

Dr. Volker Römermann, Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter,  
Hamburg/Hannover/Berlin\*

## ESUG: Aufweichung des GmbHG-Kapitalaufbringungsrechts?

„Künftig soll die strikte Trennung von Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht überwunden werden“, heißt es ambitioniert in der Begründung des Regierungsentwurfs zum *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)* (BT-Drucks. 17/5712, S.18). Seit dem 25.11.2011 (Verabschiedung im Bundesrat) steht fest: Das Gesetz wird in seinen wesentlichen Teilen am 1.3.2012 in Kraft treten. Das bringt einige Neuerungen, die auch für GmbH-Berater von erheblicher Bedeutung sind. Einige der für ihre Praxis wichtigsten Änderungen sollen hier vorgestellt werden.

### Wozu das ESUG?

Das ESUG ist die Antwort des Gesetzgebers auf die nach wie vor ungelöste Frage, wie Unternehmen in Krisensituationen besser saniert statt zerschlagen werden können. Früher war die Zerschlagung der absolute Regelfall. Mit der Insolvenzordnung wurden 1999 einige Instrumentarien eingeführt, die eine als gesetzliches Ziel in § 1 InsO verankerte Sanierung befördern sollten: Insolvenzplan und Eigenverwaltung. Theorie gut, in der Praxis werden beide *tools* über ein Jahrzehnt nach Inkrafttreten der Regelungen noch immer viel zu wenig eingesetzt. Kreative Berater verzweifeln an der deutschen Wirklichkeit und suchen ihr Heil im Ausland, in England etwa, wo das Insolvenzrecht flexiblere Lösungen erlaubt. Neben die Sitzverlegung von Deutschland

nach England ist in jüngster Zeit die Nutzung des *Scheme of Arrangement* getreten (dazu *Paulus*, ZIP 2011, 1077 ff.). Der deutsche Gesetzgeber hat sich in dieser Situation entschlossen, mit einer Reform des Sanierungsrechts den Abwanderungstendenzen entgegenzuwirken und den immer lauter geäußerten Wünschen nach stärkeren Einflussmöglichkeiten des Schuldners, aber auch der Gläubiger auf das Verfahren Rechnung zu tragen.

Das ESUG setzt also zugleich an zwei Stellen an. Zunächst gibt es dem Schuldner größeren Raum für eigene Gestaltung. Beantragt er die Eigenverwaltung, so wird er für maximal drei Monate unter einen „Schutzschirm“ gestellt, der es ihm gestatten soll, in Ruhe einen Insolvenzplan zu erarbeiten und zu verhandeln, ohne dass dies durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger torpediert würde. Das erhöht die Chancen für einen erfolgreichen Eigenverwaltungsantrag und wird den Schuldner motivieren, signifikant häufiger als bislang von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Der Insolvenzplan wird flexibilisiert, etwa durch die Regelung zum *Debt-to-Equity-Swap*. Andererseits wird der Gläubigereinfluss gestärkt durch eine enorme Aufwertung des vorläufigen Gläubigerausschusses. In großen Verfahren wird er verpflichtend, in anderen auf Antrag eingeführt. Sind sich die dort vertretenen Gläubiger einig, so können sie das Verfahren wesentlich stärker als bisher bestimmen. Sie wählen dann – jedenfalls in größeren Verfahren – den Verwalter von Anfang an aus und entscheiden

auch über die Frage der Eigenverwaltung. Berater von Gläubigern werden diese Einflussmöglichkeiten zukünftig nutzen und frühzeitig darauf drängen, im Gläubigerausschuss präsent zu sein.

### Schutzschirmverfahren

Die Eigenverwaltung führt derzeit ein Schattendasein. Der Bock solle nicht zum Gärtner gemacht werden, heißt es oft ebenso plakativ wie nichtssagend. Schließlich muss entgegen landläufiger Vorverurteilung durchaus nicht immer das Management an einer Unternehmenskrise schuld sein. Statt den Einzelfall unter die Lupe zu nehmen, rät mancher Gutachter dem Insolvenzgericht pauschal von Eigenverwaltung ab. Vor diesem Hintergrund ist der Ansatz des ESUG-Gesetzgebers wohl richtig, dass etwas unternommen werden muss, um der Institution der Eigenverwaltung zum Leben zu verhelfen.

Mit dem Antrag muss der Schuldner „eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation“ vorlegen, „aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist“ (§ 270b InsO n.F.). Das Gericht bestimmt sodann eine Frist zur Vorlage des Insolvenzplans, maximal drei Monate. GmbH-Berater werden in Zukunft also häufiger aufgefordert werden, eine derartige Bescheini-

\* Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, für Insolvenzrecht und für Arbeitsrecht, Römermann Rechtsanwälte AG, Hanselmann & Römermann Insolvenzverwalter GbR; Lehrbeauftragter der Humboldt-Universität zu Berlin.

gung auszustellen. Wer etwas bescheinigt, haftet für die Richtigkeit. Da die Bescheinigung dem Gericht vorgelegt und damit den Gläubigern zugänglich gemacht wird, die allesamt darauf maßgebliche wirtschaftliche Entscheidungen stützen, erstreckt sich die Haftung nach den Grundsätzen des BGH (BGH v. 6.7.1965 – VI ZR 47/64, NJW 1965, 1955 [1956f.]; v. 11.1.1977 – VI ZR 261/75, NJW 1977, 2073 [2074]; v. 13.7.1994 – IV ZR 294/93, NJW 1995, 51 [52f.]; *Borgmann/Jungk/Grams*, Anwaltshaftung, 4. Aufl. 2005, Rz.VI.8–21) im Zweifel auf einen nicht im Voraus erkennbaren Personenkreis. Eine Haftungsbeschränkung per Vereinbarung mit dem Schuldner wirkt Dritten gegenüber naturgemäß nicht. Jeder Berater mag daher sorgfältig abwägen, ob das Risiko der Bescheinigung eingegangen werden sollte; nicht zuletzt vor dem Hintergrund der praktisch schwierigen Abgrenzung zwischen Zahlungsunfähigkeit und drohender Zahlungsunfähigkeit.

### Debt-to-Equity-Swap

Der häufig beklagte (z.B. *Pape*, ZInsO 2010, 2155 [2158]; *Braun/Heinrich*, NZI 2011, 505 [506]; *Jens M. Schmidt*, GWR 2010, 568ff.) Abstimmungs-mangel zwischen Insolvenz- und Gesellschaftsrecht zeigt sich insbesondere, wenn eine gesellschaftsrechtliche Restrukturierung ein wesentliches Element der Sanierung eines Unternehmens sein soll. Zukünftig gilt: Im gestaltenden Teil des Insolvenzplans „*kann vorgesehen werden, dass Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte am Schuldner umgewandelt werden*“, so §225a InsO n.F., die erste spezifische Norm zum *Debt-to-Equity-Swap* (DES). Das trägt einem praktischen Bedürfnis Rechnung. Die vom Gesetzgeber gewählte Ausgestaltung hat eine erhebliche, nicht auf den ersten Blick erkennbare Tragweite.

Die Möglichkeit, eine Forderung bei Kapitalerhöhung im Wege der Sacheinlage einzubringen, bestand schon

früher. Davon wurde aber selten Gebrauch gemacht, aus gutem Grund: Sacheinlagen sind zu bewerten, sie müssen den Wert des hierfür übernommenen Nennbetrags erreichen. Tun sie das nicht, so haftet der Übernehmer auf die Differenz (§9 Abs.1, §19 Abs.4 GmbHG). Wie aber ist eine Forderung gegen ein in der Krise befindliches oder gar insolventes Unternehmen zu bewerten? Die Begründung des ESUG-Regierungsentwurfs (BT Drucks. 17/5712, S.36) verweist auf die Möglichkeit, ein Gutachten einzuholen. Erfahrungsgemäß hilft das kaum, denn Forderungen gegen einen Pleitier zu bewerten heißt die Wahrscheinlichkeit der Realisierung zu schätzen – wofür kaum ein Gutachter eine Gewähr übernehmen möchte.

### Das irrelevante Bewertungsproblem

Die Neuregelung löst das Bewertungs- und Differenzhaftungsproblem pragmatisch: Es wird für (weitgehend) irrelevant erklärt. Zwar könnten Beteiligte Rechtsmittel gegen den Plan darauf stützen, dass eine Fehlbewertung vorliege. Ist der Plan aber erst einmal rechtskräftig, so können Ansprüche wegen Überbewertung nicht mehr geltend gemacht werden (§254 Abs.4 InsO n.F.). Das führt zu folgendem Ergebnis: Findet ein Kapitalschnitt statt mit einer Kapitalherabsetzung auf Null und werden danach im Zuge einer Kapitalerhöhung lediglich Anteile für Gläubiger vorgesehen, die ihre wertlosen Forderungen gegen beliebig hohe Anteile eintauschen, dann ist die Gesellschaft praktisch stammkapitallos und saniert. Das wird der Gesetzgeber durchaus gesehen und gewollt haben (wohl a.A. *Hölzle*, NZI 2011, 124 [129]). Er mag davon ausgegangen sein, dass der Gläubiger eine Forderung typischerweise aufgrund einer gleichwertigen Leistung erworben haben könnte. Das würde zwar die – ehemalige! – Werthaltigkeit der Forderung, nicht aber die Zuteilung eines beliebigen Kapitalanteils erklären. Was auch immer die Überlegun-

gen im Hintergrund waren: Möglich ist die Gesellschaft mit hoher Stammkapitalziffer, aber ohne werthaltige Kapitalaufbringung durchaus. Wer als Neugläubiger auf derartige Kennzahlen vertraut, mag selber schuld sein; die Profis wissen schließlich, dass die Stammkapitalziffer schon früher nur eine äußerst begrenzte Aussage über die gegenwärtige Kapitalausstattung eines Unternehmens zuließ. Dass das Gesetz zukünftig aber von vornherein auf eine werthaltige Kapitalaufbringung verzichtet, wenn sich die am Insolvenzplan Beteiligten einig sind, ist doch nicht so selbstverständlich. Anders als nach dem System des §19 Abs.4 u. 5 GmbHG kommt eine spätere Pflicht zur Zahlung der Wertdifferenz oder der gesamten Einlage nicht mehr in Betracht, wenn der Bewertungsfehler später aufgedeckt wird.

Damit stellt das Gesetz neben die strenge Kapitalaufbringung und die Haftung bei Fehlererkennung eine dritte Variante: Das von vornherein nicht aufgebrachte Stammkapital. Schon im Zusammenhang mit dem MoMiG war darauf hingewiesen worden, dass es nicht leicht vereinbar erscheint, einerseits unverrückbar am Mindestkapital von 25.000€ festzuhalten (§5 GmbHG), andererseits nur einen Paragraphen weiter (§5a GmbHG) 1€ als ohne Weiteres ausreichend dafür anzusehen, in den Genuss der Haftungsbeschränkung einer Kapitalgesellschaft zu gelangen (vgl. *Römermann*, NJW 2010, 905 [906]). Damals war aber zumindest am Postulat der Wahrheit und Transparenz festgehalten worden: Wer ein Stammkapital von 1€ will, muss das offen und im Handelsregister öffentlich zugänglich ausweisen. Auch davon nimmt das ESUG Abschied. Die strikte Trennung von Insolvenz- und Gesellschaftsrecht soll zukünftig überwunden werden, heißt es. Wird mit dem ESUG ein weiterer Schritt in Richtung auf einen Verzicht auf deutsche Kapitalaufbringungs Vorschriften gemacht?