



## - Recht aktuell -

# Kurzinfo Insolvenzrecht

**Nr. 2 / 25. April 2012**

### **Inkrafttreten des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)**

Das am 13. Dezember 2011 verkündete (Bundesgesetzblatt I, 2582) Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) ist zum 01. März 2012 in Kraft getreten. Das Gesetz stellt den ersten Teil einer umfassenden Insolvenznovelle dar, mit welcher das Regelinsolvenzverfahren nach der Insolvenzordnung wesentliche Änderungen erfahren hat. Die praxisrelevanten Änderungen, welche ab sofort für neue Insolvenzverfahren zu beachten sind, haben wir nachfolgend für Sie zusammengefasst:

#### **1. Der Eröffnungsantrag**

Gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 der Insolvenzordnung (InsO) ist nunmehr dem Eröffnungsantrag des Schuldners grundsätzlich ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen.

Wenn der Schuldner einen Geschäftsbetrieb hat, der zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht eingestellt ist, sollen in dem Verzeichnis besonders kenntlich gemacht werden:

1. die höchsten Forderungen
2. die höchsten gesicherten Forderungen
3. die Forderungen der Finanzverwaltung
4. die Forderungen der Sozialversicherungsträger sowie
5. die Forderungen aus betrieblicher Altersversorgung.

In diesem Fall hat der Schuldner auch Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres zu machen. Die über das Gläubigerverzeichnis hinausgehenden Angaben sind nur dann verpflichtend, wenn

1. der Schuldner die Eigenverwaltung beantragt
2. der Schuldner die Merkmale des § 22a Abs. 1 InsO erfüllt oder
3. die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses beantragt wurde.

**geänderte Form-  
erfordernisse für  
Eröffnungsantrag:  
Gläubigerverzeichnis  
zwingend beizufügen**

**weitere Angaben im  
Einzelfall Zulässig-  
keitsvoraussetzung**



Schließlich ist für den zulässigen Eröffnungsantrag Voraussetzung, dass dem Gläubigerverzeichnis sowie – soweit erforderlich – den weiteren Angaben eine Erklärung beigefügt ist, mit welcher bestätigt wird, dass die enthaltenen Angaben richtig und vollständig sind.

Für die Praxis wird dies regelmäßig bedeuten, dass die derzeit üblichen äußerst knapp gehaltenen Anträge nicht länger die Anforderungen eines zulässigen Insolvenzantrages erfüllen und somit stets mindestens ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen ist.

Dagegen dürften die weiteren nunmehr vorgesehenen Angaben nur in sehr wenigen Fällen erforderlich werden. Das Gesetz nennt hier, wie soeben aufgezeigt, den Antrag auf Eigenverwaltung, die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses sowie des Vorliegens der Merkmale des § 22a Insolvenzordnung. Von diesen Punkten dürfte in der Praxis am relevantesten die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses werden, da hierdurch, wie gleich noch zu zeigen, durchaus interessante Gestaltungsmöglichkeiten im Eröffnungsverfahren ermöglicht werden.

Zu den Merkmalen des § 22a Abs. 1 InsO ist zu sagen, dass diese nur in seltenen Fällen eingreifen werden. Hiernach ist das Gericht verpflichtet, einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, wenn mindestens zwei der nachfolgend genannten drei Merkmale erfüllt sind:

1. der Schuldner hat mindestens 4.840.000,00 € Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrages i. S. d. § 268 Abs. 3 des Handelsgesetzbuches;
2. der Schuldner hat mindestens 9.680.000,00 € Umsatzerlös in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;
3. der Schuldner hat im Jahresdurchschnitt mindestens 50 Arbeitnehmer beschäftigt.

Entsprechenden Veröffentlichungen kann man entnehmen, dass diese Voraussetzung in weniger als 10 % der Regelinsolvenzen erfüllt sind, so dass es in der Regel bei dem um das Schuldnerverzeichnis ergänzten Insolvenzantrag bleiben dürfte.

In diesem Zusammenhang ist auch zu betonen, dass ein unvollständiger und damit unzulässiger Insolvenzantrag zugleich strafbewehrt ist, da § 15a Abs. 4 InsO klarstellt, dass nicht nur die vollständige Unterlassung oder verspätete Stellung des Insolvenzantrages strafbewehrt ist, sondern auch der Fall, dass der Insolvenzantrag nicht richtig gestellt wurde. Hiernach soll nach der Literatur geäußerten Ansichten auch der Fall fallen, dass ein Insolvenzantrag entgegen der nunmehr normierten Voraussetzung ohne die ggf. weiteren erforderlichen Angaben erfolgt. Es ist mithin bei der Antragstellung

**zusätzliche Angaben bei Antrag auf Eigenverwaltung, bei Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses oder bei Vorliegen von zwei von drei Merkmalen des § 22 a Abs. 1 InsO erforderlich**

**auch unvollständiger Eröffnungsantrag strafbewehrt**



besonderes Augenmerk auf diese Anforderung zu stellen, um eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung zu vermeiden.

## **2. Vorschusspflicht der insolvenzantragspflichtigen Organe**

Im engen Zusammenhang mit der Frage der richtigen und rechtzeitigen Insolvenzantragstellung hat der Gesetzgeber nunmehr eine weitere Konsequenz für den Fall einer verspäteten Antragstellung in die gesetzliche Regelung aufgenommen.

Gemäß § 26 Abs. 4 InsO haben Geschäftsführer künftig einen Vorschuss zur Deckung der Verfahrenskosten zu leisten, wenn er entgegen der Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat.

Hierbei ist besonders zu beachten, dass das Gesetz eine Vermutung für das pflichtwidrig und schuldhafte Handeln des Antragspflichtigen enthält und ihm die Beweislast auferlegt, dass diese Voraussetzungen tatsächlich nicht vorliegen.

Für die Praxis wird das bedeuten, dass im Fall einer masselosen Insolvenz regelmäßig die Geschäftsführer um einen entsprechenden Vorschuss ersucht werden dürften. Hieraus resultiert eine nochmals gesteigerte Dokumentationspflicht der insolvenzantragspflichtigen Geschäftsführer, um für diesen Fall detailliert nachweisen zu können, ab wann die Voraussetzungen einer Insolvenzantragstellung vorlagen und dem Geschäftsführer zur Kenntnis gebracht wurden.

Hierbei ist zu beachten, dass die Zahlung des Vorschusses von dem vorläufigen Insolvenzverwalter sowie jeder Person verlangt werden kann, die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat. Das bedeutet, dass nicht nur der vorläufige Insolvenzverwalter sondern i. d. R. auch die Großgläubiger ein Interesse daran haben werden, den Geschäftsführer bzw. sonstigen Antragspflichtigen für eine solche Vorschussleistung in Anspruch zu nehmen.

## **3. Gläubigerausschuss**

Durch die Reform soll die Einrichtung eines Gläubigerausschusses wesentlich gestärkt und auch bereits im Eröffnungsverfahren etabliert werden. Bereits im Zusammenhang mit den Anforderungen an den Eröffnungsantrag hatten wir auf die Regelung des § 22a InsO verwiesen, in welchem die Voraussetzungen für eine Einsetzung eines Gläubigerausschusses bereits im Eröffnungsverfahren von Amts wegen vorgesehen sind.

**Vorschusspflicht bei verspäteter Antragstellung**

**besondere Dokumentationspflicht wegen Beweislastumkehr**

**Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren**



Darüber hinaus soll das Gericht auf Antrag des Schuldners, des vorläufigen Insolvenzverwalters oder eines Gläubigers einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, wenn Personen benannt werden, welche als Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses in Betracht kommen und mit dem Antrag ihre Einverständniserklärung übermittelt haben. Diesem Antrag ist i. d. R. nur dann nicht zu entsprechen, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners bereits eingestellt ist oder die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder mit ihrer Einsetzung verbundene Verzögerung eine nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners herbeiführen würde.

Dieser vorläufige Gläubigerausschuss wurde zudem in seinen Befugnissen wesentlich gestärkt. So sieht § 56a InsO nunmehr vor, dass vor der Bestellung eines Insolvenzverwalters dem vorläufigen Gläubigerausschuss Gelegenheit zu geben ist, sich zu den Anforderungen, die an den Insolvenzverwalter zu stellen und zur Person des Verwalters zu äußern, soweit dies nicht offensichtlich zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führt. Zudem darf das Gericht von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Insolvenzverwalters nur dann abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht geeignet ist.

Mit diesem vorläufigen Gläubigerausschuss gibt es nunmehr die Möglichkeit, auf die Person des Insolvenzverwalters gezielt Einfluss zu nehmen, was bislang in dieser Form leider nicht möglich war. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass nunmehr gesetzlich klargestellt ist, dass die Unabhängigkeit des Verwalters nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass die Person des Verwalters vom Schuldner oder einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist, was bislang in dieser Form nicht der Fall war.

In der bisherigen Praxis war es vielmehr stets so, dass wenn mit dem Eröffnungsantrag die Bestellung einer bestimmten Person als Insolvenzverwalter angeregt wurde, man quasi die Garantie dafür hatte, dass diesem Wunsch nicht entsprochen wurde. Es blieb mithin allein die Möglichkeit, persönlich mit dem zuständigen Insolvenzrichter Kontakt aufzunehmen, um mit diesem die Person des einzusetzenden Verwalters zu erörtern. Durch die Rechte des vorläufigen Gläubigerausschusses wird nunmehr die Gelegenheit geben, dass der Schuldner in Abstimmung mit den Hauptgläubigern eine bestimmte Person als Insolvenzverwalter vorgibt, an welchen das Gericht dann auch i. d. R. gebunden ist.

Es wird mithin in Zukunft zu prüfen sein, ob die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses bereits mit der Insolvenzantragstellung beantragt werden soll, um somit gezielteren Einfluss auf den weiteren Fortgang des Verfahrens nehmen zu können.

**Anhörungspflicht  
und Vorschlagsrecht  
bzgl. Person des  
Insolvenzverwalters**

**Vorschlag nunmehr  
auch mit Eröffnungs-  
antrag zulässig**



#### **4. Die Eigenverwaltung im Rahmen der Insolvenzordnung**

Mit der Reform soll die Attraktivität der Eigenverwaltung im Rahmen der Insolvenzordnung gesteigert werden, da dieses Instrument in der Insolvenzpraxis derzeit so gut wie gar nicht zum Einsatz kommt. Ob mit den nunmehr vorgenommenen Änderungen eine höhere praktische Relevanz der Eigenverwaltung verbunden sein wird, erscheint indes fraglich.

Durch die Änderung soll dem Schuldner die Möglichkeit gegeben werden, bereits in einem frühen Zeitpunkt einen Vollstreckungsschutz in Anspruch zu nehmen, um sodann aus eigener Kraft eine Sanierung der verschuldeten Gesellschaft umzusetzen.

Um dem Schuldner hierbei die Angst zu nehmen, dass ein abgelehnter Antrag auf Eigenverwaltung direkt in ein Insolvenzverfahren mündet, sieht das Gesetz nunmehr in § 270a Abs. 2 InsO vor, dass, wenn ein Antrag auf Eigenverwaltung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt wurde und dieser vom Gericht nicht befürwortet wird, dem Schuldner Gelegenheit zu geben ist, seinen Antrag zurückzunehmen. Dies ist selbstverständlich nur dann möglich, wenn in diesem frühen Stadium ein Antrag auf Eigenverwaltung gestellt wird, was leider in der Praxis nur selten der Fall sein wird. Sollte eine Eigenverwaltung im Zusammenhang mit einer bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt werden, kommt die Rücknahme eines Antrages selbstverständlich wegen der gesetzlichen Antragspflichten nicht in Betracht.

**bei Ablehnung des Antrages auf Eigenverwaltung kann Antrag zurückgenommen werden**

Auch hier kommt dem nunmehr gestellten vorläufigen Gläubigerausschuss eine wesentliche Bedeutung zu, da neben dem Schuldnerantrag als Voraussetzung für die Eigenverwaltung feststehen muss, dass keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung der Eigenverwaltung zur Benachteiligung der Gläubiger führen wird. Gemäß § 270 Abs. 3 S. 2 InsO gilt ein solcher Nachteil als nicht gegeben, wenn die Eigenverwaltung durch einstimmigen Beschluss des Gläubigerausschusses befürwortet wird.

In diesem Zusammenhang ist noch das aus dem amerikanischen Recht abgeleitete sog. Schutzschirmverfahren zu erwähnen, welches zudem bis zu drei Monaten einen Vollstreckungsschutz gewährt, im Rahmen dessen eine Sanierung dann ohne einen Insolvenzverwalter umgesetzt werden kann. Um dieses Schutzschirmverfahren in Anspruch zu nehmen, muss der Schuldner gem. § 270b Abs. 1 S. 3 InsO dem Antrag eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts vorlegen, aus welcher sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

**Schutzschirmverfahren soll Sanierung ohne Insolvenz ermöglichen**



Aufgrund des Begründungszwangs, welchen das Gesetz vorsieht, dürfte eine solche Bescheinigung durch ein ausführliches rechtliches und wirtschaftliches Gutachten zu belegen sein, welchem eindeutig entnommen werden können muss, dass eine Sanierung der Gesellschaft im Rahmen des Schutzzeitraums von drei Monaten überwiegend realistisch erscheint.

Ob allein der vorübergehende Vollstreckungsschutz ein Instrument dafür bietet, eine Sanierung vor Insolvenz zu realisieren, welche ohne dieses Instrument keinen Erfolg haben würde, erscheint fragwürdig. In der Praxis zeigt sich doch vielmehr, dass ein solides Sanierungskonzept, welches innerhalb eines Zeitfensters von nur drei Monaten umgesetzt werden kann, die Gläubiger i. d. R. dazu neigen lässt, von Vollstreckungsmaßnahmen vorerst abzusehen, da eine Insolvenz i. d. R. wirtschaftlich nachteiligere Folgen für die Gläubiger mit sich bringt, als die realisierte Sanierung.

## **5. Insolvenzplanverfahren**

Schließlich soll mit der Reform dem derzeit ohnehin schon recht populären Insolvenzplanverfahren ein weiteres Handlungsinstrument zugeführt werden, um einen größeren Spielraum für die Umsetzung solcher Verfahren zu ermöglichen.

Hierbei handelt es sich um den debt-to-equity-swap (kurz: DES). Hierbei handelt es sich in der Sache um die gestaltende Möglichkeit, Forderungen von Insolvenzgläubigern in Mitgliedschaftsrechte an der Insolvenzschuldnerin umzuwandeln.

**Debt-to-equity-swap  
als neues Sanie-  
rungsinstrument**

Dieses Instrument ermöglicht z. B. im Rahmen eines Kapitalschnittmodells das Kapital vollständig herabzusetzen, um es dann im Rahmen einer Kapitalerhöhung unter Ausschluss der Bezugsrechte der bisherigen Gesellschafter einem Neuinvestor zugänglich zu machen. Dieses bereits aktuell praktizierte Modell wird hiermit durch die Möglichkeit ergänzt, dass dieser Neuinvestor auch ein Insolvenzgläubiger sein kann, welcher seine Insolvenzforderungen in der zur Tabelle festgestellten Höhe als vermeintliches Eigenkapital in die Gesellschaft einbringt.

Da es sich hierbei um eine Sachkapitalerhöhung handeln würde, hat der Gesetzgeber glücklicherweise hinreichend weitgehend gehandelt und hat die Problematik erkannt, dass der Schuldner der Sacheinlage für deren Werthaltigkeit gegenüber dem Gesellschaftsgläubigern haftet. Da bei der Einbringung einer Forderung gegen eine insolvente Gesellschaft die Werthaltigkeit mehr als fragwürdig erscheint, würde dieses Modell dem Neugeschafter stets einem erheblichen Haftungsrisiko aussetzen. Aus diesem Grund sieht § 254 Abs. 4 InsO vor, dass im Fall einer solchen Umwandlung von Gläubigerforderungen in Beteiligungen nach der gerichtlichen Bestätigung des Insolvenzplans keine Ansprüche wegen einer Überbewertung der Forderungen im Plan gegen die bisherigen Gläubiger geltend gemacht werden können. Diese Regelung bietet

**Haftung für Wert-  
haltigkeit der Sach-  
einlage ausge-  
schlossen**



mithin eine hinreichende Sicherheit für die Insolvenzgläubiger ein solches Sanierungsinstrument zu nutzen und sich hiermit selbst zum Gesellschafter des sodann sanierten Unternehmens zu machen.

In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber auch klargestellt, dass in Verträgen oftmals enthaltene change-of-control-Klauseln, welche eine Lösung vom Vertrag bei der wesentlichen Änderung der Beteiligungsverhältnisse ermöglichen sollen, in diesem Fall keine Wirksamkeit erlangen.

## **Unwirksamkeit von change-of-control- Klauseln**

### **6. Zusammenfassung**

Ob die mit der Reform vorgesehenen Sanierungsinstrumente in der Praxis tatsächlich zu größeren Sanierungserfolgen führen werden, bleibt abzuwarten und erscheint zunächst fraglich, da die nunmehr vorgesehenen Instrumente einen hohen Beratungsaufwand erfordern und damit verbunden ein Kosteneinsatz, der oftmals in der Krise der zu sanierenden Gesellschaft nicht mehr vorhanden sein dürfte.

Wesentliche Bedeutung dürften die formellen Anforderungen an die Insolvenzantragstellung und die Kostenvorschüsse haben, so dass hier insbesondere das Risiko für Geschäftsführer insolvenzgefährdeter Gesellschaften nicht unerheblich steigt.

gez.  
Andreas Noack  
Rechtsanwalt

Redaktion:	Rechtsanwalt Andreas Noack
Herausgeber:	Bethge.Reimann.Stari Rechtsanwälte, Berlin
Sekretariat:	Susanne Rothe, Tel: 030 – 890492-11, Fax: 030 – 890492-10

Recht aktuell wird nach sorgfältig ausgewählten Unterlagen erstellt. Diese Veröffentlichung verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen und erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Für die Anwendung im konkreten Fall kann eine Haftung nicht übernommen werden. Sollten Sie weitere Fragen zu den angesprochenen Themen haben, so wenden Sie sich bitte an unsere Ansprechpartner. Der Nachdruck - auch auszugsweise - ist nur mit Quellenangabe gestattet.

Wenn Sie die Publikation nicht mehr erhalten wollen, teilen Sie uns dies bitte per E-Mail mit.