

Neue Insolvenzkultur in Deutschland? Wesentliche Änderungen im Insolvenzrecht durch das Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)

New insolvency culture in Germany? The Act for the Further Facilitation of the Restructuring of Companies (ESUG) provides for significant changes to German insolvency law

Am 13. Dezember 2011 wurde im Bundesgesetzblatt das Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) verkündet, dessen wesentliche Regelungen am 1. März 2012 in Kraft treten werden. Im ESUG sind mehrere Reformvorhaben zum Insolvenzrecht zusammengefasst, die erhebliche Auswirkungen auf die tägliche Praxis erwarten lassen. Es wird die Sanierung von kriselnden Unternehmen erleichtert. Die Möglichkeit der Gläubiger zur Einflussnahme auf das Verfahren wird gestärkt. Die Geschäftsführung eines insolventen Unternehmens hat nun wesentlich verbesserte Chancen, das Unternehmen in eigener Regie zu sanieren. Insgesamt dürfte damit die Planbarkeit und Vorhersehbarkeit von Insolvenzverfahren in Deutschland erheblich zunehmen. Nachfolgend sind die wichtigsten Neuerungen kurz dargestellt.

Vorläufiger Gläubigerausschuss

Eines der zentralen Anliegen des ESUG ist die Stärkung des Einflusses der Gläubiger auf das Insolvenzverfahren. Ein solcher Einfluss war theoretisch bereits unter dem alten Insolvenzrecht durch Einsetzung vorläufiger Gläubigerausschüsse im Eröffnungsverfahren oder mit der Eröffnung des Verfahrens möglich. Allerdings haben die Insolvenzgerichte hiervon selten Gebrauch gemacht. Nach dem ESUG sind sie nunmehr zur Einrichtung eines solchen vorläufigen Gläubigerausschusses verpflichtet, sobald das Unternehmen wenigstens zwei der drei nachstehenden Merkmale erfüllt:

On 13 December 2011, the Act for the Further Facilitation of the Restructuring of Companies (ESUG), the material provisions of which will come into force on 1 March 2012, was announced in the Federal Gazette. The ESUG bundles several reforms with regard to German insolvency law and will likely have significant effects on the daily practice. Generally, the restructuring of companies in financial crisis will be made easier. Creditors will have greater influence on proceedings and the managers of an insolvent company will now have a significantly better chance of restructuring the company themselves. In sum, the ability to plan and to predict the outcome of insolvency proceedings in Germany should increase considerably. This update outlines the most important innovations contained in the ESUG.

Preliminary Creditors' Committee

One of the core goals of the ESUG is to strengthen the influence of the creditors on the insolvency proceeding. In theory, such influence existed already under the former regime in the opening phase of the insolvency proceeding or upon the opening of the formal proceeding itself as a preliminary creditors' committee could be appointed by the court. However, the courts rarely made use of this possibility. Under the ESUG, the insolvency courts are now obliged to appoint a preliminary creditors' committee if the debtor fulfills at least two of the three following criteria:

1. mindestens 4,84 Mio. Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags im Sinne des § 268 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs;
2. mindestens 9,68 Mio. Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag;
3. im Jahresdurchschnitt mindestens 50 Arbeitnehmer.

Doch selbst wenn diese Mindestgrößen nicht erreicht werden, soll das Insolvenzgericht einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen, wenn der Schuldner, der vorläufige Insolvenzverwalter oder ein Gläubiger dies beantragt und geeignete, zur Ausübung des Amtes bereite Personen benannt werden.

Ausnahmen hiervon gelten nur dann, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners bereits eingestellt ist, die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses im Hinblick auf die zu erwartende Insolvenzmasse unverhältnismäßig ist oder die mit der Einsetzung verbundene Verzögerung zu einer nachteiligen Veränderung der Vermögenslage des Schuldners führen würde.

Auswahl des Insolvenzverwalters

Bislang oblag die Auswahl und Ernennung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters ausschließlich dem zuständigen Insolvenzgericht. Gläubiger hatten auf die Entscheidung regelmäßig keinen, allenfalls selten einen informellen Einfluss. Ihre Rolle beschränkte sich darauf, in der ersten Gläubigerversammlung die Abwahl des gerichtlich eingesetzten Insolvenzverwalters und seine Ersetzung durch einen anderen Insolvenzverwalter zu erzwingen, was aufgrund des dann bereits weit fortgeschrittenen Verfahrens in der Regel unterblieb.

Nunmehr erhält der vorläufige Gläubigerausschuss ein wichtiges Mitspracherecht bei der Auswahl des Insolvenzverwalters sowie bei der Anordnung einer möglichen Eigenverwaltung. So kann er dem Insolvenzgericht bestimmte Anforderungen an die zu bestellende Person des Insolvenzverwalters aufgeben. Schlägt der vorläufige Gläubigerausschuss einstimmig eine Person als Insolvenzverwalter vor, ist das Gericht hieran gebunden, wenn die vorgeschlagene Person für die Übernahme des Amtes nicht ungeeignet

1. a balance sheet total of at least EUR 4.84 million after the deduction of negative equity within the meaning of Section 268 para. 3 of the German Commercial Code;
2. a revenue of at least EUR 9.68 million within the twelve months preceding the date of the balance sheet;
3. an annual average of at least 50 employees.

Even in the event that these minimum requirements are not met, the court ought to appoint a preliminary creditors' committee if either the debtor, the preliminary insolvency administrator or a creditor applies for it and if individuals who are willing and suitable to serve as committee members are presented.

Exceptions from the above apply only if the debtor has already discontinued its business, if the appointment of a preliminary insolvency committee would be inappropriate in light of the expected value of the insolvency estate or if the delay resulting from such an appointment would adversely affect the debtor's financial situation.

Appointment of the Insolvency Administrator

Under the former regime, the selection and appointment of the (preliminary) insolvency administrator fell exclusively within the power of the applicable insolvency court. Creditors usually had no or, at the most, merely informal influence. Their role was confined to voting out the court-appointed insolvency administrator and enforcing his replacement by another insolvency administrator in the first creditor's meeting. However, at this well-advanced stage of the proceedings, such replacement rarely took place.

Now, the preliminary creditors' committee obtains an important say in the selection of the insolvency administrator as well as in the ordering of a possible self-administration. For instance, the preliminary creditors' committee may determine certain requirements to be fulfilled by the insolvency administrator. In the event that the preliminary creditors' committee proposes an individual unanimously, the insolvency court is bound by such proposal, provided that the proposed individual is not unsuitable for assuming the position (e.g. due to lack of independence or experience).

ist (z. B. aufgrund fehlender Unabhängigkeit oder mangelnder Qualifikation). Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass es für die Frage der Eignung sogar unschädlich ist, dass die Person vom Schuldner oder von einem Gläubiger vorgeschlagen worden ist oder die vorgeschlagene Person den Schuldner vor dem Eröffnungsantrag bereits in allgemeiner Form über den Ablauf eines Insolvenzverfahrens und dessen Folgen beraten hat.

Institut der Eigenverwaltung

In der Vergangenheit führte die Insolvenzantragstellung regelmäßig zur Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters. Die Geschäftsführung des insolventen Unternehmens blieb in der Regel formal im Amt, konnte jedoch nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Verwalters handeln. Spätestens mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurde die Geschäftsführung dann endgültig durch den Insolvenzverwalter ersetzt. Die auch schon bisher bestehende Möglichkeit des Schuldners, das Insolvenzverfahren, und mithin die Sanierung des Unternehmens, in Eigenverwaltung durchzuführen, wurde von den Gerichten nur in Ausnahmefällen zugelassen.

Unter dem ESUG soll die Eigenverwaltung gestärkt werden. So wird dem Schuldner einfacher als bisher ermöglicht, die Sanierung in Eigenregie – unter Aufsicht eines Sachwalters – durchzuführen. Das Gericht darf die Anordnung einer beantragten Eigenverwaltung nur dann verweigern, wenn Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen würde. Auch hier wird die vorgenannte Stärkung der Möglichkeit des Gläubigerausschusses zur Einflussnahme deutlich: Unterstützt der vorläufige Gläubigerausschuss den Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung einstimmig, so kann das Gericht den Antrag nicht mehr ablehnen.

Schutzschirmverfahren

Darüber hinaus führt das ESUG mit dem „Schutzschirmverfahren“ ein neues Konzept in die Insolvenzordnung ein mit dem Ziel, eine möglichst frühzeitige Insolvenzantragstellung zu fördern und dadurch die Chance auf eine Sanierung zu erhöhen. Stellt der Schuldner den Eröffnungsantrag bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder wegen

In this regard, it is important to note that the proposed person's suitability will not be affected by the fact that he or she was proposed by the debtor or by a creditor or had advised the debtor in general form regarding the insolvency proceedings and its consequences prior to the insolvency filing.

Self-Administration

In the past, the filing for insolvency usually led to the appointment of a preliminary insolvency administrator. While, as a rule, the management of the insolvent company formally remained in office, it could only act with the consent of the preliminary insolvency administrator. At the latest upon the opening of insolvency proceedings, the management was fully replaced by the insolvency administrator as executive body. The possibility for the debtor to conduct the insolvency proceeding and restructure the company via self-administration – an option that had already existed under the former regime – was only allowed by the courts in exceptional circumstances.

Under the ESUG, the self-administration process shall be improved. It will now be easier for the management of the debtor to conduct the restructuring itself while being supervised by an insolvency trustee. The court may only reject a petition for the ordering of self-administration, if circumstances are known that lead to the expectation that self-administration could negatively affect the creditors' position. Here, the aforementioned strengthening of the creditors' committee's right to influence the proceeding becomes apparent again: in the event that the preliminary creditors' committee supports the debtor's petition for self-administration unanimously, the court cannot reject such petition.

Umbrella Proceeding

Furthermore, the ESUG introduces a new concept into the German insolvency code. The purpose of the so called "Umbrella Proceeding" is to encourage earlier filings for the opening of insolvency proceedings. Thereby, it intends to increase the chances for a successful restructuring. If this filing is made on the basis of threatening illiquidity or over-indebtedness (in any event not after the occurrence of actual illiquidity) and if it is accompanied by a petition for self-administration, then the insolvency court will, upon further

Überschuldung (jedenfalls nicht erst bei bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit) und beantragt die Eigenverwaltung, und ist die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos, so bestimmt das Insolvenzgericht auf Antrag des Schuldners eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans. Während dieser Frist, die höchstens drei Monate betragen darf, kann sich der Schuldner unter Aufsicht eines vorläufigen Sachwalters und, bei entsprechendem Antrag, „geschützt“ von Vollstreckungsmaßnahmen auf die Sanierung konzentrieren und in Eigenverwaltung einen Sanierungsplan ausarbeiten. Dieser kann anschließend als Insolvenzplan umgesetzt werden.

Bei seinem Antrag hat der Schuldner eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, aus der sich ergibt, dass Überschuldung oder drohende Zahlungsunfähigkeit, nicht jedoch Zahlungsunfähigkeit, vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Um Interessenkonflikte zu vermeiden, müssen der Aussteller dieser Bescheinigung und der Sachwalter personenverschieden sein. Das Gericht kann von einem Vorschlag für die Person des Sachwalters nur bei offensichtlicher Ungeeignetheit des Sachwalters abweichen.

Das Gericht kann die Eigenverwaltung unter dem Schutzschirmverfahren aufheben, falls die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist, der vorläufige Gläubigerausschuss die Aufhebung beantragt oder – falls kein vorläufiger Gläubigerausschuss bestellt wurde – ein Insolvenzgläubiger oder ein absonderungsberechtigter Gläubiger dies beantragt und Umstände bekannt werden, die erwarten lassen, dass die Anordnung des Schutzschirmverfahrens zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird.

Ausbau des Insolvenzplanverfahrens

Eines der weiteren Kernziele des ESUG ist die Revitalisierung des Insolvenzplanverfahrens und die Erweiterung der unter einem Insolvenzplan möglichen Maßnahmen. Zwar bot die Insolvenzordnung bisher auch schon die Möglichkeit, fortführungsfähige Unternehmen im Rahmen eines von den Gläubigern zu bestätigenden Insolvenzplans zu sanieren. Jedoch waren Maßnahmen, die Eingriffe in die Rechte

application by the debtor, grant a period for the presentation of an insolvency plan provided that the planned restructuring is not evidently futile. During such period, which may last for a maximum of three months, the debtor can concentrate on the restructuring and can prepare a restructuring plan in self-administration under the supervision of a preliminary insolvency trustee while enjoying protection from all enforcement measures.

The debtor has to accompany his petition with a certification from a certified accountant, tax accountant or lawyer experienced in matters of insolvency law, which establishes that the debtor is in a condition of over-indebtedness or threatened illiquidity and that the planned restructuring is not clearly futile. To avoid conflicts of interest, the issuer of the certificate and the insolvency trustee must be different individuals. The insolvency court may only depart from the debtor's suggestion for a specific individual as insolvency trustee in clear cases of ineptness of the suggested individual.

The insolvency court can suspend the self-administration under the "Umbrella Proceeding" if the planned restructuring has become futile or the preliminary creditors' committee applies for such suspension. Where no preliminary creditors' committee has been appointed, any insolvency creditor or creditor with rights of separation may file such an application, provided that circumstances become known which lead to the conclusion that the "Umbrella Proceeding" will result in disadvantages for the creditors.

Expansion of the Insolvency Plan Proceeding

One of the further core objectives of the ESUG is to revitalize insolvency plan proceedings and to increase the scope of measures available under an insolvency plan. Prior to the ESUG, the German insolvency code already provided for possibilities to restructure companies by way of an insolvency plan subject to creditor approval. However, measures which interfered with rights of shareholders of the insolvent company were only possible with the approval of the shareholders. Furthermore, objecting creditors could cause substantial delay to the implementation of an insolvency plan.

der Anteilsinhaber selbst erforderten, nur mit Zustimmung der Anteilsinhaber möglich. Darüber hinaus konnten opponierende Gläubiger die Umsetzung des Insolvenzplans erheblich verzögern.

Künftig werden im Rahmen eines Insolvenzplans vorgesehene Kapitalmaßnahmen nunmehr auch gegen den Willen der Gesellschafter möglich sein. So werden die Anteilseigner zukünftig im Rahmen der Abstimmung über einen Insolvenzplans eine selbständige Gruppe darstellen, die über den Plan abzustimmen hat. Jedoch wird auch im Falle einer Ablehnung des Plans durch die Gruppe der Anteilseigner die Zustimmung dann als erteilt angesehen, wenn – vereinfacht gesagt – die Anteilseigner wirtschaftlich als Folge des Insolvenzplans nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne Insolvenzplan stünden.

Auf diese Art und Weise stehen für den Insolvenzplan zukünftig eine Vielzahl von Sanierungsmaßnahmen zur Verfügung. So kann jede gesellschaftsrechtlich zulässige Maßnahme vorgesehen werden, einschließlich der Umwandlung von Forderungen von Gläubigern (mit Ausnahme von Steuerforderungen des Fiskus) in Geschäftsanteile am Schuldnerunternehmen („Debt-Equity-Swap“), der Übertragung von Geschäftsanteilen auf Gläubiger oder der Herabsetzung und anschließenden Erhöhung des Stammkapitals zum Abfangen von Verlusten.

Darüber hinaus werden die Voraussetzungen für Rechtsmittel gegen den Insolvenzplan erschwert. So steht dem Gläubiger bzw. Anteilseigner die sofortige Beschwerde nur dann zu, wenn er dem Plan spätestens im Abstimmungstermin widersprochen hat, gegen den Plan gestimmt hat und glaubhaft macht, dass er durch den Plan wesentlich schlechter gestellt wird als er ohne den Plan stünde und dieser Nachteil nicht durch eine Ausgleichszahlung ausgeglichen werden kann.

Zu guter Letzt kann das Gericht Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger, die ihre Forderungen nicht bis zum Abstimmungstermin angemeldet haben, ganz oder teilweise aufheben oder längstens für drei Jahre untersagen, falls die Zwangsvollstreckungen die Durchführung des Insolvenzplans gefährden würden.

In the future, measures which affect the capital structure of the insolvent company will be possible within the framework of an insolvency plan even against the will of shareholders. Shareholders will in future constitute a separate group for the purpose of voting on a draft insolvency plan. However, even in cases where the insolvency plan is rejected by the shareholders, the approval will be deemed given if, to state it in simple terms, the shareholders are economically not worse off as a consequence of the insolvency plan than they would be without it.

In future, a whole array of restructuring measures can be provided for by an insolvency plan. Every measure which is possible under corporate law, including, without limitation, the conversion of creditor claims (with the exception of tax claims from the tax authorities) into equity of the insolvent company (“debt/equity swap”), the transfer of shares in the company to creditors, or the reduction and subsequent increase of the statutory capital by issuing new shares in order to absorb losses can be made part of such plan.

Furthermore, legal remedies against the insolvency plan will be restricted. Creditors or shareholders will only be entitled to seek legal remedy against the plan if they have rejected it, voted against it and have substantiated that they are worse off as a consequence of the plan as compared with what their position would be without the plan and that this disadvantage cannot be made up for by a compensation payment.

Finally, the insolvency court can fully or partially annul, or prohibit for a period of up to three years, enforcement measures of such individual creditors which have not filed their respective claim until the meeting at which the vote over the insolvency plan is cast, provided that such measures endanger the implementation of the insolvency plan.

Ausblick

Während die vorstehend aufgezeigten Änderungen für ab dem 1. März 2012 beantragte Insolvenzverfahren einen stärkeren Fokus auf die Sanierung des betroffenen Unternehmens erwarten lassen, arbeitet der Gesetzgeber bereits an der nächsten Reform des Insolvenzrechts. Neben einer Überarbeitung der Regelungen zur Verbraucherinsolvenz steht dabei auch die Neuregelung zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen auf dem Programm. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass Lizenzen auch bei einer Insolvenz des Lizenzgebers unter Wahrung der Gläubigerinteressen weitergenutzt werden können. Derzeit haben die Länder und Verbände Gelegenheit, zu diesem Gesetzesentwurf des Bundesjustizministeriums Stellung zu nehmen.

Sollten Sie zu dieser Publikation noch mehr Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an einen der folgenden Ansprechpartner:

If you have any questions or require specific advice on any matter discussed in this publication, please contact one of the lawyers listed below:

Dr. Marco Wilhelm

Partner, Frankfurt am Main
T: +49 69 7941 2731
mwillhelm@mayerbrown.com

Dr. Malte Richter LL.M.

Associate, Frankfurt am Main
T: +49 69 7941 2533
mrichter@mayerbrown.com

Kevin Philipp Lach

Associate, Frankfurt am Main
T: +49 69 7941 1028
klach@mayerbrown.com

Outlook

While the aforementioned amendments, which shall apply for insolvency proceedings filed as of 1 March 2012, raise expectations of a strong focus on the restructuring of insolvent companies, German lawmakers are already debating the next insolvency law reform. Aside from amendments to the provisions on the insolvency of consumers, the next reform will also lead to amendments regarding the insolvency-remoteness of licences granted by an insolvent licensor. The new reform intends to ensure that the use of the licenses can be continued in spite of the insolvency of a licensor while at the same time protecting the creditors' interests. Currently, federal states and business associations are being given the opportunity to comment on the respective draft insolvency reform proposal of the Federal Ministry of Justice.

Mayer Brown is a global legal services organisation advising many of the world's largest companies, including a significant portion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest banks. Our legal services include banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory & enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

OFFICE LOCATIONS AMERICAS: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, New York, Palo Alto, Washington DC
ASIA: Bangkok, Beijing, Guangzhou, Hanoi, Ho Chi Minh City, Hong Kong, Shanghai, Singapore
EUROPE: Brussels, Düsseldorf, Frankfurt, London, Paris
TAUIL & CHEQUER ADOGADOS in association with Mayer Brown LLP: São Paulo, Rio de Janeiro
ALLIANCE LAW FIRM: Spain (Ramón & Cajal)

Please visit our web site for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices. www.mayerbrown.com

Mayer Brown is a global legal services provider comprising legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe-Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated entities in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

© 2012. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.