

26. Juli 2010

Der Diskussionsentwurf für ein "Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen"

Das Bundesministerium der Justiz hat kürzlich "interessierten Kreisen und Verbänden" einen Diskussionsentwurf für ein "Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen" zur Stellungnahme zur Verfügung gestellt. Der Diskussionsentwurf versucht, der Kritik an der weithin – zumindest in Teilen – als sanierungsunfreundlich betrachteten Insolvenzordnung zu begegnen.

Kern des Diskussionsentwurfs sind die Änderung des Insolvenzplanverfahrens im Hinblick auf die Ausübung von Gesellschafterrechten, die Einführung eines vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens, das nach Art U.S.-amerikanischer *pre-packaged deals* eine schnelle Sanierung und ein kurzes Insolvenzverfahren erreichen soll, und die Stärkung von Gläubigerrechten allgemein.

Gesellschafterrechte in der Insolvenz

Nach geltendem Recht sind Gesellschafterrechte nicht Gegenstand von Insolvenzverfahren, auch im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens kann nicht in diese eingegriffen werden. Kapitalmaßnahmen zur Durchführung eines *debt-to-equity swaps* genauso wie die Übertragung der Geschäftsanteile selbst sind damit ohne die Mitwirkung der Altgesellschafter nicht möglich. Für eine Übertragung des Unternehmens ohne Mitwirkung des Altgesellschafter an einen neuen Investor, Treuhänder oder eine Auffanggesellschaft verbleibt damit nur die übertragende Sanierung, die jedoch in vielen Fällen praktisch nicht durchführbar ist (rechtsträgergebundene Genehmigungen, Lizenzen, Mietverträge etc.). Weiterhin ist in einem Insolvenzplanverfahren regelmäßig erforderlich, dass die Gesellschafter einen Fortführungsbeschluss fassen, damit die gemäß § 60 Abs. Nr. 4 GmbHG, § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG oder § 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB aufgelöste Gesellschaft fortgeführt werden kann. Den Altgesellschaftern steht damit *de lege lata* ein enormes Blockadepotential bei der Sanierung eines Unternehmens zur Verfügung, welches mit Blick auf die regelmäßige Wertlosigkeit von Anteilsrechten in der Insolvenz der Gesellschaft unbefriedigend erscheint.

Der Diskussionsentwurf adressiert dieses Problem, indem die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der Altgesellschafter umfassend in den Plan einbezogen werden können, § 217 InsOE. Im gestaltenden Teil des Insolvenzplans kann künftig ein *debt-to-equity swap* (einschließlich aller flankierenden Maßnahmen wie Kapitalherabsetzung, Sachkapitalerhöhung, Bezugsrechtsausschluss der Altgesellschafter sowie die Zahlung von Abfindungen an Altgesellschafter) vorgesehen, § 225a Abs. 2 InsOE, die Fortführung des Unternehmens beschlossen und auch die Übertragung von Anteils- und Mitgliedschaftsrechten vereinbart werden, § 225a Abs. 3 InsOE.

Sofern in die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der Altgesellschafter eingegriffen wird, ist im Insolvenzplan eine angemessene Entschädigung vorzusehen, § 225a InsOE. Dieser Entschädigungsanspruch wird jedoch regelmäßig ins Leere gehen, da in einer Insolvenz die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der Altgesellschafter üblicherweise wertlos sein dürften.

Die Altgesellschafter bilden im Falle der Einbeziehung ihrer Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte eine eigene Gruppe im Insolvenzplanverfahren (oder ggf. mehrere Gruppen), § 222 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 InsOE, und sind daher am Verfahren zu beteiligen. Aus diesem Erfordernis könnte ggf. ein Blockadepotential resultieren, da gemäß § 244 InsO für die Annahme eines Insolvenzplans die Zustimmung aller Gruppen erforderlich ist. Um ein solches Blockadepotential zu begrenzen, unterliegen die Altgesellschafter künftig – wie bereits bisher die Gläubiger – dem Obstruktionsverbot des § 245 InsO. Sofern die Gruppe der Altgesellschafter gegen den Insolvenzplan stimmt, gilt die Zustimmung regelmäßig als doch erteilt. Voraussetzung für diese Zustimmungsfiktion ist, dass (i) die Altgesellschafter durch den Insolvenzplan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne einen Plan stünden, § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsOE, (ii) die Altgesellschafter angemessen an dem wirtschaftlichen Wert, der auf Grundlage des Plans den Beteiligten zufließen soll, beteiligt werden, § 245 Abs. 2 Nr. 2 InsOE, und (iii) die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan zugestimmt hat, § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsOE. Eine angemessene wirtschaftliche Beteiligung der Altgesellschafter ist nach § 245 Abs. 3 InsOE dann gegeben, wenn kein Gläubiger wirtschaftliche Werte erhält, die den vollen Betrag seiner Forderungen übersteigen und kein Altgesellschafter, der ohne einen Plan den Anteilsinhabern der Gruppe gleichgestellt wäre, besser gestellt wird als diese. Die Zustimmung der Altgesellschafter zu dem Plan wird damit regelmäßig fingiert werden können.

Die Altgesellschafter können sich als Beteiligte am Insolvenzplanverfahren künftig auch auf den Minderheitenschutz gemäß § 251 InsO berufen. Ein Beteiligter kann ggf. eine Bestätigung des Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht verhindern, wenn er dem Plan schriftlich im Abstimmungstermin widersprochen hat und durch den Plan schlechter gestellt wird, als er ohne den Plan stünde. Dieser Minderheitenschutz dürfte für die Altgesellschafter jedoch nur ausnahmsweise relevant sein. Regelmäßig werden die Altgesellschafter durch einen Insolvenzplan nämlich auch dann nicht schlechter gestellt, als sie ohne den Plan stünden, selbst wenn der Plan eine Verwässerung ihrer Beteiligung durch einen *debt-to-equity swap* oder gar eine vollständige Übertragung der Anteile vorsieht. Denn der Wert der Anteile der Altgesellschafter beträgt in der Insolvenz regelmäßig null, ein Liquidationserlös ist bei einer Zerschlagung oder einer übertragenden Sanierung daher nicht zu erwarten. Um auch letzte Risiken einer Blockademöglichkeit einzelner Beteiligter zu beseitigen, sieht § 251 Abs. 3 InsOE vor, dass ein Antrag auf Versagung der Bestätigung des Insolvenzplans abzuweisen ist, wenn im Insolvenzplan Mittel für den Fall bereitgestellt werden, dass ein Beteiligter außerhalb des Insolvenzverfahrens seine Schlechterstellung nachweist. Rechtsmittel der Beteiligten gegen die Planbestätigung sind im Fall der Mittelbereitstellung gemäß § 251 Abs. 3 InsOE unzulässig, § 253 Abs. 2 Nr. 2 InsOE.

Schließlich soll auch das Risiko der Differenzhaftung, das sich bei *debt-to-equity swaps* regelmäßig stellt, bei einem *debt-to-equity swap* im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens beseitigt werden, § 254 Abs. 4 InsOE. Das Haftungsrisiko verbleibt damit künftig beim Insolvenzverwalter, der für eine richtige Bewertung der eingebrachten Forderungen verantwortlich ist, § 60 InsO.

Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren

In der aktuellen rechtspolitischen Diskussion wird oftmals die Einführung eines vor- oder außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens gefordert, dessen konkrete Ausgestaltung jedoch äußerst umstritten ist. Den Forderungen nach einem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren liegt die Erkenntnis zugrunde, dass Insolvenzanträge häufig zu spät gestellt werden, wodurch vielfach dem Unternehmen und der Gläubigersamtheit Schäden entstehen. Ein frühzeitig eingreifendes Verfahren, das nicht mit dem "Makel" der Insolvenz gekennzeichnet ist, könnte ggf. solche Schäden vermeiden oder verringern.

Der Diskussionsentwurf trägt den Forderungen nach der Einführung eines solchen Verfahrens Rechnung und sieht ein neues vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren vor, § 270b InsOE. Dieses Sanierungsverfahren soll es der Geschäftsleitung eines Unternehmens ermöglichen, bereits vor der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die für eine Sanierung des Unternehmens erforderlichen Schritte mit den (wesentlichen) Gläubigern des Unternehmens im Rahmen eines Insolvenzplans zu vereinbaren. Über den Plan wird dann nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entschieden; die Dauer des Insolvenzverfahrens soll damit so kurz wie möglich gehalten werden.

Das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren setzt voraus, dass (i) die Geschäftsleitung einen Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt hat, (ii) Eigenverwaltung beantragt hat und (iii) durch die Bestätigung eines Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder eines in Insolvenzsachen erfahrenen Anwalts nachgewiesen hat, dass Zahlungsunfähigkeit droht und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist, § 270b Abs. 1 InsOE. Liegen diese Voraussetzungen vor, bestimmt das Insolvenzgericht eine maximal dreimonatige Frist für die Erstellung eines Insolvenzplans, § 270b Abs. 1 S. 1, 2 InsOE.

Um das vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren für das Unternehmen attraktiver zu gestalten, soll kein vorläufiger Insolvenzverwalter, sondern lediglich ein Sachwalter eingesetzt werden, den das Unternehmen grundsätzlich frei auswählen kann. Darüber hinaus soll im Eröffnungsverfahren, also während der Erstellung des Insolvenzplans, kein allgemeines Verfügungsverbot und kein Zustimmungsvorbehalt für Verfügungen erlassen werden, § 270a Abs. 1 InsOE. Die Geschäftsleitung des Unternehmens muss daher nicht befürchten, die Sanierung nicht maßgeblich mitgestalten zu können und durch die Stellung des Insolvenzantrags "entmachtet" zu werden. Schließlich wird durch die mögliche Anordnung von Sicherungsmaßnahmen und die Unterbindung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen die für die Erstellung eines Insolvenzplans erforderliche Handlungsfreiheit der Geschäftsleitung sichergestellt, § 270b Abs. 2 S. 3 InsOE. Darüber hinaus muss das Insolvenzgericht das Unternehmen darauf hinweisen, wenn es eine Eigenverwaltung für nicht möglich erachtet, um so dem Unternehmen die Möglichkeit zu geben, den Insolvenzantrag zurückzunehmen, § 270a Abs. 2 InsOE.

Weitere Stärkung von Gläubigerrechten

Die Stellung der Gläubiger im Insolvenzverfahren wurde bislang oftmals als zu schwach angesehen. Beispielsweise haben die Gläubiger *de lege lata* keine Möglichkeit, von Anfang an auf die Auswahl des Insolvenzverwalters Einfluss zu nehmen. Es besteht lediglich die Möglichkeit, im Berichtstermin einen neuen Insolvenzverwalter zu wählen. Dies ist jedoch regelmäßig unattraktiv, da sich ein neuer Insolvenzverwalter erst in das Unternehmen einarbeiten müsste, und neben den erforderlichen Mitteln hierzu regelmäßig auch die Zeit fehlt.

Von der Praxis oftmals als unbefriedigend empfunden wird auch, dass nach geltendem Recht ein Gläubigerausschuss erst im eröffneten Insolvenzverfahren eingesetzt werden kann. Da eine frühzeitige Beteiligung der Gläubiger jedoch praktisch schwierig ist, da diese dem Insolvenzgericht nicht bekannt sind, sieht der Diskussionsentwurf vor, dass das Unternehmen bei der Stellung eines Insolvenzantrags dem Gericht eine Übersicht seiner wesentlichen Gläubiger und ihrer Forderungen zu übermitteln hat, § 13 Abs. 1 S. 2 InsOE. Auf Grundlage dieser Übersicht kann das Insolvenzgericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsOE. Dieser kann insbesondere sich zu den Anforderungen an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter äußern und Vorschläge zur Person unterbreiten. Sofern kein vorläufiger Gläubigerausschuss gebildet wurde, hat das Insolvenzgericht die wesentlichen Gläubiger anzuhören und entsprechende Vorschläge von ihrer Seite einzuholen. Vorschläge, die von der Mehrheit der bekannten Gläubiger unterstützt werden, sind für das Insolvenzgericht grundsätzlich bindend, soweit die vorgeschlagene Person die Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 Satz 9 InsO erfüllt, § 56 Abs. 2 und 3 InsOE.

Sonstige Änderungen

Darüber hinaus sieht der Diskussionsentwurf verschiedene weitere Änderungen vor:

- Die Zuständigkeitsgebiete für Insolvenzgerichte sollen vergrößert werden können, § 2 Abs. 2 S. 1 InsOE, um so – ähnlich wie bereits bei Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Wirtschaftsstrafsachen – Sachkunde zu bündeln.
- Mit § 104a InsOE soll eine Neuregelung für die Auswirkungen der Insolvenz eines Teilnehmers an einem Clearingsystem geschaffen werden.
- Auch bei Masseunzulänglichkeit, also einer Situation, in der selbst die Verbindlichkeiten gegenüber den Massegläubigern nicht vollständig beglichen werden können, soll künftig ein Insolvenzplanverfahren möglich sein, § 210a InsO. Diese Regelung soll der Tatsache Rechnung tragen, dass aus Sicht der Massegläubiger der Fortfüh-

rungswert eines Unternehmens seinen Zerschlagungswert übersteigen kann. Bislang war ein Insolvenzplanverfahren in Fällen der Masseunzulänglichkeit nicht möglich.

- Zwangsvollstreckungen durch Gläubiger, die ihre Forderungen in einem Insolvenzplanverfahren nicht angemeldet haben, sollen ggf. untersagt werden können, § 259a InsOE. Durch diese Regelung soll verhindert werden, dass durch die Zwangsvollstreckung wegen unbekannter Forderungen, die nicht in den Finanzplan aufgenommen wurden, die Sanierung scheitert. Solche Forderungen sollen darüber hinaus künftig schneller verjähren, § 259b InsOE, um dem Unternehmen möglichst zeitnah Klarheit darüber zu geben, ob es noch mit Forderungen aus der Zeit vor dem Insolvenzplanverfahren konfrontiert werden wird.

Zusammenfassung und Ausblick

Der Diskussionsentwurf löst viele der bislang als unbefriedigend empfundenen Probleme des Insolvenzverfahrens und ist sicherlich geeignet, wesentliche Sanierungshindernisse zu beseitigen. Die beabsichtigten Änderungen erscheinen grundsätzlich sinnvoll und sachgerecht und tragen den berechtigten Bedürfnissen der Praxis Rechnung.

Ob die beabsichtigte Einführung des vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens tatsächlich zu einer Stärkung des Insolvenzrechts als Sanierungsinstrument führen wird, ist jedoch fraglich. Die Insolvenz wird heute noch immer als Ausdruck unternehmerischen Scheiterns angesehen und ist deshalb – anders als beispielsweise in den USA, wo das Chapter-11-Verfahren häufig angewandt wird und offensichtlich nicht als makelbehaftet angesehen wird – unpopulär.

Bedauerlich ist, dass die steuerrechtlichen Sanierungshindernisse – Stichwort: Untergang von steuerlichen Verlust- und Zinsvorträgen bei Anteilsübertragungen, Besteuerung eines Sanierungsgewinns – nach dem Diskussionsentwurf nicht beseitigt werden. Hier sollte der Gesetzgeber – auch für Sanierungen außerhalb der Insolvenz – dringend nachbessern.

Diese Publikation dient lediglich der allgemeinen Information und ersetzt keine rechtliche oder steuerliche Beratung. Gerne stellen wir Ihnen weitere Informationen zur Verfügung oder beraten Sie in konkreten Situationen.

Als Ansprechpartner stehen Ihnen zur Verfügung:

Winfried M. Carli
München
+49.89.23888.2607
winfried.carli@shearman.com

Dr. Esther Jansen
Frankfurt a. M.
+49. 69.9711.1621
ejansen@shearman.com

Dr. Roger Kiem
Frankfurt a. M.
+49.69.9711.1672
rkiem@shearman.com

Dr. Markus S. Rieder
München
+49.89.23888.200
mrieder@shearman.com

Rainer Wilke
Düsseldorf
+49.211.17888.717
rwilke@shearman.com

WWW.SHEARMAN.COM

Copyright © 2010 Shearman & Sterling LLP. Shearman & Sterling LLP ist eine in den Vereinigten Staaten von Amerika nach dem Recht des Staates Delaware gegründete Limited Liability Partnership. Nach dem Recht des Staates Delaware ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.