

## B & P Special

03/2012

# Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen

### I. Einführung

Seit Inkrafttreten der Insolvenzrechtsreform am 01.01.1999 wurde vergeblich darauf gehofft, dass die Sanierung von Unternehmen durch Insolvenzverfahren in größerem Umfang stattfindet. Eine „Insolvenzkultur“, wie sie in den USA schon seit vielen Jahren besteht, konnte sich jedoch nicht etablieren. Vorherrschend ist vielmehr das Bild des Insolvenzverfahrens als Liquidationsverfahren, in dem es ausschließlich darum geht, das restliche Vermögen des Schuldners möglichst schnell zu verwerten. Soweit es um die Eigenverwaltung geht, widerstrebt es den Beteiligten immer noch, „den Bock zum Gärtner zu machen“.

Am 13.12.2011 wurde das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) im Bundesgesetzblatt (S. 2582) verkündet. Mit diesem Gesetz, was am 01.01.2012 in Kraft getreten ist, soll die Insolvenzordnung (InsO) zu einem funktionsfähigen Sanierungsgesetz weiterentwickelt werden. Erreicht werden soll dieses Ziel durch eine stärkere Einbeziehung der Gläubiger in das Eröffnungsverfahren, eine Verbesserung des Insolvenzplanverfahrens und die Erweiterung der Möglichkeiten der Eigenverwaltung des Schuldners, die durch Einführung ei-

nes Schutzschirmverfahrens in der Eröffnungsphase bei Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit für den Schuldner attraktiver gemacht werden soll.

### II. Stärkere Einbeziehung der Gläubiger in das Eröffnungsverfahren

#### a) Obligatorische Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses

Das ESUG hat das Ziel, den Einfluss der Gläubiger auf das Insolvenzverfahren zu stärken, um deren effektivere Beteiligung am Verfahren zu erreichen. Dreh- und Angelpunkt des Gesetzes ist daher die obligatorische Einrichtung eines vorläufigen Gläubigerausschusses im Eröffnungsverfahren bei Überschreitung bestimmter Schwellenwerte (§ 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO). Dieser soll entscheidenden Einfluss auf die Auswahl des vorläufigen und endgültigen Insolvenzverwalters nehmen. Von einem einstimmigen Vorschlag darf das Gericht nur mit schriftlicher Begründung abweichen, wenn es die vorgeschlagene Person für ungeeignet hält. Auch bei der Anordnung der Eigenverwaltung soll der vorläufige Gläubigerausschuss maßgeblichen Einfluss haben. Hält er die Anordnung der Eigenverwaltung für nicht nachteilig für die Gläubiger, ist das Gericht an diese Einschätzung gebunden.



Das Insolvenzgericht hat einen solchen vorläufigen Gläubigerausschuss einzurichten, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners noch läuft und im vorangegangenen Geschäftsjahr wenigstens zwei der nachfolgend aufgeführten drei Kriterien erfüllt sind:

- mindestens € 4.840.000,00 Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrages im Sinne des § 268 Abs. 3 HGB
- mindestens € 9.680.000,00 Umsatzerlöse in den 12 Monaten vor dem Abschlussstichtag
- im Jahresdurchschnitt mind. 50 Arbeitnehmer

Es gelten also die Schwellenwerte für mittelgroße und große Kapitalgesellschaften, sodass kleinen Kapitalgesellschaften diese Möglichkeit nicht zur Verfügung steht.

Absehen kann das Insolvenzgericht von der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses nur dann, wenn die Bestellung im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt (§ 22a Abs. 3 InsO). Der Schuldner oder der vorläufige Insolvenzverwalter haben auf Aufforderung des Gerichts Personen zu benennen, die als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen.

#### **b) Auswahl des Insolvenzverwalters durch die bestimmenden Gläubiger**

In § 56 Abs. 1 InsO wurde angefügt, dass die erforderliche Unabhängigkeit bei der Auswahl des (vorläufigen und endgültigen) Insolvenzverwalters nicht schon dadurch ausgeschlossen wird, dass die Person:

- vom Schuldner oder einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist,
- den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat.

In § 56a InsO ist geregelt, dass vor der Bestellung des Verwalters dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zu geben ist, sich zu den Anforderungen, die an den Verwalter zu stellen sind, und zur Person des Verwalters zu äußern, soweit dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt.

### **III. Verbesserung des Insolvenzplanverfahrens**

Wesentlicher Bestandteil des Gesetzes ist die Änderung des Insolvenzplanverfahrens, die dazu beitragen soll, das Schattendasein zu beenden, das das Insolvenzplanverfahren seit Inkrafttreten der InsO führt.

#### **a) Einbeziehung der Altgesellschafter in das Insolvenzplanverfahren**

Zu einem der Hauptversäumnisse der InsO gehörte die fehlende Abstimmung ihrer Regelungen mit dem Gesellschaftsrecht. In Folge der fehlenden Harmonisierung hatten die Gesellschafter viele Möglichkeiten, sich gegen Eingriffe durch In-



solvenzpläne zu sperren. Um diese Zustände zu ändern, ist nunmehr in § 217 InsO geregelt, dass, wenn der Schuldner keine natürliche Person ist, auch die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen in den Plan einbezogen werden können.

Kernstück der gesellschaftsrechtlichen Umgestaltungsmöglichkeiten ist die in § 225a Abs. 2 InsO vorgesehene Möglichkeit eines Debt-Equity-Swaps, mit dem Fremdkapital in Eigenkapital umgewandelt wird. Im Rahmen der Fortführung dringend benötigte Mittel können so in der Masse bleiben, die Befriedigung der Gläubiger ist auch durch die Übertragung von Gesellschaftsanteilen möglich. Zulässig sind solche Maßnahmen allerdings nur mit Zustimmung der Gläubiger. Für die hiervon Gebrauch machenden Gläubiger hat eine solche Umwandlung ihrer Forderungen den Vorteil, dass sie an den künftigen Erträgen des sanierten Unternehmens beteiligt sind und über dessen künftige Aktivitäten mitbestimmen können. Fehlt deren Bereitschaft, ist auch durch dieses Mittel nicht viel gewonnen.

Insbesondere kann der Plan eine Kapitalherabsetzung oder –erhöhung, die Leistung von Sacheinlagen, den Ausschluss von Bezugsrechten oder die Zahlung von Abfindungen an ausscheidende Anteilhaber vorsehen.

Nach § 222 InsO sind bei der Festlegung der Rechte der Beteiligten im Insolvenzplan Gruppen zu bilden, soweit Beteiligte mit unterschiedlicher Rechtsstellung betroffen sind.

Werden die Gesellschafterrechte in den Insolvenzplan einbezogen, muss eine Gruppe der Anteilseigner gebildet werden. Nach § 222 Abs. 3 Satz 2 InsO können für Kleingläubiger und geringfügig beteiligte Anteilhaber mit einer Beteiligung am Haftkapital von weniger als 1 % oder weniger als € 1.000 besondere Gruppen gebildet werden.

Nach § 235 Abs. 3 InsO sind die Anteilseigner zum Erörterungs- und Abstimmungstermin über den Insolvenzplan zu laden, wenn ihre Rechte durch den Plan betroffen sind. Dies gilt nicht für Aktionäre oder Kommanditaktionäre. Für börsennotierte Gesellschaften findet § 121 Abs. 4a AktG entsprechende Anwendung. Diese haben eine Zusammenfassung des wesentlichen Inhalts des Plans über ihre Internetseite zugänglich zu machen.

Um ihre Rechte in der Gläubigerversammlung wahrzunehmen, bekommen die Anteilseigner gem. § 238a InsO ein Stimmrecht, das sich nach der Beteiligung am gezeichneten Kapital oder Vermögen des Schuldners richtet; Stimmrechtsbeschränkungen, Sonder- oder Mehrstimmrechte bleiben außer Betracht. Maßgebend für die Abstimmungsmehrheit ist nach § 244 Abs. 3 InsO die Summe der Beteiligungen.

§ 246a InsO regelt, dass, wenn sich keines der Mitglieder einer Gruppe der Anteilhaber an der Abstimmung beteiligt, die Zustimmung der Gruppe als erteilt gilt.

#### **b) Einbeziehung der Insolvenzgläubiger bei Teilnahmeverzicht**

Nach § 229 InsO sind in der Vermögensübersicht und dem Ergebnis- und Finanz-



plan auch solche Gläubiger zu berücksichtigen, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben, bei Ausarbeitung des Plans jedoch schon bekannt sind.

Damit soll Vorsorge für den Fall getroffen werden, dass nach rechtskräftiger Bestätigung des Plans nachträglich Forderungen geltend gemacht werden, die im Plan nicht berücksichtigt sind.

Hinsichtlich solcher Gläubiger, die am Verfahren nicht teilgenommen haben, wurde ferner ein neuer § 259a InsO geschaffen, der nach Aufhebung des Verfahrens auf Antrag des Schuldners Schutz vor Vollstreckungen dieser Gläubiger gibt. Die in den Plan einbezogenen Gläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben, sind gem. § 254 Abs. 1 Satz 1 InsO an die Festsetzung des Plans gebunden.

Mit unvorhersehbaren Vollstreckungen konnten Gläubiger, die am Verfahren nicht teilgenommen haben, die Umsetzung des Plans gefährden. Mit der Neuregelung wird das Risiko der Torpedierung des Plans durch Gläubiger, die erst nach dessen Verabschiedung ihre Ansprüche geltend machen, erheblich erschwert. Für Ansprüche nicht teilnehmender Gläubiger wurde weiter eine besondere Verjährungsfrist in § 259b InsO geschaffen, nach der alle Insolvenzforderungen, die nicht bis zum Abstimmungstermin angemeldet worden sind, in einem Jahr ab Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses verjähren, es sei denn, die Verjährung tritt schon früher ein.

Mit einer solch knapp bemessenen Frist haben Gläubiger, die sich am Planverfahren nicht beteiligen, nur noch sehr wenig

Zeit, ihren Anspruch geltend machen zu können. Die Gefahr, dass der Plan durch nicht bekannte Gläubiger zum Scheitern gebracht wird, schwindet damit.

### **c) Ausgleich einer Schlechterstellung außerhalb des Insolvenzverfahrens und Eindämmung von Beschwerderechten**

Um die Blockade von Insolvenzplänen zu erschweren, ist § 221 InsO umgestaltet worden. Nach § 251 Abs. 1 InsO ist die Bestätigung des Insolvenzplans auf Antrag eines Gläubigers oder, wenn der Schuldner keine natürliche Person ist, einer am Schuldner beteiligten Person nur zu versagen, wenn der Antragsteller dem Plan spätestens im Abstimmungstermin schriftlich oder zu Protokoll widersprochen hat und der Antragsteller durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt wird, als er ohne einen Plan stünde. Nach § 251 Abs. 2 InsO ist der Antrag nur zulässig, wenn der Antragsteller spätestens im Abstimmungstermin glaubhaft macht, dass er durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt wird. Nach § 251 Abs. 3 InsO ist der Antrag abzuweisen, wenn im gestaltenden Teil des Plans Mittel für den Fall bereitgestellt werden, dass der Beteiligte eine Schlechterstellung nachweist. Ob der Beteiligte einen Ausgleich aus diesen Mitteln erhält, ist außerhalb des Insolvenzverfahrens zu klären.

Damit sollen Beteiligte davon abgehalten werden, illusorische Ansprüche zu stellen. Dementsprechend wurden auch die Beschwerdemöglichkeiten in § 253 Abs. 2 InsO eingedämmt, nachdem die sofortige



Beschwerde gegen die Bestätigung des Plans nur zulässig ist, wenn der Beschwerdeführer

- dem Plan spätestens im Abstimmungstermin schriftlich oder zu Protokoll widersprochen hat,
- gegen den Plan gestimmt hat und
- glaubhaft macht, dass er durch den Plan wesentlich schlechter gestellt wird, als er ohne einen Plan stünde, und dass dieser Nachteil nicht durch eine Zahlung aus den in § 251 Abs. 3 genannten Mitteln ausgeglichen werden kann.

Hinzu kommt, dass bereits durch das Gesetz zur Änderung des § 522 ZPO (BT-Drucks. 17/5334 vom 01.04.2011) § 7 InsO abgeschaffen wurde. Dadurch gibt es die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde im Insolvenzverfahren in Zukunft nicht mehr.

Für das Planverfahren hat diese Änderung zur Folge, dass die Möglichkeit, das Verfahren allein durch zeitaufwendige Rechtsmittelverfahren zu torpedieren, erheblich eingeschränkt wurde. Unzulässige Rechtsbeschwerden, die nur dazu genutzt werden, die Rechtskraft der Entscheidung über die Planbestätigung allein durch die Verfahrensabläufe monatelang zu verzögern, wird es nicht mehr geben.

Auf der anderen Seite darf natürlich nicht unerwähnt bleiben, dass mit der Reform auch eine Erweiterung der Beschwerde-rechte verbunden ist, da in § 251 Abs. 1 InsO die Beschwerde auf die am Schuldner beteiligten Personen erweitert wurde, so dass potenziell mehr Beteiligte

Rechtsmittel einlegen können. Die Anteilseigner können selbst dann uneingeschränkt Beschwerde einlegen, wenn der Plan nicht in ihre Rechte eingreift.

#### **d) Sicherstellung der Masseverbindlichkeiten und Zulässigkeit von Insolvenzplänen bei Masseunzulänglichkeit**

§ 258 Abs. 2 InsO sieht vor, dass vor Aufhebung des Verfahrens der Verwalter die unstreitigen fälligen Masseansprüche zu berichtigen und für die streitigen oder nicht fälligen Sicherheit zu leisten hat.

Dies kann eine Erleichterung für den Abschluss des Verfahrens darstellen.

Ferner ist in § 258 Abs. 2 InsO geregelt, dass für die nicht fälligen Masseansprüche auch ein Finanzplan vorgelegt werden kann, aus dem sich ergibt, dass ihre Erfüllung gewährleistet ist.

Schließlich sieht § 210a InsO vor, dass auch in masseunzulänglichen Verfahren die Möglichkeit besteht, einen Insolvenzplan vorzulegen.

Ob allerdings Insolvenzpläne bei Masseunzulänglichkeit eine größere Bedeutung erlangen, dürfte eher fraglich sein.

#### **IV. Erweiterung der Möglichkeiten der Eigenverwaltung des Schuldners**

Gerade die Eigenverwaltung als Form der Abwicklung, bei der das schuldnerische Unternehmen nicht zerschlagen wird, eignet sich dazu, unter Einbeziehung des Schuldners dessen Unternehmen zu sanieren. Anders als bei einer außergericht-



lichen Sanierung, können die Vorteile des Insolvenzverfahrens, wie etwa die Lösung aus belastenden Vertragsverhältnissen, die Anfechtung von benachteiligenden Rechtshandlungen und die Beteiligung der Gläubiger mit Sicherungsrechten an den Kosten des Verfahrens genutzt werden. So sollen die bisherigen Vorbehalte gegen die Eigenverwaltung durchbrochen werden.

#### **a) Änderung der Anordnungsvoraussetzungen**

Nach § 270 Abs. 2 Nr. 3 InsO setzt nunmehr die Anordnung der Eigenverwaltung nur noch voraus, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird. Damit soll klargestellt werden, dass nicht schon subjektive Bedenken hinsichtlich der Anordnung der Eigenverwaltung ausreichen, um diese abzulehnen. Vielmehr muss positiv festgestellt werden, dass es Umstände gibt, die tatsächlich Nachteile für die Gläubiger erwarten lassen. Nach § 270 Abs. 3 InsO wird der vorläufige Gläubigerausschuss schon im Vorfeld der Verfahrenseröffnung mit der Anordnung der Eigenverwaltung befasst. Wird der Antrag von einem einstimmigen Beschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses unterstützt, so gilt die Anordnung nicht als nachteilig für die Gläubiger.

Ferner wurde in § 270 Abs. 4 InsO ein Begründungszwang für die Ablehnung der Eigenverwaltung eingeführt. Auch dies soll dazu beitragen, schematische Ablehnungen der Eigenverwaltung zu verhindern.

#### **b) Einführung eines „Schutzschirmverfahrens“ zur Vorbereitung einer Sanierung bei Anträgen auf Eigenverwaltung des Schuldners**

Gemäß § 270a bis 270c InsO wird ein besonderes Eröffnungsverfahren für Anträge auf Eigenverwaltung geschaffen, in dem der vorläufige Insolvenzverwalter durch einen vorläufigen Sachwalter ersetzt wird. Nach § 270a Abs. 1 InsO ist von der Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbot abzusehen. Damit soll verhindert werden, dass schon im Eröffnungsverfahren mit einer vorläufigen Insolvenzverwaltung unumkehrbare Tatsachen für das anschließende Regelverfahren geschaffen werden.

Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt und die Eigenverwaltung beantragt, sieht das Gericht jedoch die Voraussetzung der Eigenverwaltung als nicht gegeben an, so hat es seine Bedenken dem Schuldner mitzuteilen und diesem Gelegenheit zu geben, den Eröffnungsantrag vor der Entscheidung über die Eröffnung zurückzunehmen (§ 270a Abs. 2 InsO).

Damit soll der Schuldner das Signal bekommen, dass er die Möglichkeit des Versuchs einer Sanierung über die Eigenverwaltung hat, ohne in jedem Fall die Verfahrenseröffnung fürchten zu müssen. Er muss nicht mehr damit rechnen, ungewollt in das Regelinsolvenzverfahren mit Fremdverwaltung zu geraten, obwohl er einen rechtzeitigen Sanierungsversuch unternommen hat.



In § 270b InsO ist nunmehr geregelt, dass im Fall der Eigenantragsstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu Vorbereitung einer Sanierung durch Eigenverwaltung, die nicht offensichtlich aussichtslos ist, auf Antrag des Schuldners eine gerichtliche Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans zu bestimmen ist, die höchstens drei Monate betragen darf. Dazu hat der Schuldner mit dem Antrag einen mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers, Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Erlässt das Gericht einen entsprechenden Beschluss, hat es nach § 270b Abs. 2 InsO einen vorläufigen Sachwalter nach § 270a Abs. 1 InsO zu bestellen, der personenverschieden von dem Aussteller der Bescheinigung nach § 270b Abs. 1 InsO zu sein hat, wobei es von dem Vorschlag des Schuldners nur abweichen kann, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes offensichtlich ungeeignet ist. § 270b Abs. 4 Insolvenzordnung regelt, dass das Gericht die Anordnung nach § 270b Abs. 1 Insolvenzordnung vor Ablauf der Frist aufhebt, wenn

- die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist,
- der vorläufige Gläubigerausschuss die Aufhebung beantragt oder

- ein absonderungsberechtigter Gläubiger oder ein Insolvenzgläubiger die Aufhebung beantragt und Umstände bekannt werden, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird; der Antrag ist nur zulässig, wenn kein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt ist und die Umstände vom Antragsteller glaubhaft gemacht werden.

Um die entsprechende Anordnung treffen zu können, hat der Schuldner oder der vorläufige Sachwalter dem Gericht den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen. Nach Aufhebung der Anordnung oder nach Ablauf der Frist entscheidet das Gericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Die bisherige Neigung, mit Sanierungsversuchen erst sehr spät zu beginnen und damit ungleich geringere Chancen zu schaffen als bei einem frühzeitigen Gegensteuern, soll damit durchbrochen werden.

### **c) Beschränkung der Gesellschafterrechte**

Von großer Bedeutung ist die Regelung in § 276a InsO bezüglich der Mitwirkung der Überwachungsorgane des Schuldners. Ist der Schuldner eine juristische Person oder eine Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, so haben der Aufsichtsrat, die Gesellschafterversammlung oder entsprechende Organe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung des Schuldners. Die Abberufung und Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsleitung ist nur wirksam, wenn



der Sachwalter zustimmt. Die Zustimmung ist nur zu erteilen, wenn die Maßnahme nicht zu Nachteilen für die Gläubiger führt.

Damit sollen die bisherigen Probleme bei der Anwendung der §§ 270 ff. InsO, die vor allem in ungeklärter Abstimmung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht gelegen haben, gelöst werden.

## V. Fazit

Zusammenfassend bleibt zu hoffen, dass diese wichtige Reform dazu beitragen wird, dass Unternehmen in der Krise bessere Fortführungschancen haben als bisher. Leider hat es der Gesetzgeber versäumt, auch die steuerlich kritischen Rahmenbedingungen zu verbessern. Nach wie vor besteht die Gefahr, dass notwendige Sanierungsgewinne nicht voll-

ständig mit vorhandenen Verlustvorträgen verrechnet werden können (Verlustuntergang bei Gesellschafterwechsel, Mindestbesteuerung).

### Information:

Der Inhalt dieser Information wurde nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt. Mit Rücksicht auf die Komplexität der angesprochenen Themen und den ständigen Wandel der Rechtsmaterie bitten wir um Verständnis, wenn wir unsere Haftung und Gewährleistung auf Beratungen in individuellen Einzelaufträgen nach Maßgabe unserer Auftragsbedingungen beschränken und sie i. Ü., d. h. für diese Informationen ausschließen.

