

März 2012

Weitreichende Reform des deutschen Insolvenzrechts – Gestaltungsmöglichkeiten und Auswirkungen für Gläubiger, Schuldner und Gesellschafter

Am 1. März 2012 tritt das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen („ESUG“) in Kraft, das die deutsche Insolvenzordnung grundlegend reformiert. Neben einer Vereinfachung der Restrukturierung von Unternehmen in der Krise eröffnet das ESUG Gläubigern und Schuldnern neue Möglichkeiten und berührt insbesondere auch die Rechtsposition der Gesellschafter von insolventen Unternehmen. Das neue Insolvenzrecht findet Anwendung auf Insolvenzverfahren, deren Eröffnung am 1. März 2012 oder danach beantragt wird. Für alle anderen Insolvenzverfahren gilt weiterhin die bisherige Rechtslage. Der nachfolgende Überblick erläutert den Hintergrund der Gesetzesnovelle und fasst die wesentlichen Neuerungen der Insolvenzordnung zusammen.

Hintergrund

Das deutsche Insolvenzverfahren gilt vielen Kritikern als sanierungsfeindlich und in seinem Ablauf unvorhersehbar. In diesem Zusammenhang wird insbesondere der unzureichende Einfluss der Gläubiger auf wichtige Entscheidungen – wie z.B. die Wahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters – und die untergeordnete Rolle der Eigenverwaltung in der Insolvenzpraxis genannt. Ein weiteres Hauptaugenmerk der Kritiker liegt auf dem Blockadepotential sanierungsunwilliger Gesellschafter, die bei Verweigerung ihrer Mitwirkung rechtzeitige Restrukturierungsbemühungen verhindern können. Um einen Verlust der Kontrolle über das Unternehmen zu verhindern, verzichteten schließlich viele Unternehmen darauf, zu einem frühen Zeitpunkt, zu dem der Versuch einer Sanierung noch aussichtsreicher gewesen wäre, Insolvenzantrag zu stellen. Teilweise verlegten deutsche Unternehmen sogar ihren Sitz ins Ausland, um von den dortigen Regelungen profitieren zu können, die als sanierungsfreundlicher und flexibler als das deutsche Insolvenzrecht eingeschätzt wurden. Dies ermöglichte es den Unternehmen unter anderem konkrete Sanierungsmaßnahmen nach ausländischem Recht durchzuführen, wie z.B. ein „Scheme of Arrangement“ nach englischem Recht.

Stärkung des Gläubigereinflusses

Nach dem geänderten Insolvenzrecht können Gläubiger deutlich früher als bisher auf Kernfragen des Restrukturierungsprozesses Einfluss nehmen. Dies geschieht insbesondere durch die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses und die Wahl des vorläufigen Insolvenzverwalters.

- *Vorläufiger Gläubigerausschuss:* Das Insolvenzgericht hat einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, wenn das Unternehmen mindestens zwei der drei folgenden Kriterien erfüllt: eine Bilanzsumme von mindestens 4.840.000 Euro (im Fall der Überschuldung nach Abzug eines auf der Aktivseite evt. ausgewiesenen Fehlbetrags im Sinne des § 268 Abs. 3 HGB), Umsatzerlöse von mindestens 9.680.000 Euro in den letzten zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag und im Jahresdurchschnitt mindestens fünfzig Arbeitnehmer (§ 22a Abs. 2 InsO n.F.). Das Insolvenzgericht wird die Einsetzung versagen, wenn sie im Hinblick auf die Insolvenzmasse unangemessen erscheint oder wenn sie zu einer weiteren Verschlechterung der finanziellen Situation des Unternehmens führen würde (§ 22a Abs. 1 InsO n.F.). Der vorläufige Gläubigerausschuss kann die Wahl des vorläufigen Insolvenzverwalters, die Entscheidung des Insolvenzgerichts zur Anordnung von Eigenverwaltung sowie die Einsetzung des Sachverwalters, der den Schuldner in Eigenverwaltung überwacht, beeinflussen. Da es auch nach Inkrafttreten des ESUG noch nicht möglich ist, ein einziges Insolvenzverfahren für einen gesamten Konzern durchzuführen, kann es erforderlich werden, einen separaten Gläubigerausschuss für jedes einzelne insolvente Unternehmen innerhalb des Konzerns einzusetzen.
- *Wahl des Insolvenzverwalters:* Der Insolvenzverwalter hat weitgehende Befugnisse, das Verfahren zu gestalten und wichtige Weichenstellungen vorzunehmen. Er kann beispielsweise den Verkauf des insolventen Unternehmens vorbereiten oder andere wichtige unternehmerische Entscheidungen treffen. Gegenwärtig haben Gläubiger jedoch kein formales Mitspracherecht bei der Wahl des Insolvenzverwalters. Dies ändert sich mit Inkrafttreten des ESUG: wird ein Kandidat einstimmig von dem vorläufigen Gläubigerausschuss vorgeschlagen, so ist dieser Vorschlag für das Insolvenzgericht bindend, sofern der Kandidat für die Übernahme des Amtes nicht ungeeignet ist (§ 56a Abs. 2 InsO n.F.). Wer das Unternehmen zuvor allgemein über den Ablauf und die Folgen eines Insolvenzverfahrens beraten hat, ist nicht per se ungeeignet als Insolvenzverwalter (§ 56 Abs. 1 S. 3 InsO n.F.). Wer jedoch bei der Gestaltung des Insolvenzplanes mitgewirkt hat, kann nicht zum Insolvenzverwalter bestellt werden. Die Umsetzung eines sogenannten „Pre-Packaged Deals“ erfordert dann, dass eine andere Person als Insolvenzverwalter eingesetzt wird.

Auch wenn das Insolvenzgericht den vorgeschlagenen Kandidaten für ungeeignet hält und eine andere Person zum Insolvenzverwalter bestellt, hat es dennoch die vom vorläufigen Gläubigerausschuss aufgestellten Kriterien für die Auswahl zu berücksichtigen. Das Insolvenzgericht darf von einer Anhörung des vorläufigen Gläubigerausschusses absehen, wenn dies offensichtlich zu einer Verzögerung des Verfahrens führen würde. Es ist daher ratsam, schnellstmöglich eine Vereinbarung über die vom Insolvenzverwalter zu erfüllenden Kriterien zu treffen bzw. sich gemeinschaftlich auf einen Kandidaten zu einigen.

Verbesserte Sanierungsmöglichkeiten für Unternehmen in der Krise und Auswirkungen für Gesellschafter

Mit Inkrafttreten des ESUG werden die Sanierungsmöglichkeiten für Unternehmen in der Krise deutlich verbessert. Das ESUG schränkt insbesondere das Ermessen des Insolvenzgerichts ein, die Anordnung von Eigenverwaltung zu versagen. Zudem erleichtert es die Umsetzung von „Pre-Packaged Deals“ und die Durchführung eines Insolvenzplanverfahrens. Darüber hinaus schafft das ESUG die Voraussetzungen für die Durchführung eines Debt-to-Equity Swap, auch gegen den Willen der Gesellschafter.

Verbesserte Aussichten für Eigenverwaltung und „Pre-Packaged Deals“

In der Vergangenheit hatten deutsche Unternehmen kaum einen Anreiz, frühzeitig Insolvenzantrag zu stellen und die Anordnung von Eigenverwaltung zu beantragen. Nach der bisherigen Praxis der Insolvenzgerichte war es eher unwahrscheinlich, dass ein Insolvenzgericht dem Antrag auf Anordnung von Eigenverwaltung entsprechen würde; damit mussten sowohl die Gesellschafter als auch die Geschäftsführung damit rechnen, die Kontrolle über das Unternehmen zu verlieren. Selbst wenn das Gericht Eigenverwaltung anordnete, war jedoch in jedem Fall ein vorläufiger Insolvenzverwalter einzusetzen, der bis zum Inkrafttreten der Eigenverwaltung mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens – je nach Ausgestaltung seiner Befugnisse – weitgehend die Kontrolle über das Unternehmen übernahm und häufig dem Ziel einer Eigenverwaltung eher entgegenwirkten.

Durch das ESUG soll die Attraktivität eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung für Unternehmen in der Krise erhöht werden:

- Ein Insolvenzgericht muss nunmehr dem Antrag des Insolvenzschuldners auf Anordnung von Eigenverwaltung entsprechen, sofern keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dies nachteilige Auswirkungen für die Gläubiger hätte (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO n.F.). Sind hingegen derartige Anhaltspunkte vorhanden, hat das Gericht die Eigenverwaltung dennoch anzuordnen, wenn der vorläufige Gläubigerausschuss dies einstimmig beantragt (§ 270 Abs. 3 InsO n.F.).
- Die Reform beseitigt ferner eine der Hauptursachen für eine verspätete Antragstellung, indem sie der Geschäftsführung die Kontrolle über das Unternehmen belässt, bis über den Antrag auf Eigenverwaltung entschieden ist. Das Insolvenzgericht soll nämlich davon absehen, dem Unternehmen ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder anzuordnen, dass Verfügungen nur mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind, wenn der Antrag auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos ist (§ 270a Abs. 1 InsO n.F.). Soweit das Unternehmen einen Insolvenzantrag aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit stellt und die Anordnung von Eigenverwaltung beantragt, hat das Gericht das Unternehmen vorher über seine Absicht zu informieren, die Anordnung von Eigenverwaltung abzulehnen (§ 270a Abs. 2 InsO n.F.). Dies ermöglicht es dem Unternehmen, den Insolvenzantrag zurückzuziehen und damit die Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters zu verhindern.
- Zudem wird ein so genanntes Schutzschirmverfahren eingeführt, das die frühzeitige Sanierung von Unternehmen ermöglichen soll. Stellt ein Unternehmen einen Insolvenzantrag aufgrund von drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung und beantragt gleichzeitig die Anordnung von Eigenverwaltung, kann das zuständige Insolvenzgericht eine Schutzfrist von maximal drei Monaten festlegen, innerhalb derer das Unternehmen einen Insolvenzplan ausarbeiten kann (§ 270b Abs. 1 InsO n.F.). Während dieses Zeitraums kann das Gericht Schutzmaßnahmen zugunsten des Unternehmens anord-

nen. Dazu kann es z.B. die individuellen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger per Anordnung unterbinden. Der Schutzschirm steht ausschließlich dann zur Verfügung, wenn das Unternehmen bei Antragstellung noch zahlungsfähig und eine Sanierung nicht offensichtlich ohne Aussicht auf Erfolg ist. Das Vorliegen beider Voraussetzungen muss von einem unabhängigen Experten bescheinigt werden.

- Die Schutzfrist wird durch gerichtliche Anordnung insbesondere dann aufgehoben, wenn die Sanierung aussichtslos geworden ist oder der vorläufige Gläubigerausschuss dies beantragt (§ 270b Abs. 4 InsO n.F.). Das Gericht kann eine Aufhebung jedoch nicht allein darauf stützen, dass das Unternehmen nachträglich zahlungsunfähig geworden ist, sofern die Sanierung nicht gleichzeitig aussichtslos geworden ist. Dies soll verhindern, dass einzelne Gläubiger die Sanierungsbemühungen durch Fälligestellung ihrer Forderungen zunichte machen können. Sobald die Schutzfrist abgelaufen ist oder aufgehoben wurde, wird das reguläre Insolvenzverfahren in Gang gesetzt.
- Des Weiteren kann ein Unternehmen in Eigenverwaltung nunmehr beantragen, Masseverbindlichkeiten zu begründen (§ 270b Abs. 3 InsO n.F.). Bisher war dazu ausschließlich der Insolvenzverwalter in der Lage. Dies versetzt das Unternehmen in die Lage, seinen zusätzlichen Finanzierungsbedarf während des Sanierungszeitraums zu decken und weiterhin Produktionsmittel von Lieferanten zu erhalten.

Verbesserte Aussichten für die Umsetzung von Insolvenzplänen

Das ESUG löst zudem einige Probleme, die in der Praxis die erfolgreiche Umsetzung von Insolvenzplänen bislang verhindert haben.

- Mit Inkrafttreten des ESUG wird es für einen Minderheitsgläubiger, der eine Sanierung nicht mittragen will, schwerer, die Bestätigung eines Insolvenzplans durch das Insolvenzgericht zu verhindern. Künftig hat der Gläubiger zu beweisen, dass er durch die Umsetzung des Plans deutlich schlechter gestellt würde, als er ohne dessen Umsetzung stünde, und im gestaltenden Teil des Plans auch keine Mittel bereit gestellt werden, die diese Benachteiligung kompensieren könnten (§ 251 InsO n.F.). Das Insolvenzgericht kann eine entsprechende Beschwerde des Gläubigers zurückweisen, wenn es feststellt, dass die Vorteile einer zügigen Umsetzung des Insolvenzplans die Nachteile des Gläubigers überwiegen (§ 253 Abs. 4 InsO n.F.). Ihm ist jedoch der Schaden zu ersetzen, der ihm durch den Vollzug des Insolvenzplans entsteht.
- In vielen Fällen scheitert die Umsetzung eines gerichtlich bestätigten Insolvenzplans daran, dass einige Gläubiger ihre Forderungen nicht anmelden und diese im Insolvenzplan daher keine Berücksichtigung finden. Diese Gläubiger sind trotzdem weiterhin berechtigt, ihre Forderungen nach Bestätigung des Insolvenzplans geltend zu machen (wenn auch möglicherweise nicht in voller Höhe, wenn der Plan einen teilweisen Forderungsverzicht vorsieht). Dadurch konnten sie dessen Umsetzung gefährden oder gar vereiteln. In Zukunft müssen derartige Forderungen, sofern das Unternehmen davon Kenntnis hat, auch dann im Insolvenzplan berücksichtigt werden, wenn der Gläubiger sie nicht anmeldet (§ 229 S. 3 InsO n.F.). Während der Umsetzung des Insolvenzplanes kann das Insolvenzgericht zukünftig für einen Zeitraum von drei Jahren Zwangsvollstreckungsmaßnahmen solcher Gläubiger gegen das Unternehmen aufheben oder einstellen (§ 259a InsO n.F.). Außerdem verjähren derartige Forderungen nunmehr bereits nach einem Jahr (§ 259b Abs. 1 InsO n.F.).

- Nach bisheriger Rechtslage ist der Insolvenzverwalter dazu verpflichtet, alle unbestrittenen Forderungen von Massegläubigern – unabhängig von deren Fälligkeit – zu befriedigen und für bestrittene Forderungen Sicherheiten zu leisten, bevor der Insolvenzplan umgesetzt werden kann. Das ESUG beschränkt diese Verpflichtung auf fällige Forderungen und lässt die Vorlage eines Finanzplans zu, aus dem sich ergibt, dass auch die Erfüllung nicht fälliger Forderungen gewährleistet ist (§ 258 Abs. 2 InsO n.F.). Dies verhindert einen Abfluss von Liquidität, die insbesondere in der Anfangsphase bei Umsetzung des Insolvenzplans dringend benötigt wird.

Erleichterung eines Debt-to-Equity Swaps und weiterer Sanierungsmaßnahmen

Schließlich vereinfacht das ESUG die Durchführung eines Debt-to-Equity Swaps und weitere Sanierungsmaßnahmen innerhalb eines Insolvenzplanverfahrens. Auch Distressed-Debt-Investoren werden neue Möglichkeiten eröffnet, da es für sie fortan ungleich leichter werden wird, Forderungen in Unternehmensanteile umzuwandeln.

In der Vergangenheit war es praktisch unmöglich, einen Debt-to-Equity Swap oder die Übertragung von Anteilen am Schuldner auf einen Dritten gegen den Willen der Gesellschafter durchzusetzen. Aufgrund dieses hohen Blockadepotentials konnten Gesellschafter bei einer Übertragung ihrer Anteile auf sanierungswillige Beteiligte teilweise Erlöse erzielen, die weit über dem tatsächlichen Wert ihrer Beteiligung lagen. Zudem bestand die Gefahr, dass ein Gläubiger, der an einem Debt-to-Equity Swap teilnimmt, bei einer Überbewertung der eingebrachten Forderungen gegenüber dem Unternehmen nach den Grundsätzen der Kapitalaufbringung haftet und – soweit nur ein Teil der Forderungen in Unternehmensanteile umgewandelt wurde – der übrige Teil in einer späteren Insolvenz als nachrangiges Gesellschafterdarlehen qualifiziert wird.

Das ESUG löst die meisten, jedoch nicht alle dieser Probleme:

- Es wird nun möglich sein, unter bestimmten Umständen einen Debt-to-Equity Swap gegen den Willen sanierungsunwilliger Gesellschafter im Rahmen eines Insolvenzplans durchzuführen (§ 225a Abs. 2 InsO n.F.). Dies gilt insbesondere dann, wenn sie – unter Berücksichtigung einer im Insolvenzplan vorgesehenen Kompensation – durch den Plan nicht schlechter gestellt werden als ohne den Plan. Dies wird in der Regel nicht der Fall sein, da die Gesellschaftsanteile an einem insolventen Unternehmen regelmäßig wertlos sind. Gläubiger hingegen können auch nach Inkrafttreten des ESUG weiterhin nicht zu einem Debt-to-Equity Swap gezwungen werden.
- Ein Debt-to-Equity Swap könnte eine Change-of-Control-Klausel in für das insolvente Unternehmen wichtigen Verträgen auslösen und dadurch die Fortführung des Unternehmens gefährden. Daher sieht das ESUG vor, dass ein aus dem Debt-to-Equity Swap resultierender Kontrollwechsel trotz anders lautender vertraglicher Vereinbarungen nicht zur Kündigung oder zum Rücktritt berechtigt (§ 225a Abs. 4 InsO n.F.).
- Sobald der Insolvenzplan vom Insolvenzgericht bestätigt wurde, schließt das ESUG darüber hinaus eine Haftung der Gläubiger wegen einer Überbewertung der eingebrachten Forderung aus (§ 254 Abs. 4 InsO n.F.).
- Leider enthält das ESUG keine Regelung für Forderungen, die nicht in Gesellschaftsanteile umgewandelt werden. Gläubiger können sich deshalb weiterhin nur auf das allgemeine Sanierungsprivileg in der Insolvenzordnung verlassen. Die zeitliche Reichweite bleibt unklar. Nur Gläubiger, die einen Gesellschafts-

anteil von weniger als 10 % erwerben, sind ausreichend geschützt. Andere Gläubiger werden daher weiterhin der Gefahr ausgesetzt sein, dass ihre verbliebenen Forderungen in einer anschließenden Insolvenz des Unternehmens als Gesellschafterdarlehen qualifiziert werden.

- Das ESUG beseitigt ebenso wenig das Risiko, dass das zu restrukturierende Unternehmen aufgrund eines Debt-to-Equity Swap einen steuerpflichtigen Sanierungsgewinn realisiert und/oder Verlustvorträge verliert. Dies kann jedoch durch entsprechende maßgeschneiderte Strukturierung der Transaktion vermieden oder abgemildert werden.

Schließlich können nach Inkrafttreten des ESUG weitere Restrukturierungsmaßnahmen im Rahmen eines Insolvenzplans durchgeführt werden. Da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens von Rechts wegen zur Liquidation des Unternehmens führt, kann das Unternehmen gegenwärtig nicht ohne einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss fortgeführt werden. Der Insolvenzplan kann einen solchen Gesellschafterbeschluss nunmehr ersetzen und dadurch das Blockadepotential sanierungsunwilliger Gesellschafter weiter verringern (§ 225a Abs. 3 InsO n.F.). Der Insolvenzplan kann außerdem weitere gesellschaftsrechtlich zulässige Maßnahmen vorsehen wie z.B. die Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf Dritte außerhalb eines Debt-to-Equity Swaps.

Fazit und Ausblick

Die Reform der Insolvenzordnung durch das ESUG ist ein grundlegender Schritt, die Attraktivität des Standorts Deutschland auch im Falle der Restrukturierung und Sanierung von Unternehmen zu verbessern und insbesondere die Sanierungsaussichten eines Unternehmens durch frühzeitiges und aktives Mitwirken aller Beteiligten zu fördern.

Im Bereich der grenzüberschreitenden Insolvenzen, der Insolvenzen von Konzernunternehmen sowie insbesondere der Behandlung von Lizenzen in der Insolvenz bleiben hingegen wichtige Fragen für ein geordnetes Restrukturierungsverfahren weiterhin offen. Ein weiterer Schritt ist durch das mit dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 18. Januar 2012 angekündigte Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen eingeleitet. Danach soll durch die Einfügung eines neuen § 108a InsO vor allem die Position des Lizenznehmers in der Insolvenz des Lizenzgebers als unmittelbarer Lizenznehmer oder auch als Unterlizenznehmer gestärkt werden.

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 +49.69.9711.1621 esther.jansen@shearman.com	Rainer Wilke Düsseldorf +49.211.17888.717 rainer.wilke@shearman.com
--	--	--

WWW.SHEARMAN.COM

Copyright © 2012 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.