

Im Blickpunkt: Die Auswirkungen des RegE-ESUG auf die Tätigkeit der Insolvenzverwalter

Am 23.2.2011 wurde der Entwurf eines „Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“ vom Bundeskabinett beschlossen. Der Verfasser betrachtet nachfolgend die ihm wesentlich erscheinenden – mithin keinesfalls alle – Bestimmungen des Entwurfs auf die zu erwartenden Auswirkungen der Insolvenzverwaltungspraxis.

Möglichkeit des Debt-Equity-Swap

Zu den besonders relevanten Neuerungen zählt die durch den neu eingefügten § 225a Abs. 2 InsO-E nun eröffnete Möglichkeit des Debt-Equity-Swap im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens. Den Gläubigern, die ihre Forderungen in Anteile am Schuldnerunternehmen umwandeln, wird dadurch die Möglichkeit geboten, an den künftigen Erträgen des sanierten Unternehmens zu partizipieren und über dessen künftige Aktivitäten unternehmerisch mitzubestimmen bzw. Widerstände von Altgesellschaftern zu überwinden. Zwar ist zu bezweifeln, dass die Kreditinstitute als regelmäßige Großgläubiger im Insolvenzverfahren häufig von der Möglichkeit, ihre Forderungen vereinfacht in Eigenkapital der Schuldnerunternehmen umzuwandeln, Gebrauch machen werden. Hiergegen sprechen zum einen Gründe der „Policy“, aber auch die traditionelle Zurückhaltung der deutschen Kreditwirtschaft, sich am Eigenkapital des Kreditnehmers zu beteiligen, nicht zuletzt deshalb, weil der BGH für im Rahmen von Debt-Equity-Swaps eingebrachte Einlagen eine Finanzierungsfolgenverantwortung fortentwickelt hat. Im angloamerikanischen Rechtsraum ist dies deutlich verbreiteter und daher kann im Zuge der sich nach der Finanzmarktkrise und Basel III zu erwartenden tiefgreifenden Veränderung der Bankenlandschaft durchaus konzipiert werden, dass die Kreditwirtschaft wieder vermehrt notleidende Kreditengagements an spezialisierte Fonds verkaufen wird. Diese Investoren werden dann aber zu Sanierungszwecken entsprechendes Interesse an der einfachen Umwandlung der (erworbenen) Kreditforderung in Eigenkapital haben. Es steht daher für die Verwalterschaft (nach den Jahren 2006–2008) wieder die vermehrte Auseinandersetzung mit Kreditaufkäufern vornehmlich angloamerikanischer Provenienz zu erwarten, die dann entsprechende Sanierungskonzepte zur finanziellen und operativen Sanierung im Zusammenhang mit einem (insolvenz-)plangemäß durchgeführten Debt-Equity-Swap einkalkulieren.

Einschränkung des Obstruktionspotenzials im Planverfahren

Eine weitere, die Unternehmenssanierung im Insolvenzverfahren fördernde Neuerung im

Planverfahren ist die Einschränkung des Obstruktionspotenzials. Verzögerungen oder Verhinderungen durch einzelne Beteiligte aus egoistischen Motiven können verlässlicher eingeschränkt werden. Wird künftig von einem Beteiligten geltend gemacht, er werde durch den Insolvenzplan finanziell schlechter gestellt, als er ohne einen solchen Plan stünde, so führt dies nun nicht mehr zu Verzögerungen bei der Bestätigung des Insolvenzplans, da ein solcher Antrag zurückgewiesen werden kann, wenn in dem Plan für den Fall einer eintretenden Benachteiligung finanzielle Mittel bereit gestellt werden (§ 251 Abs. 3 InsO-E). Durch den Insolvenzplan können Konflikte verlässlicher gelöst werden, der gestaltende Insolvenzverwalter kann das Planverfahren noch effizienter abwickeln.

Das Schutzschirmverfahren

Mit dem neu einzuführenden § 270b InsO-E („Vorbereitung einer Sanierung“) unternimmt der Gesetzgeber einen erneuten Versuch, zu frühzeitiger Insolvenzantragstellung zu motivieren. Der Antragsteller soll nun im Falle der Insolvenzantragstellung bei lediglich drohender Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung drei Monate unter einem Schutzschirm frei von Vollstreckungsmaßnahmen unter Aufsicht eines Sachwalters einen Sanierungsplan erstellen. Hierzu sieht der Entwurf vor, dass die vom Schuldner vorgeschlagene, geeignete Person als vorläufiger Sachwalter durch das Insolvenzgericht einzusetzen ist und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner zu versagen oder einstweilen einzustellen sind (§§ 270b Abs. 1, 2 InsO-E). Dies wäre ein Novum: Der Antragsteller könnte sich „seinen“ vorläufigen Sachwalter aussuchen, wenn er den Antrag frühzeitig stellt. Der an der Übernahme entsprechender Aufträge interessierte Insolvenzverwalter müsste künftig bei den Organen der sich in der Krise befindlichen Unternehmen akquirieren – ein Gedanke, der mit der Unabhängigkeit des Verwalteramts kaum vereinbar sein dürfte, vor allem dann, wenn allein das Unternehmen die Entscheidung zur Person des vorläufigen Sachwalters träge. Realistisch erscheint eine frühzeiti-

ge Antragstellung jedoch nur in Abstimmung mit den wesentlichen an der Sanierung beteiligten Gläubigergruppen und nicht im Alleingang der Geschäftsführung. Bei entsprechender Beteiligung dieser wesentlichen Sanierungsbeteiligten durch die Geschäftsführung wird diese dann auch bezgl. der Person des in Aussicht genommenen vorläufigen Sachwalters Konsens finden müssen. Unterlässt die Geschäftsführung dies, provoziert sie entsprechende Vertrags-/Kreditkündigungen (der nicht beteiligten Gläubigergruppen) und dadurch den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. In Konsequenz dessen erfolgt die gerichtliche Aufhebung des angeordneten Schutzschirmes (§ 270b Abs. 3 InsO-E). Abzuwarten bleibt, inwieweit es den zur Antragstellung berechtigten Organen tatsächlich gelingt, dann also in Abstimmung mit den wesentlichen Sanierungsbeteiligten und nach herkömmlicher Rechnung „vor der Zeit“ den Insolvenzantrag zu stellen und dadurch womöglich Konflikte auf ganz anderen Ebenen, wie zum Beispiel mit den Altgesellschaftern, zu provozieren, die sich regelmäßig erst durch den förmlichen Insolvenzantrag in ihrer Vermögensposition beschränkt sehen. Zahlenmäßig sind daher nach Meinung des Verfassers jedenfalls b. a. w. keine signifikanten Schutzschirmverfahren zu erwarten.

Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters

Neuland betritt der Gesetzgeber auch mit der Ergänzung des § 56 InsO, wenn es um die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters bei größeren Unternehmensinsolvenzen geht. Künftig hat das Insolvenzgericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, wenn das Unternehmen der Antragstellerin mindestens zwei der folgenden drei Merkmale erfüllt: 2,0 Mio. Euro Bilanzsumme, 2,0 Mio. Euro Umsatzerlöse, im Jahresdurchschnitt mindestens zehn Arbeitnehmer (§ 22a InsO-E). Diesem vorläufigen Gläubigerausschuss ist nach § 56 Abs. 2 InsO-E Gelegenheit zu geben, 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. Gemäß Abs. 3 dieser Bestimmung darf das Gericht von einem einstimmigen Vorschlag des vorläufigen Gläubigerausschusses zur Person des Verwalters nur abweichen, wenn die vorgeschlagene Person für die Amtsübernahme ungeeignet ist.

Die Merkmale, die der Entwurf für die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses vorgibt, sieht der Verfasser wegen des damit verbundenen unverhältnismäßigen administrativen Aufwands des Insolvenzrichters als wenig praxisnah an. Denn vor allem bei kleineren Unternehmensinsolvenzen muss davon ausgegangen werden, dass es der Geschäftsführung kaum gelingen wird, bereits im Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung die erforderlichen Informationen für das Insolvenzgericht beizubringen. In solchen Fällen kann es dann aber nicht richterliche Aufgabe sein, nach geeigneten Kandidaten für die Übernahme des Amtes des vorläufigen Gläubigerausschusses zu „suchen“, bevor die Verwalterbestellung erfolgt.

Die gesetzliche Verankerung eines vorläufigen Gläubigerausschusses, der unmittelbar mit der Insolvenzantragstellung eingesetzt werden kann, ist so neu nicht. Im Zusammenhang mit aufgedeckten Unregelmäßigkeiten auf Verwalterseite war dies bereits schon einmal Gegenstand eines Gesetzentwurfs: des Gesetzes zur Verbesserung von Aufsicht und Transparenz in Insolvenzverfahren (GAVI). Die Ratio bleibt unabhängig von dem Motiv, den vorläufigen Gläubigerausschuss bereits im Eröffnungsverfahren gesetzlich zu verankern, indessen die gleiche: Es sollte primär die Verantwortung der Gläubiger selbst sein, ab dem Zeitpunkt der Antragstellung das Verwalterhandeln zu überwachen und die dadurch anfallenden Zusatzkosten zu tragen. Man kann davon ausgehen, dass das gewonnene zusätzliche Maß an Kontrolle zur Ressourcenschonung auf Seiten der Justiz führen wird. Mit anderen Worten: Die Gläubiger wären stärker gefordert, den Verwalter ab Verfahrenseinleitung und in der in Sanierungsfällen kritischsten Phase überhaupt, nämlich unmittelbar nach Antragstellung, zu begleiten, zu beraten, zu unterstützen, aber auch zu kontrollieren und im Falle etwaigen Fehlverhaltens einzuschreiten. All dies ist durch die Rechtsaufsicht seitens der Justiz nur begrenzt zu leisten. Für die Tätigkeit des Insolvenzverwalters hätte dies zur Folge, einerseits noch exakter als Wahrer der Interessen aller Gläubiger etwa notwendige Sanierungsbeiträge bei allen Gläubigern gleichmäßig zu erheben bzw. einzufordern. Andererseits dürfte dies jedenfalls mittelfristig dazu führen, dass Gläubiger

die Verfahrensergebnisse und die Verwalterqualität ihrerseits vergleichen und bewerten.

Das Gericht hat nach dem Gesetzentwurf auch dann, wenn kein übereinstimmender Vorschlag die Person des Verwalters betreffend unterbreitet wird, den vorläufigen Gläubigerausschuss zum Anforderungsprofil des Verwalters zu hören, sofern keine massenmindernde Verzögerung befürchtet werden muss. Das Gericht ist an das vom Gläubigerausschuss vorgeschlagene Anforderungsprofil gebunden, jedoch nicht an eine bestimmte vorgeschlagene Person. Sofern der Insolvenzrichter jedoch von einem Vorschlag zur Person abweichen will, so hat er dies nach § 27 Abs. 2 Nr. 5 InsO-E künftig (ohne dessen Namensnennung) zu begründen. Hier ist absehbar, dass dies zu einer auch in der Insolvenzverwaltung sinnvollen Spezialisierung führen kann, die gerade in Sanierungsfällen zu erheblichen Vorteilen v. a. für das betroffene Unternehmen führt, wenn sich ein Verwalter bspw. aufgrund seiner in mehreren vergleichbaren Fällen erworbenen besonderen Fachkenntnis nicht erst in die Systematik der jeweiligen Industrie und Branche einarbeiten muss. Der Gesetzgeber selbst hat die Spezialisierung des Insolvenzverwalters auf bestimmte Verfahrensarten, wenn auch im Zusammenhang mit der Einführung des Verbraucherinsolvenzverfahrens, bereits früher als sinnvoll erachtet.

Bringt der Insolvenzverwalter die notwendige Unabhängigkeit nicht mit, so fehlt es ihm auch nach den neuen Regelungen an der Eignung für die Übernahme des Amtes. Allerdings soll die Unabhängigkeit nach § 56 Abs. 1 InsO-E nicht schon dadurch ausgeschlossen sein, dass die Person von einem Großgläubiger oder dem Schuldner vorgeschlagen wird. Gleiches gilt, wenn der designierte Verwalter den Schuldner zuvor in „allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat“ oder „unter Einbindung von Schuldner und Gläubigern einen Insolvenzplan erstellt hat“. Nach Auffassung des Verfassers steht allein eine zuvor nicht vergütete Tätigkeit des späteren Insolvenzverwalters, die als Informations- bzw. Erläuterungsgespräch stattgefunden haben kann, dieser Unabhängigkeit nicht im Wege. Weitergehende, insbesondere bezahlte Tätigkeiten durch einen Mandanten stehen im Widerspruch zu der erforderlichen Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters. Darüber hinaus ist insbesondere im Falle eines vorgesehenen Planverfahrens eine vorherige Einbindung des späteren Verwalters bei der Planerstellung problematisch, da der Verwalter im späteren Verfahren auch die

Sinnhaftigkeit und Durchführbarkeit des Planes kritisch mit den Optionen des Regelverfahrens für die Gläubigergesamtheit zu vergleichen hat. Hat er den Insolvenzplan selbst – aufgrund welchen Parteauftrags auch immer – erstellt, so wird er von diesem Sanierungsweg per se überzeugt bleiben und kaum kontradiktorisch zu seinem ehemaligen Auftraggeber argumentieren können. Ohne dass Effizienzargumente der frühzeitigen Einbindung eines späteren Verwalters aufgegeben werden müssen, bedarf es an dieser Stelle noch der ergänzenden Schärfung und Klarstellung, dass auch künftig nur der nicht einseitig bereits festgelegte Kandidat die erforderliche Unabhängigkeit für die Übernahme des treuhänderischen Verwalterauftrages für alle Gläubiger mitbringt. Sonst droht dem Verwalteramt als solchem Schaden, dem so ins Amt geratenen „abhängigen“ Verwalter der Verlust ausschlaggebender Durchschlagskraft und Überzeugung.

Einführung des Insolvenzstatistikgesetzes

Im Zusammenhang mit den Änderungen im ReGE-ESUG, die die Tätigkeiten der Insolvenzverwalter betreffen, ist auch die Einführung des Insolvenzstatistikgesetzes (InsStatG) zu sehen. Danach sollen künftig die Insolvenzverwalter Daten über die finanziellen Ergebnisse und den Ausgang der eröffneten Insolvenzverfahren erheben, was laut Begründung des Gesetzgebers mit einem nur geringen zusätzlichen Aufwand für die Verwalter verbunden ist. Das dürfte zumindest für diejenigen Insolvenzverwalter zutreffen, die als Folge der inzwischen eingeführten Zertifizierungspflicht im Rahmen ihres kanzeleiinternen Qualitätsmanagements die relevanten Daten bereits automatisch und routinemäßig erfassen. Zu begrüßen ist die detaillierte Insolvenzdatenerhebung allemal, wird diese doch künftig neben einer fundierten Beurteilung des Verwalterhandelns auch den statistischen Nachweis erbringen können, dass die InsO in ihrer Sanierungseignung keinen Vergleich mit anderen Insolvenzgesetzen scheuen muss, es sich vielmehr um ein besonders modernes und für die Unternehmenssanierung ausgesprochen geeignetes Gesetz handelt.



Christopher Seagon ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Insolvenzverwalter und Partner von Wellensiek Rechtsanwälte – Partnerschaftsgesellschaft.