voraussetzungen für die Anordnung einer vorläufigen Eigenverwaltung zu hoch und zu sehr in die Interpretation der generell skeptischen Richterschaft gestellt werden.

In diesem Zusammenhang sollte der Gesetzgeber auch hinterfragen, ob er die bisherige Verfolgung einer Haftungs- und Bestrafungskultur<sup>40</sup> nicht zugunsten einer Kultur der positiven Anreize aufgeben sollte. Denn es ist offensichtlich, dass die Strafbarkeit die Unternehmensleitung eben nicht von der Insolvenzverschleppung abhält. Der häufig durch persönliche Sicherheiten gebundene mittelständische Gesellschafter-Geschäftsführer hat mit Eintritt der Insolvenzgründe nichts mehr zu verlieren – aber auch nichts zu gewinnen. Insofern sollte der Gesetzgeber über Anreize zu einer möglichst frühzeitigen Einleitung des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens nachdenken.

Ferner sollte sich der Gesetzgeber fragen, warum die ESUG-spezifischen Verfahren zwar bei großen Unternehmen zu „funktionieren“ scheinen, nicht aber bei den in Deutschland überwiegend ansässigen mittelständischen Unternehmen mit einem Umsatzvolumen von unter 20 Mio. € (sog. „Kleine und Mittelständische Unternehmen, KMU“).<sup>41</sup> Schon weil das EU-Projekt der Richtlinie eines „präventiven Restrukturierungsrahmens“ den Fokus der Maßnahmen gerade auf solche KMU legen will, bieten sich hier möglicherweise auch für das deutsche Recht Ansatzpunkte, Sanierungsbemühungen bei mittelständischen Unternehmen zu erleichtern.

Schließlich ist – auch nach den Erfahrungen dieser Evaluation – dem Gesetzgeber zu empfehlen, in Anlehnung an die Insolvenzrichter-,<sup>42</sup> aber im Gegensatz zu Teilen der Verwalterschaft,<sup>43</sup>

quantitativ-empirischen Aspekten in seinen Reformvorhaben mehr Beachtung zu schenken. Denn der Erfolg des Insolvenzrechts und -verfahrens wird sich auf Dauer volkswirtschaftlich an den Kennziffern „Dauer, Quote, Sanierung“, sprich an der Verfahrensdauer, an der an die Gläubiger fließenden Quote und an der (relativen und absoluten) Zahl der Unternehmenssanierungen messen lassen müssen. Hier könnte der Gesetzgeber das Insolvenzstatistikgesetz um die hierfür erforderlichen Erhebungen erweitern und somit auch eine Basis für eine dauerhafte quantitative Evaluation des ESUG legen.

## VIII. Fazit

20 Jahre nach Inkrafttreten der InsO droht bei einer Umsetzung der in der ESUG-Evaluation enthaltenen Vorschläge ein Rückschritt hinter die Situation vor dem ESUG und damit eine erneute Verschlechterung der gerade erst verbesserten Sanierungskultur in Deutschland. Dieses Risiko kann der Gesetzgeber mit einer umsichtigen Anpassung der InsO kombiniert mit einem beherzten Schritt in Richtung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens zumindest minimieren. Verharrt der Gesetzgeber dagegen in der bisherigen Logik der schlichten Reform der InsO und setzt nicht die entsprechenden – auch für einen „Massenanfall von Unternehmenskrisen“<sup>44</sup> geeigneten – (neuen) Sanierungs-Impulse, droht (ganz im Sinne des einleitenden Zitats) nicht nur eine Wiederholung der Szenarien von *Opel* oder *Philipp Holzmann*.<sup>45</sup>

39 S. hierzu näher bei *Beissenhirtz*, ZInsO 2016, 1778, 1793.

40 *Haarmeyer*, ZInsO 2016, 473.

41 S. hierzu auch die Sonderauswertung für KMU's bei *Kranzusch*, ZInsO 2018, 1393.

42 S. hierzu nur *Uhlenbruck/Vallender*, NZI 2009, 1; *Frind*, ZInsO 2011, 170.

43 S. nur Forderung der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung im DAV zur Abschaffung der Kennzahlen bei Insolvenzverwalterauswahl, Medieninfo 6/2018, abrufbar unter: <https://arge-insolvenzrecht.de/files/downloads/aktuelles/meldungen/PM%20AG%20Insolvenzrecht%20-%20Kennzahlen%2030-05-2018.pdf>.

44 Entlehnt dem Begriff des „Massenanfall von Verletzten“ oder „Großschadenslage“ nach DIN 13050:2015-04, s. näher hierzu bei Wikipedia, abrufbar unter: [https://de.wikipedia.org/wiki/Massenanfall\\_von\\_Verletzten](https://de.wikipedia.org/wiki/Massenanfall_von_Verletzten); s. näher zu den potenziellen Folgen eines wirtschaftlichen Crashes bereits *Beissenhirtz*, ZInsO 2016, 1778.

45 S. zu diesen Fällen bei *Paulus*, WM 2011, 2205, 2208.