

## ESUG: grundlegende Verbesserung der Insolvenzordnung für Gläubiger

Schon im Koalitionsvertrag 2009 hatten sich die Parteien der heutigen Bundesregierung darauf verständigt, das Insolvenzrecht zu modernisieren. Insbesondere wurde dort vereinbart, die Restrukturierung und Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen zu erleichtern.

### Verbesserung der Sanierungschancen

Im März 2010 hat die Bundesjustizministerin ihr Drei-Stufen-Programm zur Änderung der Insolvenzordnung als wichtigstes Reformvorhaben der Regierung im Wirtschaftsrecht vorgestellt. Als wesentliches Anliegen der Bundesregierung wird die Verbesserung der Sanierungschancen für insolvenzbedrohte Unternehmen bezeichnet. Im Juni 2010 wurde der erste Diskussionsentwurf aus dem BMJ bekannt. Dieser mündete über einen Referentenentwurf vom 25. Januar 2011 und Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 23. Februar 2011 in den aktuellen Regierungsentwurf vom 4. Mai 2011. Allgemein wird erwartet, dass die Regelungen am 1. Januar 2012 in Kraft treten werden.

Die Regierung will den gesetzlichen Rahmen für Unternehmen, die von Insolvenz bedroht sind, verbessern. In einem Wettbewerb der Insolvenzregime soll der Sanierungsstandort Deutschland durch das ESUG behauptete Nachteile insbesondere gegenüber dem englischen Recht aufholen. Hierzu sollen der Ablauf und das Ergebnis eines Insolvenzverfahrens vor allem für Schuldner und Gläubiger besser planbar werden.

### Änderungen für die Gläubiger

Schwerpunkte des ESUG sind deswegen Insolvenzplan, Eigenverwaltung, Verwalterauswahl und Gerichtskonzentration. Die

Möglichkeit für Gläubiger, den Gang des Verfahrens zu beeinflussen, erhöht sich.

**Stärkung der Gläubigerautonomie bei der Verwalterauswahl:** Das ESUG in seiner gegenwärtigen Form sieht eine deutlich höhere Beteiligungschance für die Gläubiger im Insolvenzverfahren vor, insbesondere bei der Auswahl des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Während es der bisherigen Praxis entspricht, dass zur Wahrung der Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolvenzverwalters seine Auswahl allein dem Richter überlassen war und darüber hinaus sorgfältig darauf geachtet wurde, dass eine Vorbefasstheit nicht gegeben war, wird sich die Auswahl des Verwalters zukünftig wie folgt gestalten können:

Unmittelbar nach Insolvenzantragstellung kann beziehungsweise muss das Insolvenzgericht ab bestimmten Unternehmensgrößen (im gegenwärtigen Entwurf bei Erreichen von zwei der drei nachfolgenden Merkmale: 2,0 Millionen Euro Umsatz, 2,0

Millionen Euro Bilanzsumme und zehn Arbeitnehmer im Durchschnitt des letzten Jahres vor Insolvenzantragstellung) einen sogenannten vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen. Sofern dieser vorläufige Gläubigerausschuss ein einstimmiges Urteil über die Person des Insolvenzverwalters herbeiführt, ist das Gericht gehalten, diesen Insolvenzverwalter zu bestellen, es sei denn, es sprechen objektive Gründe dagegen. Das ist deutlich mehr Einfluss für die Gläubiger als bisher.

Aber: Der Richter wird auch in Zukunft berechtigt sein, ohne Beschluss eines vorläufigen Gläubigerausschusses einen vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen, wenn die Gefahr besteht, dass ohne die Einsetzung eines entsprechenden vorläufigen Verwalters Schäden für die Gläubiger entstehen.

### Einflussnahme auf die Verwalterauswahl

Für die Praxis bedeutet dies voraussichtlich Folgendes: Auch in Zukunft wird es bei der weit überwiegenden Zahl der Insolvenzverfahren nicht zum Einsatz eines vorläufigen Gläubigerausschusses kommen – selbst bei den oben dargestellten vergleichsweise gering anmutenden Grenzen. Denn um die Verwalterauswahl tatsächlich zu beeinflussen, müssen die Gläubiger ihr sich aus dem ESUG ergebendes Recht zur Einflussnahme zügig und aktiv in die Hand nehmen. Anderenfalls steht zu erwarten, dass aufgrund des dann gegebenenfalls bei Insolvenzantragstellung entstehenden Zeitverzugs kein rechtzeitiger Beschluss vorliegt, sodass der Richter zur Abwehr von Gefahren für die Insolvenzmasse aus eigener Verantwortung einen vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen hat.

Die Gläubiger, die die Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Verwalterauswahl nutzen wollen, werden sich in Zukunft be-

*Burkhard Jung, Geschäftsführer, hww CMS Unternehmensberatungs GmbH, Berlin, und Rüdiger Wienberg, hww wienberg wilhelm Insolvenzverwalter Partnerschaft, Berlin*

*Der Entwurf eines „Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ (kurz: ESUG) steht kurz vor seiner Verabschiedung durch den Bundestag. Nach Ansicht der Autoren wird das Gesetz die Position von Gläubigerbanken in Krise und Insolvenz grundlegend verbessern. Als positiv werten sie die Chancen einer stärkeren Einbindung für aktive Gläubiger und die besseren Bedingungen für eine außergerichtliche Sanierung. Beides verbinden sie mit der Hoffnung, dass alle Beteiligten mit Verantwortung und Sorgfalt mit den neuen Möglichkeiten umgehen. (Red.)*

reits vor Insolvenzantragstellung über die Zusammensetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses, der unmittelbar nach der Insolvenzantragstellung gebildet werden kann, verständigen müssen. Es wird also aller Voraussicht nach eine umfangreiche zielgerichtete Kommunikation im Hinblick auf einen anstehenden Insolvenzantrag erforderlich werden. Es ist davon auszugehen, dass dies nur für Insolvenzverfahren angemessener Größe auch für die Gläubiger von Interesse sein wird; dann aber haben sie mit den Einflussmöglichkeiten des ESUG ein „scharfes Schwert“ in der Hand.

**Eigenverwaltung:** Die Eigenverwaltung hat in den Jahren seit Einführung der Insolvenzordnung 1999 so gut wie keine Rolle gespielt. Dies lag und liegt im Wesentlichen an den folgenden Aspekten:

Die aktuelle Insolvenzordnung lässt keine sogenannte vorläufige Sachwaltung, das heißt eine Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren, zu. Dies bedeutet, dass zunächst nach Insolvenzantragstellung ein vorläufiger Insolvenzverwalter das Heft des Handelns zumindest in der Wahrnehmung der beteiligten Verkehrskreise in die Hand nimmt. Erst nach Verfahrenseröffnung kann gegenwärtig die Eigenverwaltung angeordnet und die Verantwortung zurück an das Management gegeben werden. Zu diesem Zeitpunkt ist aber der Vertrauenstransfer auf den Insolvenzverwalter längst erfolgt, sodass sich eine Eigenverwaltung dann nicht mehr anbietet.

Der Unternehmer weiß nicht, wer ihm vom Gericht als sogenannter Sachwalter zugewiesen wird, dessen Zustimmung er bei wichtigen geschäftlichen Fragen braucht. Insoweit ist unklar, „mit wem es auf die Reise geht“ und ob diese Person den Sanierungsprozess fördert oder behindert.

### **Schutzschirmverfahren**

Das ESUG wird die Insolvenzordnung insoweit modernisieren, als es in Zukunft die Eigenverwaltung gepaart mit der vorläufigen Sachwaltung schon im Insolvenzverfahren geben wird. Dies bedeutet, dass der Unternehmer auch nach Insolvenzantragstellung ohne Zäsur weiter die Geschicke des Unternehmens führen kann. Dies soll ihm, so die Zielrichtung des ESUG, die Angst vor dem Insolvenzantrag nehmen und somit zu rechtzeitigen Insolvenzanträgen führen, die noch eine Restruktu-

rierung ermöglichen. Die Bereitschaft zur rechtzeitigen Antragstellung wird in einer besonderen Form der Eigenverwaltung, dem sogenannten Schutzschirmverfahren, das bei drohender Zahlungsunfähigkeit beantragt werden kann, noch dadurch verstärkt, dass er in diesem Fall auch den Sachwalter aussuchen kann. Es obliegt somit ihm allein zu entscheiden, mit wem er das Insolvenzverfahren bestreiten will. Für die Praxis bedeutet dies voraussichtlich Folgendes:

### **Kontinuität bei den handelnden Personen**

Mit der Eigenverwaltung und einem auch nach Insolvenzantragstellung handelnden Management können voraussichtlich negative Folgen in der Marktwahrnehmung gemindert werden. Schließlich ist die Anordnung der Eigenverwaltung ein Vertrauensbeweis des Insolvenzgerichts beziehungsweise der beteiligten Gläubiger und kann sich in den Markt übertragen und fördert damit die Sanierung des insolventen Unternehmens.

Die Eigenverwaltung ist eine hervorragende Möglichkeit, personelle Kontinuität bei den handelnden Personen zu erreichen. Voraussichtlich wird dies in Zukunft so strukturiert werden, dass zwei bis drei Monate vor Antragstellung ein insolvenzfahrener Manager in die Geschäftsführung oder den Vorstand eintritt und dort als eine Art CIO (Chief Insolvency Officer) das Insolvenzverfahren vorbereitet und dann mit Zustimmung der Gläubiger im Rahmen der Eigenverwaltung und unter der Aufsicht des (vorläufigen) Sachwalters führt. Hierbei werden sprichwörtlich „zwei Fliegen mit einer Klappe geschlagen“: zum einen personelle Kontinuität, zum anderen die Einführung eines neuen, nicht vom etwaigen Vertrauensverlust der Gläubiger in das Management getroffenen Dritten.

**Insolvenzplanverfahren:** Das Insolvenzplanverfahren in seiner aktuellen Ausprägung scheidet heutzutage insbesondere an den folgenden Problemen:

– Das Verfahren dauert lange; das Unternehmen ist in vielen Fällen über ein Jahr im Insolvenzverfahren. In dieser Zeit werden sich Kunden und Lieferanten des Unternehmens schon aus Gründen kaufmännischer Vorsicht neu organisieren, sodass die Basis der Sanierung gefährdet sein kann.

– Bei Aufhebung des Insolvenzverfahrens sind nach aktueller Regelung sämtliche Masseverbindlichkeiten sofort zu bezahlen. Dies führt zu einer erheblichen, oft nicht finanzierbaren Liquiditätsbelastung.

– Gegenwärtig fehlt im Insolvenzplanverfahren die Möglichkeit, in die Rechte der Gesellschafter einzugreifen. Folge hiervon ist, dass die Gesellschafter, deren Geschäftsanteile/Aktien in der Insolvenz ihres Unternehmens an sich wertlos sind, in eine starke Position kommen. Ohne Einigung mit ihnen kann ein Insolvenzplanverfahren sinnvoll nicht durchgeführt werden. Ist es also zur langfristigen Sanierung des Unternehmens erforderlich, einen Wechsel auf der Gesellschafterebene zu erreichen, scheidet gegenwärtig das Insolvenzplanverfahren regelmäßig aus.

All dies zeigt, dass das Insolvenzplanverfahren heute mit erheblichen Unsicherheiten und Widrigkeiten belegt ist.

### Zentrales Finanzierungsproblem des Insolvenzplans beseitigt

Das ESUG wird hier umfangreich für Abhilfe sorgen und dazu beitragen, dass Insolvenzplanverfahren deutlich schneller, das heißt innerhalb von wenigen Monaten nach Verfahrenseröffnung, durchgeführt werden können. Auch für den Fall, dass erhebliche Masseverbindlichkeiten bestehen, werden Insolvenzplanverfahren Verwendung finden können und damit für eine deutlich größere Anzahl von Unternehmen überhaupt erst machbar werden. Dies dadurch, dass zukünftig die Masseverbindlichkeiten nicht mehr bei Aufhebung des Verfahrens bezahlt werden, sondern nur noch ausweislich eines belastbaren Liquiditätsplans bei jeweiliger Fälligkeit bezahlbar sein müssen. Auf diese Weise wird ein zentrales Finanzierungsproblem des Insolvenzplans beseitigt.

Wesentlich ist daneben der im ESUG vorgesehene, gesetzlich normierte Debt-Equity-Swap. Dieser eröffnet die Möglichkeit, die gegebenenfalls die Krise verursachenden Gesellschafter ohne deren Zustimmung aus dem Unternehmen zu drängen beziehungsweise ihnen lediglich eine Minderheitsbeteiligung zu belassen und gleichzeitig den Rechtsträger zu erhalten.

Für die Praxis bedeutet dies voraussichtlich Folgendes: Es bleibt abzuwarten, ob das

Instrument des Insolvenzplanverfahrens allein der Regelungen des ESUG wegen zukünftig mehr Anhänger als in der Vergangenheit finden wird. Allerdings zeigen bereits die Statistiken der letzten drei Jahre, dass die Anzahl der Insolvenzplanverfahren deutlich zunimmt. Auch die Befassung der Öffentlichkeit mit dem Thema Insolvenz ist offener, als es noch in der Vergangenheit der Fall war. Die Insolvenz und insbesondere das Insolvenzplanverfahren werden aufgewertet und erfahren zunehmende gesellschaftliche Akzeptanz. Dies wird diesem wirksamen Unternehmenssanierungsinstrument helfen.

Kritik erfährt – auch unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs der Rechtsordnungen – die Qualität der Arbeit der Gerichte. Kennzeichen nach aktueller Rechtslage sind:

– Nach noch geltendem Recht ist es zwar die Regel, dass es ein Insolvenzgericht pro Landgerichtsbezirk gibt, und zwar am Sitz des Landgerichts; aber als Ausnahme ist den Landesregierungen unbenommen, andere Regelungen zu treffen, auch zusätzliche Gerichte zu bestimmen. So gibt es derzeit 191 Insolvenzgerichte bei 116 Landgerichtsbezirken.

– Normen zur besonderen Qualifikation der mit Insolvenzverfahren befassten Richter und Rechtspfleger sind im geltenden Recht nicht enthalten.

– Als Regel sind bislang bis zur Entscheidung über die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens Richter, danach Rechtspfleger zuständig.

### Konzentration der Gerichte

Diesen Aspekten begegnet der Regierungsentwurf mit Regelungen zur Konzentration der Gerichte, zur Qualifikation der Richter und Rechtspfleger und indem die Zuständigkeit für Insolvenzpläne auf den Insolvenzrichter übertragen wird:

Nach dem ESUG soll es höchstens ein Insolvenzgericht pro Landesgerichtsbezirk geben. Dabei wird nicht zwischen Unternehmens- und Verbraucherinsolvenzverfahren unterschieden. Ferner sollen Richter und Rechtspfleger über belegbare Kenntnisse des Insolvenzrechts, aber auch über belegbare Kenntnisse (Richter) beziehungsweise Grundkenntnisse (Rechtspfle-

ger) zum Beispiel des Gesellschaftsrechts verfügen. Bei Insolvenzplänen soll nach dem ESUG der Richter funktional auch nach der Verfahrenseröffnung zuständig bleiben. Generell bedeutet dies für die Praxis voraussichtlich eine Verbesserung der Qualität der Insolvenzgerichte.

### Stand der Diskussion

Seitdem der erste Diskussionsentwurf vor knapp einem Jahr bekannt wurde, gab es vielfältige Stellungnahmen aus Praxis und Wissenschaft. Außerdem setzt sich die Stellungnahme des Bundesrats vom 15. April 2011 kritisch mit dem Entwurf auseinander.

Besonders intensiv werden die Größenklassen der Unternehmen diskutiert, die zu einem den Insolvenzverwalter auswählenden vorläufigen Gläubigerausschusses führen, sowie die Möglichkeit der personellen Identität von Sanierungsberater und Insolvenzverwalter, die Voraussetzungen und Folgen des sogenannten Schutzschirmverfahrens und die Zuständigkeitskonzentration der Gerichte.

Sowohl Bundesrat, Insolvenzverwalterverbände als auch Vertreter der Justiz halten die relativ niedrigen Schwellenwerte aus Praktikabilitätsgesichtspunkten für zu gering (wo sollen so viele qualifizierte Gläubigerausschussmitglieder herkommen?); vorgeschlagen werden Erhöhungen um Faktoren von etwa zehn bis 25. Offen bleibt dann aber die Frage, warum nicht auch bei Verfahren mit den niedrigen Schwellenwerten eine aktive Gläubigerbeteiligung von Gesetzes wegen ermöglicht werden soll.

Besonders umstritten sind die Regelungen zur Vorbefassthätigkeit des Verwalters nach dem ESUG, nämlich dass die Erstellung eines Insolvenzplans und die Beratung des Schuldners nicht a priori inhabil machen sollen. Denn jedenfalls für Rechtsanwälte ist bei Mandatierung durch den Schuldner nicht von der Hand zu weisen, dass eine Beratung, die dem Schuldner nicht bestmöglich dient, rechtswidrig wäre; ist sie aber im Sinne des Schuldners, so werden vor dem Antrag Interessens des Schuldners verfolgt, die nicht zwingend mit dem Interesse der sonstigen Stakeholder übereinstimmen. Als Schulbeispiel einer Interessenkollision wird aber auch die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Honorars des vor-

insolvenzlichen Beraters gestellt: Wer wird eine etwaige Anfechtung später prüfen? Die Bundesregierung verweist auf die nach wie vor notwendige Prüfung des Einzelfalls. Die Praxis fragt, ob eine solche Prüfung unter erheblichem Zeitdruck und unter Beachtung der dem Gericht zur Verfügung stehenden Mittel überhaupt erfolgen kann. Möglicherweise sind solche Konstellationen aber auch über einen Sonderverwalter aufzulösen.

### **Hinreichend Anwendungsfälle?**

Zum im Grundsatz weithin begrüßten Schutzschirmverfahren (nur möglich bei drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung) wird gefragt, ob denn überhaupt auf der Basis des ESUG noch Anwendungsfälle verbleiben, weil in der Regel Gläubiger nach Bekanntwerden eines Insolvenzantrages Forderungen gegen einen Schuldner fällig stellen müssen. Dadurch tritt fast immer statt einer drohenden Zahlungsunfähigkeit die Zahlungsunfähigkeit ein, die zur Beendigung des Schutzschirmverfahrens führen soll.

Die Konzentration der Gerichte wird aufgrund der dadurch erwarteten Spezialisierung und Qualitätsverbesserung von den Insolvenzverwaltern überwiegend begrüßt. Abgelehnt wird sie vom Deutschen Richterbund und dem Bundesrat. Der Bundesrat stützt sich auf zwei Überlegungen: Zum einen werde durch eine bundeseinheitliche Lösung der föderale Wettbewerb um die effizienteste Gerichtsstruktur verhindert, zum anderen der Anspruch einer bürgerfreundlichen Justiz verletzt.

### **Vorteil für aktive Gläubiger**

Aktive Gläubiger, die das Instrumentarium des ESUG nutzen, können sich deutlich intensiver als bisher in das Insolvenzverfahren einbringen und spielen damit die ihnen als wirtschaftlich Betroffene gebührende Rolle.

Es spricht einiges dafür, dass die verbesserten Möglichkeiten der Insolvenzordnung nach Einführung des ESUG Auswirkungen auf die außergerichtliche Sanierung haben. Denn: Wenn die Sanierung im Insolvenzverfahren für die Gläubiger planbarer wird und damit eine höhere Wahrscheinlichkeit auf zielgerichtete Umsetzung hat, ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass außerhalb eines Insolvenzverfahrens größere

Zugeständnisse der beteiligten Parteien verhandelt werden können. Dies wird dem Unternehmen, aber auch seinen Gläubigern helfen.

Professionelle Gläubiger, aber auch Berater und Insolvenzverwalter wünschen sich professionelle Gerichte. Ob allein die Größe des Gerichts Qualität verspricht, mag bezweifelt werden. Auch heute gibt es kleine Insolvenzgerichte, die hervorragende Arbeit leisten. Aber: Qualitativ hochwertige Arbeit auch der Gerichte wird ihnen erleichtert durch Erfahrung; diese bleibt aber persönlich. Die Geschäftsverteilung der Gerichte kann der Gesetzgeber nicht beeinflussen. Aus Sicht der Gläubiger ist aber jede Verbesserung der

Rahmenbedingungen zu begrüßen. Dieses Ziel wird mit dem vorliegenden Entwurf erreicht.

Es wird in den ersten Jahren nach Einführung des ESUG darauf ankommen, dass alle am Sanierungsprozess Beteiligten mit Verantwortung und Sorgfalt mit den neuen Möglichkeiten umgehen, denn: Wenn die beteiligten Stakeholder die Erfahrung machen, dass diese Möglichkeiten nicht wirksam oder schlimmstenfalls zweckentfremdet verwendet werden (zum Beispiel zum Schutz des Gesellschafters vor Haftungsansprüchen), und insoweit der Ruf entsteht, sie seien unwirksam oder gar schädlich, werden diese Instrumente keine Anwendung finden. ■