



# Das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz für Banken – Vorbild für die Insolvenzordnung?

Christopher Seagon / Dr. Michael Burkert, LL.M.

Die Insolvenzordnung (InsO) steht vor einer erneuten Reform. Mit der ersten Stufe wurde durch das „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (ESUG) zum 1.3.2012 ein Beitrag zur Fortführung sanierungsfähiger Unternehmen geleistet. Am 1.7.2014 traten auf einer zweiten Stufe wesentliche Neuerungen des Verbraucherinsolvenz- und Restschuldbefreiungsverfahrens in Kraft. Mit der dritten und letzten Stufe wird ein Konzerninsolvenzrecht eingeführt. Obwohl die einzelnen Reformschritte noch nicht abgearbeitet sind, könnten sie neue Impulse durch das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz (SAG) für Banken erhalten.

Dieser Beitrag befasst sich mit der Frage, ob die Neuerungen des SAG eine Vorbildfunktion für den insolvenzrechtlichen Ordnungsrahmen haben und einen Beitrag zur Sanierung von Unternehmen jeglicher Branchen leisten können.

## I. Einleitung

Dass das SAG für die InsO eine Vorbildfunktion haben könnte, scheint auf den ersten Blick abwegig zu sein. Denn das Sonderinsolvenzrecht für Banken wird ab dem 1.1.2015 speziell für die regulierte Finanzbranche zur Abwendung systemischer Risiken gelten. Die Finanzmarktkrise hat gezeigt, dass sich diese mit den herkömmlichen Mitteln des Insolvenzrechts nicht bewältigen lässt, weil bei Eintritt des erstmaligen Vertrauensverlusts keine Spielräume mehr für die Sanierung eines Unternehmens innerhalb oder außerhalb eines Insolvenzverfahrens bestanden.

Diese „Regelungslücke“ ist nun mit dem SAG für Banken zunächst geschlossen. Während Reformschritte der Insolvenzordnung meist klein und das Ergebnis zäher Kompromissfindung sind, ermöglicht das SAG den zuständigen Behörden radikale Abwicklungsmaßnahmen, um den besonderen Anforderungen des Bankensektors gerecht zu werden. Dabei ist aber zu bedenken, dass der Umfang staatlicher Intervention auf Grundlage des SAG vor allem damit zu rechtfertigen ist, dass es nicht um das Schicksal eines einzelnen bestandsgefährdeten Kreditinstituts geht, sondern um die Finanzstabilität als Ganzes. Das SAG könnte dennoch Pate stehen für weitere Reformvorhaben der Insolvenzordnung.

## II. Sanierungsplanung

Nach Art. 12 Abs. 1 SAG soll das Kreditinstitut in einem Sanierungsplan darlegen, mit welchen von dem Institut zu treffenden Maßnahmen die finanzielle Stabilität gesichert oder wiederhergestellt werden kann, falls sich seine Finanzlage wesentlich verschlechtert und diese Verschlechterung zu einer Bestandsgefährdung führen kann.

Planung als solche ist Kapitalgesellschaften nicht fremd. Geschäftsleitern obliegt die Pflicht, für eine ordnungsmäßige Unternehmensplanung zu sorgen, d. h. eine Finanz-, Investitions- und Personalplanung mit einem Planungshorizont zumindest für das laufende und das folgende Geschäftsjahr zu erstellen. Darüber hinaus impliziert das Verbot der Insolvenzverschleppung gemäß § 15a InsO eine ständige Selbstprüfungspflicht im Hinblick auf die finanzielle Situation eines Unternehmens, die sich in einer laufend aktualisierten Liquiditätsplanung konkretisiert.

Eine Pflicht zur Erstellung oder Vorhaltung eines Sanierungsplans – wie sie künftig für Banken zwingend erforderlich ist – besteht nicht. Gegen eine solche Pflicht mögen schon die erheblichen Kosten sprechen. Das Erfordernis einer Sanierungsplanung kann deshalb nur dort sinnvoll sein, wo der damit verbundene mögliche Werterhalt einen solchen finanziellen und organisatorischen Aufwand rechtfertigt.

In solchen Fällen mag man den Pflichtenkreis von Geschäftsleitern durchaus dahin gehend erweitern, dass in einem iterativen Prozess der Geschäftsleiter dazu angehalten wird, nicht nur das Vorliegen von Krisenindikatoren festzustellen, sondern bei deren Vorliegen auch taugliche Maßnahmen zu benennen, um ein Krisenstadium zu überwinden. Auch wenn die Insolvenz nicht mehr abzuwenden ist, könnten Maßnahmen bereits vorinsolvenzlich durch die Geschäftsleiter ergriffen werden, die anderenfalls durch einen Insolvenzverwalter in deutlich fortgeschrittenerem Krisenstadium getroffen werden müssten, um den drohenden Werteverlust nach Möglichkeit abzuwenden.

## III. Abwicklungsplanung

Eine weitergehende Abwicklungsplanung im Sinne des § 40 SAG könnte für Unternehmen der Realwirtschaft ebenfalls sinnvoll sein. Danach soll mithilfe eines Abwicklungsplans dokumentiert werden, ob und wie sich ein Kreditinstitut abwickeln lässt. Unter anderem ist festzulegen, wie kritische Funktionen und Kerngeschäftsbereiche im erforderlichen Umfang von anderen Funktionen getrennt werden, um deren Fortführung nach einem Ausfall des Instituts zu gewährleisten.

In Abwicklungsplänen für Unternehmen der Realwirtschaft könnte beispielsweise festzuschreiben sein, wie sich besonders profitable Bereiche von weniger profitablen Bereichen des Konzerns trennen lassen. Denkbar wäre ferner eine Trennung nach Funktionen: Der Plan könnte darlegen, wie einzelne überlebensfähige bzw. verwertbare Tochtergesellschaften so betrieben werden, dass sie im Insolvenzfall leicht von den nicht überlebensfähigen bzw. nicht verwertbaren Tochtergesellschaften getrennt werden können. Oftmals wird dies aber durch komplexe interne Verflechtungen wie z. B. der konzernweiten Erbringung von IT- und anderen Dienstleistungen verhindert.

Eine weitere Neuerung könnte nach Maßgabe des § 43 SAG die Vorhaltung von wesentlichen Unterlagen, Dokumenten und sonstigen Informationen sein, die vom Unternehmen zentral zu verwahren sind und im Insolvenzfall dem Insolvenzverwalter die notwendigen und sehr schnell zu treffenden Entscheidungen erleichtern.

## IV. Abwicklungsinstrumente

Mit Blick auf die für Banken vorgesehenen Abwicklungsinstrumente Unternehmensveräußerung, Brückeninstitut, Verwaltungsgesellschaft und dem sogenannten Bail-in kommt insbesondere der letztgenannten Maßnahme eine erhebliche Praxisbedeutung zu.



Im Rahmen des ESUG wurde der Debt-to-Equity Swap in § 225a InsO als Restrukturierungsinstrument eingeführt. Damit können auch Anteilsinhaber in das Planverfahren nach § 217 InsO einbezogen werden und abhängig von der Höhe der angefallenen Verluste kompensationslos aus der Gesellschaft ausscheiden. Die Altgläubiger/Neugesellschafter treten daraufhin an ihre Stelle. Die wichtigsten Unterschiede zum Bail-in im Sinne des SAG bestehen allerdings darin, dass die Gläubiger nicht zu einem Debt-to-Equity Swap gezwungen werden können; erforderlich ist ihre Zustimmung nach § 225a Abs. 2 S. 2 InsO.

Die Gemeinsamkeit zwischen dem Bail-in im Sinne des SAG und dem Debt-to-Equity Swap nach § 225a InsO besteht darin, dass es um die Zuweisung von Verlusten oder – positiv formuliert – die Erbringung von Sanierungsbeiträgen geht. In beiden Fällen wird das ökonomische Ergebnis eines beendeten Insolvenzverfahrens simuliert – und zwar als reines Liquidationsverfahren, d. h. mittels der Verwertung der vorhandenen Vermögensgegenstände zugunsten der Gläubiger. Ausdruck hiervon ist der sowohl im SAG als auch in der Insolvenzordnung verankerte Grundsatz, dass niemand schlechter stehen darf, als er stehen würde, wenn das Insolvenzverfahren als reines Liquidationsverfahren betrieben worden wäre (no-creditor-worse-off-Prinzip).

Das Zustimmungserfordernis nach § 225a Abs. 2 S. 2 InsO als Individualrecht mag sich gegenüber einer zwingenden Herunterschreibung oder Wandlung nach dem SAG nicht recht erschließen. In beiden Fällen geht es um Haftungsverwirklichung. Warum in der InsO die Gläubiger gegenüber Gläubigern im Sinne des SAG privilegiert werden sollen, erschließt sich nicht – zumal auch in der InsO das Prinzip des Individualrechts dann durchbrochen wird, wenn im Rahmen eines Mehrheitsbeschlusses nach § 5 Abs. 3 Nr. 5 des Gesetzes über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen (SchVG) die Minderheit majorisiert wird. In diesem Fall kommt es auf den Willen des einzelnen Gläubigers nicht mehr an.

#### V. Ausblick

Das SAG liefert Anregungen für eine weitere Verbesserung des insolvenzrechtlichen Regelungsrahmens. Dabei sind vor allem die Sanierungs- und Abwicklungspläne zu nennen, die nach der gesellschaftsrechtlichen Konzeption von Kapitalgesellschaften den Pflichtenkreis der Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften sinnvoll erweitern können. Derartige Pflichten bedürfen gegenüber den Vorgaben aus dem SAG einer an den Bedürfnissen eines Unternehmens und seiner Gläubiger sowie Gesellschaftern ausgerichteten sinnvollen Modifikation. Zu bedenken ist dabei vor allem, dass das übergeordnete Ziel des SAG, systemische Risiken künftig zu verringern bzw. einzudämmen, nicht ohne Weiteres bzw. uneingeschränkt auf die Realwirtschaft zu übertragen ist. Letztlich stellt der Eingriff in die unternehmerische Freiheit des einzelnen Unternehmers durch Auferlegung komplexer Sanierungs- und Abwicklungspläne eine nicht unbeträchtliche Einschränkung der Freiheit unternehmerischen Handelns dar.

Aber auch das Bail-in-Instrument im Sinne des SAG gibt zumindest Anlass, sich einer Fortentwicklung der Voraussetzungen des Debt-to-Equity Swap nach § 225a InsO nicht zu verschließen und das Individualrecht nach § 225a Abs. 2 S. 2 InsO aufzugeben. Allgemein zu begrüßen ist in jedem Fall, dass die für die Realwirtschaft nicht ausdrücklich statuierte Pflicht zur detaillierten Sanierungsplanung, wie sie sich nun aus dem SAG für die dort betreffenden Unternehmen des Finanzsektors in der Unternehmenskrise ergibt, eine berechtigte Signalwirkung hat. Denn allzu oft ist in der Unternehmenskrise realwirtschaftlicher Unternehmen festzustellen, dass eine solche Planung nicht oder nur unzureichend existiert. Mit anderen Worten: Die Krise trifft dann alle Beteiligten unvorbereitet.



#### Zu den Personen



*Christopher Seagon ist Partner der auf Restrukturierungen und Insolvenzen spezialisierten Sozietät WELLENSIEK Rechtsanwälte. Er ist außerdem Dozent an der Universität Heidelberg und der Universität Witten/Herdecke im Bereich Insolvenzrecht.*



*Dr. Michael Burkert, LL.M ist Rechtsanwalt in der auf Restrukturierungen und Insolvenzen spezialisierten Sozietät WELLENSIEK Rechtsanwälte. Er ist außerdem Dozent an der Frankfurt School of Finance & Management im Studiengang „Bankfachwirt“.*

*Sonderdruck des Artikels, der im „Audit Committee Quarterly IV/2014“ erschien; Herausgeber: Audit Committee Institute e.V., assoziiert mit der KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft*