

## Neue Insolvenzregeln durch das ESUG

*Jacqueline Lopez, Rechtsanwältin in Hannover*

No 327 | MÄRZ 2013

Die Insolvenz eines Unternehmens wird in Deutschland oft als endgültiges Scheitern verstanden - mit der Folge der Zerschlagung seiner Vermögenswerte und dem Verlust der Arbeitsplätze. Ein Insolvenzverfahren führt nach allgemeiner Anschauung grundsätzlich auch zu einem negativen Image des Unternehmers. Daher versuchen Unternehmer oft, auch in einer Insolvenzlage das Unternehmen ohne Insolvenzverfahren fortzuführen – was erhebliche Haftungsrisiken birgt.

Demgegenüber kann eine Insolvenz auch eine Chance für einen Neuanfang sein und ein Insolvenzverfahren als effizientes Sanierungsinstrument genutzt werden. Die Einführung der Insolvenzordnung (InsO) 1999 hatte bereits die Fortführung anstelle der Zerschlagung des Unternehmens als Ziel. Dazu hat der Gesetzgeber nun das Instrumentarium der InsO mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) zum 1.3.2012 weiter verbessert. Das ESUG ist ein so genanntes Änderungsgesetz, es verändert die Insolvenzordnung.

### **Bisherige Praxis zur Insolvenzanmeldung**

Insolvenzanträge werden in Deutschland zu spät gestellt, nämlich mehr als zehn Monate nach Eintritt der Insolvenzlage des Unternehmens. Im Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung ist das Vermögen des Schuldners oft schon restlos aufgezehrt, für eine Sa-

nierung des Unternehmens fehlt es dann an Liquidität und Zeit.

Gründe für die zu späte Stellung von Insolvenzanträgen sind Ängste der Unternehmer, sowie das Gefühl der Scham, Machtlosigkeit und Kontrollverlust über das eigene Unternehmen - aber auch die Hoffnung, dass es nach jahrelangen Erfolgen irgendwie von selbst wieder aufwärts geht, die fälschliche Einstufung der Situation des Unternehmens als Krise, aber nicht als echte Insolvenz, sowie das fehlende Vertrauen in das Insolvenzverfahren.

Die mit dem ESUG geänderte Insolvenzordnung gibt den Gläubigern nun mehr Einfluss auf die Auswahl des Insolvenzverwalters und erleichtert die Eigenverwaltung durch die bisherige Unternehmensleitung durch den Ausbau und die Straffung des Insolvenzplanverfahrens.

Der Schuldner soll dadurch zu einem rechtzeitigen Insolvenzantrag ermuntert werden. Denn je früher der Antrag erfolgt, desto mehr Vermögen ist noch vorhanden, Kunden- und Lieferantenbeziehungen sind desto weniger unheilbar zerrüttet, und größer sind die Aussichten auf eine Sanierung.

### **Stärkung der Gläubigerinteressen**

Mit dem ESUG hat der Gesetzgeber die stärkere Einbeziehung der Gläubiger beabsichtigt.

Der neue § 22a InsO zur Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses verstärkt die Einflussnahme der Gläubiger in einem frühen Verfahrensstadium. Der Vorteil einer frühzeitigen Einbindung der Gläubiger besteht darin, dass diese ihr vorhandenes Wissen in das Verfahren einbringen können, und dass die Gläubiger auch in aller Regel ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an einer erfolgreichen Sanierung des Schuldners haben. Da das Insolvenzverfahren von heterogenen Gruppeninteressen geprägt ist und verhindert werden soll, dass sich im Insolvenzverfahren das Recht des Stärkeren gegen die schützenswerten Interessen der allgemeinen Insolvenzgläubiger durchsetzt, müssen alle Gruppeninteressen auch in der Repräsentation der Mitglieder eines vorläufigen Gläubigerausschusses zum Ausdruck kommen.

Für die Praxis bedeutet dies, dass bereits vor Verfahrenseröffnung feststehen muss, welche Gläubiger überhaupt bereit sind, den vorläufigen Gläubigerausschuss zu besetzen. Hierfür bedarf es in der Krisensituation Zeit und Vorbereitung.

### **Eigenverwaltung**

Das ESUG bringt weitere Änderungen im Bereich der Eigenverwaltung, die mit der Insolvenzordnung 1999 eingeführt wurde.

Im Gegensatz zum Regelinsolvenzverfahren bleibt der Schuldner bei der Eigenverwaltung über sein Vermögen verwaltungs- und verfügungsberechtigt. Diese Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners steht allerdings unter der Aufsicht eines Sachwalters. Insbesondere für große Unternehmen kann die Eigenverwaltung vorteilhaft sein, weil das Unternehmen seine bisherige Geschäftsleitung behält und somit deren Kenntnisse, Wissen und Erfahrungen weiter verfügbar sind. Personengebundene Genehmigungen bleiben weiter nutzbar. Der entscheidende Vorteil der Neuregelung des ESUG ist die „Quasivorverlagerung“ der Eigenverwaltung in das Antragsverfahren, weil bereits zu diesem Zeitpunkt ein vorläufiger Sachverwalter bestellt werden kann (§§ 270b Abs. 2 Satz 1, 270a Abs. 1, Satz 2 InsO).

Der vorläufige Sachwalter hat lediglich eine Überwachungs- und Kontrollfunktion und nicht die Befugnisse des vorläufigen (starken oder schwachen) Insolvenzverwalters, der ansonsten im Antragsverfahren zur Insolvenzeröffnung im Regelverfahren gerichtlich eingesetzt wird.

Diese „Quasivorverlagerung“ der Eigenverwaltung in das Antragsverfahren soll dem Schuldner als Anreiz dienen, frühzeitig einen Insolvenzantrag zu stellen.

Die Eigenverwaltung setzt voraus, dass der Schuldner einen entsprechenden Antrag gestellt hat und keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung der Eigenverwaltung zu Nachteilen für die Gläubiger führt (§ 270 Absatz 2 InsO).

Eine entscheidende Stärkung des Instruments der Eigenverwaltung ist, dass der Schuldner nun für seinen Antrag auf Eigenverwaltung nicht mehr die Zustimmung der Gläubiger benötigt.

Hilfreich ist auch, dass neuerdings der Schuldner seinen Insolvenzantrag ohne Veröffentlichung zurückzunehmen kann, wenn das Insolvenzgericht den Antrag auf Eigenverwaltung ablehnt und lediglich drohende Zahlungsunfähigkeit besteht (§ 270a Absatz 2 InsO). Auch diese Möglichkeit soll den Schuldner zu einer frühzeitigen Antragstellung bewegen.

### **Schutzschirmverfahren**

Eine entscheidende Verbesserung der Eigenverwaltung durch das ESUG ist das neue Schutzschirmverfahren (§ 270b InsO).

Das Insolvenzgericht gewährt dem Schuldner auf Antrag zur Eigenverwaltung eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans, wenn nur drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung besteht und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Ein Insolvenzschuldner sollte frühzeitig mit dem Insolvenzgericht Kontakt aufnehmen, um über das beabsichtigte Schutzschirmverfahren zu informieren und die einzelnen Schritte mit dem zuständigen Insolvenzrichter abzustimmen. Im Rahmen eines solchen Ge-

spraches sollte über folgende Punkte mit dem zuständigen Insolvenzrichter Einigkeit erzielt werden:

- *Einrichtung eines vorläufigen Gläubigerausschusses gemäß § 22a InsO*  
Idealerweise bringt der Schuldner zu dem Vorbesprechungstermin mit dem Gericht bereits eine Vorschlagsliste mit potenziellen Mitgliedern des Gläubigerausschusses mit.
- *Person des vorläufigen Sachwalters gemäß § 270b Absatz 2 InsO*  
Der Schuldner kann dem Gericht einen vorläufigen Sachwalter vorschlagen. Von diesem Vorschlag darf das Gericht nur abweichen, wenn der vorläufige Sachwalter aus Sicht des Gerichtes offensichtlich ungeeignet ist.
- *Bescheinigung nach § 270b Absatz 1 Satz 3 InsO*  
Der Schuldner muss eine Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts bzw. eine Person mit vergleichbarer Qualifikation vorlegen, in der nachgewiesen wird, dass keine Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO, aber drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO) besteht, sowie keine offensichtliche Aussichtslosigkeit der Sanierung nachgewiesen werden kann.

Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, darf der Schuldner sich bereits drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter den Schutzschirm des § 270b InsO begeben und kann in dieser Zeit einen Insolvenzplan erarbeiten. Am Ende des Schutzschirmverfahrens entscheidet dann das Gericht über den gestellten Insolvenzantrag.

## Debt Equity Swap

Der typische Sanierungsplan nach der Insolvenzordnung sah bisher vor, dass die Gläubiger eine Quote erhalten und auf den Rest ihrer Forderungen endgültig verzichten müssen. Die Chance auf den Unternehmensmehrwert blieb allein bei den Altgesellschaftern. Eine Kapitalbeteiligung der Gläubiger am Unter-

nehmen, zu dessen Sanierung sie durch ihren Verzicht einen wesentlichen Beitrag geleistet hätten, scheiterte meist am Widerstand der Altgesellschafter. Die Insolvenzordnung lässt nun durch das ESUG zu, dass im Wege des Debt-Equity-Swap auch gegen den Willen eines Gesellschafters ein Gesellschafterwechsel stattfindet. Jedoch wird kein Gläubiger zu diesem Weg gezwungen, vielmehr entscheidet jeder Gläubiger autonom, ob er diesen Schritt gehen möchte oder sich mit einer festen Quote abfinden lässt.

Die Grundidee eines Debt-Equity-Swaps ist die bilanzielle Stärkung des Unternehmens durch Umwandlung von Fremdkapital (in Form von Verbindlichkeiten) in Eigenkapital. Dem Unternehmen wird somit kein zusätzliches Kapital zugeführt, sondern es geht vielmehr darum, das Eigenkapital des Unternehmens zu stärken. Durch die Umwandlung der Forderungen kann eine eventuell vorhandene Überschuldung beseitigt und die Eigenkapitalquote deutlich erhöht werden, mit unmittelbaren Folgen für die Kreditwürdigkeit des Unternehmens. Die Ertragskraft und Bonität des Unternehmens wird nachhaltig gestärkt. Die operative Einheit des Unternehmens bleibt erhalten und muss nicht im Rahmen eines Gesellschafterwechsels teuer erkaufte werden. Gerade für ungesicherte Gläubiger ergeben sich damit neue Möglichkeiten des Verlustausgleiches. Denn durch eine Umwandlung ihrer Forderungen in Anteilsrechte partizipieren sie nicht nur am künftigen wirtschaftlichen Erfolg, sondern auch an einem gesteigerten Unternehmenswert. Der Debt-Equity-Swap wird regelmäßig auf zwei Wegen verwirklicht, entweder durch eine Sachkapitalerhöhung oder durch einen Share-Deal.

Bei einer Sachkapitalerhöhung wird in einem ersten Schritt das Kapital der Gesellschaft auf den tatsächlich noch vorhandenen Betrag des Eigenkapitals herabgesetzt. Im zweiten Schritt bringen dann die Gläubiger ihre Forderungen zum Nennwert als Sacheinlage ein, was zu einer effektiven Kapitalerhöhung und einem vollständig veränderten Bilanzbild führt.

Beim Share-Deal übertragen die Altgesellschafter ihnen gehörende Gesellschaftsanteile auf die Gläubiger, die dann im Gegenzug auf ihre Forderungen verzichten.

## Ausblick

Das ESUG eröffnet dem Schuldner weitere wichtige Möglichkeiten, die Vorbereitung und Durchführung des Insolvenzverfahrens eigenverantwortlich auszugestalten.

Die Erweiterung der insolvenzrechtlichen Instrumentarien erhöht die Sanierungschancen, insbesondere durch die Verstärkung der Gläubigerinteressen sollen die Schuldner den Dialog mit den Gläubigern aufnehmen und sie davon überzeugen, einen gemeinsamen Weg hin zu einer Sanierung im Insolvenzverfahren einzuschlagen. Die Sanierung erhaltenswerter Unternehmen kann so als eine gemeinsame Aufgabe und Chance verstanden werden.

Auch die Insolvenzgerichte können durch aktive Unterstützung laufender Sanierungsbemühungen maßgeblich auf den Erhalt von Unternehmen und Arbeitsplätzen positiv einwirken.

+++

[caston.info](http://caston.info)

über 300 Beiträge zu Recht & Wirtschaft International finden Sie kostenfrei im Internet bei [caston.info](http://caston.info).

## IMPRESSUM

### HERAUSGEBER

HERFURTH & PARTNER Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover  
Fon 0511-30756-0 Fax 0511-30756-10  
Mail [info@herfurth.de](mailto:info@herfurth.de), Web [www.herfurth.de](http://www.herfurth.de)  
Hannover · Göttingen · Brüssel  
Member of the ALLIURIS GROUP, Brussels

### REDAKTION

Leitung: Ulrich Herfurth, Rechtsanwalt, zugelassen in Hannover und Brüssel (verantw.); Petra Maria Debring, Rechtsanwältin, FA für Steuerrecht

Mitarbeit: Angelika Herfurth, Rechtsanwältin, FA für Familienrecht; Sibyll Hollunder-Reese, M.B.L. (HSG), Rechtsanwältin; Thomas Gabriel, Rechtsanwalt; JUDr. Yvona Keiper-Rampáková, Juristin (CR); Dr. Jona Aravind Dohrmann, Rechtsanwalt; Marc-André Delp, M.L.E., Rechtsanwalt; Alexia Calleja-Cabeza, Abogada (ES); Michael Chidekel, LL.M. Adwokat (RS); Prof. Dr. jur. Frank-Rüdiger Jach, Hochschulprofessor; Dr. jur. Christiane Trüe, LL.M. (East Anglia), Assessor jur. Uzunma Bergmann, LL.M., Attorney at Law (USA), Solicitor (England & Wales); Cord Meyer, Rechtsanwalt; Martin Heitmüller, Rechtsanwalt, Maître en Droit (FR); Zheng Zhou, Rechtsanwältin, Juristin (China); Dr. jur. Lutz Kniprath, M.A., Rechtsanwalt; Dr. jur. Reinhard Pohl, Rechtsanwalt; Jacqueline Lopez, Rechtsanwältin

### KORRESPONDENTEN

u.a. Amsterdam, Athen, Bratislava, Brüssel, Budapest, Bukarest, Helsinki, Istanbul, Kiew, Kopenhagen, Lissabon, London, Luxemburg, Mailand, Madrid, Moskau, Oslo, Paris, Prag, Sofia, Stockholm, Warschau, Wien, Zug, New York, Toronto, Mexico City, Sao Paulo, Buenos Aires, Dubai, Kairo, New Delhi, Bangkok, Singapur, Peking, Tokio, Sydney.

### VERLAG

CASTON GmbH, Law & Business Information  
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover,  
Fon 0511 - 30756-50 Fax 0511 - 30756-60  
Mail [info@caston.info](mailto:info@caston.info) Web [www.caston.info](http://www.caston.info)

Alle Angaben erfolgen nach bestem Wissen; die Haftung ist auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung der Herausgeber.