Unternehmenskauf in der Krise – Bietet das ESUG neue Perspektiven?

Jens Jäger

A. Einleitung 34

B. Besondere Problemkreise beim Erwerb in der Krise 34
I. Share Deal 34
II. Asset Deal 35

C. Sanierung im Insolvenzplanverfahren 35

D. „Geplante" Insolvenz aus Investorensicht nach bisheriger Rechtslage 36

E. Änderungen des ESUG 37

F. Strategische Handlungsoptionen aus Investorensicht 39
I. Szenario in Abstimmung mit den Gesellschaftern 39
1. Vorbereitungsphase 40
2. Schutzschirmverfahren 42
3. Insolvenzplan 43
4. Bewertung 43
II. Szenario gegen den Willen der Gesellschafter 43
1. Vorbereitungsphase 44
2. Antragsverfahren 45
3. Insolvenzplan 46
4. Bewertung 46

G. Zusammenfassung 47

I. Saenger, G. Schewe (Hrsg.), *Forum Mergers & Acquisitions 2012,*
DOI 10.1007/978-3-8349-4073-5_2, © Springer Fachmedien Wiesbaden 2012

A. Einleitung

In Krisensituationen unterliegt der Unternehmenskauf besonderen Rahmenbedingungen. Neben Überlegungen zu Haftungsrisiken, Gewährleistungen oder Kaufpreisfindung sollten auch die Sanierungsinstrumente des Insolvenzrechts ins Kalkül gezogen werden. Dies gilt umso mehr als mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) die Sanierungselemente der Insolvenzordnung nochmals gestärkt wurden. Während die Insolvenzordnung in der Regel nur aus Sicht des Schuldners oder der Gläubiger diskutiert wird, möchte dieser Beitrag daher den Blick aus Investorenperspektive auf die Insolvenzordnung richten. Nachdem die Probleme der bisherigen Rechtslage und einzelne Elemente der mit dem ESUG eingeführten Änderungen kurz skizziert werden, soll insbesondere diskutiert werden, wie die einzelnen Instrumente in die Gesamtstrategie des geplanten Erwerbs einfließen können.

B. Besondere Problemkreise beim Erwerb in der Krise

I. Share Deal

Da beim Share Deal der Rechtsträger des Zielunternehmens erhalten bleibt, erwirbt der Investor das Unternehmen mit all seinen Chancen und Risiken. Dies umfasst bei krisenbehafteten Unternehmen insbesondere auch sämtliche Restrukturierungsrisiken. So werden sämtliche Verbindlichkeiten und Verpflichtungen, der Personalstamm, unrentable Geschäftsbereiche oder nicht betriebsnotwendiges Vermögen unverändert übernommen. Die Kosten, die aus der Sanierung entstehen, um z. B. Betriebsstätten zu schließen, die Personalstruktur anzupassen oder Prozessabläufe zu optimieren, müssen durch den Erwerber getragen werden.

Die zu erwartenden Sanierungskosten wird der Erwerber stets bei der Kaufpreisfindung einpreisen. Wenn jedoch der Wert des Unternehmens die zu erwartenden Sanierungskosten nicht deckt, wird der Erwerber von dem Verkäufer einen negativen Kaufpreis verlangen. Ist der Verkäufer aber nicht in der Lage, einen solchen negativen Kaufpreis zu zahlen, scheitert der Verkauf.

Wird mit dem Share Deal beabsichtigt, ein wirtschaftlich gesundes Tochterunternehmen aus einem finanziell angeschlagenen Konzern zu erwerben, besteht das Risiko der Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO, wenn nach dem Verkauf das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Verkäufers eröffnet wird. Hat der Verkäufer aus einer finanziellen Notsituation heraus das Tochterunternehmen objektiv unter Wert verkauft und war dem Erwerber dies bekannt, droht die Rückübertragung an die Insolvenzmasse gegen eine möglicherweise wertlose Insolvenzforderung.

II. Asset Deal

Der Verkauf im Rahmen eines Asset Deals bietet dem Erwerber grundsätzlich die Möglichkeit, nur für einzelne Vermögenswerte und Schulden zu bieten, die er benötigt, um nur den gewünschten Teil des Geschäftsbetriebs zu übernehmen. Allerdings ist er auch in diesem Fall nicht völlig frei in seinen Gestaltungsmöglichkeiten, da nach § 613a BGB zumindest die Arbeitsverhältnisse des erworbenen Betriebs von dem Erwerber übernommen werden müssen. Eine Restrukturierung mit Eingriffen in die bisherige Personalstruktur wird somit deutlich erschwert.

Darüber hinaus drohen dem Erwerber Haftungsrisiken nach § 25 HGB oder § 75 AO. Von diesen kann er sich zwar im Kaufvertrag von dem Veräußerer freistellen lassen, was allerdings voraussetzt, dass der Veräußerer diese Verpflichtung auch erfüllen kann. Gerade bei einem Veräußerer, der sich in einer Krisensituation befindet, wird indes fraglich sein, ob er diesen Verpflichtungen nach dem Closing noch nachkommen kann. Ein gewisses Maß an Sicherheit kann der Erwerber hier nur durch einen Kaufpreiseinbehalt, einen Escrow Account oder eine Bürgschaft erlangen.

Der Erwerb von einem insolvenzbedrohten Veräußerer birgt darüber hinaus das Risiko der Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO, wenn nach Abschluss der Transaktion das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Veräußerers eröffnet wird.

Bei einem Asset Deal stellt sich weiterhin die Problematik, dass abgesehen von den Arbeitsverhältnissen, die nach § 613a BGB automatisch auf den Erwerber übergehen, alle für die Betriebsfortführung benötigten Verträge mit Dritten individuell auf den Erwerber übergeleitet werden müssen. Je nach der Bedeutung einzelner Verträge für den Erwerber eröffnen sich hierdurch für den Vertragspartner günstige Verhandlungspositionen, die möglicherweise noch durch eine Change-of-Control-Klausel im Vertrag gestärkt werden.

Ergänzend können auch bestimmte Lizenzen, Betriebsgenehmigungen, Erlaubnisse oder Zertifizierungen an den Rechtsträger gebunden sein und nicht ohne weiteres auf den Erwerber übertragen werden.

C. Sanierung im Insolvenzplanverfahren

Mit Einführung der Insolvenzordnung 1999 hat der Gesetzgeber das Insolvenzplanverfahren eingeführt. Das Insolvenzplanverfahren ermöglicht den Verfahrensbeteiligten, eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Regelung zur Verwertung des schuldnerischen Vermögens zu treffen. Kernziel des Insolvenzplanverfahrens ist die Entschuldung und der Erhalt des bisherigen Rechtsträgers. Die Gläubiger sollen dabei durch Partizipation am Unternehmenswert und künftigen Erträgen im Vergleich zu einer Liquidation besser gestellt werden.

Zur Erreichung dieser Ziele sieht die Insolvenzordnung diverse Instrumente vor, die eine Sanierung des Schuldners erleichtern:

- Beibehaltung der operativen Verantwortung durch das bestehende Management im Rahmen der Eigenverwaltung (§ 270 InsO),
- Erfüllungswahlrechte des Verwalters (§ 103 InsO),
- Möglichkeit zur Anfechtung bestimmter Rechtsgeschäfte (§ 129 InsO),
- Kürzere Kündigungsfristen bei Dauerschuldverhältnissen (max. 3 Monate) (§§ 109, 113 InsO),
- Verkürzte Kündigungsfrist für Arbeitsverhältnisse (max. 3 Monate) (§ 113 InsO),
- Eingeschränkte Überprüfbarkeit der Sozialauswahlkriterien bei Kündigung mit Interessenausgleich und Namensliste (§ 125 InsO),
- Geringere Sozialplankosten (max. 2,5 Monatsgehälter) (§ 123 InsO),
- Obstruktionsverbot (§ 245 InsO) und
- Begrenzung der Haftung für Altverbindlichkeiten auf die Planquote (§ 227 InsO).

Durch den Erhalt des Rechtsträgers ergibt sich weiterhin der Vorteil, dass an den Rechtsträger gebundene Lizenzen, Betriebsgenehmigungen, Erlaubnisse oder Zertifizierungen erhalten bleiben. Ebenso bestehen für die Betriebsfortführung benötigte Verträge mit Dienstleistern, Lieferanten, Leasinggebern oder Vermietern fort. Ergänzend können Personalkosten für bis zu drei Monate im Insolvenzeröffnungsverfahren durch das Insolvenzgeld finanziert und damit Liquidität für das weitere Verfahren generiert werden.

D. „Geplante“ Insolvenz aus Investorensicht nach bisheriger Rechtslage

Für einen Investor, der ein Unternehmen in der Krise erwerben möchte, bietet das Insolvenzverfahren gerade auch unter Berücksichtigung der zuvor beschriebenen Risiken bei einem Erwerb außerhalb eines Insolvenzverfahrens interessante Perspektiven. Dabei sind sowohl Szenarien mit und ohne Unterstützung der bisherigen Gesellschafter darstellbar.

Zur Umsetzung einer solchen Strategie bestehen allerdings diverse Unsicherheiten. Eine entscheidende Rolle für den Verlauf des Insolvenzverfahrens spielt die Wahl des Insolvenzverwalters. Diese liegt jedoch in der alleinigen Entscheidung des Insolvenzgerichts (§ 56 I 1 InsO). Erst in der ersten Gläubigerversammlung können die Gläubiger einen anderen als den gerichtlich bestellten Insolvenzverwalter wählen (§ 57 S. 1 InsO). Bis dahin sind allerdings mitunter schon mehrere Monate seit der Insolvenzantragstellung vergangen und wesentliche Entscheidungen getroffen worden.

Ist geplant, das bisherige Management beizubehalten bzw. in Abstimmung mit den Gesellschaftern das bestehende Management mit eigenen Kandidaten zu ergänzen und ihm die operative Führung des Unternehmens auch während des Insolvenzverfahrens zu überlassen, kann die Eigenverwaltung beantragt werden (§ 270 II Nr. 1 InsO a. F.). Allerdings liegt die Entscheidung über die Zustimmung zur Eigenverwaltung ebenfalls im Ermessen des Insolvenzgerichts (§ 270 I 1 InsO a. F.). Die Insolvenzgerichte stehen dem Instrumentarium der Eigenverwaltung nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der eigenen Amtshaftung eher skeptisch gegenüber. Sollte das Insolvenzgericht die Eigenverwaltung versagen, kann diese Entscheidung ebenfalls wieder nur durch die erste Gläubigerversammlung revidiert werden (§ 271 S. 1 InsO a. F.). Kommt überdies ein Gläubiger dem eigenen Insolvenzantrag

des Schuldners zuvor, hat dieser unabhängig von der gerichtlichen Entscheidung die Möglichkeit, dem Schuldner die Eigenverwaltung zu verwehren (§ 270 II Nr. 2 InsO a. F.).

Grundsätzlich besteht auch die Möglichkeit, im Insolvenzplanverfahren neue Gesellschafter aufzunehmen. Da das Insolvenzrecht aber nicht die gesellschaftsrechtliche Verfassung aushebelt, bedürfen Veränderungen in der Struktur der Eigentümer sowie damit verbundene Kapitalmaßnahmen auch weiterhin der Zustimmung der Gesellschafter. Die Rekapitalisierung der Gesellschaft durch frisches Kapital oder einen Debt-Equity-Swap hängt somit von der Unterstützung der Gesellschafter ab, die diese sich mitunter teuer bezahlen lassen, obwohl ihre Anteile im Fall einer Liquidation wertlos wären.

Neben den verfahrensrechtlichen Unsicherheiten muss ein Investor bei seinen Überlegungen weiterhin die Verfahrensdauer, die Verfahrenskosten sowie die Öffentlichkeit des Verfahrens mit den damit möglicherweise verbundenen negativen Wirkungen auf Kunden- und Lieferantenbeziehungen ins Kalkül ziehen.

E. Änderungen des ESUG

Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) zum 1. März 2012 greift der Gesetzgeber u. a. einige der zuvor skizzierten sanierungshemmenden Unsicherheiten auf.

So kann nunmehr auf Antrag des Schuldners, des vorläufigen Insolvenzverwalters oder eines Gläubigers ein vorläufiger Gläubigerausschuss eingesetzt werden (§ 22a II InsO n. F.). Da der vorläufige Gläubigerausschuss gleichzeitig die Befugnis erhält, den vorläufigen Insolvenzverwalter vorzuschlagen, und das Gericht an diesen Vorschlag gebunden ist, wenn der Vorschlag im vorläufigen Gläubigerausschuss einstimmig gefasst wurde, wird den Beteiligten hiermit ein mächtiges Instrument an die Hand gegeben, um durch die Wahl des gewünschten Insolvenzverwalters den Verlauf des Insolvenzverfahrens zu beeinflussen.

Hinsichtlich der Verwalterauswahl wurde weiterhin das Verbot einer Vorbefassung des zu bestellenden Insolvenzverwalters abgeschwächt. Die erforderliche Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters gilt nunmehr nicht mehr zwingend als ausgeschlossen, wenn er vom Schuldner oder einem Gläubiger vorgeschlagen wurde oder den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat (§ 56 I 3 InsO n. F.).

Das Instrument der Eigenverwaltung wurde dadurch gestärkt, dass schon im Eröffnungsverfahren eine Eigenverwaltung angeordnet werden kann und dabei dann auf zusätzliche Sicherungsmaßnahmen verzichtet werden soll. Statt eines vorläufigen Insolvenzverwalters wird ein vorläufiger Sachwalter bestellt, der den Schuldner lediglich beaufsichtigt (§ 270a I InsO n. F.). Voraussetzung ist, dass der Schuldner die Eigenverwaltung mit seinem Eröffnungsantrag auch beantragt hat und der Antrag auf Eigenverwaltung nach den Vorschriften des § 270 InsO n. F. nicht offensichtlich aussichtlos ist. Mit der expliziten Einführung einer Eigenverwaltung auch im Eröffnungsverfahren hebt der Gesetzgeber den bisherigen Widerspruch auf, wonach der Schuldner im Eröffnungsverfahren je nach Entscheidung des Insolvenzgerichts entweder seine Verfügungsmacht verliert oder aber zumindest auf die Zu-

stimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters angewiesen ist, im eröffneten Verfahren bei Anordnung der Eigenverwaltung dann jedoch die volle Verfügungsmacht über sein Vermögen wieder zurückerhält.

Eine der bedeutendsten Änderungen des ESUG ist das neue Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO. Stellt der Schuldner seinen Eröffnungsantrag aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, nicht jedoch aufgrund einer bereits bestehenden Zahlungsunfähigkeit, kann er zur Vorbereitung der Sanierung das Schutzschirmverfahren beantragen. Weitere Voraussetzung ist, dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist und dem Antrag die Bescheinigung eines sachverständigen Dritten beiliegt, worin er die Erfolgsaussichten des Sanierungsplans und die aktuelle Zahlungsfähigkeit bescheinigt.

Liegen die Voraussetzungen für das Schutzschirmverfahren vor, ordnet das Insolvenzgericht eine Frist von bis zu drei Monaten an, innerhalb der der Schuldner die Vorlage eines Insolvenzplans vorbereiten kann. Auf Antrag des Schuldners kann das Insolvenzgericht weiterhin anordnen, dass der Schuldner zur Fortführung des Betriebs Masseverbindlichkeiten nach § 55 II InsO n. F. begründen kann, die im eröffneten Insolvenzverfahren vorrangig zu befriedigen sind. Hierdurch kann die Liefer- und Leistungsbereitschaft von Dienstleistern und Lieferanten wiederhergestellt werden. Ebenfalls kann das Insolvenzgericht auf Antrag des Schuldners Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger untersagen.

Ein besonderer Vorteil des Schutzschirmverfahrens liegt für den Schuldner in der Wahl des vorläufigen Sachwalters. Liegen die Voraussetzungen des § 270b InsO n. F. vor, muss das Insolvenzgericht eine vom Schuldner vorgeschlagene Person zum vorläufigen Sachwalter bestellen, wenn diese nicht offensichtlich für dieses Amt ungeeignet ist.

Durch die vorstehend beschriebenen Maßnahmen bietet das Schutzschirmverfahren dem Schuldner, der eine Sanierung mit den Mitteln der Insolvenzordnung anstrebt, eine im Vergleich zur bisherigen Rechtslage deutlich höhere Verfahrenssicherheit.

Schließlich hat der Gesetzgeber durch das ESUG das Insolvenzplanverfahren reformiert und sanierungsfreundlicher ausgestaltet. Insbesondere können nunmehr auch gesellschaftsrechtlich erforderliche Maßnahmen (§ 225a II InsO n. F.) und die Rechte der Anteilseigner im Insolvenzplan berücksichtigt werden (§ 217 S. 2 InsO n. F.).

War der Einsatz eines Debt-Equity-Swaps bislang immer an die Zustimmung der bisherigen Gesellschafter gebunden, kann diese Zustimmung im Rahmen des Insolvenzplans nunmehr durch gerichtlichen Beschluss ersetzt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die Altgesellschafter hierdurch nicht schlechter gestellt werden als bei einer Regelabwicklung ohne Insolvenzplan. Konkret darf daher kein Gläubiger wirtschaftliche Werte erhalten, die den vollen Betrag seines Anspruchs übersteigen, und kein Anteilsinhaber besser gestellt werden als ein anderer (§ 245 III InsO n. F.).

Weiterhin können im Insolvenzplan nunmehr explizit Maßnahmen wie die Kapitalherabsetzung oder -erhöhung, die Leistung von Sacheinlagen, der Ausschluss von Bezugsrechten, Abfindungszahlungen an ausscheidende Anteilseigner oder die Übertragung von Anteilsrechten vorgesehen werden (§ 225a II InsO n. F.). Eine besondere Erleichterung in diesem Zusammenhang ist, dass alle gesellschaftsrechtlich erforderlichen Maßnahmen und Wil-

lenserklärungen durch die Aufnahme in den Insolvenzplan als bewirkt gelten und die erforderlichen Anmeldungen beim Registergericht durch den Insolvenzverwalter vorgenommen werden können (§ 254a II InsO n. F.).

Wird mit dem Insolvenzplan und dem Erhalt des Rechtsträgers auch die fortgesetzte Nutzung bestimmter Verträge mit Lieferanten, Dienstleistern, Vermietern oder Leasinggebern bezweckt, so bestand bislang die Gefahr, dass diese sich auf Change-of-Control-Klauseln in ihren Verträgen berufen und zu einer Fortsetzung der Verträge nur unter für den Schuldner schlechteren Bedingungen bereit wären. Damit diese Vorteilsposition die Sanierung des Unternehmens nicht gefährdet, gelten solche Change-of-Control-Klauseln nunmehr bei einem Insolvenzplanverfahren als unwirksam (§ 225a IV InsO n. F.).

Mit dem ESUG wurden ergänzend die Einspruchsmöglichkeiten von Verfahrensbeteiligten gegen den Insolvenzplan weiter begrenzt und Regelungen für die Behandlung von Einsprüchen definiert, ohne dass hierdurch der weitere Verfahrensablauf unnötig verzögert wird (§§ 253, 254 IV, 254b, 259a InsO n. F.).

F. Strategische Handlungsoptionen aus Investorensicht

Mit dem ESUG wurden also diverse Regelungen in die Insolvenzordnung aufgenommen, die die Sanierung von Unternehmen erleichtern und Verfahrensunsicherheiten für ein „geplantes“ Insolvenzverfahren reduzieren. Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend Überlegungen angestellt, wie sich ein Investor diese Instrumente bei seiner konkreten Akquisitionsstrategie zunutze machen kann. Grundsätzlich sind beliebige Szenarien denkbar. Im Rahmen dieses Beitrags sollen beispielhaft zwei Grundszenarien unterschieden werden. Zum einen soll dargestellt werden, wie der Prozess im Zusammenwirken mit den bisherigen Gesellschaftern erfolgen kann, und zum anderen, welche Möglichkeiten ohne Mitwirkung der Gesellschafter bestehen.

I. Szenario in Abstimmung mit den Gesellschaftern

Sind die Gesellschafter eines insolvenzbedrohten Unternehmens nicht mehr in der Lage, die erforderlichen Restrukturierungskosten zu finanzieren, und stattdessen bereit, als Gesellschafter auszuscheiden, könnte in Zusammenarbeit mit einem Investor die Sanierung über ein Insolvenzplanverfahren angestrebt werden, in dessen Verlauf der Investor die Anteile an der Zielgesellschaft übernimmt. Dieses Szenario würde dabei der Strategie folgen, zunächst das Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO n. F. mit einem Sachwalter eigener Wahl zu beantragen. Anschließend wird ein Insolvenzplanverfahren angestrebt, bei dem der Investor durch eine Kapitalerhöhung dem Unternehmen frisches Geld zuführt, mit dem dann die Insolvenzgläubiger befriedigt und gegenüber der Regelabwicklung besser gestellt werden.

1. Vorbereitungsphase

Damit die Voraussetzungen des Schutzschirmverfahrens auch erfüllt werden können, muss in der gesamten Vorbereitungsphase darauf geachtet werden, dass zwischenzeitlich keine Zahlungsunfähigkeit eintritt. In diesem Fall wären die Voraussetzungen des Schutzschirmverfahrens wegen § 270b I 1 InsO n. F. nicht erfüllt.

Zur Vorbereitung dieses Szenarios würden die Gesellschafter und der Investor einen Sanierungsplan ausarbeiten, der die wesentlichen Maßnahmen unter zusätzlicher Berücksichtigung der insolvenzrechtlichen Regelungen definiert und als Grundlage für einen späteren Insolvenzplan dienen kann. In diesem Plan sollten neben den betriebswirtschaftlichen Überlegungen u. a. folgende Themen Berücksichtigung finden:

- Personalmaßnahmen unter Berücksichtigung der im Insolvenzverfahren verkürzten Kündigungsfristen und der Begrenzung des Sozialplanumfangs.
- Analyse von Verträgen mit Lieferanten, Dienstleistern, Vermietern und Leasinggebern, damit für die Betriebsfortführung nicht benötigte Verträge vorzeitig nach den Vorschriften der InsO gekündigt und Schadenersatzansprüche aus der vorzeitigen Kündigung nur zur Insolvenztabelle angemeldet werden können.
- Identifikation nachteiliger schwebender Geschäfte, damit im Insolvenzverfahren der Nichteintritt erklärt werden kann und Schadenersatzansprüche ebenfalls nur zur Insolvenztabelle angemeldet werden können.
- Prüfung, ob die Voraussetzungen für einen Sanierungserlass des Fiskus auf den durch den Forderungsverzicht der Gläubiger entstehenden Sanierungsgewinn vorliegen und ggf. vorzeitige Einholung einer verbindlichen Auskunft beim zuständigen Finanzamt.
- Ermittlung des Finanzmittelbedarfs unter Berücksichtigung der Planquote für die Insolvenzgläubiger, der Kosten des Insolvenzverfahrens und der geplanten Sanierungsmaßnahmen. Bei der Ermittlung der Planquote sollten auch unterschiedliche Szenarien für die Bildung der Gläubigergruppen simuliert werden, um bei optimiertem Liquiditätsbedarf eine größtmögliche Akzeptanz des Insolvenzplans bei den Gläubigern zu erreichen. Insgesamt ergibt sich aus diesen Überlegungen die erforderliche Kapitalerhöhung, die durch den Investor zu leisten wäre, und damit letztlich sein Investment in die Transaktion definiert.

Mit dem Schutzschirmverfahren wird gleichzeitig die Sanierung in Eigenverwaltung angestrebt, wobei das Management weiterhin die Entscheidungsbefugnisse im Unternehmen behält. Damit der Investor die Sanierung im gewünschten Rahmen durchführen kann, sollten daher möglichst schon vor der Stellung des Eröffnungsantrags Vertraute des Investors in das Management entsandt werden. Hierzu müssten die Altgesellschafter die entsprechenden Beschlüsse fassen.

Nach § 270b II 3 InsO n. F. i. V. m. § 21 II Nr. 1a InsO n. F. kann das Insolvenzgericht auch bei einem beantragten Schutzschirmverfahren einen vorläufigen Gläubigerausschuss bestellen. Der vorläufige Gläubigerausschuss hat zunächst den Verwalter zu unterstützen und zu überwachen (§ 69 InsO). Wenn im weiteren Verfahrensverlauf darüber zu entscheiden ist, ob mit der Insolvenzeröffnung die Eigenverwaltung fortgeführt werden soll, muss der vorläufige Gläubigerausschuss dazu gehört werden (§ 270 III 1 InsO n. F.). Unterstützt er dann einstimmig den Antrag auf Eigenverwaltung, gilt die Anordnung nicht als nachteilig für die Gläubiger (§ 270 III 2 InsO n. F.), womit das Insolvenzgericht nur in Ausnahmefällen die

Eigenverwaltung noch verwehren kann (§ 270 II InsO n. F.). Ähnliches gilt für die Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Auch hier ist das Insolvenzgericht an ein einstimmiges Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses gebunden, solange die vorgeschlagene Person für das Amt nicht ungeeignet ist (§ 56a II 1 InsO n. F.). Nicht explizit geregelt ist, ob durch ein einstimmiges Votum des vorläufigen Gläubigerausschusses der im Rahmen des Schutzschirmverfahrens vom Schuldner vorgeschlagene vorläufige Sachwalter ersetzt werden kann. Sollte dies so sein, besteht nur noch die Möglichkeit zu versuchen, mit dem neuen vorläufigen Sachwalter das angestrebte Insolvenzplanverfahren zu realisieren oder aber das Sanierungsvorhaben im Rahmen der Insolvenzordnung aufzugeben und den Eröffnungsantrag zurückzuziehen (§ 13 II InsO n. F.)

Da der vorläufige Gläubigerausschuss somit wichtige Mitspracherechte hat und damit erheblich in den Verfahrensablauf eingreifen kann, sollten nach Möglichkeit schon in der Vorbereitungsphase wesentliche Gläubiger in die Planungen mit einbezogen werden, damit diese den geplanten Maßnahmen positiv gegenüber stehen. Für die Zusammensetzung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses regelt § 67 II InsO n. F., dass die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forderungen, die Kleingläubiger und die Arbeitnehmer darin vertreten sein sollen. Unter Beachtung dieser Vorschriften sollte bereits vorab in der Vorbereitungsphase eruiert werden, welche Personen oder Institutionen als Mitglieder des (vorläufigen) Gläubigerausschusses in Betracht kommen und auch bereit wären, dieses Amt anzunehmen. Da das Insolvenzgericht den Schuldner auffordern kann, geeignete Personen zu benennen (§ 22a IV InsO n. F.), kann hierüber mitunter ein gewisser Einfluss auf die Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses genommen werden.

Wenn sich in der Vorbereitungsphase herausstellt, dass die wesentlichen Gläubiger die geplanten Maßnahmen wohlwollend begleiten, könnte es sogar ratsam sein, dass der Schuldner selbst mit dem Eröffnungsantrag die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses beantragt (§ 22a II InsO n. F.) und Mitglieder vorschlägt. In Zusammenarbeit mit diesem Gremium können die geplanten Maßnahmen diskutiert und dem Insolvenzgericht sowie der späteren Gläubigerversammlung präsentiert werden. Dies dürfte zu einem beschleunigten und effizienteren Verfahrensablauf beitragen.

Nicht zuletzt sollte während der Planungsphase bereits die Person beauftragt werden, die die nach § 270b I 3 InsO n. F. erforderliche Bescheinigung ausstellt, damit diese zeitnah das Sanierungskonzept und die Liquiditätslage prüfen sowie die Bescheinigung ausstellen kann.

Schließlich ist auch noch der Insolvenzantrag selbst vorzubereiten. Wenn die Eigenverwaltung beantragt wird, sind auch die Angaben nach § 13 I 4 InsO n. F. verpflichtend zu machen. Konkret muss der Schuldner mit dem Eröffnungsantrag ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen einreichen, bei dem die höchsten Forderungen, die höchsten gesicherten Forderungen, die Forderungen der Finanzverwaltung, die Forderungen der Sozialversicherungsträger und die Forderungen aus betrieblicher Altersversorgung besonders kenntlich zu machen sind. Weiterhin sind Angaben zur Bilanzsumme, den Umsatzerlösen und der durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres zu machen.

Im fortgeschrittenen Stadium der Vorbereitungsphase sollte auch bereits Kontakt mit dem zuständigen Richter aufgenommen werden, um ihm den Sanierungsplan unter Eigenverwaltung schon einmal vorzustellen und die Bereitschaft auszuloten, im Sinne des Schuldners zu entscheiden. Auch wenn § 270b InsO n. F. bei Vorlage der Voraussetzungen des

§ 270b I InsO n. F. einen weitestgehend automatisierten Verfahrensablauf vorsieht, dürfte dieses stark schuldnerorientierte Verfahren bei den Insolvenzgerichten auf Skepsis stoßen, so dass der Richter geneigt sein könnte, zusätzliche Sicherungsmaßnahmen anzuordnen (§ 270b II 3 InsO n. F.). Eine frühe Einbindung des Richters in die Planungen könnte daher helfen, dies zu vermeiden.

Bei der Wahl des Zeitpunkts der Stellung des Eröffnungsantrags sollten auch die Möglichkeiten geprüft werden, inwieweit die Voraussetzungen vorliegen, dass Löhne und Gehälter über das Insolvenzgeld von der Agentur für Arbeit gezahlt werden. Hierdurch könnte zusätzliche Liquidität für die Insolvenzmasse generiert werden, indem dem Unternehmen die volle Arbeitsleistung der Arbeitnehmer zur Verfügung steht, während diese innerhalb bestimmter Grenzen ihre Lohn- und Gehaltsansprüche aber nicht vom Unternehmen, sondern von der Agentur für Arbeit bezahlt bekommen, wobei die Agentur für Arbeit wiederum mit ihren Ansprüchen nur im Rang eines ungesicherten Insolvenzgläubigers am Insolvenzverfahren teilnimmt. Wenn die Voraussetzungen des § 183 SGB III vorliegen, wäre es sinnvoll, den Eröffnungsantrag zu Beginn einer neuen Lohn- und Gehaltsabrechnungsperiode zu stellen. So könnte der dreimonatige Insolvenzgeldzeitraum bestmöglich ausgeschöpft werden.

2. Schutzschirmverfahren

Wenn die Vorbereitungen abgeschlossen sind, muss schließlich der Eröffnungsantrag beim zuständigen Insolvenzgericht eingereicht werden. Mit dem Eröffnungsantrag ist die Bescheinigung nach § 270b I 3 InsO n. F. vorzulegen, die Eigenverwaltung zu beantragen und der vorläufige Sachwalter vorzuschlagen.

Gerade auch dann, wenn die Insolvenzgeldvoraussetzungen vorliegen, sollte mit dem Insolvenzrichter vereinbart werden, dass er den Zeitraum des Schutzschirmverfahrens auf die maximal vorgesehene Länge von drei Monaten bestimmt (§ 270b I 2 InsO n. F.), soweit im Einzelfall keine anderen Interessen dagegen sprechen.

Der Zeitraum des Schutzschirmverfahrens ist zum einen von der Fortführung des operativen Geschäfts und zum anderen der Ausarbeitung des Insolvenzplans geprägt. Wenn der Investor in Abstimmung mit den Gesellschaftern eigene Vertraute im Managementteam installieren konnte, können diese nun erste operative Sanierungsmaßnahmen umsetzen und damit beginnen, das Zielunternehmen neu auszurichten.

Parallel erfolgt die Verfeinerung des Insolvenzplans, damit dieser nach der Insolvenzeröffnung kurzfristig umgesetzt und das Insolvenzverfahren wieder beendet werden kann. Hierbei ist auch der intensive Dialog mit den Gläubigern fortzusetzen, um deren Zustimmung zu dem Insolvenzplan abzusichern.

Auch das Insolvenzgericht sollte fortlaufend über den Verfahrensstand informiert werden, damit auch mit der Insolvenzeröffnung die Eigenverwaltung angeordnet und der vorläufige Sachwalter zum Sachwalter im eröffneten Insolvenzverfahren bestellt wird.

http://www.springer.com/978-3-8349-4072-8

Forum Mergers & Acquisitions 2012
Beiträge aus rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht
Saenger, I.; Schewe, G. (Hrsg.)
2012, VIII, 332 S. 32 Abb., Softcover
ISBN: 978-3-8349-4072-8